



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Il regolamento delle camere di mediazione

di Paolo Tesaurò

Il tema della facoltà del mediatore di formulare una proposta, ex art. 11 del Decreto Legislativo del 4 marzo 2010 n. 28 (postea D. Lgs 28/2010) e in molti casi disciplinati anche dai regolamenti degli Organismi di mediazione, adottati ai sensi dell'art. 16 stessa norma, porta a dover valutare la natura dell'atto regolamentare.

Il dettato normativo prevede (ex art. 11 cit.) la facoltà del mediatore, alla chiusura del procedimento ed in particolari condizioni, di formulare, anche in assenza della richiesta delle parti, una proposta conciliativa che appare come utilizzabile dalle parti nel successivo procedimento giurisdizionale per incidere sul regime delle spese.

In un sistema di mediazione basato integralmente sulla chiusura della conciliazione solo per effetto del raggiungimento di una volontà concorde delle parti (tanto che al mediatore si attribuisce come compito fondamentale la ricerca di una volontà condivisa dalle parti) quello sopra ricordato, della facoltà di emettere una proposta conciliativa, costituisce un principio di deroga al criterio generale, la cui ratio è da ricercare nel tentativo di evitare che un atteggiamento volutamente ed immotivatamente negativo renda la mediazione un'utile attività.

Le brevi considerazioni, che precedono, sono incise dalla circostanza che con nota illustrativa ministeriale¹ si è condizionata la esercitabilità in capo al mediatore della facoltà ivi richiamata solo alla conforme disposizione nel regolamento dell'ente di applicazione.

Sia indotta dalla nota ministeriale, sia dalla forma autonoma della pratica applicazione, si è registrata una disparità di orientamenti; alcuni regolamenti applicativi hanno escluso l'esercitabilità della facoltà altri, invece, si sono conformati al dettato della norma primaria (anche ignorando il tema).

Ad un primo elementare approccio appare dubbia l'accettabilità della tesi che vuole derogabile dai regolamenti il disposto della legge in applicazione dei principi generali della gerarchia delle

¹ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_5_2.wp

fonti. Del resto la normativa primaria fissa in contemporanea, nell'ottica della ratio della legge che vuole deflazionare il ricorso alla giurisdizione ordinaria, due principi, da un lato sancisce la condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le controversie ricadenti nelle materie elencate all'art. 5 D. Lgs. 28/2010 e dall'altro tutela la serietà della procedura con la possibilità di un intervento incisivo, relativamente all'eventuale regime delle spese processuali, da parte del mediatore, al fine di evitare che la mediazione si trasformi in un'attività totalmente inutile qualora una delle parti voglia sottrarsi arbitrariamente a qualsiasi accordo conciliativo.

È difficile pensare che la norma secondaria possa legittimamente escludere una facoltà che la norma primaria, invece, riconosce tra le modalità di esercizio della funzione di mediatore.

Poiché il problema è sorto occorre, quindi, individuare una valida soluzione. Nella molteplicità delle tesi e degli orientamenti, a partire da quello ministeriale, sulla possibile derogabilità dei regolamenti alla norma primaria, s'impone una necessaria valutazione della natura dei regolamenti in genere e, con particolare riferimento al caso di specie, a quelli degli Organismi di mediazione (per la cui procedura di approvazione da parte del Ministero della Giustizia, vedi infra).

La portata e la natura dei "regolamenti generali" sono pacificamente determinate in dottrina; più controversa è, invece, la qualificazione dei cosiddetti regolamenti interni che apre a molteplici zone d'ombra ed incertezze. Potrebbe, quindi, essere condiviso l'orientamento secondo il quale la definizione di regolamento interno presuppone una molteplicità di realtà giuridiche anche molto differenti tra loro².

Nel caso in riferimento, il regolamento di procedura degli Organismi di mediazione, avuto riguardo al procedimento di adozione, può essere inquadrato nel "regime" degli atti collegiali autorizzati.

Il quadro normativo che qui rileva trova fondamento in un'articolata disciplina. Il Ministero della Giustizia è tenuto, ex art. 16 cit., a valutare preventivamente l'idoneità del regolamento per l'approvazione della domanda di iscrizione nell'apposito registro ministeriale dell'Organismo di mediazione.

Il vaglio ministeriale impone, pertanto, un accertamento che si innesti sulla verifica di conformità alla legge delle previsioni contenute nel regolamento. Inoltre, è sancito in capo all'Organismo di mediazione l'obbligo di dare comunicazione di ogni successiva variazione che

² Sul punto interessante è la definizione di regolamenti interni di M. S. Giannini, quali atti giuridici non aventi efficacia esterna all'organizzazione in cui vengono adottati. Essi non possono essere considerati atti normativi. Tutto ciò comporta una molteplicità di regolamenti anche in funzione del tipo di organizzazione, di oggetto, di finalità o anche per procedimento di adozione o anche di finalità. Si pensi, ad esempio, ai regolamenti aziendali, quelli dei corpi militarmente organizzati, ai regolamenti di disciplina o per l'uso di impianti sportivi o ai regolamenti per l'uso delle fognature o per il trasporto pubblico. Cfr M. S. Giannini, voce Regolamento in generale, Enciclopedia del diritto, Milano, 1980.

decida di apportare per favorire il vaglio e l'approvazione ministeriale (ex art. 16 cit). Di fatto la mancata ratifica si porrebbe come condizione tale da impedire l'esercizio della funzione di mediazione all'Organismo stesso.

Inoltre, il controllo e la conformità alla disciplina normativa primaria degli atti regolamentari e dell'attività svolta dagli Organismi di mediazione, soprattutto quelli di natura privata, viene costantemente e continuativamente testata e verificata, con riferimento a profili di professionalità e di efficienza, ad opera del responsabile della tenuta del registro degli Organismi istituito presso il Ministero della Giustizia (ex art. 4 del Decreto Ministeriale del 18 ottobre 2010 n. 180, postea DM 180/2010). In particolare, tra l'altro, l'art 4, 2° comma, lettera e), attribuisce al responsabile del registro la verifica delle "garanzie di indipendenza, imparzialità, e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione, nonché la conformità del regolamento alla legge e al presente decreto anche per quanto attiene al rapporto giuridico con i mediatori".

In pratica, si è in presenza di una condizione che ha ben scarsi riferimenti. Il Ministero della Giustizia, oltre ad intervenire nella fase preliminare con l'approvazione del regolamento, ha un dovere continuo di verifica soprattutto per l'attuazione applicativa del regolamento da parte dell'Organismo di mediazione.

Inquadrata la normativa, il regolamento viene ad operare, secondo i principi generali di diritto, nello spazio vuoto lasciato dalla legge, pur sempre nel rispetto della ratio e dei principi disciplinati. Rilevano, inoltre, anche i limiti imposti che comportano, attraverso il regolamento, un'attuazione che non ecceda le previsioni normative primarie.

In particolare, il tema della derogabilità alla norma primaria ad opera del regolamento si potrebbe porre anche con riferimento ad un'altra fattispecie. Allo stato risulta che alcuni Organismi abbiano assunto un regolamento che contempli l'obbligo dell'assistenza tecnica per le parti, nel totale silenzio della norma primaria. Certamente è un'ipotesi rovesciata e diversa rispetto a quella esaminata e relativa alla facoltà del mediatore di formulare una proposta. In quel caso il regolamento deroga ad una facoltà espressamente prevista dal legislatore ordinario, in questo caso si occupa uno spazio normativo vuoto, ma creando un vincolo per le parti. E sulla possibilità di rendere l'assistenza tecnico-professionale degli avvocati obbligatoria per le parti in mediazione ci si chiede, nel merito, quali potrebbero essere gli effetti per la parte che è chiamata ad aderire alla mediazione presso l'Organismo scelto dall'istante, nel cui atto regolamentare è previsto tale obbligo. Una siffatta previsione potrebbe tradursi come un onere gravoso ed eccessivo per la parte che decida di non avvalersi del proprio avvocato di fiducia, certamente non previsto con norma primaria.

Da qui si impone, quindi, una successiva riflessione sul tema dell'efficacia del regolamento per le parti che, secondo la previsione normativa, sono, di fatto, poste su piani differenti. L'istante (soggetto attore nella mediazione equivale al primo richiedente) potrà valutare e scegliere, in assenza di alcun criterio relativo alla competenza territoriale, l'Organismo di mediazione con proprio regolamento autorizzato ed applicato che riterrà più opportuno. La controparte (evocato nella mediazione), invece, subirà la scelta dell'istante, con la duplice alternativa o di aderire, con invio di accettazione, od optare per la non partecipazione al procedimento con il rischio, però, che potrebbero applicarsi le conseguenze previste ex art. 8, 5° comma, in tema di mancata partecipazione senza giustificato motivo³.

Va altresì precisato che, ai sensi dell'art. 7 DM 180/2010, il regolamento "è derogabile con il consenso di tutte le parti del mediatore e del responsabile dell'organismo". Resta, tuttavia, aperta la discussione sulle conseguenze derivanti dal rifiuto di una delle parti nell'aderire ad un regolamento derogatorio che si pone quindi parzialmente o totalmente come alternativo a quello originale. Dinanzi al rifiuto di una delle parti e nell'ipotesi che la mediazione debba considerarsi conclusa negativamente, ci si pone il dubbio di quali possano essere le valutazioni che il giudice, nella fase successiva alla fallita mediazione, debba sviluppare, anche nel determinare a chi attribuire gli oneri della mancata adesione - voluta - alla mediazione.

Il regolamento degli Organismi di mediazione, quindi, può essere qualificato come un atto tale da produrre effetti all'interno dell'organizzazione che lo ha adottato nel pieno rispetto delle libertà e delle garanzie, previste dalla legge, nei confronti di tutte le parti coinvolte nel procedimento di mediazione; per questo fine l'atto regolamentare dovrà imporsi come strumento di mera esecuzione della disciplina prevista con decreto legislativo.

Queste puntualizzazioni sono funzionali, tra l'altro, anche alla valutazione della facoltà riconosciuta ex lege al mediatore di formulare una proposta conciliativa (prima ipotesi affrontata).

Va rilevato come la disciplina normativa sul punto è particolarmente nitida e che regolamenti autorizzati, che restringono il campo di tale facoltà fino alla completa soppressione, creerebbero pericolose discrasie, con conseguente sovversione del principio della gerarchia delle fonti.

E' qui utile richiamare la disciplina normativa che qualifica il mediatore, ex art. 8, 3° comma, D. Lgs. 28/2010, come colui chiamato ad adoperarsi per favorire l'accordo amichevole delle parti e definire così la controversia. A tal fine, nel rispetto delle volontà dei soggetti interessati alla conciliazione, il mediatore può formulare una proposta quando le parti non abbiano raggiunto un accordo o quando le stesse gliene fanno concorde richiesta, ex art. 11, D. Lgs. 28/2010.

³ Il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c..

Prima della proposta, il mediatore è chiamato ad informare le parti delle conseguenze previste dall'art. 13 D. Lgs. 28/2010, in caso di rifiuto le spese potrebbero ricadere sul processo. Occorrerà, quindi, specificare che se alla definizione del successivo ed inevitabile giudizio, il provvedimento del giudice corrisponderà al contenuto della proposta, sarà esclusa la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo oltre al versamento di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Se, invece, il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponderà interamente al contenuto della proposta il giudice, per ragioni gravi ed eccezionali, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore.

In tale quadro normativo, tuttavia, si deve tener conto anche della nota illustrativa⁴ emessa dal Ministero della Giustizia, che, fermo restando l'onere per il mediatore di "fare la proposta se le parti concordemente glielo richiedono. Negli altri casi il mediatore può fare la proposta, se il regolamento dell'organismo lo prevede".

La previsione ministeriale, come sopra già anticipato, pone più di qualche dubbio, nella parte in cui subordina la facoltà della proposta, in capo al mediatore, solo ad una previsione regolamentare del singolo organismo. Tutto ciò, eliminando una possibilità che al mediatore debba essere riconosciuta, così come prevede l'art. 11 cit. ("quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione").

Il pericolo è che si possa stravolgere la ratio sottesa al nuovo procedimento di mediazione. Se fosse confermata, in sede di valutazione di idoneità, l'interpretazione ministeriale si potrebbe determinare una innaturale scelta, ad opera della parte, dell'Organismo che sottrae, col proprio regolamento, al mediatore la facoltà di formulare una proposta.

E va qui nuovamente richiamata la posizione della parte che subirà il regolamento dell'Organismo scelto dall'istante. Facendo salva la disciplina sopra richiamata della derogabilità al regolamento purché sia accettata congiuntamente da tutte le parti, qualora sorgesse un conflitto proprio sulla non condivisione dell'atto regolamentare, sarà solo il vaglio del giudice ordinario, in via pregiudiziale, a dover dirimere il contrasto manifestatosi, con tutte le problematiche, di cui sopra, connesse a tale verifica.

Queste previsioni non sono lontane dalla realtà, tenuto conto che sono numerose le proposte di regolamenti di organismi, che, in via di accreditamento con provvedimento ministeriale, privano il mediatore della libera facoltà di formulare la proposta⁵. Così facendo, verrebbe ad essere

⁴ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_5_2.wp

⁵ Cfr. Unioncamere punta a un metodo unico nazionale, in *Gli speciali di Guida al diritto*, n. 10, 05/03/11, p. IX.

aggirata la disciplina obbligatoria, nelle controversie in materie previste ex art. 5 D. Lgs 28/2010, della mediazione, con la conseguenza che l'eliminazione della facoltà possa intendersi come sottrazione di una pur minima sanzione alla preventiva, ingiustificata ed assoluta indisponibilità di una delle parti nell'addivenire ad un accordo.

Nel merito dell'analisi di tale facoltà, si osserva che la previsione normativa fonda la sua ratio nella voluntas legislativa di affidare alla mediazione e ai suoi meccanismi un'opportunità di successo, così da non essere paralizzata dal rifiuto pretestuoso ed irrazionale di una delle parti, che, ad oltranza, potrebbe artatamente frenare il buon esito della conciliazione e, dunque, compromettere l'essenza stessa della mediazione.

E' per questo che, la facoltà attribuita al mediatore, rappresenta un validissimo strumento per la riuscita del nuovo procedimento di mediazione, soprattutto in caso di rifiuto ingiustificato di una delle parti. Significativa, a tal fine, è la previsione che susseguentemente al rifiuto della proposta del mediatore vi siano conseguenze significative sul piano delle ripartizioni delle spese processuali nella successiva fase giudiziale.

Così come delineata dalla normativa, la proposta del mediatore può diventare una positiva soluzione di contrasto alla volontà temeraria della parte di ricorrere al successivo giudizio. Questa impostazione riqualifica, quindi, il ruolo del mediatore che, anche in presenza della concorde richiesta delle parti, può in qualunque momento del procedimento formulare una proposta. E' evidente che tale facoltà, apre le porte ad un mediatore chiamato a vestire i panni del valutatore, quando, ritenga maturo il dialogo ed il confronto così da rendere legittima una proposta di conciliazione, il cui eventuale rifiuto per una delle parti potrà produrre conseguenze significative nel successivo processo giudiziario, sempre che il provvedimento giudiziario coincida interamente con il contenuto della proposta.

La valutazione del mediatore si pone, quindi, come massima espressione della bravura tecnica del soggetto chiamato a dirigere il confronto tra le parti. E', infatti, nella professionalità elevata del mediatore e nel libero arbitrio riconosciutogli che trova asilo la formulazione di una proposta, priva dell'obbligo di motivazione, non essendo atto decisorio.

Le conseguenze della proposta rilevano, poi, anche sul naturale piano della responsabilità professionale non solo del mediatore ma anche in capo all'organismo di conciliazione presso il quale egli è chiamato ad esercitare le sue funzioni. In questo senso si inserisce il principio sancito dall'art. 7 del DM 180/2010 in tema di diritto di accesso delle parti agli atti del procedimento di mediazione, nei limiti imposti dal dovere di riservatezza, ex art. 9 D. Lgs. 28/2010, con la conseguente possibilità per l'organismo di rispondere in caso di errore del mediatore. E' per questo che assumono rilevanza, in primis, l'ammonimento da parte del

mediatore, in caso di rifiuto della proposta, circa le possibili conseguenze, ex art. 13 D. Lgs. 28/2010, nell'eventuale giudizio successivo ed, in secundis, la forma scritta della proposta che deve essere comunicata alle parti.

La disciplina prevista dall'art. 11 D. Lgs. 28/2010, va combinata con l'art. 7 del DM 180/2010, in cui si prevede che nei regolamenti di procedura adottati dagli organismi di mediazione la proposta possa provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente e che la proposta possa essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione.

In conclusione, è da ritenere che lo spazio occupabile da tali tipi di regolamenti sia quello meramente applicativo evitando sia le deroghe ai principi fissati dalla normativa primaria sia di dare alle parti un contenuto applicativo che comporti oneri o libero da oneri che in assenza della normativa secondaria non troverebbe voce nella fase di mediazione. Resta la fondamentale considerazione che l'Organo – il Ministero della Giustizia –controllante il regolamento dal punto di vista del contenuto ha anche una competenza esplicita in ordine alle modalità di applicazione. Sarà inevitabilmente l'evoluzione giurisprudenziale a dare risposte a molti di questi quesiti.

Innovazione e Diritto

Brevi riflessioni su alcuni dubbî di legittimità costituzionale del dlgs. 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali

di Paola Mazzina

Il dlgs. 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali merita di essere segnalato come primo intervento organico che, nell'ambito delle forme di risoluzione alternativa delle liti, non circoscrive il campo di azione della conciliazione a settori specifici (come finora è avvenuto) ma prova ad allargarne gli orizzonti, generalizzandone quasi completamente l'applicazione¹.

¹ Il dlgs. 28/2010, com'è noto, prevede quattro specie di mediazione-conciliazione: a) la mediazione-conciliazione meramente "facoltativa" che le parti possono chiedere all'organo di mediazione-conciliazione ove la controversia verta su diritti disponibili (art. 2); b) la mediazione-conciliazione "delegata" dal giudice in qualsiasi momento su consenso delle parti (art. 5, 2° co.); c) la mediazione-conciliazione "concordata" come obbligatoria dalle parti nel contratto, statuto o atto costitutivo (art. 5, 5° co.); d) la conciliazione-mediazione "obbligatoria" ex lege (art. 5, 1° co.) relativa a tutte le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto d'azienda, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (anche non a motore), da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. In queste ultime due ipotesi il preventivo esperimento del procedimento di mediazione-conciliazione, costituisce requisito di procedibilità (non di proponibilità) della domanda giudiziale, rilevabile su eccezione

Su un piano generale va rilevato che il legislatore, avvalendosi di una procedura ad alto tasso di informalità - attraverso la quale un terzo imparziale mette in contatto parti contrapposte da un conflitto per favorirne la composizione - è ricorso ad una pratica che, anche nel nostro ordinamento, negli ultimi anni, si sta molto sviluppando².

Se i metodi di composizione alternativa delle liti si sono, com'è noto, affermati negli Stati Uniti soprattutto dagli anni Settanta del secolo scorso con il nome di alternative dispute resolution, in sigla ADR, le loro origini, tuttavia, possono farsi risalire all'epoca dei primi coloni inglesi allorquando un aspetto importante dell'etica e della prassi, era di risolvere le controversie fuori delle Corti³.

Tale scelta risultava fortemente condizionata da una "religiosità utopica fondata sulla ideologia della comunità", nel cui contesto il ricorso al processo era scoraggiato, in quanto ci si attendeva che le dispute fossero risolte in forma "comunitaria" preferibilmente attraverso la mediazione⁴.

Se si considera, invece, il fenomeno europeo dal quale ha preso le mosse il dlgs. 28/2010, si comprende che la spinta antigiusdizionale statunitense non corrisponde all'approccio dell'UE nella misura in cui la scelta di fondo è a favore della mediazione/conciliazione più per ragioni di completamento, diversificazione ed omogeneizzazione del sistema di tutela dei diritti a favore dei cittadini europei, che per modificare un sistema giudiziario considerato inadeguato⁵.

A diversificare le ragioni sottese alla scelta di tali forme alternative concorre oggi anche il fenomeno della globalizzazione, che - nello spostare su un piano territorialmente ultrastatuale i conflitti - evidenzia l'inadeguatezza dei modelli processuali tradizionali.

del convenuto o anche d'ufficio non oltre la prima udienza (art. 5, 1°co.). Riporta ed approfondisce le distinzioni A. PROTO PISANI, Appunti su mediazione e conciliazione, in *Il Foro it.*, 2010, pt. V, p. 142 ss.

² Sulla cultura comparata della conciliazione e i precedenti interventi legislativi italiani in materia, si veda la rassegna di S. PRISCO, Mediazione dei conflitti e difesa civica, in *Contributi per un'analisi sulla tutela dei diritti*, a cura di M. Fiorillo, Torino, 2007, p. 27 ss.

³ Per approfondimenti si rimanda a D. MARINELLI, *Adr (Alternative Dispute Resolution). Guida operativa per conciliatori e arbitri*, Napoli, 2007, con appendice bibliografica.

⁴ Sulle altre concause individuate in letteratura si sofferma M. F. GHIRGA, Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 368 e s.

⁵ Cfr. Direttiva 2008/52/CE relativa alla mediazione in materia civile e commerciale. La Direttiva pur rivolgendosi ai casi di controversie transfrontaliere, non vieta - anzi sembra incoraggiare - agli Stati membri di applicare la disciplina anche ai procedimenti di mediazione interna. Sui primi commenti alla Direttiva de qua si veda M. F. GHIRGA, cit., p. 357 ss.

La crescente complessità dei rapporti che si sviluppano, più che adattarsi ai modelli tradizionali, sembra favorire forme più flessibili di loro regolazione.

In questo contesto, si è osservato, lo stesso ruolo del diritto - di selezionare gli interessi da tutelare - si presenta riduttivo, in quanto non prende in considerazione interessi che ad esso sfuggono, ma che - in quanto espressione di una flessibilità relazionale che evidenzia l'affiorare di interessi nuovi - possono assumere rilevanza in fase di soluzione del conflitto stesso⁶.

Si ritiene, pertanto, che una prima categoria di controversie che meglio si adatta alla soluzione della mediazione sia quella in cui «[...] le parti sono inserite in un gruppo o intrattengono una durevole relazione sociale o economica. In questi casi, il processo civile, andando alla ricerca di un torto e di una ragione nel passato, spesso determina una frattura insanabile, diversamente dalla conciliazione capace di allargare la prospettiva e preservare le relazioni future tra le parti [...]»⁷; un'altra categoria è quella delle controversie di modico valore, in cui il rapporto costi/benefici rappresenta una scriminante a sfavore della difesa dei propri diritti: si pensi alle controversie in cui è protagonista un consumatore o un utente di un pubblico servizio⁸.

In tal senso, la mediazione permette di analizzare tutti quegli aspetti che restano estranei alla fattispecie giuridica, ma che rispondono comunque a interessi delle parti.

Detto in altri termini, pur nella consapevolezza che il rapporto che comunque si crea è previsto e regolato dal diritto ed alle sue categorie finisce con l'attenersi, essendo fissati diritti ed obblighi del e nel rapporto, si ritiene che la mediazione, rivolgendosi anche alla tutela degli interessi non preventivamente giuridicizzati, rifugga dal diritto, piuttosto - o prima ancora che - dal processo⁹: da forma deflattiva del processo, si presenta come strumento di access to justice¹⁰, come strumento ulteriore di tutela dei diritti.

⁶ ID., p. 371.

⁷ Così R. CAPONI, La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del dlgs. 4 marzo 2010, n. 28). Quadro generale, in *Il Foro it.*, 2010, pt. V, p. 91.

⁸ *Ibidem*.

⁹ M. F. GHIRGA, cit., p. 371.

¹⁰ R. CAPONI, La giustizia civile ..., cit., p. 92.

La correttezza di queste considerazioni è dimostrata dalla stessa Direttiva 2008/52/CE pensata per le controversie transfrontaliere, in cui il criterio della territorialità e del diritto ad essa applicabile è messo in crisi dal fatto che una delle parti della controversia sia domiciliata o risieda abitualmente in uno Stato membro diverso da quello dell'altra o delle altre parti¹¹.

Se, comunque, i metodi di composizione alternativa delle liti, come si è sostenuto, si sono affermati negli Stati Uniti soprattutto dagli anni Settanta, nel nostro sistema hanno riguardato prevalentemente l'arbitrato e la mediazione.

Mentre il primo (artt. 806 ss. c. c.) si presenta come un giudizio privatizzato quanto ai decisori, le cui regole sono perlopiù oggettive e non disponibili dalle parti, almeno quando esso è rituale¹², la mediazione - istituto da tener distinto da quanto dispongono gli artt. 1754 ss. c. c. - è invece una negoziazione assistita, il cui vantaggio è che le parti possono controllare la medesima produzione delle regole che la disciplinano e l'andamento della composizione del contrasto che le divide.

In tutte le riflessioni su questa materia si rinviene - conformemente alle sue origini - che l'idea comune che regge la mediazione non è quella della vittoria e della sconfitta, ma del convincimento, del vincere assieme, nel senso del rimettere appunto in moto la comunicazione interrotta fra le parti¹³.

¹¹ M. F. GHIRGA, cit., p. 372.

¹² Viene in genere nominato un collegio ad hoc di giudici, uno da ciascuna parte, che poi a loro volta e d'intesa nominano il presidente; in mancanza di accordo, si chiede al presidente del tribunale territorialmente competente di individuarlo. Lo stesso arbitrato, quando però è irrituale, tende a sovrapporsi ad essa. Esistono poi modelli intermedi o misti fra questi due istituti. Uno è per esempio il med-arb, dove si incomincia con la mediazione e si finisce con l'arbitrato, non si riesce cioè a conciliare i contendenti con la mediazione e si approda all'arbitrato, il che presenta all'evidenza limiti di funzionalità, perché - sapendo che ci sarà dopo un arbitrato - nella fase della mediazione non ci si impegna per davvero, a livello profondo, a conciliarsi. Oppure si adotta il c. d. mini-trailer, ossia il mini-giudizio, una sorta di rappresentazione con esiti prognostici di prevedibilità (ovvero: insceniamo la lite e vediamo che cosa ne viene fuori, il che può aprire la via ad una riconsiderazione del conflitto e perciò ad una mediazione). Ancora, si può dar luogo alla c. d. valutazione preventiva neutrale, dove si chiede al tribunale di nominare un consulente cui affidare una valutazione dell'esito positivo della lite. L'istituto è previsto nell'ordinamento statunitense, da noi quello che più gli assomiglia è la consulenza tecnica preventiva (c. p. c., artt. 61/63); il nostro ordinamento conosce altresì la consulenza di parte, giurata, che si versa agli atti del giudizio come elemento utile all'istruttoria, durante il processo, ma esiste appunto anche quella preventiva, effettuata da un tecnico, che si chiede al giudice di nominare. Spesso, in presenza di taleespedito, ci si accorge che la parte alla quale essa è riuscita sfavorevole si ammorbidisce e si dispone ad una transazione o a riconoscere la pretesa altrui. S. PRISCO, *Mediazione ...*, cit., p. 39.

¹³ Ecco perché non siamo di fronte ad un arbitrato, anche se in qualche sua variante se ne lambisce il confine, perché nell'ipotesi di esso si rimane nel quadro di un ordine comunque imposto, non ci si spinge a pretendere il recupero spontaneo dell'ordine infranto dal conflitto e nemmeno - va aggiunto - si è in presenza di una transazione (art. 1965 ss.

Rispetto alle ragioni precedentemente riferite, si ritiene che in Italia, idee ed istituti di questo genere, nell'identità della struttura ma nella diversità del settore, hanno trovato spazio in un'area di applicazione che, nata da evidenti esigenze di snellezza e rapidità nel conseguimento di risultati di composizione delle controversie proprie della pratica degli affari, può con altrettanta evidenza estendersi utilmente al bisogno di ascolto e di giustizia sostanziale da parte dei cosiddetti "soggetti deboli"¹⁴.

Se i valori e i parametri costituzionali più immediatamente coinvolti sono da ricercare nei principi di cui agli artt. 1, 2, 3, 27, 29, 30, 41, 53 e 97 nonché nell'art. 118, ultimo comma, in questa sede ci si propone di porre l'attenzione sul rapporto che intercorre tra la mediazione ed i principi del diritto di difesa e del giusto processo più direttamente coinvolti nel recente dibattito. Concentrandosi soltanto sul dlgs. 28/2010 va rilevato che il provvedimento, nel prevedere dal 20 marzo 2010 il dovere di informazione da parte di ciascun avvocato ai propri assistiti della possibilità di avvalersi dello strumento della mediazione, affida in prima battuta la risoluzione dei conflitti ad una forma di alternativa al giudizio, tanto da rendere lo stesso un'extrema ratio, un mezzo a cui ricorrere solo nell'ipotesi in cui la conciliazione sia fallita o appaia assolutamente impraticabile¹⁵. Tale previsione, come è facile intuire, determina, in sostanza, un'inversione nel rapporto tra mediazione/conciliazione e giudizio: quest'ultimo, considerato nella pratica e negli indirizzi legislativi come il mezzo ordinario di risoluzione delle controversie, cede il passo alla

c. c.), che è un accordo con reciproci sacrifici parziali di ciascun contendente intorno alla posta del conflitto medesimo, insomma una vittoria a metà, certo però anch'esso non specificamente finalizzato al recupero del rapporto profondo tra le parti o al miglioramento in itinere del suo tono. Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ L'art. 5 elenca le controversie che, instaurate dopo il 20 marzo 2011 (art. 24, 1° co.), dovranno essere sottoposte al tentativo obbligatorio di mediazione salvo che le controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti la cui obbligatorietà è stata rinviata dall'art. 2, comma 16-decies, del d.l. n. 225/2010 convertito con l.10/2011, al 20 marzo 2012.

La scelta di inserire la previsione di tentativi obbligatori di mediazione ha fatto sollevare il contrasto che intercorre tra obbligatorietà del tentativo ed il principio di volontarietà che è proprio della mediazione. Sebbene «[...] il regime di obbligatorietà riguarda l'accesso alla procedura e non il suo svolgimento, né tanto meno l'accordo che rimane sempre e comunque rimesso alla volontà delle parti [...]» tuttavia, anche la mera imposizione del tentativo inevitabilmente influisce sull'approccio delle parti allo strumento, determinando un'alterazione della sua fisiologia volontaristica [...]. F. CUOMO ULLOA, Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione, in *I contratti*, n. 2/2010, p. 210. Si vedano, inoltre, i contributi di ID. Novità in materia di conciliazione e mediazione, in *I contratti*, 6/2009, p. 640 ss.; G. LAURINI, Sulla procedura alternativa di mediazione e conciliazione, in *Notariato*, 6/2009, p. 701 ss.; C. PUNZI, Le riforme del processo civile e degli altri strumenti alternativi per la soluzione delle controversie, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1197 ss.

conciliazione, strumento finora di carattere sussidiario e subalterno, certamente estraneo alla normale definizione della maggior parte dei conflitti giuridici interpersonali¹⁶.

Se il legislatore – nel porsi in linea con le nuove tendenze normative che oggi si stanno aprendo nella recezione di modelli stranieri (istituti e pratica della mediazione stragiudiziale dei conflitti ma anche, class actions) – sembra far proprio un criterio di “giustizia di prossimità”, volto ad apprestare «[...] una giustizia sostanziale più vicina ed “amichevole” di quella propria del giudice tecnico rispetto alle parti, [...] che si preoccupa di attenuare la centralità del momento statale e sanzionatorio [...]»¹⁷, resta da verificare il rispetto dei principi costituzionali.

La previsione dell’obbligatorietà della procedura di mediazione per molte controversie civili ha sollevato in letteratura ed in sede giurisprudenziale molti dubbi legati al successo dell’istituto ed alla sua costituzionalità.

Risulta, infatti, di difficile comprensione il motivo per cui la parte che ritenga di avere pienamente ragione debba per forza sottoporsi ad una procedura di mediazione e per forza vedersi costretta ad accettare oppure a rifiutare una proposta di conciliazione. Si osserva, infatti, che nelle liti, salvo quelle relative al quantum, l’attore o ha ragione oppure ha torto. I giudici, quando si discute dell’an e non del quantum, normalmente o accolgono o rigettano le domande, e assai raramente trovano una soluzione intermedia¹⁸. In tal senso «[...] la mediazione obbligatoria pregiudica chi ha subito un torto e vuole dallo Stato semplicemente giustizia, poiché lo Stato, invece, imponendo la mediazione, nella sostanza chiede all’attore di rinunciare a qualcosa, oppure di presentarsi al giudice con l’handicap di cui agli artt. 13 e 8, 5° co. E tutto questo è apparso in contrasto non solo con l’art. 24 Cost. ma anche con l’art. 3,

¹⁶ L’impatto reale di tale innovazione potrà dimostrarlo soltanto il tempo e l’esperienza, ma in sede di prima valutazione non va sottovalutata la finora radicata avversione del ceto forense all’istituto, che se da un lato può giovare di motivazioni nobili, come la migliore difesa tecnica del cliente, dall’altro non è esente dal sospetto di nutrire scarsa “appetibilità” per forme di risoluzione della lite meno lucrose dell’assistenza di una causa in giudizio. Tale atteggiamento potrebbe beninteso essere superato anche grazie alla previsione dell’art. 18 del dlgs. 28/2010, che consente ai consigli degli ordini degli avvocati di istituire organismi di conciliazione e a quelle degli artt. 17 e 20 che prevedono benefici fiscali. Scatta dal 20 marzo la prima informativa al cliente, a cura di G. Finocchiaro, in Guida al diritto, 12/2010, p. 54.

¹⁷ S. PRISCO, *Mediazione ...*, cit., p. 65 ss.

¹⁸ G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Il Foro it.*, 2010, pt. V, p. 146 ss. ed, in particolare, p. 148.

perché questa pretesa lo Stato la fa gravare sempre e solo sull'attore e non sul convenuto, e sempre e solo sulla domanda principale e non su quella riconvenzionale, che infatti la legge non subordina alla previa mediazione [...]»¹⁹.

In particolare il dlgs. 28/2010 nello stabilire l'obbligatorietà come condizione di procedibilità dell'eventuale successivo giudizio, sembra porsi in contrasto anche con l'art. 60 della legge delega 69/2009 nella parte in cui si prevede che la mediazione non debba precludere tale accesso²⁰. La violazione del dettato costituzionale, in altri termini, riguarderebbe oltre l'art. 24 Cost. anche, indirettamente, l'art. 77 Cost. per eccesso di delega.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ L. 69/2010 dal titolo "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile". Art. 60. (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali):

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.

3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;

b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;

c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro;

d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;

e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli;

f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;

g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;

h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;

i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche;

l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali;

m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti;

n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione;

Con riferimento alle esposte riserve, si è invece osservato che, se da un lato la Corte costituzionale ha avuto più volte modo di ammettere dilazioni temporali all'esercizio del diritto di azione in ragione della salvaguardia di interessi generali tra cui si riconosce anche l'ipotesi di alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari; dall'altro, l'art. 60 della l. 69/2009 «[...] non si limita a ribadire ciò, ma intende "accesso alla giustizia" in una accezione più ampia, europea (cfr. art. 81, par. 2, lett. e, TFUE)[...]»²¹. A chi sostiene che i dubbi relativi alla violazione dell'art. 24 Cost. verrebbero ulteriormente rafforzati dalla contestuale previsione dell'obbligatorietà e dell'onerosità del servizio di mediazione²², si risponde sostenendo che tale eccezione appare superabile soltanto nell'ipotesi in cui «[...] la corresponsione di un'indennità per il servizio è collegata da un nesso di corrispettività al valore aggiunto (rispetto alla giustizia civile statale) della mediazione amministrata [...]»²³.

Quanto alla compatibilità con i principi del giusto processo, va osservato che, diversamente dal processo che, com'è noto, è condizionato da ciò che le parti hanno chiesto al giudice, nel

o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181;

p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115;

q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi;

r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni;

s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

²¹ R. CAPONI, La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità, in www.judicium.it del 01/04/2011.

²² Tale previsione risulterebbe temperata dalla riduzione delle indennità in base all'art. 17, 4° co., lett. d) dlgs. 28/2010 ed all'art. 16, 4° co., lett. d), d.m. 180/2010; dalla gratuità del servizio per chi si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato ex art. 17, 5° co., dlgs. 28/2010; e da un limitato credito di imposta a detrazione di quanto pagato all'organismo di mediazione per il servizio reso.

²³ Questa esigenza sembrerebbe soddisfatta dalle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, comodato, affitto di aziende, e forse anche delle controversie in materia di contratti assicurativi, bancari, e finanziari. Fondato si ritiene il dubbio di legittimità costituzionale dell'obbligatorietà correlato ad un onere economico nelle controversie in cui il servizio reso dal mediatore non aggiunge nulla alla risoluzione giudiziaria se non l'intento di deflazionare il carico di lavoro dei giudici motivo che richiederebbe piuttosto un intervento normativo volto ad aumentare il numero dei giudici. Così R. CAPONI, La mediazione obbligatoria a pagamento: ..., cit.

procedimento mediativo/conciliativo tale materiale si forma nel dialogo con il mediatore, libero da qualunque vincolo di oggetto.

Al riguardo si è rilevato che, impregiudicati i diversi tipi di mediazione, essa si caratterizza per essere un percorso che, alimentato dal consenso delle parti, fa della comunicazione e dello scambio dialogico lo strumento essenziale per arrivare alla soluzione condivisa del conflitto²⁴.

Ricondotto ai principî del giusto processo, si osserva che se il processo giurisdizionale per essere giusto deve essere attuato in contraddittorio, questa condizione nel caso della mediazione/conciliazione rappresenta il fulcro dell'intero procedimento, l'elemento su cui si regge l'istituto. Sul punto, infatti, il dialogo ha un valore sostanziale: è attraverso il dialogo che si forma l'oggetto del conflitto al fine di svelare e negoziare gli interessi sottostanti alle loro pretese e giungere a soluzioni capaci di soddisfarle²⁵.

Considerando che lo snellimento dei processi (che ha in sé anche il positivo effetto deflattivo del carico di lavoro dei giudici professionali) a cui potenzialmente tende la mediazione/conciliazione rappresenta l'espressione della ragionevole durata dei processi che così risulta soddisfatta, le garanzie procedurali che devono offrire queste forme di risoluzione dei giudizi, pur non dovendo essere identiche ai rimedî processuali, devono però essere ragionevolmente equivalenti²⁶. Va da sé che al diritto ad un giusto processo deve corrispondere il diritto ad un'equa conciliazione. Pertanto, oltre alla garanzia del contraddittorio (ontologicamente ampiamente garantita) vi è quella della neutralità/imparzialità del mediatore.

Per assicurare il rispetto di tale esigenza - contrariamente a quanto la giurisprudenza ha ammesso con riferimento al processo civile circa la non necessaria contestualità del confronto dialettico tra le parti - è importante che in ogni fase della procedura mediativa, e soprattutto

²⁴ M. F. GHIRGA, cit., p. 376.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Oltre che come strumento di access to justice, la mediazione in Italia è stata considerata anche, se non prevalentemente, come strumento di deflazione del carico di lavoro dei giudici professionisti. Sulla effettiva capacità deflattiva della mediazione regolata dal dlgs. 28/2010 si vedano A. PROTO PISANI, cit., p. 142 ss.; R. CAPONI, La giustizia civile ..., cit., p. 89 ss.

quella concernente la formazione del suo ambito oggettivo, ci sia la presenza di entrambe le parti²⁷.

L'ulteriore attitudine della mediazione, poi, di intercettare torti che diversamente non verrebbero contestati (per il modico valore, i tempi medi del processo, i costi immediati della difesa tecnica non compensati dai benefici del provvedimento giurisdizionale) contribuisce a rendere questo rimedio conforme al dettato costituzionale e coerente con quel progetto internazionale sull'Access to Justice portato avanti negli anni Settanta del Novecento in Italia.

Nel porre l'attenzione sullo sviluppo degli strumenti di assistenza giudiziaria ai non abbienti, sull'organizzazione di una reazione aggregata delle vittime di illeciti plurioffensivi (tutela collettiva, c. d. class action) e sull'appena esposta semplificazione delle procedure e sviluppo dei metodi negoziali di composizione delle controversie, intesi come valore aggiunto rispetto alla giustizia civile statale, quel movimento individuò in queste nuove forme di accesso alla giustizia un contributo per rendere più effettivi i diritti²⁸.

L'ordinanza con cui il Tar Lazio ha disposto la sospensione del giudizio su due ricorsi per l'annullamento del d. m. 180/2010 presentati da varie rappresentanze dell'avvocatura rimettendo alla Corte costituzionale alcuni dubbi di legittimità costituzionale del dlgs. 28/2010, trasferisce su un piano giurisdizionale le numerose iniziative di protesta che gli avvocati hanno riservato alla mediazione.

Con l'ordinanza n. 3202/2011, la sezione I del Tar del Lazio ha rimesso la questione di legittimità costituzionale del nuovo strumento di risoluzione delle controversie alla Corte costituzionale ricorrendo ad una ricostruzione sistematica e ad una indicazione dei profili in contestazione e dei parametri costituzionali di riferimento. Tralasciando in questa sede una serie di eccezioni preliminari relative da una parte alla legittimazione ad impugnare degli organismi professionali e dei singoli avvocati e, dall'altra, alla sussistenza di un concreto interesse ad agire

²⁷ M. F. GHIRGA, cit., p. 376.

²⁸ Per maggiori approfondimenti si rinvia alla lettura di M. CAPPELLETTI, Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica, in Foro it., 1979, V, p. 54 ss.

rispetto ad atti di carattere normativo, quali quelli che hanno introdotto in via generale lo strumento contestato, l'analisi dei dubbî di costituzionalità ha indotto il Tar Lazio a distinguere due diversi aspetti di natura rispettivamente sostanziale e procedurale. Al riguardo, infatti, l'attenzione del giudice rimettente si sofferma, quanto al primo profilo, sulla conformità al diritto di azione ex art. 24 Cost., e relativamente al secondo profilo, sul rispetto da parte del dlgs. 28/2010 della legge delega 69/2009 e, quindi, dell'art. 77 Cost.

Le disposizioni interessate sono:

- 1) l'art. 5, 1° co., primi tre periodi, del dlgs. 28/2010: a) obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione; b) condizione di procedibilità della domanda giudiziale; c) improcedibilità eccepita su istanza di parte o d'ufficio dal giudice.
- 2) l'art. 16, 1° co., del dlgs. 28/2010 nella parte in cui dispone che sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza di parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione gli enti pubblici e privati che diano garanzie di serietà ed efficienza.

Volendo distinguere gli ambiti oggettivi (eccezioni mosse all'art. 5, primi tre periodi) e soggettivi (rilievi riguardanti l'art. 16, 1° co.) intorno ai quali ruota l'ordinanza di rimessione il giudice a quo ravvisa sul versante formale e pregiudiziale, la mancanza di una delega tale da estendere la disciplina della mediazione nei termini fissati dal Governo; sul versante sostanziale la violazione del diritto di azione e difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.

A dimostrazione di tali rilievi il giudice a quo sviluppa un ragionamento che prendendo le mosse dalla direttiva 2008/52/Ce, dalla normativa e dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria giunge a sostenere che, esaminata la delega contenuta nell'art. 60 della l. 69/2009, le disposizioni censurate risultano in contrasto con l'art. 24 Cost. nella misura in cui determinano, nelle considerate materie, «[...] una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce [...]».

L'eccesso di delega rilevato nell'ordinanza di rimessione deriva dalla considerazione che le prescrizioni particolarmente incisive del dlgs. 28/2010 avrebbero richiesto una più o meno diretta ed espresa previsione nella legge delega dalla stessa non ricavabile neanche in via implicita. In altri termini, le disposizioni impugnate risulterebbero in contrasto con l'art. 77 Cost., «[...] atteso il silenzio serbato dal legislatore delegante in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie, nonché tenuto conto del grado di specificità di alcuni principî e criterî direttivi fissati dalla legge delega (cfr. art. 60 della legge 69/09), che risultano stridenti con le disposizioni stesse [...]». Sul punto, il Tar del Lazio rileva come «[...] alcuni principî e criterî direttivi ((lett.c) e lett. n)) fanno escludere che l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie possa rientrare nella discrezionalità commessa alla legislazione delegata, quale mero sviluppo o fisiologica attività di riempimento della delega, anche tenendo conto della sua ratio e finalità, nonché del contesto normativo comunitario al quale è ricollegabile [...]».

Contro questi argomenti basterebbe richiamare le considerazioni precedentemente esposte. In realtà gli scenari presuppongono innanzitutto un cambio di paradigma culturale che non ammette soluzioni di compromesso. È verosimile immaginare che la posizione che assumerà la giurisprudenza costituzionale andrà nel senso o di accogliere l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'istituto o di respingerla, così dimostrando in questo caso, che l'obbligatorietà rappresenta, innanzitutto, la condicio sine qua no, per il funzionamento dell'intero sistema.

La conciliazione: esperienze internazionali e principi comunitari

di Raffaele Perrone Capano

Esperienze internazionali

Nell'ordinamento internazionale la conciliazione rappresenta un valido strumento di gestione della conflittualità eventualmente insorgente tra Stati.

Non a caso lo Statuto dell'O.N.U. all'art. 33 dispone: "Le parti di una controversia, la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono, anzitutto, perseguirne una soluzione mediante negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ricorso ad organizzazioni od accordi regionali, od altri mezzi pacifici di loro scelta. Il Consiglio di Sicurezza ove lo ritenga necessario, invita le parti a regolare la loro controversia mediante tali mezzi"

A ben vedere la conciliazione internazionale tende a facilitare l'accordo delle parti, sicché non riveste carattere vincolante. Esso si sostanzia in un procedimento affidato alle cd. commissioni di conciliazione, composte tuttavia da soggetti indipendenti e non da Stati. In base alla normale previsione dei Trattati la commissione di conciliazione è composta da cinque membri, dei quali uno è designato da ciascuno Stato parte, solitamente fra i propri cittadini, gli altri sono scelti di comune accordo tra i cittadini di Stati terzi, al fine di assicurare, per un verso, l'indipendenza dell'organo cui è affidato il compito di promuovere la soluzione della controversia, per altro verso, la fiducia delle parti rispetto a siffatto istituto. Alle Commissioni spetta il compito di accertare la controversia in ogni suo elemento, nonché i fatti che l'hanno generata, formulando una proposta di soluzione la cui accettazione è rimessa alla discrezionalità delle parti. La conclusione del procedimento rimanda ad un verbale contenente l'accordo delle parti, nonché le condizioni dello stesso, oppure la mancata conciliazione. L'intero procedimento è gestito nel rispetto del principio della segretezza, favorendo per questa via la disponibilità degli Stati ad addivenire a soluzioni transattive.

Nell'esaminare le diverse esperienze internazionali pare opportuno analizzare preliminarmente i diversi metodi ADR conosciuti ed applicati negli Stati Uniti d'America, dove i sistemi di

risoluzione alternativa delle controversie sono assai diffusi già da tempo. Trattasi di sistemi che perseguono tutti il medesimo obiettivo, ovvero gestire la lite mediante tecniche agevolate, contenute nei costi e nel tempo. Di seguito si riporta un breve elenco delle stesse:

Mediation: vale a dire la negoziazione facilitata dall'intervento di un terzo specializzato appunto nell'agevolare anzitutto la comunicazione, la creatività, nonché la correttezza della soluzione. È oltretutto prospettabile il coinvolgimento di aspetti ed interessi anche diversi da quelli causativi della controversia.

Arbitration: vale a dire un autentico processo gestito da giudici privati secondo regole e procedure scelte dalle parti, che può assumere l'efficacia vincolante di un processo giudiziario pubblico.

Med Arb: nasce dalla combinazione delle due procedure di cui sopra, ovvero le parti che hanno senza alcun esito positivo tentato la conciliazione affidano la soluzione della lite ad arbitri che decideranno la soluzione in modo vincolante.

Small Claims Resolution: una procedura abbreviata per controversie di modesta entità, rapporti condominiali, incidenti automobilistici di lieve entità, fatture contestate, che generalmente viene offerta gratuitamente da organizzazioni pubbliche.

Dispute Review Evaluation: una conciliazione privata cui le parti sono indotte da un formale invito da parte delle Corti di Giustizia statunitensi, quando le stesse ritengano possibile la soluzione in fase pre-dibattimentale, sulla scorta dei suggerimenti di un esperto.

Mini Trial: un mini processo che conduce ad un esito non vincolante, che consente di economizzare in termini di costi e tempi, ma impone la presenza di difensori di parte.

Private Judging: si sostanzia nel "noleggio" di un giudice, autorizzato dallo Stato su richiesta delle parti con il parere favorevole della Corte competente a decidere, che emanerà una decisione vincolante.

Summery Jury Trial: una valutazione approssimativa di probabili esiti di un procedimento davanti ad una giuria, per spingere le parti verso una soluzione conciliativa. Il giudice nomina la giuria competente a decidere, e in seguito si discute il verdetto, che le parti possono fare proprio oppure meno.

In Inghilterra si assiste ad un sistema non dissimile da quello caratterizzante l'esperienza statunitense sopra descritta. A tal proposito è sufficiente sottolineare l'operatività di sistemi quali il CEDR (CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION), ente senza scopo di lucro, e l'ADR GROUP, rete di studi legali e professionali, che gestiscono tecniche di ADR, effettuano formazione specifica e offrono consulenza e intervento professionale.

In Spagna, viceversa, opera il cd. “sistema arbitral de consumo”, istituto sussumibile per certi versi nel cd. arbitrato rituale: un’organizzazione pubblica, invero, senza formalità, risolve con effetti vincolanti i conflitti tra consumatori ed imprese nonché tra utenti professionisti (sono escluse le questioni penali), non recando pregiudizio alcuno alle procedure giudiziali. Il rito richiede di concludersi entro quattro mesi dalla costituzione di parte.

Esperienze di risoluzione alternativa delle controversie si rinvencono altresì in Germania. Ivi una tendenza in tal senso si è palesata già a partire dalla metà degli anni settanta, ovvero di indirizzare le liti verso forme di conciliazione preventive nell’intento di operare una sorta di “filtro” all’accesso alla giustizia contenziosa, in tal modo anzitutto “decongestionando” l’apparato giudiziario, in seconda battuta creando strutture più congeniali ai bisogni generati dall’evolversi della più recente società industriale.

In Francia nondimeno i sistemi ADR sono gestiti dal giudice; questi infatti, nella qualità di soggetto terzo ed imparziale, persuade le parti al fine di addivenire ad una transazione, e tuttavia ha la facoltà di attribuire a terzi la gestione delle procedure in questione. Il decreto n. 78381/1978 ha formalizzato la figura dei conciliatori “aventi come missione quella di facilitare, al di fuori di ogni procedura giudiziaria, la composizione amichevole di controversie, relative a diritti disponibili”. Da ultimo, un ruolo fondamentale è oggi svolto dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi (istituita negli anni ’20 per attuare l’arbitrato), sempre più operativa, specie negli ultimi tempi, nel campo delle ADR.

Infine in Argentina a partire dal 1996 è entrata in vigore una legge che qualifica il tentativo di conciliazione condizione di procedibilità della domanda giudiziale per tutte le cause civili e commerciali. La procedura è non dissimile da quella vigente nell’esperienza italiana.

Principi comunitari

I metodi ADR fanno costituito oggetto di attenzione anche da parte dell’Unione Europea.

A tal proposito è utile segnalare due Raccomandazioni della Commissione Europea in materia di conciliazione a tutela dei consumatori: la n. 98/257/CE, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea n. L115/31/98, “concernente i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo” e la n. 2001/310/CE, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea n. 109/56/2001, “sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo”, nonché la Raccomandazione del Consiglio n. 2000/C 155/01 “relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo”. Le suddette Raccomandazioni sottolineano:

“L’esigenza di rafforzare la fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato interno e la loro capacità di trarre pienamente vantaggio dalle possibilità che quest’ultimo offre loro”, nonché l’esigenza di prevedere “la possibilità per i consumatori di risolvere le loro controversie in modo efficace ed adeguato attraverso procedure extragiudiziali” per cui risulta essenziale “che tali procedure soddisfino criteri minimi che garantiscono l’imparzialità dell’organismo, l’efficacia della procedura, la sua pubblicità e la sua trasparenza” visto che “la maggior parte delle controversie in materia di consumo, per loro natura, sono caratterizzate da una sproporzione tra la portata economica della controversia ed il costo della risoluzione giudiziaria”.

Le Raccomandazioni precisano oltretutto una serie di principi:

- L’imparzialità: i responsabili della procedura sono designati a tempo determinato e non possono essere rimossi senza giusta causa, fondamentale l’assenza di conflitto di interessi con le parti
- La trasparenza: piena informazione alle parti prima dell’avvio della procedura circa il funzionamento della medesima in ogni suo dettaglio
- L’efficacia: disponibilità della procedura in capo alle parti, pure mediante l’utilizzo di sistemi elettronici, nonché termini stretti per la sua definizione
- L’equità: assoluta parità di condizioni per le parti, nonché concessione alle medesime di un “ragionevole” periodo di tempo per valutare la soluzione suggerita, linguaggio chiaro e comprensibile, chiarimenti sulle alternative giudiziarie

In ambito europeo assume altresì rilevanza il Libro Verde “relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale”, cui ha fatto seguito nel 2004 il “Codice europeo di condotta per mediatori” applicabile alla mediazione civile e commerciale.

Da ultimo si segnala la Direttiva 2008/52/CE “relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale”.

Obbligatorietà e conciliazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea

La Corte di Giustizia Europea, nell’ambito di un giudizio di rinvio pregiudiziale, con una sentenza del 18 marzo scorso (casi C-317/08,318/08-319/08-320/08), ha ribadito il favor conciliationis più volte espresso in ambito europeo anche dalle altre Istituzioni, statuendo che “l’art. 34 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) dev’essere interpretato nel senso che esso non osta ad una

normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali. Neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone".

Pur intervenendo in un settore specifico, la sentenza appare significativa nell'ottica della recente riforma organica e generale sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali, trovando nella stessa, la Corte, l'opportunità per esprimersi altresì in merito conformità delle norme italiane ad alcuni principi generali fondamentali dell'ordinamento comunitario, ovvero dei principi di equivalenza, effettività e tutela giurisdizionale effettiva.

Il giudice a quo (giudice di pace di Ischia) chiedeva alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in sintesi, se la direttiva servizio universale, l'art. 6 CEDU, la direttiva 1999/44/CE e le raccomandazioni 2001/310/CE e 1998/257/CE dovessero prevalere sull'art. 3 della delibera 173/07/CONS che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione. La controversia vedeva contrapposti alcuni utenti di servizi telefonici e le società fornitrici, Telecom Italia e Wind, per un allegato inadempimento all'obbligo di servizio universale previsto dalla direttiva 2002/22/CE riguardante i diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva "servizio universale"), recepita in Italia con il D.lgs. n. 259/2003 (codice delle comunicazioni elettroniche). In particolare, l'art. 34 della direttiva individua le coordinate che dovrebbero guidare i legislatori nazionali nella individuazione delle procedure extragiudiziali: semplicità e snellezza del procedimento, costi contenuti, un'equa e tempestiva risoluzione delle controversie, un sistema di rimborso o di indennizzo. Le società convenute avevano eccepito l'improcedibilità della domanda delle parti attrici per non essere stato esperito il tentativo di conciliazione pregiudiziale ai sensi della delibera 173/07/CONS Agcom. La Corte ha ritenuto la legittimità e conformità con il diritto dell'Unione del tentativo di conciliazione obbligatorio e pregiudiziale, così come previsto dall'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche e dal regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e

utenti, adottato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n.173/07/CONS. Risolta in senso positivo la questione della ricevibilità della domanda, la Corte ha individuato la normativa comunitaria applicabile. Per garantire un effettivo ed agevole accesso alla giustizia di utenti e consumatori e, dunque, anche ai rimedi stragiudiziali, il Legislatore sovra nazionale ha indicato agli Stati di istituire uffici e servizi on line per l’accettazione dei reclami. Le raccomandazioni 98/ 257/CE e 2001/310/ CE avevano già individuato le caratteristiche di tali procedure e degli organi competenti a conoscere delle controversie in via stragiudiziale, puntualizzando che le procedure conciliative possono trovare soluzione in un accordo tra le parti o in una decisione del terzo, idonea a produrre effetti vincolanti nei confronti delle parti, a condizione che le stesse siano state previamente informate della vincolatività ed abbiano espressamente accettato di partecipare ad una procedura con tali caratteristiche. Fermo restando che le raccomandazioni non sono vincolanti ma non del tutto prive di effetti giuridici, i giudici hanno escluso l’applicabilità della raccomandazione 2001/310/CE in quanto riguardante le procedure che si limitano ad un tentativo di riavvicinamento delle parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo. Il tentativo di conciliazione previsto dalla delibera 173/07/CONS è, a parere della Corte, rientrante in quelle procedure che portano alla risoluzione della controversia tramite l’intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione e dunque ha ritenuto applicabile al caso di specie unicamente la raccomandazione 1998/257/CE. Dunque, secondo la CGUE, la scelta del legislatore italiano di creare un meccanismo deflattivo del contenzioso, assicurando una più immediata tutela ai consumatori coinvolti, attraverso un tentativo di conciliazione obbligatorio per le controversie tra utenti e fornitori, esperibile innanzi ai Co.re.com regionali o, in alternativa, innanzi agli altri organi di conciliazione extragiudiziale previsti dall’art. 13 del regolamento dell’Autorità, è conforme al diritto comunitario. Avuto riguardo poi alla legittimità del tentativo obbligatorio, nonché alla sua previsione quale condizione di ricevibilità del ricorso, la Corte deduce dai principi contenuti nella raccomandazione 1998/257/CE e nell’art. 34 della direttiva “servizio universale” che spetta agli Stati membri, in sede di attuazione, di determinare le modalità con cui tali procedure devono essere esperite, ivi “compreso il loro carattere obbligatorio”, avendo, in ogni caso, cura di salvaguardare l’effetto utile derivante dalla direttiva. L’imposizione del tentativo, secondo i giudici di Lussemburgo, rendendo sistematico il ricorso ad esso “tende a rafforzare l’effetto utile della direttiva”, purché il consumatore non venga privato del diritto di adire i giudici competenti per la risoluzione della controversia. La direttiva servizio universale non prevede tale tentativo come obbligatorio ma nemmeno esclude tale possibilità. In questo senso, osserva la Corte, richiamando anche le conclusioni dell’avvocato generale, la previsione, da parte del legislatore italiano

dell'obbligatorietà del tentativo non solo raggiunge l'obiettivo previsto dalla direttiva, ma assicura una maggiore tutela di consumatori ed utenti, estendendo lo strumento a tutte le controversie che riguardano la materia oggetto della direttiva.

Successivamente la corte esamina la legittimità del tentativo obbligatorio di conciliazione alla luce dei principi di equivalenza e di effettività, da un lato, e del principio della tutela giurisdizionale effettiva, dall'altro. In ordine al rispetto del principio di equivalenza, la Corte osserva che il tentativo obbligatorio si applica sia su ricorsi fondati sul diritto dell'Unione che sul diritto interno. Quanto al principio di effettività, il tentativo obbligatorio non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva, in quanto il risultato della procedura non è vincolante e non incide sul diritto ad un ricorso giurisdizionale, la procedura non provoca ritardi sostanziali, sospende la prescrizione ed è gratuita. Sotto il profilo della ragionevole durata del processo, la procedura di conciliazione, dovendosi concludere entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della domanda, non comporta un ritardo sostanziale nell'avvio del processo davanti all'autorità giudiziaria. Peraltro, le parti, scaduto detto termine, possono proporre il ricorso anche ove la procedura non sia stata conclusa. Inoltre, nelle more della procedura di conciliazione, i termini di prescrizione e decadenza restano sospesi. La Corte, quindi, ha ritenuto la normativa nazionale tale da non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento giuridico comunitario. Difatti il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva è previsto dagli art. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (CEDU) e ribadito dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000. L'introduzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione pur rappresentando una limitazione per l'accesso alla giustizia e dunque, pur incidendo sull'esercizio dei diritti riconosciuti dalla direttiva, appare rispettosa del principio di tutela giurisdizionale effettiva. Secondo giurisprudenza costante, infatti, i diritti fondamentali non sono prerogative assolute ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano un intervento sproporzionato ed inaccettabile rispetto allo scopo perseguito, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti. La sentenza conclude nel senso che né l'art. 34 della direttiva 2002/22/CE, né i principi di equivalenza e di effettività, né il principio della tutela giurisdizionale effettiva "ostano" ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali.

Muovendo dalla funzione nomofilattica delle pronunce in sede di rinvio pregiudiziale e dal carattere vincolante delle sentenze della CGUE, può forse concludersi che con questa decisione la Corte abbia inteso anticipare e chiarire il proprio atteggiamento rispetto ai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, individuando il precedente giudiziale in esame quali saranno i criteri che la Corte potrà adoperare al fine di misurare la conformità al diritto comunitario delle eventuali normative nazionali di attuazione che prevedranno, come quella italiana (D. Lgs. 28/2010), l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, condizione di procedibilità dell'azione in sede giurisdizionale.

Il Bilancio Nazionale: le riforme nella storia

di Loredana Strianese

ABSTRACT

L'articolo, dopo aver esaminato le riforme che in materia di Bilancio dello Stato si sono succedute nel tempo, espone, nei tratti fondamentali, la struttura della nuova legge di contabilità e finanza pubblica (legge n. 196/2009), che ha avviato e predisposto un ampio processo di riforma delle regole di finanza pubblica e del sistema di contabilità dello Stato e delle altre amministrazioni pubbliche. L'attuazione della legge n. 196/2009 prevede l'esercizio da parte del Governo di una serie di deleghe legislative implicando importanti modifiche organizzative e comportamentali da parte delle amministrazioni. I principali obiettivi della riforma consistono nell'assicurare un governo unitario della finanza pubblica attraverso un più stringente coordinamento tra i diversi livelli di governo, la modifica del ciclo di bilancio in un'ottica di programmazione di medio periodo, l'aumento della trasparenza e il rafforzamento del controllo della spesa pubblica

Sommario: PREMESSA – 1. Dalla Riforma Stammati alla prima Riforma Amato. – 2. La Legge delega 3 aprile 1997, n. 94: la riforma della struttura del Bilancio. – 2.1. la nuova classificazione del Bilancio. – 2.2. la delega: sua attuazione. – 3. Legge Ciampi: suoi effetti e conseguenze. - 4. La legge 3 dicembre 2009 n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica): riattivazione del percorso di riforma del Bilancio dello Stato: “ mission” e “ programmi”; nuova identità del Bilancio dello Stato: le unità di voto parlamentare e la rimodulabilità delle spese – 4.1. Bilancio dello Stato, legge di stabilità, documenti programmatici di finanza pubblica – 5. Governo unitario della finanza pubblica e coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri: le nuove regole adottate dall'Unione europea e conseguenti proposte di modifica alla legge 31 dicembre 2009, n. 196 - QUALCHE CONCLUSIONE.

Premessa.- L'avvio ufficiale del lungo processo di riforma della contabilità nell'ordinamento pubblicistico italiano è avvenuto con la promulgazione della Legge 1° marzo 1962, n. 64 recante “ Modificazioni al regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, per quanto concerne il bilancio dello Stato, e norme relative ai bilanci degli enti pubblici” (Legge Curti), la quale venne intesa oltre che come occasione di rinnovamento tesa all' inserimento della politica della spesa pubblica nel quadro della programmazione economica, anche come il primo concreto passo verso la programmazione economica nazionale.

Tale risultato fu prodotto dall'esigenza di realizzare una classificazione dell'entrata e di destinazione della spesa strettamente correlata ai settori economici di provenienza, al fine di

poter compiere un controllo sugli effetti che la finanza pubblica genera direttamente sulla vita economica e sociale¹.

Detto ambizioso proponimento confluì successivamente in una più semplice operazione di unificazione in un unico disegno di un insieme di progetti di legge che sino ad allora avevano racchiuso in sé, singolarmente, i diversi provvedimenti di entrata e di spesa nei quali si sintetizzavano le decisioni di bilancio, con l'intento di renderli maggiormente coerenti con le finalità di governo dell'economia e della programmazione.

In affiancamento alla citata attività di proiezione di finanza pubblica delle decisioni programmatiche in un unico disegno di legge, avveniva anche una ristrutturazione della classificazione di bilancio attraverso la introduzione contestuale di una classificazione "economica" (per titoli e categorie) e di una "funzionale" (per sezioni), con il conseguenziale allontanamento dal criterio patrimoniale sino a quel momento vigente ai sensi della legge generale di contabilità², tendente a distinguere le entrate e le spese in "ordinarie" e "straordinarie". Difatti, successivamente le spese ordinarie e le spese straordinarie sarebbero state denominate rispettivamente "spese correnti" e "spese in conto capitale".

Il tentativo di favorire l'interconnessione dei flussi di bilancio con il processo produttivo e redistributivo del reddito nazionale che rappresentava il motivo conduttore della riforma in parola si rivelò insufficiente ad abbandonare il precedente modello e presentarne uno più innovativo e concretamente indirizzato a fronteggiare il collegamento tra programmazione e bilancio.

Solo nella seconda metà degli anni settanta il legislatore, spinto dalla reale necessità di allocare le sempre più circoscritte risorse pubbliche disponibili in funzione di possibili obiettivi individuati conseguibili, avviò la formulazione di schemi normativi coerenti con l'esigenza di rendere governabile la spesa pubblica, muovendosi in direzione della logica del "bilancio funzionale" (performance budget).

Vide, pertanto, la luce la Legge 16 maggio 1976, n. 335 recante "Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle Regioni", la quale, rappresentò il primo reale passo compiuto dal legislatore verso la costruzione di un legame organico, attraverso la normativa contabile, tra il processo di bilancio e la logica della programmazione,

¹ Per ampi approfondimenti: A. AMATUCCI, L'ordinamento giuridico della finanza pubblica, Napoli, 2007; L. DI RENZO, Politiche e istituti della finanza pubblica nazionale e europea, Napoli, 2007; C. ANELLI, F. IZZI, C. TALICE, Contabilità pubblica, Milano, 1996; A. BARETTONI ARLERI, Contabilità dello Stato e degli enti pubblici, Roma, 1997; A. BRANCASI, A. ANCILLOTTI, L'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali, Rimini, 1996; M. CARABBA, La razionalizzazione della finanza pubblica, in Atti XV Convegno di contabilità pubblica, Teramo, 1996; S. CASSESE, La trasformazione dell'organizzazione amministrativa, in Riv. trim. dir. pubbl., 1985, 374; L. CAVALLINI CADEDDU, Linee di riforma di bilanci pubblici, Torino, 2003; C. CONTE, Bilancio economico e bilancio funzionale. Prospettive, in Linee di riforma dei bilanci pubblici, Torino, 2002, 140; M. S. GIANNINI, Diritto Amministrativo, Milano, 1993; A. GRAZIANI, Il bilancio e le spese pubbliche, in Trattato completo di diritto amministrativo italiano, a cura di V. E. ORLANDO, IX, Milano, 1915; M. V. LUPÒ AVAGLIANO, La riforma del bilancio dello Stato, Padova, 2010; F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, 3° ed., Roma, 2010; P. DE IOVANNA, C. GORETTI, La decisione di bilancio in Italia, Bologna, 2008; M. C. GUERRA, A. ZANARDI, La finanza pubblica italiana, rapporto 2010, Bologna, 2010; L. CAVALLINI CADEDDU, GALLO, GIUSTI, G. LADU, M. L. LUPÒ AVAGLIANO, Contabilità di Stato e degli enti pubblici, 4° ed., Torino, 2004 e recensione di SCALIA, in Riv. dir. fin. sc. Fin., 2005, 578; A. BRANCASI, L'ordinamento contabile, Torino, 2005; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, Contabilità dello Stato e degli enti pubblici, Milano, 2005; G. GAMBALE, PERROTTA, I profili problematici delle procedure di bilancio nella recente evoluzione in Italia: il crescente rafforzamento del ruolo dell'esecutivo e la possibile definizione di "controlimiti" parlamentari, in Rass. parl., 2005, 477; G. INGROSSO, Corso di finanza pubblica, Napoli, 1969; G. PISAURO, La riforma del bilancio tra politica e amministrazione, in Ec. Pubbl., VI, 1998; A. MONORCHIO, La finanza pubblica italiana dopo la svolta del 1992, Bologna, 1996; VALENTINI, Il bilancio pubblico, Milano, 1927; G. ABBAMONTE, Principi di diritto finanziario, Napoli, 1975.

² Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440.

con la rimozione dei limiti istituzionali nonché operativi che andavano a fraporsi ad un efficace governo delle risorse³.

Siffatto articolato normativo incise sul ristretto limite temporale delle previsioni di bilancio collegando quelle del “ piano regionale di sviluppo” ad un “ bilancio pluriennale”, che avrebbe quindi rappresentato il quadro delle risorse che la Regione “ prevede di acquisire e di impiegare nel periodo considerato sia in base alla legislazione statale e regionale già in vigore, sia in base ai previsti interventi legislativi” (art. 1)⁴.

Appare del tutto comprensibile che l’assunzione della “ programmazione” come metodo di governo dell’attività regionale conducesse alla istituzionalizzazione dell’intervento per “obiettivi” e, naturalmente, per “programmi” e “progetti” come iter specifico adottato dall’azione regionale, vale a dire come espressione del potere di spesa ai fini dell’esercizio delle ordinarie funzioni regionali.

Tutto ciò comportò che attraverso detto sistema venissero assicurate le condizioni perché l’intera azione amministrativa si ancorasse sistemicamente e con coerenza alle indicazioni del documento di piano consentendo che all’attività di predeterminazione legislativa dei programmi e controlli seguisse realmente un’attività da parte della PA.

Risulta di tutta evidenza, quindi, che la “ svolta” risolutiva verso rinnovate modalità di decisione e gestione delle risorse pubbliche sia stata data proprio dal sistema contabile regionale tratteggiato dalla Legge n. 335/76⁵.

Di conseguenza,quasi necessariamente, di lì a poco prese corpo anche la riscrittura delle norme fondamentali in materia di bilancio dello Stato, come naturale espressione dell’esigenza di un “ costante affinamento ed adeguamento del bilancio dello Stato alla nuova realtà economica”, per cui esso si sarebbe dovuto articolare “ non come uno strumento di registrazione di decisioni già assunte, ma come documento fondamentale per le scelte di politica economica e, nello stesso tempo, di controllo della spesa pubblica”⁶.

Con la Legge n. 468/78 (Riforma Stammati) recante: “Riforma di alcune norme di contabilità generale dello Stato in materia di bilancio”, in aggiunta al bilancio annuale, si individuarono ed

³ In tema: SANTIROMANO, L’ordinamento giuridico, Firenze, 1945; SANTIROMANO, Il diritto pubblico italiano, Milano,1988; ASANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, Napoli,1984; F. SORRENTINO, Le fonti del diritto amministrativo, in AA.VV., Trattato di diritto amministrativo diretto da C. SANTANIELLO, Milano,2004; S. STAMMATI, Il buon andamento dell’amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento, in Scritti in onore di M.S. Giannini, Milano, 1988.

⁴ Secondo tale criterio riprese vigore il necessario collegamento tra i documenti della programmazione e quelli di bilancio, affinché il modello degli “ obiettivi” e delle priorità predeterminate nel primo conducessero a decisioni concrete rimuovendo il pericolo di riproporre assetti di entrata e di spesa consolidati, dando poi luogo alla questione della cd spesa “ incrementale”. Detto fenomeno si sostanzia nell’aggiornamento annuale delle dotazioni di risorse finanziarie dell’anno precedente, ordinariamente adattandole al tasso di inflazione. Un simile criterio finiva per delinarsi come un incentivo alla spesa, poiché solo provando di aver utilizzato le disponibilità previste dal bilancio si sarebbe potuto chiedere la conferma nell’anno successivo dello stanziamento aggiornato. Rimuovendo il sistema della spesa incrementale, invece, si posero le basi per una rinnovata analisi di tutte le spese, in termini di costi e benefici, impiantando un congegno di riforma del bilancio che rese possibile la pratica del bilancio a base zero.

Strettamente collegato all’implementazione di un modello di programmazione di bilancio, la Legge n. 335, con l’intento di introdurre margini di elasticità nella manovra di bilancio, intervenne sull’elemento della “ rigidità” rimodulando il rapporto tra legge di bilancio e leggi di spesa permettendo, di conseguenza, alla legge di bilancio regionale la rideterminazione, esercizio per esercizio, dell’evoluzione dei flussi finanziari concernenti gli interventi a carattere continuativo o ricorrente e a carattere pluriennale.

Quanto specificato avrebbe implicato che gli stanziamenti che avessero dato luogo ad impegni di spesa sarebbero stati iscritti in bilancio “ nella misura indispensabile” ai fini dello svolgimento delle attività od interventi “sulla base della legislazione vigente, ed in conformità ai programmi ed ai progetti della regione”.

⁵ In tema, diffusamente, G. MARCONI, Il sistema contabile delle Regioni a statuto ordinario, Torino, 1990, 10 ss; L. CAVALLINICADEDDU, La contabilità degli enti territoriali, in AA.VV., Contabilità di Stato e degli enti pubblici, Torino, 1995.

⁶ SENATO DELLA REPUBBLICA, VII legislatura, Atto n. 1095, Relazione al disegno di legge “ Riforma di alcune norme di contabilità generale dello Stato in materia di bilancio”, successivamente divenuta L. 5 agosto 1978, n. 468.

introdussero altri documenti giuridico-contabili già previsti per la contabilità delle Regioni a statuto ordinario quali il bilancio pluriennale ed il bilancio di cassa, ma anche del tutto nuovi come la legge finanziaria.

Il successivo significativo intervento in materia fu rappresentato dalla L. 23 agosto 1988, n. 362, recante: "Nuove norme in materia di bilancio e di contabilità di Stato" tesa a porre rimedio alle lacune e alle incoerenze che affiorarono sia sul piano costituzionale sia sul piano funzionale scaturenti dall'applicazione completamente distorta della stessa.

Solo nel 1997, con la Legge Delega del 3 aprile, n. 94 ed i relativi decreti di attuazione furono inserite nell'ordinamento contabile del bilancio cd. politico, le unità previsionali di base dando avvio così, alla contabilità analitica per centri di costo.

La citata riforma, esito di un serrato e lungo dibattito politico e istituzionale, impresso un cambiamento decisivo sul sistema della contabilità pubblica distinguendosi per l'abbandono dell'approvazione parlamentare dei singoli capitoli di bilancio a favore di aggregati più ampi delle poste attive e passive, con il dichiarato fine di accordare maggiore trasparenza e consapevolezza alla decisione da parte del Parlamento, più elasticità alla gestione finanziaria ed in particolare una buona governabilità alla spesa pubblica e infine, di rimarcare la responsabilità della classe dirigente pubblica nella gestione delle risorse.

Negli anni seguenti non si è assistito ad un ulteriore svolgimento di tale schema di ristrutturazione contabile e ci si è interrogati sulla conseguente situazione attuativa e sul come essa fosse decisiva per rendere i bilanci pubblici dei reali strumenti di razionale e produttivo impiego delle risorse al servizio della crescita economica e sociale, sino a giungere al 31 dicembre del 2010 laddove in virtù della legge n. 196 recante "Legge di contabilità e finanza pubblica" che riformando integralmente la L. n. 468/78, ha attuato un determinante restyling del bilancio attraverso, peraltro, l'istituto della delega legislativa, che solo al suo completo svolgimento, potrà offrire uno scenario più attendibile e armonico del nuovo assetto dei bilanci pubblici.

I contenuti della Legge n. 196 pur confluendo tutti nella revisione della struttura del bilancio, sono poi affiancati da innumerevoli altre disposizioni in materia di trasparenza, controllabilità e monitoraggio della spesa, di programmazione degli obiettivi di finanza pubblica, di copertura finanziaria delle leggi, di tesoreria e di programmazione dei flussi di cassa, di controlli da parte della Ragioneria.

Senza ombra di dubbio, la situazione dei conti pubblici del nostro Paese, resa, peraltro, sempre più problematica dalla scarsità delle risorse finanziarie e dal loro spesso irragionevole e improduttivo impiego, ha sensibilmente contribuito ad indurre il legislatore a rivisitare gli istituti di bilancio del nostro ordinamento.

Difatti l'attenzione posta, concentrandosi quasi interamente sulla spesa a causa della necessità di contenere il disavanzo pubblico evitando di incidere sulla già elevata pressione fiscale, a fatto sì che, dalla nuova normativa, venissero approntate misure tese ad una sempre più attenta pianificazione, nonché razionalizzazione della spesa pubblica a fronte di un più rigoroso controllo della stessa.

Non si è trattato, dunque, di una coincidenza che la legge in discorso sia nata quasi contemporaneamente alla Legge 5 maggio 2009, n. 42, Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione, nella quale oltre al compito di concepire un modello finanziario nell'ambito del quale gli enti territoriali potessero godere di autentica autonomia di entrata e di spesa, il legislatore ha individuato stringenti regole in relazione all'attribuzione a quegli enti e alla destinazione delle risorse pubbliche da parte loro,

affinchè la spesa pubblica si caratterizzasse per la sua qualità e per il raggiungimento degli obiettivi immaginati.

Il primo prodromico passo verso la realizzazione del cd. federalismo fiscale è rappresentato dalla introduzione del “costo standard” dei servizi pubblici inteso anche come la prima effettiva risposta all’esigenza del contenimento della spesa pubblica e della sua riqualificazione concreta e non solo propagandata.

La riconsiderazione della spesa viene compiuta, in particolar modo, rivolgendo massima attenzione ai risultati dell’azione pubblica, da verificare con un sistema di indici all’altezza, il che permette di monitorare e quindi di valutare il livello di raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalle politiche in funzione delle scelte economiche e sociali. Per tale ragione l’attenzione ai “risultati” non può non prescindere dalla stessa impostazione della legge di bilancio.

Ciò che contrassegna la nuova struttura del bilancio e del rendiconto generale, è, invero, la comparsa delle unità di voto in sostituzione delle unità previsionali di base, immesse nel meccanismo anzidetto dalla Legge n. 94 del 1997, ovvero il voto attribuito dal Parlamento ai programmi di spesa, ossia all’obiettivo da raggiungere, attraverso un ben preciso impiego di risorse finanziarie, stabilito dal Parlamento.

La ratio, segnatamente di risultato, lueggiata dalla Legge n. 196/09 è volta non solo al perseguimento di una marcata “efficienza allocativa” e alla introduzione di una maggiore chiarezza sia sulle finalità oggetto dell’azione pubblica sia sulla entità delle risorse stanziare e spese, ma anche alla realizzazione di una “efficienza operativa” del settore pubblico, interpretata come miglioramento nella organizzazione produttiva, tesa alla concretizzazione degli obiettivi programmati relativi all’intervento pubblico e quindi a migliorare la resa dei fattori impiegati.

La normativa contenuta nella legge n. 196/09 è immediatamente operativa, in quanto arriva già al termine di una “sperimentazione” posta in campo dal MEF, vigente dall’esercizio finanziario 2008 (ci si riferisce a quella per “Missioni” e per “Programmi”).

Con detto articolato di legge la citata fase può ritenersi conclusa, ricordando che in presenza di un modello ordinamentale contabile di certo più confacente, vanno a delinearci tutte le condizioni perché il Parlamento, il Governo e le Amministrazioni pubbliche e locali (queste ultime, per via dell’armonizzazione dei bilanci dovranno anch’esse riscrivere i loro documenti contabili per Missioni e per Programmi) possano gravarsi delle loro responsabilità sull’utilizzo delle risorse pubbliche senza più immotivati rinvii e inammissibili spiegazioni.

1 - Dalla Riforma Stammati alla prima Riforma Amato

La riforma che prese corpo nel 1978 a seguito della Legge n. 468 segnò di certo un punto di discontinuità e di avvio di una fase nella quale, in ragione soprattutto delle innovazioni disposte con la novella del 1988 (legge n. 362), furono introdotti ed iniziarono ad operare strumenti (la legge finanziaria, le previsioni di cassa, il bilancio pluriennale, la disciplina dei conti della pubblica amministrazione, il Documento di programmazione economico finanziaria) e procedure parlamentari (la sessione di bilancio, l’esame della ammissibilità dei testi normativi sotto il profilo dei contenuti, della quantificazione e della copertura) assolutamente inediti rispetto al precedente trentennio di nascita ed evoluzione delle istituzioni della nostra democrazia repubblicana.

Il 1986 segnò un significativo momento di riesame critico dei primi otto anni di vigenza della riforma del 1978: il materiale di studio prodotto in quella fase molto ricco, pose le condizioni per

la formulazione della novella del 1988 (legge n. 362). La discussione fu avviata, esattamente come nel dibattito che si aprì in seguito all'approvazione della legge finanziaria per il 2007, dalla palese difficoltà a gestire nell'ambito delle procedure della sessione di bilancio una inspiegabile dilatazione dei contenuti normativi organizzati nella stessa legge finanziaria. Ciò rappresentò l'ambiguo motivo conduttore che accomunò tutte le fasi di questa storia. Ma nel 1986 il punto cruciale apparve un altro: non fu chiaro e soprattutto risultò fuori controllo, il rapporto tra le innovazioni normative, specie se di matrice parlamentare, e i loro effetti sulle previsioni ed i saldi del bilancio dello Stato costruito sulla base delle leggi in vigore. In senso tecnico-contabile, si prefigurò il problema del controllo della copertura della stessa legge finanziaria, ove avesse introdotto spese nuove o maggiori o minori entrate; in realtà, la sottoposizione della stessa finanziaria all'obbligo di copertura non è mai stata messa in discussione, tuttavia, la soluzione di tale aspetto non era apparsa pienamente convincente dal momento che: la ricaduta netta delle innovazioni recate dalla stessa finanziaria non era delimitata con precisione; l'equilibrio di riferimento, su cui si appoggiavano gli oneri da coprire non era ricostruito in modo limpido; la votazione del saldo netto dell'articolo 1 della stessa finanziaria, intervenendo al termine del processo deliberativo, copriva comunque, con il nuovo debito, tutte le eventuali maggiori spese, a prescindere dalla loro qualità e continuità.

Rimaneva comune il convincimento che la riforma del 1978 facesse perno sulla valorizzazione nella decisione annuale di bilancio di "un indirizzo coerente di politica finanziaria e della spesa pubblica sulle cui scelte di fondo (struttura del prelievo obbligatorio; area dell'indebitamento; priorità nelle spese), governo e parlamento nazionale fossero chiamati ad un momento forte di corresponsabilizzazione e codecisione da realizzarsi nelle sede della legge finanziaria, che costituisce certamente l'elemento di maggior novità rispetto al precedente assetto"⁷; era, inoltre, comune la persuasione secondo cui, all'interno del vincolo temporale della sessione di bilancio, la linea degli obiettivi di finanza pubblica da conseguire in sessione dovesse essere determinata in modo più nitido, e specialmente in modo più vincolante per lo stesso governo, per la sua maggioranza e per l'opposizione.

Sottesa alle coordinate interpretative dell'articolo 81 Cost. affiorava un passaggio, un punto di possibile ottimizzazione del nostro assetto parlamentare. La questione non era, e del resto non è mai stata, quella di un vincolo contenutistico, di una regola fiscale di valore costituzionale (pareggio di bilancio, pareggio di parte corrente, regola aurea, ecc.) da applicare pedissequamente al decisore politico; questo impianto era, e resta, fuori del nostro sistema costituzionale positivo. La questione era e parzialmente continua ad essere, quella di una rimodulazione dei limiti e vincoli procedurali e relazionali che il sistema dell'articolo 81 Cost. pone e può porre al governo e al parlamento. Una revisione che fosse, in qualche modo, capace di delimitare in modo più preciso e vincolante, per un verso, le istanze del governo, per altro verso, l'area e i limiti della emendabilità dei testi in parlamento.

Già nel 1986 agli attori politici ed agli osservatori più avveduti appariva chiara la natura relazionale e procedurale dell'articolo 81 Cost.: natura declinata attraverso la limitazione dei contenuti ammessi nella decisione di bilancio (comma 3) e il vincolo della copertura per le nuove leggi di spese e di minore entrata (comma 4). La natura relazionale del problema era ben sintetizzata dalla formula: "Di chi è il bilancio?" rilanciata fin dalla prima raccolta di commenti e riflessioni sulla legge n. 468⁸⁹.

La razionalizzazione dei sistemi parlamentari passa attraverso l'articolazione di procedure che condizionano reciprocamente i poteri del governo e delle Camere in materia di indirizzo di bilancio (entrata-spesa), riconoscendo, secondo schemi storicamente diversi secondo le

⁷ Senato della Repubblica 1986, VI.

⁸ In tal senso: S. RISTUCCIA (a cura di), *Il bilancio tra governo e parlamento*, Roma, Fondazione A. Olivetti, 1984.

differenti esperienze, le prerogative e le responsabilità del governo nello scegliere e nel difendere, con il sostegno della maggioranza, le sue priorità finanziarie. La vicenda politico-istituzionale che ha contrassegnato l'evoluzione della materia in esame, prendendo le mosse proprio dal 1978 sino a giungere ai nostri giorni, ha segnato momenti di innovazione sia nella prassi sia nelle procedure ancorchè non abbia mai individuato un punto di arrivo solido e attendibile.

La Riforma Stammati si inserisce all'interno del perimetro di gioco che delimita i rapporti tra governo e parlamento nelle procedure di bilancio, innovandolo e ampliandolo attraverso lo strumento della legge finanziaria spezzando così la tipicità, di marca contabile, dei documenti di bilancio quali conformati dalla legislazione preesistente, creando di conseguenza, le condizioni di procedura parlamentare (successivamente sviluppate con le novelle del 1988) per introdurre, vera novità nella vicenda repubblicana, la sessione di bilancio, ossia una disciplina che nei tempi e nei modi istituisce un luogo protetto per l'iniziativa governativa.

Ma tale morfologia degli strumenti e delle procedure aprì prontamente due argomenti cruciali: quello della latitudine delle innovazioni che possono essere veicolate nella legge finanziaria; quello del controllo dei vincoli quantitativi e qualitativi che il governo ha impresso alla sua proposta.

La tematica legata alla collocazione sistemica della legge finanziaria tra il comma 3 (limiti funzionali all'innovazione normativa) e il comma 4 (obbligo di copertura) dell'articolo 81 Cost. divenne, al di là della sua soluzione tecnico-giuridica, una significativa questione di ordine pratico e quindi politico: come si faceva ad utilizzare la «finanziaria» come strumento che non solo doveva garantire la copertura della parte corrente delle nuove spese (pareggio al margine della parte corrente), ma soprattutto doveva svolgere una funzione di vincolo-correzione per introdurre consistenti elementi di razionalizzazione e riduzione nel trend di crescita delle spese pubbliche e quindi consentire di ridurre sia il disavanzo annuale, sia lo stock del debito?

La legge n. 362 del 1988 fu figlia del pesante carico decisionale delle finanziarie dei primi anni '80, ritenuto del tutto non gestibile in quel quadro politico. Risultato delle riflessioni compiute nel biennio 1986-1988¹⁰, essa ritornò su alcuni nodi critici della legge n. 468: in primis, affidò ad uno dispositivo esterno alla sessione la definizione dei vincoli quantitativi e qualitativi che le Camere, su proposta del governo, si autoimponessero in sessione: si trattò del Documento di programmazione economico finanziaria e delle risoluzioni parlamentari che lo approvavano.

In secundis, definì in modo accurato la qualità dei mezzi di copertura che assolvevano correttamente all'obbligo di copertura e, soprattutto, immise nel procedimento di assolvimento dell'obbligo di copertura la fase della quantificazione tecnica degli effetti finanziari delle innovazioni normative presentate dentro e fuori della sessione di bilancio, prevedendo per tale fase l'onere di una ragionevole ricostruzione a regime delle spese. Si aprì così, la strada verso la costituzione dei Servizi del bilancio in parlamento (1990) e verso il marcato rafforzamento

¹⁰ A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Milano, 1985; V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969; S. COZZI, *Tecnica del bilancio e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1958; R. FAUCCI, *Finanza amministrazione e pensiero economico*, Torino, 1975; L. EINAUDI, *Conoscere per deliberare*, in *prediche inutili*, Torino, 1959; A. WILDAVSKY, *Budgeting is a political process*, in *The International Encyclopedia of Social Science*, New York, 1968; G. CAIANIELLO, *Bilancio, legge finanziaria, "coperture" e mitologie costituzionali* (per una sola legge di bilancio a Costituzione invariata), in *"Il Foro Amministrativo"*, 9/10, pag. 3461; RAFFAELE PERRONE CAPANO, *Ridurre le imposte sulle famiglie e sulla produzione per consolidare la ripresa; stabilizzare la pressione fiscale dando avvio alla riforma del fisco per accelerare il riequilibrio del bilancio: quadratura del cerchio o avvio di un possibile circolo virtuoso?*, in *"Innovazione e Diritto"*, n. 1-2, 2010, pag. 1-70; RAFFAELE PERRONE CAPANO, *La rinuncia a riformare il sistema tributario, sottovalutandone la crisi, per accelerare l'avvio del federalismo fiscale ha amplificato gli effetti della recessione e ora condiziona la ripresa frenandola*, in *"Innovazione e Diritto"*, n. 6, 2010, pag. 1-96.

del ruolo delle burocrazie governative preposte alla cura dell'equilibrio dei conti pubblici, in primo luogo, la Ragioneria generale dello Stato.

Il legame tecnica-politica venne pertanto ad inserirsi nel procedimento legislativo di bilancio con una sua nuova connotazione specifica che non fu solo di impronta contabile, ma che accentuò l'utilizzo di tutte le tecniche di previsione che attraversavano la struttura e la natura delle spese e delle entrate iscritte in bilancio.

La legge n. 362 del 1988, inoltre, snellì e tipizzò i contenuti della finanziaria a cui poterono essere affidati solo interventi di variazione delle aliquote o su leggi di spesa nel limite delle possibilità consentite dalle tabelle ivi contenute; spostò sui cd. «collegati» il carico delle innovazioni importanti, incluse eventuali deleghe legislative.

La XIII legislatura (quella in cui avvenne l'ingresso nell'Unione monetaria europea) fu chiamata a produrre una radicale correzione nei conti in poco meno di un biennio (1996/1997); ciò impose al governo di chiedere alle Camere di organizzare la discussione dei collegati come elementi temporalmente e funzionalmente propedeutici alla approvazione della legge finanziaria. Il carico decisionale di quest'ultima si trasferì senza ombra di dubbio sui collegati, deleghe incluse, accrescendone assolutamente i contenuti.

Nel periodo antecedente all'ingresso nell'Unione monetaria, sotto la spinta del ministro del tesoro dell'epoca, venne rivista in radice la struttura del bilancio (Legge n. 94 del 1997), con il dichiarato fine di aprire la strada ad una nuova presentazione dei modelli che autorizzavano la spesa: l'idea di fondo fu quella di ridurre il numero dei capitoli da oltre 6.000 ad alcune centinaia di unità di base, intorno alle quali proporre un esame parlamentare più approfondito; l'idea, in larga misura rimasta poi sulla carta, fu quella di valorizzare il ruolo del parlamento nella decisione di bilancio, migliorando la comprensione delle scelte macro e delle politiche di settore; si trattò inoltre di potenziare le attività di monitoraggio della Ragioneria generale dello Stato, come sintesi governativa degli specialismi coinvolti nel processo endogovernativo di quantificazione degli oneri (espresso nelle relazioni tecniche) e come polo di riferimento del lavoro dei nuovi Servizi del bilancio presso le Camere.

Entrati nell'Unione monetaria, a partire dal 1998 si ripropose in parlamento l'esigenza di ridimensionare la sessione di bilancio semplificandone i contenuti: la legge n. 208 del 1999 fu l'esito di questa ulteriore fase di novellazione della legge n. 468 del 1978. Si percepiva la sensazione più o meno diffusa che lo sforzo più importante di risanamento si fosse compiuto e, quindi, si potesse immaginare una fase più ordinata e distesa nell'esame dei documenti di bilancio. Sostanzialmente si tornò all'idea di una legge finanziaria in grado di intervenire anche con misure di sviluppo e quindi di spesa; mentre si espulsero decisamente dalla sessione i cd. collegati, affidati a fasi successive del lavoro parlamentare, in quanto considerati fonte di un ordito decisionale non gestibile in sessione, in modo limpido e ben scandito nei contenuti e negli effetti finanziari prevedibili nonché monitorabili.

Il passo decisivo verso un maggiore controllo delle finanze pubbliche fu compiuto con la riforma del 1988 (I Riforma Amato) che si concretizzò in un contesto di progressivo deterioramento dei conti che va dalla fine degli anni '70 sino alla fine degli anni '80' e che ebbe come mira quella ad introdurre – nell'ambito dei principi stabiliti dell'articolo 81 della Costituzione – procedure specificamente mirate al consolidamento della disciplina fiscale, in linea con un dibattito internazionale che già evidenziava distintamente la necessità di strumenti specifici ai fini del controllo della finanza pubblica. Negli Stati Uniti, l'istituzione del Congressional Budget Office, una delle prime esperienze di strutture dedicate alle analisi nel

campo della decisione di bilancio, avvenne nel 1974¹¹, accompagnata dopo circa dieci anni, dall'introduzione della prima regola fiscale imposta sul bilancio federale finalizzata alla riduzione del disavanzo pubblico (Gramm-Rudman-Hollings, 1985)¹². Le stesse regole di Maastricht, del 1992, i cui principi fondanti si rintracciano nel Rapporto Delors del 1986, nacquero sullo sfondo della fine degli anni '80 animato dalla crescente consapevolezza delle failures della politica fiscale.

Soffermandosi sul percorso di riforma del 1988, si rinvengono alcuni degli elementi della moderna visione della disciplina fiscale, frutto di una miscellanea di istituzioni, procedure e trasparenza. Tra gli strumenti introdotti in quel ciclo di riforme, di particolare interesse risultò l'adozione della programmazione economica di medio periodo, con la previsione, nell'ambito della preparazione e approvazione del bilancio, di procedure per la tutela degli obiettivi di finanza pubblica preventivamente fissati nell'ambito del Documento di programmazione economico-finanziaria (Dpef), ovvero di un documento, in cui indicatori macroeconomici e parametri di finanza pubblica venivano presentati congiuntamente in una prospettiva di medio periodo, al fine di valutare la sostenibilità della decisione annuale di bilancio.

Con il Dpef venne introdotta una separazione logica e temporale tra programmazione della politica Fiscale, cioè discussione del quadro macroeconomico e degli obiettivi aggregati della politica fiscale, e decisione annuale di bilancio.

Le trasformazioni che subirono i regolamenti parlamentari, connesse con la riforma del 1988, trattergiarono un impianto istituzionale in cui il Dpef presentato prima dell'estate – veniva esaminato dal parlamento, mediante voto di una risoluzione che recava, tra le altre cose, l'indicazione degli obiettivi di finanza pubblica per il quadriennio successivo, espressi in termini di saldi, considerati coerenti con il quadro di programmazione di medio periodo. Gli obiettivi programmatici indicati nel Dpef divennero vincolo per tutti i soggetti che partecipavano alle successive fasi di preparazione e approvazione del bilancio annuale. In particolare, per il governo, i target di finanza pubblica guidarono la preparazione del disegno di legge finanziaria da presentare in settembre al parlamento. Il saldo di riferimento indicato nella risoluzione parlamentare definiva – in relazione agli andamenti tendenziali dei conti, cioè di quei valori che emergono dalle previsioni a legislazione vigente di entrata e di spesa – l'entità della manovra netta, cioè dell'azione da realizzare per ricondurre il saldo tendenziale a quello programmatico. Preso atto degli andamenti tendenziali, i target votati con il Dpef costituivano, quindi, il punto di riferimento rispetto a cui valutare e selezionare le misure da inserire nella legge finanziaria, mediante negoziazione con i ministri di spesa. Per il parlamento, d'altra parte, l'inserimento del saldo di riferimento all'articolo 1 del disegno di legge finanziaria (e quindi votato all'inizio dell'esame parlamentare) «bloccava» da un punto di vista procedurale l'importo indicato nella risoluzione ed escludeva la possibilità di peggiorare tale saldo nel corso dell'esame parlamentare; ne conseguì la necessità di imporre la compensatività delle proposte emendative. La dichiarazione di inammissibilità degli emendamenti correlata alla mancanza di compensazione finanziaria fu la conseguenza del sistema di regole vigenti e del vincolo autoimposti dal parlamento con l'approvazione dei target di saldo nel mese di luglio.

L'innovazione introdotta nel 1988 fu risolutiva: per la prima volta appare nel sistema italiano il principio della programmazione finanziaria, cioè di una decisione sul saldo che – precedendo quella sulle politiche di settore – vincoli quantitativamente la decisione sulle singole misure ad un obiettivo numerico aggregato. Basti pensare che fino a tale data il saldo veniva votato alla fine dell'esame della finanziaria, dopo le decisioni sulle entrate e sulla spesa, “tirando la somma”

¹¹ Il Congressional Budget Office fu creato nel luglio del 1974, con l'approvazione del Congressional Budget and Impoundment Control Act (P.L. 93-344) e iniziò ad essere operativo nel febbraio dell'anno successivo.

¹² The Gramm-Rudman-Hollings Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act of 1985 («Puh.L.» 99-177, title II, s December 12, 1985, 99 «Stat.» 1038, 2 “U.S.C.” 900)

rispetto a ciò che era stato deciso nel corso dell'esame. Il disegno, poi, si perfeziona nella misura in cui collega compiutamente la programmazione di medio periodo con la decisione annuale di finanza pubblica, condizionando – grazie alle modifiche nei regolamenti parlamentari – in modo emblematico le procedure di esame e voto dei documenti di bilancio.

Nell'assetto della riforma, il vincolo di saldo definito dal Dpef viene qualificato come "esterno". Esso è tale non perché derivante da autorità altra, ma perché deciso in un momento preventivo alla decisione di merito, secondo i criteri coerenti con i principi della programmazione economica e della sostenibilità di medio periodo della decisione di finanza pubblica¹³.

Nella riforma del 1988, il vincolo esterno è accompagnato da un vincolo "interno", sostanziandosi nella qualificazione delle modalità con cui l'obbligo di copertura degli oneri correnti introdotti dalla legge finanziaria deve essere assolto (art. 11, comma 5, della legge n. 468 del 1978 e successive modificazioni). Le innovazioni del 1988 stabiliscono, dunque, che la legge finanziaria può introdurre nuovi o maggiori oneri correnti nel limite delle maggiori entrate o delle riduzioni di spesa effettuate dalla finanziaria stessa.

Tale disposizione configura un vincolo preciso e assai stringente sugli effetti che la manovra annuale può avere sul trend del risparmio pubblico, prescrivendo che la legge finanziaria non possa produrne l'acutizzazione¹⁴. Già dalla metà degli anni '90, le regole contenute nel trattato di Maastricht prima e nel Patto di stabilità e crescita poi, si sono insinuate nello spazio istituzionale italiano, accostandosi e, in larga parte, interagendo con le procedure interne. La ratio delle regole fiscali europee può essere, in generale, ricondotta agli insuccessi affiorati in

¹³ "Programmazione — in questo contesto — non vuol dire visione illuministica che misura e impone ciò che si dovrà fare nel periodo successivo, quanto piuttosto verifica della coerenza ex ante delle azioni che si intendono intraprendere. La programmazione è una metadecisione, in quanto definisce le premesse decisionali di successive decisioni, in altre parole, programmare significa «decidere sulle decisioni». Il processo decisionale si svolge due volte in modo pienamente valido: nella programmazione è essenziale vengano prese decisioni secondo un certo disegno, ma tali che non rendano superflue (o determinino completamente dal punto di vista di contenuto) la successiva attività decisionale, cioè non anticipando le concrete decisioni sulle azioni da intraprendere", in tal senso: M. CARABBA, Programmazione, ad vocem, in *Digesto*, IV ed., Pubblico, vol. XII, Torino, 1997.

¹⁴ L'importanza e la coerenza che potrebbe avere tale vincolo viene oggi trascurata. Paradigmatico risulta quanto avvenuto nel 2007 a causa dell'influsso che diverse opzioni operate in tale esercizio avrebbero avuto sulla successiva impostazione per la finanziaria 2008. In particolare, senza la maggiore spesa corrente disposta in luglio per il 2007, i margini per la decisione di nuove iniziative nell'ambito della finanziaria per il 2008 sarebbero stati più limitati, poiché l'equilibrio tendenziale dei conti si sarebbe posto su un sentiero più «virtuoso» e le regole interne di copertura – non consentendo il peggioramento del risparmio pubblico tendenziale – avrebbero imposto di rimanere su tale sentiero. Nel luglio 2007, infatti, in seguito ad una prima revisione delle stime di entrata per l'esercizio, vengono predisposti, tra le altre misure, interventi di spesa corrente per il 2007 per un importo pari a 1.950 milioni di euro, la cui apertura è individuata a valere sulle maggiori entrate rispetto alle previsioni iscritte a legislazione vigente e i cui effetti sono inseriti nel disegno di legge di assestamento. In settembre, viene presentato al parlamento il disegno di legge finanziaria, il cui prospetto di copertura attinge ampiamente al miglioramento del risparmio pubblico (8.800 milioni di euro circa per il 2008, a fronte di 11.700 milioni di euro di risorse di copertura).

L'adozione del decreto legge di luglio e l'inserimento dei relativi effetti di assestamento, implica che il miglioramento che emerge nel confronto tra bilancio a legislazione vigente per il 2008 e assestamento per il 2007 sia inferiore a quello che emergerebbe, a parità di altre condizioni, senza tale maggiore spesa, consentendo di individuare più elevate risorse di copertura per nuove iniziative da inserire nel disegno di legge finanziaria.

Nel complesso, il sistema di regole derivante dall'articolo 81 della Costituzione disegna un impianto istituzionale in cui la decisione annuale di finanza pubblica può – nell'ipotesi di costanza o di peggioramento del risparmio pubblico tendenziale rispetto all'esercizio precedente – aumentare il disavanzo tendenziale solo per un aumento della spesa in conto capitale e nel limite della misura complessiva decisa preventivamente nell'ambito del Dpef. In altri termini, le nuove decisioni di spesa in disavanzo possono riguardare solo la spesa in conto capitale, ma nel limite dell'entità decisa nell'ambito della programmazione economica. Nell'ipotesi di miglioramento del risparmio pubblico rispetto all'esercizio precedente, la finanziaria può peggiorare il saldo tendenziale anche per finanziare la spesa corrente, nel limite peraltro, del non peggioramento del risparmio pubblico; MEF, Ministero dell'economia e delle finanze, Nota introduttiva al bilancio 2008, Roma.

Europa a decorrere dagli anni '70 e, particolarmente, alla carenza di una disciplina fiscale e all'alterazione prociclica nella condotta della politica fiscale¹⁵.

Il contesto europeo di norme, nato anche come requisito necessario ai fini del buon funzionamento della moneta unica, finisce con il potenziare la funzione di stabilizzazione della politica fiscale, che stante l'assenza di controllo nazionale sulla politica monetaria, diventa lo strumento per fornire la stabilizzazione ciclica a livello nazionale. Ma era necessario che le regole finalizzate all'indirizzo della decisione di bilancio dovessero fondarsi su un contesto che consentisse l'operare degli stabilizzatori automatici inglobati nei bilanci pubblici. Tale principio costituisce la base delle prescrizioni del Patto di stabilità e crescita, che non solo invoca prudenza Fiscale, ma – nel riconoscere la necessità di un certo grado di flessibilità e spazio di manovra per consentire il funzionamento dei meccanismi di stabilizzazione – impone il conseguimento dell'obiettivo di medio termine di pareggio del bilancio. Se la compagine applicativa dei precetti europei – basata su una procedura preventiva e una procedura correttiva – viene delimitata attraverso il Patto di stabilità e crescita (Psc), è solo con la riforma del 2005 che le regole europee acquisiscono la morfologia attualmente vigente¹⁶. Detta revisione – introdotta dopo le tensioni verificatesi nel 2003 sull'applicazione delle procedure convalida sia il consenso tra gli Stati membri per il perseguimento di politiche fiscali uniformate alla disciplina fiscale, sia i parametri e i principi fondamentali del Psc, al tempo stesso, però, incrementando la flessibilità ed il razionale economico delle procedure. Più precisamente, gli obiettivi di bilancio di medio termine (Mto), differenziati per ogni Paese a seconda dei parametri contestuali considerati (debito, crescita potenziale, passività implicite), dovrebbero essere attuati con un aggiustamento organico¹⁷ annuo di almeno lo 0,5 per cento del Pil, con uno sforzo maggiore richiesto nei periodi di crescita positiva, prevedendo, tra l'altro, la eventualità di scostamenti da tali parametri nell'ipotesi di oneri correlati a riforme strutturali in ambiti specifici. Affiora anche una attenzione particolare verso gli aspetti tecnici sottesi alla procedura di sorveglianza, con le raccomandazioni di presentare modelli di finanza pubblica basati su previsioni macroeconomiche realistiche (a tal fine viene, altresì, adottato nel medesimo anno, un "Codice di condotta", che fornisce un elenco di buone pratiche ai fini della compilazione delle statistiche trasmesse ai fini della procedura di sorveglianza) e lo stimolo a integrare le regole europee con procedure ed istituzioni nazionali finalizzate alla disciplina fiscale. La partecipazione dell'Italia alle regole Ue viene, in parte, favorita dal set di procedure esistenti. L'inserimento di un sistema in cui la decisione di bilancio è vincolata al rispetto di un saldo concordato con le autorità sovranazionali appare, infatti, agevolato dalla precedente operatività di procedure tese alla riconduzione della preparazione e dell'approvazione del bilancio verso un saldo predeterminato, impegnando governo e parlamento a tali obiettivi preventivamente fissati. Il Dpef e la funzione immaginata per tale documento nell'ambito del sistema di regole interno rappresenta un esplicito elemento di raccordo e di verifica tra i vincoli di convergenza europei e l'ordinamento interno, disciplinato dai criteri relazionali posti dall'articolo 81 Cost. Vanno considerate, tuttavia, le differenze tra regole interne e regole europee che rendono

¹⁵ Per un approfondimento in tema: J. M. POTERVA e J. VON HAGEN, *Fiscal institutions and fiscal performance*, Chicago, III, National Bureau of Economic Research, The University of Chicago Press; D. C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; trad. ital. *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, 1994.

¹⁶ I regolamenti nn. 1466 e 1467 del 1997 disciplinano rispettivamente la procedura preventiva nonché correttiva del Psc. Per una illustrazione più articolata della riforma del 2005 si veda European Commission [2006, parte II].

¹⁷ I saldi strutturali acquisiscono un ruolo particolare nel nuovo quadro di regole europee; essi sono calcolati depurando i saldi di contabilità nazionale dagli effetti del ciclo e dalle misure one-off. Le metodologie utilizzate per isolare, nei bilanci pubblici, gli effetti del ciclo economico richiedono complesse analisi econometriche. Per un approfondimento delle problematiche connesse con la sensibilità del bilancio al ciclo, si veda European Commission [2006, par. 4.3]. Per un approfondimento sulla definizione delle misure one-off, si veda European Commission [2006, par. 4.2] e KOEN V.E VAN DER NOORD, P. , *Fiscal Gimmickry in Europe: One-Off Measures and Creative Accounting*, Oecd Economics Department Working Papers, n. 417, 2005.

particolarmente difficile l'integrazione del doppio set di regole facendo emergere in modo palmare, alcuni degli snodi critici che contrassegnano l'assetto procedurale della decisione di bilancio, come delineato nella sua concreta applicazione. Le diversità sono rapportate al fatto che la disciplina fiscale imposta ai Paesi membri dalle regole della Ue concerne il valore di consuntivo del conto economico delle amministrazioni pubbliche. Le principali differenze che scaturiscono sono tre. La prima riguarda la differenza di perimetro, nel senso che il dettato europeo considera l'aggregato delle pubbliche amministrazioni riferendosi pertanto, ad una demarcazione dell'attività pubblica più ampia di quella del bilancio dello Stato, classico parametro di riferimento delle regole interne. Invero, anche il sistema di norme interno contiene precetti che tutelano la disciplina fiscale del complesso della finanza pubblica e le procedure di valutazione della copertura finanziaria dei provvedimenti normalmente incorporano l'analisi di eventuali oneri imposti ad enti diversi dal bilancio dello Stato.

Ma il dato empirico mostra una certa spazio tra il disegno istituzionale (che, di certo, presuppone un sistema finanza derivata, ben lontana dall'attuale configurazione di autonomia costituzionale degli enti territoriali) e l'applicazione concreta, che si ferma ad una valutazione formale ex ante di equilibrio della finanza territoriale, confermando dunque, le prassi di ripiani ex post che caratterizzano l'esperienza italiana degli ultimi decenni. La seconda, concerne il fatto secondo cui le regole europee impongono valori di consuntivo coerenti con i parametri concordati in sede europea sulla base di Programmi di stabilità e dei relativi aggiornamenti, a differenza della prospettiva eminentemente ex ante delle regole interne. L'attenzione del disegno istituzionale europeo si pone, quindi, sui risultati di consuntivo. E' pur vero che i Trattati – al fine di agevolare l'acquisizione del risultato – costruiscono iter procedurali che intercettano in modo preventivo il processo decisionale di finanza pubblica, ma tali peculiarità sono strumento di attuazione e garanzia degli obiettivi posti, che sono e rimangono i valori di consuntivo del conto economico delle pubbliche amministrazioni. Terza differenza: le regole fiscali europee gravitano intorno a saldi individuati sulla base dei criteri della contabilità nazionale, cioè secondo criteri di competenza economica dettagliati nel Sec 95¹⁸ sia al fine di privilegiare gli elementi di confrontabilità tra Paesi, sia per la necessità di cogliere l'impatto economico delle scelte pubbliche, prescindendo dal momento in cui avvengono le regolazioni finanziarie di tali scelte.

I tre elementi di divergenza tratteggiati richiedevano – al momento della introduzione delle regole europee – uno sforzo di conciliazione, una sistematizzazione di strumenti, al fine di esplicitare i raccordi sia in termini di delimitazione del perimetro dei diversi aggregati di finanza pubblica (anche in relazione al fabbisogno del settore statale e del settore pubblico), sia tra sistemi di registrazione contabile. Ciò non accadde e i due sistemi di regole sono rimasti separati, lavorando in fasi e su piani diversi. Ad esempio, nel 1995, si decise che la programmazione doveva parlare lo stesso linguaggio dell'Europa e il conto economico delle pubbliche amministrazioni fu introdotto nel Documento di programmazione economico-finanziaria, diventando l'aggregato di riferimento della programmazione di medio periodo¹⁹. D'altra parte, nondimeno, la decisione annuale di bilancio e la gestione operativa sono rimaste principalmente ancorate alla cassa e alla competenza giuridica. La mancanza di integrazione tra i due sistemi contabili ha determinato, di conseguenza, incomprensione tra programmazione (espressa nel linguaggio europeo) e decisione sulle politiche e una specifica difficoltà nell'attivare formule di monitoraggio e controllo e di raccordo con la successiva fase di nuova programmazione. Peraltro, pur avendo introdotto dal 2000 le valutazioni delle misure in termini di fabbisogno e di conto economico delle pubbliche amministrazioni nell'ambito della documentazione tecnica del

¹⁸ Regolamento (Ce) n. 2223/96 del Consiglio del 25 giugno 1996 relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità (Sec 95).

¹⁹ A partire da tale anno, il conto economico delle pubbliche amministrazioni è stato inserito di fatto nel Dpef. La prescrizione legislativa è stata introdotta nell'ordinamento con la legge n. 208 del 1999.

disegno di legge finanziaria, tuttavia, lo sforzo di Integrazione si è fermato alla proposizione di meri numeri, privo di una adeguata riflessione sulle ragioni delle differenze e sulle linee di causalità tra saldi.

2 - La Legge delega 3 aprile 1997, n. 94: la riforma della struttura del Bilancio.

Lo scenario riformatore adombrato dalla classe dirigente e disegnato dal d.lgs. n. 29 del 1993 volto a responsabilizzare l'azione amministrativa e a valutare i risultati della gestione in termini di efficacia, efficienza ed economicità già appalesa chiaramente l'articolazione dei bilanci pubblici «per funzioni e programmi» con riferimento alle «funzioni di spesa riconducibili alle unità amministrative cui compete la gestione dei programmi» (art.li 63 e 64). Il successivo passo sul piano normativo si sarebbe dovuto compiere, quindi, verso il raggruppamento dei costi e delle spese aventi tutte la medesima finalità in «unità amministrative», e riferibili all'organo responsabile degli obiettivi²⁰. Si sarebbero dovuti, di conseguenza, individuare gli uffici di livello dirigenziale generale «per funzioni omogenee», secondo le stesse indicazioni del d.lgs. n. 29/93^o si sarebbe dovuto procedere alla individuazione delle relative piante organiche; perciò, necessariamente, ricorrendo a modifiche organiche dell'impianto contabile, in primis, in termini di riclassificazione dal punto di vista amministrativo degli stati di previsione e di riorganizzazione dei capitoli di spesa in ragione delle competenze così definite²¹

Più esattamente, alla direzione generale, o ufficio di pari livello (overossia, «unità amministrativa»), responsabile del raggiungimento degli obiettivi correlati ad una specifica funzione (cd. «centro di spesa» o, meglio, «di costo») avrebbero dovuto far capo uno o più capitoli di spesa, tutti aventi la stessa finalità, offrendo una specie di incrocio tra una classificazione funzionale ed una amministrativo-ministeriale, ovviando alla stessa «rigidità» dell'attuale classificazione economico-funzionale introdotta dalla L. 62/64.

Solo per mezzo di tale costruzione - si ritiene - trasferendo il vincolo gestionale dal limitato ambito di ciascun capitolo alla più ampia aggregazione di spesa corrispondente all'unità amministrativa, sarebbe potuta essere ampiamente ottimizzata la funzione dirigenziale e sarebbe stato possibile dare inizio ad una nuova politica di bilancio con l'ausilio di un autentico controllo (economico) di gestione sull'attuazione della spesa e sui risultati conseguiti²².

Basandosi sugli anzidetti presupposti e in aderenza al disposto dell'art. 64, comm.1 e 2, d.lgs. n. 29 /93, la Ragioneria generale dello Stato ha provveduto ad avviare i procedimenti per la rilevazione, l'analisi e il controllo dei costi dei servizi e degli uffici. Si sono invitate le Amministrazioni ad indicare i centri di responsabilità di livello dirigenziale generale o equiparati cui attribuire il sistema delle risorse poste a disposizione; a determinare la quota parte di spesa gravante sul bilancio dello Stato, riferibile all'attività di ciascun centro di responsabilità; a rinvenire gli elementi economici che concorrono a determinare il costo complessivo di ciascuna s t r u t t u r a a m m i n i s t r a t i v a i n d i v i d u a t a ²³. Le indicazioni fornite da ciascuna Amministrazione, hanno, in secondo luogo, condotto ad affiancare (a partire dal 1995) al bilancio sperimentale presentato al Parlamento per la decisione politica (bilancio «politico»), un bilancio «amministrativo-gestionale», composto dall'insieme dei centri di costo dei servizi, nel quale sarebbe confluita l'analisi dei costi sostenuti e dei risultati conseguiti, al fine della valutazione di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. Esso, articolando i macroaggregati per centri di responsabilità distintamente per ciascun

²⁰ MINISTERO DEL TESORO, Ragioneria generale dello Stato, Circolare 13 settembre 1993,, n. 6.3 (“Attuazione decreto legislativo 3 febbraio, n. 29. Costi dei servizi e degli uffici”).

²¹ MINISTERO DEI TESORO, Ragioneria generale dello Stato, Circolare, ult. cit.

²² MINISTERO DEI TESORO, Ragioneria generale dello Stato, Circolare ult. cit.

²³ V. MINISTERO DEI TESORO, Ragioneria generale dello Stato, Circolare 29 dicembre 1995, n. 78.

stato di previsione della spesa, avrebbe portato a correlare le risorse finanziarie al modello organizzativo di ogni Amministrazione.

Dal canto suo, anche la Corte dei conti è stata molto operosa negli ultimi anni nell'avanzare ipotesi di modelli strutturali più innovativi di classificazione della spesa pubblica. Essa muovendosi dallo specifico angolo visuale del controllo di gestione indirizzato verso la valutazione dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione finanziaria sia in termini di economicità ed efficienza, sia in termini di rispondenza dei risultati agli obiettivi, si è fatta promotrice di un progetto di riforma del rendiconto generale dello Stato presentato con un «referto» specifico nel 1995 ed, in via sperimentale, adottato per l'esercizio finanziario dello stesso anno²⁴. Siffatto progetto ha preso l'avvio dal processo ormai avanzato di ristyling della P.A.

Considerato che la riforma attuata dal d.lgs. 29/93 pone concretamente il problema della razionalità della struttura di bilancio in collegamento con l'identificazione dei centri responsabili della gestione, e, quindi, con l'esigenza di controllo dei risultati di gestione, l'iter riformatore in corso - secondo la Corte - sarebbe dovuto in linea di principio "essere qualificato dal collegamento tra razionalizzazione del bilancio e ammodernamento dell'Amministrazione, attuando e rafforzando il disegno del d.lgs. 29/93, fondato sul legame tra funzioni, centri di responsabilità, disciplina del procedimento"²⁵.

A tal riguardo, la Corte, prefiggendosi le medesime finalità di semplificazione ed incremento di pregnanza delle scelte del Parlamento, da un lato, e di razionalizzazione amministrativa e finanziaria, dall'altro, lumeggiati nelle più diversificate sedi istituzionali e scientifiche, pone soprattutto l'accento sulla considerazione di come la frammentazione in migliaia di capitoli non consenta all'Amministrazione di operare per programmi e progetti.

Infatti - si osserva - la segmentazione elementare delle risorse finanziarie viene anticipatamente fissata prima degli obiettivi che - secondo il disegno del d.lgs. 29/93 - l'autorità politica deve indicare alla gestione. E - si chiede la Corte - che tipo di direttiva i Ministri possono dare ai dirigenti generali se non possono assegnare alcun budget da impegnare per la realizzazione dei programmi?²⁶

In breve, tutto il discorso sulla «rigidità» di bilancio che la classificazione in capitoli comporta diventa, nel caso, di palmare evidenza: il bilancio per capitoli «anticipa» già quel che deve essere fatto irrigidendo e alleggerendo le responsabilità legata alla gestione amministrativa²⁷.

La Corte mette in risalto la inadeguatezza del bilancio dello Stato come strumento di ripartizione delle risorse e come momento di definizione dei criteri guida della gestione e delle politiche pubbliche e, quindi, la scarsa significatività dei conti della finanza pubblica finalizzati alla decisione parlamentare.

È prendendo le mosse da queste considerazioni che il bilancio sperimentale «politico» presentato annualmente dalla Ragioneria generale solleva perplessità nella Corte dei conti: la ripartizione delle poste è un ibrido tra una classificazione economica, una microfunzionale ed una amministrativa; l'uniformità delle unità proposte non sembra omogeneamente delimitata;

²⁴ CORTE DEI CONTI, Sezioni unite, Referto specifico in tema di struttura e riclassificazione del bilancio di previsione e del rendiconto, Roma, 1995 e Decisione e Relazione sul Rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario 1995, Roma, 1996.

²⁵ CORTE DEI CONTI, Decisione e Relazione cit., Vol. II, Tomo I, IO.

²⁶ CORTE DEI CONTI, Referto, ed., 19.

²⁷ «La riforma sull'organizzazione amministrativa pone, oggettivamente, il problema della ricostruzione dell'autorizzazione parlamentare (di spesa) come limite non più articolato nella molteplicità dei capitoli ma, in budgets che coincidano con la responsabilità dirigenziale a cui è affidato un programma ben individuabile di spesa», (CORTE DEI CONTI, Referto, cit. ivi).

non è appianato il problema della leggibilità del bilancio con riferimento alle funzioni svolte ed alla destinazione territoriale dei fondi, nonché al collegamento tra le autorizzazioni di spesa ed i centri di responsabilità attuativa²⁸.

Principalmente- a giudizio della Corte - era mancata sino a quel momento la capacità di collegare la riclassificazione contabile al processo decisionale ed al disegno di rinnovamento amministrativo ex d.lgs. n. 29/93²⁹. Mentre è perseverante la consapevolezza della necessaria unitarietà tra razionalizzazione della struttura di bilancio e razionalizzazione delle strutture organizzative.

Il “bilancio politico” proposto dalla Ragioneria generale sarebbe stato, in altre parole, superfluo se non avesse trovato rispondenza tempestiva nella identificazione dei centri responsabili della decisione e nel correlato adeguamento delle strutture amministrative³⁰ convinta com'è - la Corte - che la riforma del bilancio non avrebbe potuto non interagire con quella della pubblica Amministrazione. Anzi, secondo il quadro della stessa, l'architrave di una riforma della struttura del bilancio deve essere costituita da uno stringente parallelismo tra i due processi di ottimizzazione: una riforma della struttura del bilancio che rappresenti una guida ed un indirizzo reale per affrontare l'innovazione organizzativa³¹.

Il proposito della Corte è in tal caso, quello di prendere le mosse, sì, dal bilancio sperimentale della Ragioneria generale, ma considerando la riforma amministrativa e costruendo un rendiconto «il cui schema offra la base per una migliore misurazione e valutazione dei risultati della gestione finanziaria e dell'attività amministrativa»³².

Nondimeno, la riclassificazione del bilancio si sarebbe dovuta inserire - sempre secondo l'Organo di controllo - in un rapporto diversamente strutturato tra bilancio e legislazione sostanziale di spesa non risultando sufficiente dilatare le maglie delle autorizzazioni di bilancio per creare aree di responsabile autonomia gestoria, essendo necessario, altresì, garantire, a monte, una legislazione di spesa flessibile ed a sua volta ispirata al metodo della programmazione³³.

La Corte partiva da quanto sopra per rimarcare la necessità di affiancare al raccordo tra programmazione economica e programmazione finanziaria consentito (a livello di previsioni d'insieme, dalle riforme del 1978 e del 1988 «un metodo di impostazione del bilancio basato capillarmente sulla rappresentazione degli obiettivi dell'azione amministrativa, così da ricalibrare e funzionalizzare a questi ultimi non soltanto l'effetto giuridico dell'autorizzazione a spendere, ma anche le sfere di autonomia e responsabilità dei centri decisionali dell'Amministrazione»³⁴.

²⁸ CORTE DEI CONTI, Decisione e Relazione sul Rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario 1993, Roma, 1994, 82.

²⁹ CORTE DEI CONTI, Decisione e Relazione per l'esercizio finanziario 1995, cit., Vol. I, 97.

³⁰ CORTE DEI CONTI, Referto, cit., 5.

³¹ Cfr. CORTE DEI CONTI, Decisione e Relazione per l'esercizio finanziario 1995, cit., 10: l'ulteriore percorso della riforma amministrativa dovrà “essere qualificato dal collegamento fra razionalizzazione del bilancio ed ammodernamento dell'amministrazione, attuando e rafforzando il disegno del d.lgs. 29/93, fondato sul legame tra funzioni, centro di responsabilità del procedimento”.

³² CORTE DEI CONTI, Referto, cit., 12: «in questa direzione sospingono le linee ed i criteri guida della legislazione di riforma amministrativa recentemente definita...; infatti il principio guida per la costruzione di bilancio per la spesa è rappresentato dal collegamento fra identificazione delle funzioni e degli obiettivi per la ripartizione delle risorse ed identificazione delle responsabilità della gestione...; ricalca il disegno definito dal d.lgs. 29/93, i cui principi conducono alla costruzione di criteri di assegnazione delle risorse e di misurazione dei risultati legati a funzioni-obiettivo ed a specifiche attribuzioni di responsabilità nella gestione».

³³ Cfr. MINISTERO DEL TESORO, Ragioneria generale dello Stato, Circolare 13 settembre 1993, n. 63, cit.

³⁴ In tal senso v. già CORTE DEI CONTI, referto specifico al Parlamento in ordine ad una ipotesi di revisione delle disposizioni in materia di struttura, classificazione e gestione delle spese del bilancio dello Stato, 1988, cit., 6.

Il ruolo programmatico del bilancio ne sarebbe uscito di tal guisa, rafforzato; ma esso non sarebbe dovuto essere disgiunto da una riconsiderazione delle metodologie dell'azione amministrativa, nonché del disporsi e finalizzarsi dei controlli interni ed esterni; risultando, peraltro, manifesto come «un più puntuale e razionale raccordo tra previsioni e programmazione per obiettivi vale ad arricchire considerevolmente la valenza del controllo parlamentare, consentendo peraltro, una valutazione degli effetti riallocativi programmati e programmabili e una lettura del consuntivo svolta in parallelo alle analisi dei risultati fisici ed in vista di una comparazione tra costi e benefici»³⁵

Traendo spunto da queste condizioni e da tali convincimenti, la Corte, facendo propria dunque, come esigenza primaria quella della «misurazione» e «valutazione» della gestione finanziaria pubblica e dell'azione amministrativa, in particolare, per quanto concerne la definizione dei criteri per le assegnazioni delle risorse e misurazione dei risultati, ha elaborato uno schema di bilancio preventivo e di rendiconto generale dello Stato adottando una struttura programmatica articolata per «funzioni-obiettivo» e per «centri di responsabilità» di gestione, da incrociare con una classificazione economica semplificata (funzionamento, intervento, investimento).

Questa struttura del tutto innovativa di bilancio-rendiconto «programmatico» si snoda, al primo e più ampio livello di ripartizione delle risorse, attraverso le «unità operative», corrispondenti alle funzioni-obiettivo (aggregati di attività amministrative omogenee per finalità) cui si legano la gestione delle risorse finanziarie e dell'attività amministrativa ed il centro responsabile della gestione.

Le funzioni-obiettivo si differenziano in funzioni specifiche che caratterizzano le «missioni» svolte nell'ambito di ciascuna Amministrazione, in funzioni di indirizzo politico-amministrativo che rispecchiano i compiti di diretta collaborazione con l'organo di direzione politica, ed in funzioni di supporto all'Amministrazione nel suo complesso.

La immaginata più intensa aggregazione (unità operativa) posta al centro della struttura di bilancio programmatico tende ad identificare unitariamente la funzione-obiettivo alla quale si legano sia la gestione delle risorse finanziarie e dell'attività amministrativa, sia il centro responsabile della gestione; si articola, inoltre, per ulteriori livelli di classificazione legati a Funzioni obiettivo di portata più circoscritta (micro- funzioni). Il modello per unità operative sostituisce sia la classificazione amministrativa per «rubriche», sia quella funzionale, per «sezioni». La struttura del bilancio resta articolata per Ministeri; le «unità operative» coincidono con le direzioni generali dei Ministeri.

Per mezzo del suddetto schema, sarebbe stato possibile intercettare repentinamente chi ha utilizzato il danaro pubblico e colpire chi ha gestito male le risorse che gli sono state assegnate.

Lo schema prodotto dalla Corte prevede, per le 20 amministrazioni centrali, circa 170 funzioni-obiettivo, «articolate» in 740 micro-funzioni. I centri di responsabilità di primo livello - cioè unità organizzative di carattere generale poste in via immediata alle dipendenze dell'organo di direzione politica - risultano nell'ordine delle 220 unità.

Più precisamente, muovendo da un esame degli stati di previsione della spesa delle 20 amministrazioni centrali, è stata costruita una «tabella di reimputazione» nella quale, per ogni capitolo, sono state indicate le finalità di primo e secondo livello alle quali sono destinate, in tutto o in parte, le risorse finanziarie iscritte nei capitoli, nonché le unità organizzative.

Il disegno così delineato dalla Corte sembra essere in sintonia con la logica sottesa alla «rinuncia» da parte del Parlamento nei confronti di una struttura analitica della legge di bilancio. Detta rinuncia, difatti, ha una sua accezione positiva solo se le assegnazioni di risorse

³⁵ CORTE DEI CONTI, Referto, ult. cit., 7.

articolate per grandi funzioni corrispondono ad un processo decisionale fondato sulla definizione, in sede parlamentare, delle linee strategiche delle «politiche pubbliche», in modo da consentire alle Camere (con i propri dispositivi di controllo) ed alla stessa Corte dei conti (nella sua funzione ausiliaria) di soppesare e stimare i risultati raggiunti³⁶.

La Corte dei Conti puntualizza, inoltre, che l'«indispensabile completamento» della nuova struttura di bilancio, basata sulla rappresentazione della finalizzazione delle risorse, è rappresentato dall'identificazione dei «centri di costo», da tenersi distinti da quelli di «responsabilità» o «centri di spesa»³⁷.

Giova ricordare che per centri di responsabilità si intendono generalmente, tutte le unità organizzative, di qualsiasi livello, che abbiano autonomi poteri di gestione, quindi, di impegnare la spesa, in raccordo con il percorso disegnato da d.lgs. 29/93 di articolazione per budgets dell'attribuzione delle risorse ai diversi livelli delle responsabilità gestionali e delle unità organizzative.

Mentre, per centri di costo, vengono indicate le unità organizzative elementari che assorbono risorse finanziarie per l'esercizio dell'attività amministrativa ed a cui, quindi, imputare esattamente i costi.

Per ogni centro di costo è necessario individuare un soggetto responsabile, di modo che si attui una corrispondenza tra centri di costo e centri di responsabilità. Occorre invero, che i soggetti responsabili abbiano il potere decisionale e di controllo dei consumi di fattori produttivi che si verificano all'interno dell'unità operativa cui sono preposti.

In un sistema basato sul budgeting nel momento in cui la gestione stessa diventa sempre più complessi impone la necessità che i livelli direzionali siano costantemente in possesso di un sistema di informazioni a contenuti, quanto meno, attendibili e tempestivi.

A tal proposito si sottolinea che in ambito aziendalistico e in termini decisionali, tanto più preziosa sarà l'azione intrapresa dal dirigente responsabile quanto minore sarà l'intervallo di tempo tra la rilevazione del fenomeno e la sua trasformazione in informazione e, quindi, in attività. Con ciò si intende insistere sull'assunto secondo cui anche nella pubblica Amministrazione la tempestività d'informazione è uno dei cardini fondamentali per la riduzione dei costi.

D'altra parte, l'identificazione delle fonti informative avrebbe consentito, di rendere concreto il discorso sulla «costruzione» dei sistemi di indicatori di attività e di risultato nella pubblica Amministrazione.

2.1 - La nuova classificazione del Bilancio

La sperimentazione precedentemente intrapresa, attraverso il bilancio per centri di responsabilità (ad opera della Ragioneria generale dello Stato) e - successivamente - attraverso il rendiconto per funzioni-obiettivo e centri di responsabilità (ad opera della Corte dei conti) aveva comportato che i tempi fossero ormai maturi ai fini della preparazione di un articolato progetto di riforma del bilancio che fosse in grado di recepire in modo completo le dialettiche di semplificazione, trasparenza e responsabilizzazione della classificazione del bilancio statale che ne hanno sorretto le istanze di rinnovamento sin dal ddl 1203-bis del 1988³⁸.

³⁶ Così, M. CARABBA, La razionalizzazione della finanza pubblica, in Atti XV Convegno di contabilità pubblica, Teramo, 1996.

³⁷ CORTE DEI CONTI, Relazione, 1995, cit., p. 10 ss.

³⁸ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, XIII legislatura, V Commissione permanente, Relazione ai disegni di legge nn. 1217, 375, 643 e 967-A, comunicata alla Presidenza l'11 novembre 1996: il progetto di riforma è "formalmente e

Entra così, in scena la Legge 3 aprile 1997, n. 94 recante: “Modifiche alla legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni ed integrazioni, recante norme di contabilità generale dello Stato in materia di bilancio. Delega al Governo per l’individuazione delle unità previsionali di base del bilancio dello Stato”, approvata dopo un percorso parlamentare che ha visto decisamente ridimensionato l’originario Progetto di corrispondere ad una più generale istanza di rinnovamento ed adeguamento degli istituti di Contabilità pubblica. Essa si è limitata, difatti, alle sole modifiche riguardanti la struttura e la formazione del bilancio dello Stato, unitamente al conferimento di significative deleghe aventi per oggetto misure organizzative volte a razionalizzare l’Amministrazione e la finanza pubblica, ovvero a riordinare le disposizioni legislative e regolamentari che disciplinano la gestione del bilancio dello Stato³⁹. Essa tende a mettere in particolare rilievo la «saldatura» della riforma del bilancio con quella della pubblica Amministrazione ad opera del d.lgs. 29/93.

Su questa fondamento si regge la ratio del nuovo sistema amministrativo di bilancio: il legame diretto tra funzioni e programmi con le responsabilità effettive della dirigenza chiamata ad attuarli ed i controlli. In armonia ed in parallelo al riassetto della Pubblica Amministrazione, la nuova struttura classificatoria del bilancio si preordina l’obiettivo di valorizzare il più possibile la responsabilità dell’organo di indirizzo politico e della dirigenza statale responsabile dell’attuazione di tale indirizzo, il tutto sulla base di una recisa suddivisione di compiti e responsabilità, come stabilito, in particolare, dal d.lgs. 29/93 e confermato dalla L. 59/97.

Questione cruciale era, in ogni caso, quella legata al livello cui collocare il più ampio aggregato, oggetto dell’autorizzazione parlamentare, perché - da un lato - fosse verosimilmente valorizzata al massimo la funzione dirigenziale con l’attribuzione di autonomia decisionale e responsabilità al pubblico dipendente - dall’altra - non fosse sminuita la funzione di controllo delle Camere costituzionalmente garantita.

Il legislatore ha ritenuto di individuare la soluzione del problema ponendo alla base del processo di formazione del bilancio statale, sia per l’entrata sia per le spese, un nuovo aggregato decisionale denominato «unità previsionale di base» costruito in corrispondenza con il centro (unico) di responsabilità al quale è affidato la relativa gestione, e che avrebbe rappresentato da allora in poi l’«autorizzazione» ed il «limite» parlamentare a gestire le risorse.

La funzione di limite ad accertare ed impegnare, ovvero ad incassare e pagare, rispettivamente le entrate e le spese, si costruisce, cioè, su quel livello di responsabilità dirigenziale al quale corrisponde un aggregato omogeneo di capitoli che esprimono, in termini finanziari, una linea di intervento che a sua volta presenta una omogeneità interna.

Ne discende che il provvedimento legislativo n. 94 - al Capo I, Struttura e formazione del bilancio dello Stato - dispone che i commi 1, 2, 3, 4 dell’art. 2 della L. 468/78 e successive modificazioni ed integrazioni vengano sostituiti (art. 1, c. 2).

Acclarato che il progetto di bilancio annuale sia costruito sulla base dei criteri e dei parametri indicati nel Documento di programmazione economico-finanziaria (art. 2, c. 1, L. 468/78), si prevede l’articolazione del bilancio in unità previsionali di base determinate con riferimento ad

sostanzialmente collegato alla politica di finanza pubblica per il prossimo triennio...; il testo in esame rappresenta un anello essenziale per dare prospettiva ed impulso a quel processo di riorganizzazione, nel senso dell’efficienza e dell’economicità della spesa statale, i cui effetti in termine di correzione delle tendenze indesiderate sull’andamento della finanza pubblica assumono un significato obiettivamente rilevante nell’azione del Governo”.

³⁹Il disegno di legge n. 1227 del Senato (v., poi, in Atto camera n. 2732) d’iniziativa governativa «collegato» alla legge finanziaria, presentato dal Ministro del Tesoro di concerto con il Ministro della Funzione pubblica, si riallaccia direttamente allo schema di rendiconto elaborato, per il 1995, dalla Corte dei conti, ma, nel suo complesso, costituisce una sorta di «mediazione» fra detto schema e le altre due ipotesi di riforma più significative degli ultimi anni, quale la proposta del «bilancio politico amministrativo» della Ragioneria generale dello Stato e il «bilancio per centri di costo», della Commissione tecnica della spesa pubblica.

aree omogenee di attività, anche a carattere strumentale, in cui si articolano le competenze istituzionali di ciascun Ministero (art. 2, c. 2). È con riferimento a ciascuna unità previsionale di base che viene ora redatto il conto residui, il conto di competenza ed il conto di cassa le cui previsioni di spesa costituiscono il limite per le autorizzazioni, rispettivamente, di impegno e di pagamento. Invero, per ogni unità previsionale di base sono indicati: a) l'ammontare presunto dei residui attivi e passivi alla chiusura dell'esercizio precedente a quello cui il bilancio si riferisce; b) l'ammontare delle entrate che si prevede di accertare e delle spese che si prevede di impegnare nell'anno cui il bilancio si riferisce; c) l'ammontare delle entrate che si prevede di incassare e delle spese che si prevede di pagare nell'anno cui il bilancio si riferisce, senza distinzione tra operazioni in conto competenza ed in conto residui.

Naturalmente formano oggetto di approvazione parlamentare solo le previsioni di cui alle lettere b) e c).

Il bilancio di previsione è composto dallo stato di previsione dell'entrata, dagli stati di previsione della spesa distinti per Ministeri, con le allegate appendici dei bilanci delle aziende ed Amministrazioni autonome e dal quadro generale riassuntivo.

Anche il bilancio pluriennale viene, di conseguenza, redatto per unità previsionali di entrata e di spesa⁴⁰.

Già queste prime disposizioni della L. 94/97 adombrano pienamente l'impostazione della rinnovata normativa in materia di struttura del bilancio che vede il concentrarsi del potere del Parlamento nell'indirizzo e nel controllo per aree programmatiche di intervento, per settori unitari di azione amministrativa, per servizi finali forniti alla collettività, consentendo l'individuazione di autonomie e di responsabilità amministrative, quindi, il momento previsionale per unità di bilancio.

Non meno rilevanti, tuttavia, sembrano le disposizioni riguardanti l'unità elementare tradizionale, costituita dal «capitolo», al di là della funzione «conoscitiva» da esso ricoperta sottolineata in precedenza.

La previsione della ripartizione delle unità previsionali di base in unità finanziarie ccdd. minori, quali, appunto, i capitoli, «in apposito allegato allo stato di previsione», corrisponde alla

⁴⁰ A conferma di come l'attribuzione di responsabilità manageriale ai dirigenti, unitamente alla razionalizzazione degli schemi di organizzazione e procedimento, costituisca un punto di passaggio obbligato per rendere effettiva la portata «decisionale» della nuova struttura del bilancio sono dettate le disposizioni che prevedono che, in occasione della presentazione al Parlamento del disegno di legge di bilancio, vengano forniti alle Camere elementi conoscitivi rilevanti, mediante Note preliminari per ciascun stato di previsione ed un Allegato tecnico.

Nell'Allegato tecnico, invece, vanno illustrati, disaggregati per capitolo: i contenuti di ciascuna unità previsionale di base, distinguendo tra spese discrezionali, spese obbligatorie e spese predeterminate per legge, specificando per queste ultime gli articoli la cui dotazione è fissata da fonti normative diverse dalla legge di bilancio; i tempi di esecuzione dei programmi e dei progetti finanziati all'interno degli stati di previsione.

Per l'entrata sono indicati: i criteri adottati per la previsione delle principali imposte e tasse e, per ciascun titolo, la quota non avente carattere ricorrente; gli effetti derivanti dalle disposizioni normative che comportano agevolazioni fiscali, introdotte nell'esercizio (Nota preliminare dell'entrata) (art. 2, c. 4-quater).

L'art. 3 della legge di riforma, trattando della «Formazione dei bilanci», completa disposizioni della L. 468/78 (più precisamente inserisce un art. 4-bis dopo l'art. 4) regolamentando più dettagliatamente il processo di formazione del bilancio in seno all'Esecutivo. Il progetto di bilancio continua ad essere predisposto dal Ministro del Tesoro, sulla base degli elementi emersi in sede tecnico-amministrativa, per essere sottoposto alla decisione del Consiglio dei Ministri. A tal fine i Ministri, all'atto della predisposizione degli schemi degli stati di previsione, indicano, «anche sulla base delle proposte dei dirigenti responsabili» della gestione delle singole unità previsionali, gli «obiettivi ed i programmi» del loro dicastero. Il che, mentre vale a conservare in capo a ciascun Ministro la responsabilità politica delle scelte rientranti nella propria gestione finanziaria, consente al Ministro del Tesoro di definire, con riferimento alle unità previsionali, gli oneri delle funzioni e dei servizi istituzionalmente affidati a ciascuna Amministrazione, nonché dei programmi e dei progetti presentati da queste ultime, facendo salva l'autonomia dello stesso Ministro del Tesoro.

fondamentale esigenza della permanenza di un livello elevato di disaggregazione con riferimento alla «gestione» ed alla «rendicontazione»⁴¹.

La novità della L. 94/97 è rappresentata dalla circostanza che i capitoli, mentre continuano ad essere determinati in relazione al rispettivo oggetto per l'entrata, per la spesa vengono individuati secondo il contenuto economico e funzionale. Questa disposizione va letta congiuntamente con la successiva previsione della nuova strutturazione del rendiconto che va effettuata suddividendo le unità previsionali in capitoli.

La ripartizione è compiuta dal Ministro del Tesoro d'intesa con le Amministrazioni interessate. I Ministri competenti, assegnano, poi, le risorse ai dirigenti responsabili entro i dieci giorni successivi alla pubblicazione della legge di bilancio.

La suddivisione per capitoli così risultante, e le conseguenti autorizzazioni di spesa, possono essere modificate in corso d'anno: con decreto del Ministro competente, «su proposta del dirigente responsabile», se si tratta di variazioni compensative tra i capitoli della medesima unità previsionale, fatta eccezione, in ogni caso, per le autorizzazioni di spesa di natura obbligatoria, per le spese in annualità ed a pagamento differito e per quelle direttamente regolate da legge. In sede legislativa, la modifica potrà aversi tramite la legge di assestamento o ulteriori provvedimenti legislativi quando trattasi di variazioni compensative fra le unità di spesa oggetto inizialmente dell'approvazione parlamentare.

Il capitolo di bilancio in virtù della riforma operata dalla legge perde il suo carattere «autorizzativo» della spesa, in quanto entra in gioco dopo l'approvazione parlamentare, ed è posto in relazione anche alla destinazione economica e funzionale. Esso acquista, cioè, una nuova pregnanza e funzione nell'ambito di una riconsiderazione della stessa contabilità finanziaria in una riesaminata visione economica ed aziendalistica del ruolo gestorio delle risorse da parte della pubblica Amministrazione, in una verifica a posteriori della validità ed economicità della gestione stessa.

Questo spiega perché l'autentica ratio senso della riforma del bilancio va ricercata proprio nel fatto che la conoscenza analitica delle migliaia di destinazione della spesa (tante quanto i capitoli) da parte del Parlamento avverrà non in via preventiva, ma attraverso la cognizione dei risultati di gestione.

Dalla nuova articolazione di bilancio deriva di conseguenza la modifica dell'art. 6, cc. 1-6, della L. 468/78 per quanto riguarda la ripartizione delle entrate e delle spese, risalente alla L. 62/64 (art.4, L. 94/97).

Mentre le entrate sono ripartite in titoli, unità previsionali di base, categorie e capitoli (art. 6, c. 1), sostituendo la ripartizione in titoli, categorie, rubriche e capitoli dell'originaria disposizione della L. 468, le spese sono classificate in funzioni-obiettivo, unità previsionali di base e capitoli (c. 2) (già titoli, rubriche, categorie e capitoli nella L. 468).

La classificazione per «funzioni-obiettivo» sostituisce l'attuale ripartizione in titoli ed è diretta ad individuare le politiche di settori e riflette la suddivisione della spesa secondo l'analisi funzionale. Essa, inoltre, tende a consentire la misurazione del prodotto dell'attività amministrativa, anche in termini di servizi resi ai cittadini

Si realizza, quindi, quell'intreccio tra struttura per funzioni-obiettivo e per centri di responsabilità già evidenziata a proposito del progetto di riforma avanzato dalla Corte dei Conti, e che fa propri i criteri, i metodi e gli schemi di gestione aziendale, basato sul budget, i quali prevedono l'adozione di sistemi di pianificazione e controllo basati su una chiara definizione degli

⁴¹ Art. 2, c. 4-quinquies, L. 468/78.

obiettivi generali e settoriali e delle responsabilità connesse e su una puntuale rilevazione ed analisi a consuntivo degli scostamenti effettivi ai fini di una precisa valutazione dei risultati e delle conseguenti azioni correttive.

A questo punto la nuova struttura del bilancio consente l'adozione di strumenti di "policy analysis", non solo nella fase di costruzione del bilancio, ma anche per la adozione di metodi di misurazione e valutazione dei risultati delle politiche pubbliche in sede consuntiva.

Questo schema permette, peraltro, l'abbandono del criterio della «spesa storica incrementale» seguito fino ad oggi nel processo di formazione del bilancio. Si è già detto che tale criterio prevede che ogni anno si aggiornino le dotazioni di risorse finanziarie dell'anno precedente, normalmente adeguandole al tasso di inflazione. Il che finisce per rappresentare un incentivo alla spesa. Abrogando il sistema della spesa incrementale, invece, si pongono le basi per una riconsiderazione di tutte le spese, in termini di costi e benefici.

Nella classificazione delle spese, alle funzioni-obiettivo succedono le già citate «unità previsionali di base», le quali, ai fini dell'approvazione parlamentare, vengono suddivise, successivamente, in unità relative alla spesa corrente ed unità relative alla spesa in conto capitale. A loro volta, le unità relative alla spesa corrente vengono ulteriormente suddivise in sotto-unità, che consentono di enucleare le spese di funzionamento e di intervento. In autonome previsioni sono esposti il rimborso dei prestiti e gli oneri di ammortamento.

A fini conoscitivi, invece, le unità legate alla spesa in conto capitale comprendono le partite che attengono agli investimenti diretti ed indiretti, alle partecipazioni azionarie ed ai conferimenti, nonché ad operazioni per concessioni di crediti; le unità di parte corrente per spese di funzionamento, con enucleazione degli oneri di personale, nonché quelle per interventi comprendono tutte le altre spese.

Il fine di detta classificazione sembra chiara: lo stadio dell'approvazione parlamentare è a livello dell'unità previsionale di base, ma al suo interno si scompone a seconda se si tratti di spese di parte corrente, sicché l'emendabilità parlamentare del bilancio risulti definita all'interno dell'unità previsionale stessa senza pregiudicare, dunque, l'autonomia gestionale del responsabile dell'unità previsionale, che rimane dentro la quota di spesa per interventi e della quota destinata al funzionamento, nonché all'interno del comparto per la spesa di investimento.

Secondo il legislatore, seguendo tali dettami, si dà concreta attuazione alla finalità della «riforma» raggiungendo l'obiettivo di non ridurre sostanzialmente il potere di intervento del Parlamento in materia di bilancio, anche mediante l'innegabile supporto informativo per la più consapevole possibile decisione, conferendo contemporaneamente quella imprescindibile autonomia ed elasticità nella gestione alla Pubblica Amministrazione.

Oltre le unità previsionali di base - infine - vi è la ripartizione delle spese in «capitoli», secondo l'oggetto, il contenuto economico e funzionale della spesa riferito alle categorie e funzioni, nonché secondo il carattere giuridicamente obbligatorio o discrezionale della spesa medesima. I capitoli, formano la struttura dell'unità previsionale di base e costituiscono l'unità elementare di tipo "operativo" ai fini della gestione e della rendicontazione.

Ai fini dell'attuazione della «riforma» la L. n. 94 conferisce al Capo II «delega per la ristrutturazione del bilancio dello Stato e per l'accorpamento del Ministero del Tesoro e del Ministero del Bilancio e della programmazione economica».

Più precisamente l'art. 5 disciplina i principi e indica i criteri direttivi per l'individuazione delle unità previsionali di base, ponendo in risalto, in primis, che l'attuazione deve tener conto di quanto stabilito dalla L. 241/90, in materia di procedimento amministrativo e diritto d'accesso ai documenti amministrativi, e del più volte richiamato d.lgs. 29/93, per ribadire il principio secondo cui il riordino del bilancio si pone in una linea di continuità e di completamento rispetto

ai provvedimenti di riforma della pubblica Amministrazione, principalmente sotto il profilo della responsabilizzazione della dirigenza amministrativa funzionale ad una concreta trasparenza dell'azione amministrativa ed al monitoraggio dei risultati.

In conseguenza di quanto precisato, i principi ed i criteri direttivi in questione si prefiggono l'obiettivo, nella loro totalità, di rendere possibili innovazioni essenziali per una effettiva funzionalità della riclassificazione del bilancio affiancata da un sicuro aumento della verificabilità dell'operato amministrativo, a fronte dell'ampliato potere discrezionale del dirigente.

A tale scopo si provvederà tra le molteplici azioni a riconsiderare gli oggetti dei capitoli di spesa, secondo il contenuto economico, eventualmente anche attraverso la riorganizzazione della normativa sottostante l'autorizzazione di spesa, abrogando norme desuete o assorbite da altre; ad individuare il responsabile delle unità previsionali e dei relativi procedimenti; ad introdurre una contabilità analitica per centri di costo a fini di gestione e rendicontazione .

Quest'ultimo profilo merita di essere approfondito in quanto direttamente e funzionalmente congiunto alla riforma strutturale del bilancio.

Il precetto in esame intende dare ulteriore seguito alla sperimentazione elaborata in tal senso dalla Ragioneria generale e dalla Corte dei conti, nonché agli studi condotti in proposito dalla Commissione tecnica per la spesa pubblica.

Difatti, ristrutturato il bilancio per funzioni-obiettivo, la previsione dell'introduzione ai fini della gestione e della rendicontazione, di una contabilità «analitica» per centri di costo, sembra il logico e tecnico completamento (con particolare riferimento al problema della misurazione dell'attività amministrativa e della connessa elaborazione degli indicatori economici), apparendo un decisivo passo in avanti verso l'acquisizione delle tecniche e degli schemi di bilancio propri del sistema privatistico.

D'altra parte, la novella legislativa, si poneva in sintonia con l'allora preminente orientamento giurisprudenziale costituzionale il quale si esprimeva nella direzione evolutiva della funzione del rendiconto. La Corte, difatti, considerato che il bilancio si presentasse ormai, come “ uno strumento di realizzazione di nuove funzioni di governo e più in generale di politica economica e finanziaria”, ritenne che la funzione del rendiconto non potesse essere meramente «certificativa», ovvero sia di verifica automatica dei risultati delle gestioni delle Amministrazioni pubbliche, ma dovesse coinvolgere anche profili sostanziali e di merito riguardo all'impiego delle risorse⁴²

Giova, infine, segnalare che, in virtù della «riforma», il rendiconto dello Stato, ricollegandosi alla impostazione tipica del budget, perde la connotazione di luogo meramente dimostrativo o certificativo dell'impiego delle risorse, per assumere soprattutto quello valutativo nei confronti del sistema degli obiettivi, dei vincoli in generale posti alla gestione dalla decisione di bilancio.

⁴² CORTE COSTITUZIONALE, sent. 14 giugno 1995, n. 244, cit., 1764. Di qui, tra l'altro, la possibilità da parte della CORTE DEI CONTI di sollevare questioni di illegittimità costituzionale in ordine alla copertura di spesa poste a base degli stanziamenti di spesa ed i cui effetti si riflettono sul conto consuntivo. Sul punto, A. GRAZIANI, Il bilancio e le spese pubbliche, in Trattato completo di diritto amministrativo italiano, a cura di V. E. ORLANDO, IX, Milano, 1915; U. FORTI, I controlli dell'Amministrazione comunale, in Trattato completo di diritto amministrativo, a cura di V. E. ORLANDO, 1915, 608 ss.; M. CARABBA, La nuova disciplina dei controlli nella riforma amministrativa, in Riv. trim. dir. pubbl., 1994, 981; C. CONTE, La riforma dei conti pubblici: stato di attuazione e prospettive, in Controlli interni nelle pubbliche amministrazioni e decreto legislativo n. 286 del 1999, Torino, 2002, 140; P. DE JOANNA, la questione del controllo strategico tra indirizzo politico e gestione amministrativa: una prima verifica, in Controlli interni nelle pubbliche amministrazioni e decreto legislativo n. 286 del 1999, Torino, 2002, 122 ss.; M. V. LUPO' AVAGLIANO, Pieni poteri alla Corte dei conti per il controllo della spesa pubblica?, in Giur. Cost., 1995, 1764; Il controllo di gestione nella pubblica amministrazione tra contabilità finanziaria e contabilità economica, in Riv. trim. della pubb. Amm., 1999, 4, 27 ss.; I controlli di efficienza sulla gestione finanziaria dello Stato, in Atti VI Convegno di contabilità pubblica “ Controllo e collettività e controllo sulla finanza pubblica”, 9-11 ottobre 1981, Perugia, 1982, 411 ss.;

esaminando gli scostamenti rispetto agli obiettivi, con riguardo anche al livello di centro di responsabilità, entrando, così, a pieno titolo nel circuito «decisionale» del bilancio.

2.2 - La delega: sua attuazione

Nell'ambito delle «deleghe» previste dalla “Riforma Ciampi”, il Governo ha dato attuazione sia a quella concernente l'individuazione delle unità previsionali di base, ai sensi dell'art. 5, c. 1, sia a quella relativa alla riorganizzazione delle competenze e del riordino dei Ministeri del Tesoro e del Bilancio e della Programmazione economica, ai sensi dell'art. 7, c. 2. Alla prima si è provveduto con il d.lgs. 7 agosto 1997, n. 279 («Individuazione delle unità previsionali di base del bilancio dello Stato, riordino del sistema di tesoreria unica e ristrutturazione del rendiconto generale dello Stato»); alla seconda con il d.lgs. 5 dicembre 1997, n. 430 («Unificazione dei Ministeri del tesoro e del bilancio e della programmazione economica e riordino delle competenze del CIPE, a norma dell' art. 7 della L. 3 aprile 1997, n. 94»).

A tale secondo provvedimento, che ha disposto le prescrizioni generali in materia, è seguito - ai sensi dell'art. 17 della L. 23 agosto 1988, n. 400 - il regolamento riguardante la «dotazione organica, l'individuazione degli uffici di livello dirigenziale e delle relative funzioni» (art. 7, c. 3, l. n. 94) dell'unificato Ministero del Tesoro e del Bilancio e della programmazione economica (D.P.R. 20 febbraio 1998, n. 38, «Regolamento recante le attribuzioni dei Dipartimenti del Ministero del Tesoro e del Bilancio e della programmazione economica nonché disposizioni in materia di organizzazione e di personale, a norma dell'art. 7, comma 3, della legge 3 aprile 1997, n. 940»).

Quanto al d.lgs. n. 279, va precisato che esso si propone di edificare un modello di rappresentazione delle risorse in entrata ed in uscita, il quale, in aderenza alla ratio della stessa legge-delega, ponga in luce lo stretto legame tra funzioni e programmi e responsabilità effettive della dirigenza, che non deve venir meno nell'ottica del controllo sui risultati e sull'attuazione degli obiettivi programmatici.

Con tali intenti, il nucleo del percorso formativo del bilancio statale, a decorrere dall'anno finanziario 1998, è dato dall'unità decisionale denominata «unità previsionale di base» la quale, esprime l'oggetto dell'approvazione parlamentare ed il «limite» autorizzativo della gestione. Ogni unità previsionale è la rappresentazione delle somme affidate alla gestione di un unico centro di responsabilità amministrativa.

Prescrive la legge che la definizione delle unità previsionali deve salvaguardare la piena rispondenza della gestione finanziaria agli obiettivi posti all'azione amministrativa dello Stato, nell'ambito del più generale criterio della ripartizione delle risorse per funzioni, individuate con riguardo agli obiettivi perseguiti dalle politiche pubbliche di settore ed all'esigenza di verificare la rispondenza delle attività amministrative a tali obiettivi, ove possibile con riferimento anche ai servizi resi ai cittadini .

Riguardo all'entrata, le unità previsionali di base sono strutturate per titoli e per tipologie del cespite; per le entrate tributarie, le unità previsionali sono ulteriormente distinte a seconda che il gettito derivi dalla gestione ordinaria dei tributi ovvero dalla specifica attività di accertamento e di controllo degli uffici finanziari .

Riguardo alla spesa, le unità previsionali di base sono articolate secondo che si riferiscano alla spesa corrente, a quella in conto capitale ed al rimborso dei prestiti. In ordine alla spesa corrente, a loro volta, le unità sono differenziate in spese di funzionamento, in quelle di intervento, ovvero di trattamenti integrativi, sostitutivi e di quiescenza; in oneri del debito pubblico e per oneri comuni. In ordine alla spesa in conto capitale, l'articolazione è per le spese di investimento, per gli oneri comuni e per le altre spese.

Il grado di responsabilità amministrativa rispetto al quale sono definite le unità previsionali è individuato «in modo da assicurare il costante adeguamento della struttura del bilancio dello Stato agli ordinamenti legislativi ed alle altre norme di organizzazione dell'amministrazione dello Stato ...» (d.lgs. n. 279/97, Tit. I, art 1, comma. 6).

Le unità previsionali sono determinate annualmente con il disegno di legge di bilancio, in apposito elenco allegato allo stato di previsione del Ministero del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica.

Il decreto attua, così, il principio relativo al divieto di formare il bilancio di previsione in base al criterio della spesa storica incrementale. I Ministri, infatti, avvalendosi anche delle proposte dei responsabili della spesa, indicano gli obiettivi ed i programmi del proprio dicastero in relazione alle effettive possibilità operative. In un secondo momento il Ministro del Tesoro, del bilancio e della Programmazione economica considera gli oneri delle funzioni e dei servizi istituzionali, nonché quelli dei programmi e dei progetti presentati dalle singole Amministrazioni, e, dopo averne analizzato lo stato di attuazione, predispone il progetto del bilancio di previsione

In tale quadro le somme stanziare per spese in conto capitale e non impegnate alla fine dell'esercizio sono confermate in bilancio come residui solo ove sussista l'effettiva necessità di conservare le somme stesse in relazione all'attuazione degli investimenti .

In relazione, pertanto, alla gestione delle risorse assegnate al titolare di ciascun centro di responsabilità amministrativa, si statuisce che, annualmente, «il Ministro del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica, con proprio decreto, d'intesa con le amministrazioni interessate, provvede a ripartire le unità previsionali di base in capitoli, ai fini della gestione e della rendicontazione», assegnando, quindi, le risorse ai dirigenti generali che sono i responsabili della gestione e dei risultati conseguiti, esercitano i poteri di spesa nei termini già descritti ed individuano i limiti di valore delle spese che i dirigenti della struttura amministrativa possono impegnare ai sensi del disposto del d.lgs. n. 29/93 (d.lgs. n. 279/97, art. 3, c. 1, 2, 4)

Nel medesimo ambito normativo viene avvalorato il principio, già enunciato nella legge-delega, che variazioni compensative possono essere disposte da parte del Ministro, su proposta del dirigente generale responsabile, «esclusivamente nell'ambito della medesima unità previsionale di base» (art. 3, c. 5)⁴³.

Nel Titolo II, il decreto offre una compiuta attuazione ad un altro decisivo oggetto della delega legislativa: la riorganizzazione dei conti di Tesoreria (art. 5, c. 1, lett. f, L. 94/97) , contemplando l'integrazione dei flussi informativi delle gestioni di bilancio e di tesoreria. Ciò al fine di garantire un più stretto raccordo tra gestione di competenza e gestione di cassa. A tal fine il d.lgs. 279/97, all'art. art. 6, disciplina le procedure di integrazione dei flussi informativi delle gestioni di bilancio e di tesoreria al fine di concentrare l'esecuzione della spesa su progetti specifici in modo che si evidenzino la responsabilità di chi esegue il progetto, il suo impatto finanziario, i risultati effettivi attesi. In questa prospettiva, le nuove unità elementari del bilancio (unità previsionali di base), che sono raccordate a specifici centri di responsabilità amministrativa, possono costituire l'intreccio lungo il quale creare un più efficace collegamento tra le due gestioni del bilancio dello Stato.

Il decreto in esame, agli art.li 7 e 9, procede alla riqualificazione del sistema di Tesoreria Unica nei confronti delle Regioni e degli enti locali con riferimento al principio dettato dall'art. 5, c. 1, lett. e della L. 94/97 che prevede il «graduale superamento dell'attuale sistema in connessione con il progressivo conferimento di ulteriori funzioni ed entrate proprie».

⁴³ In argomento, MINISTERO DEL TESORO, Circolare 7 novembre 1997, n. 8: Legge 3 aprile 1997, n. 94. Nuove modalità di gestione del bilancio dello Stato.

Quest'ultima, nel conferire la delega, e quindi il d.lgs. n. 279 nell'attuare, occupandosi della soppressione del sistema di Tesoreria unica, si soffermano sulle «autonomie locali», in linea con il processo di decentramento amministrativo operato dalla L. 127/97 ed in prospettiva della revisione costituzionale in senso «federalista», essendo noto che il Sistema è stato considerato fortemente lesivo dell'autonomia degli enti locali ed in particolare di quella delle Regioni costituzionalmente garantita.

Con l'intento di assicurare l'omogeneità dei dati ed una visione di insieme per tutta la pubblica Amministrazione, il d.lgs. 279/97 ha definito il sistema di contabilità economica che consente di costruire il profilo del costo dei prodotti-finalità erogati e di verificare le modalità di impiego delle risorse.

L'impianto si struttura sulla base del «piano dei conti», dei «centri di costo» e dei «servizi erogati». Il primo «costituisce lo strumento per la rilevazione economica dei costi necessario al controllo di gestione» d.lgs. n. 279/97, art. 10, c. 3); i centri di costo «sono individuati in coerenza con il sistema dei centri di responsabilità dell'Amministrazione, ne rilevano i risultati economici e ne seguono l'evoluzione anche in relazione ai provvedimenti di riorganizzazione» (c. 4); i servizi «esprimono le funzioni elementari, finali e strumentali, cui danno luogo i diversi centri di costo per il raggiungimento degli scopi dell'Amministrazione» (c. 5).

In definitiva, ciò che affiora in modo netto dal disposto del d.lgs. 430/97 e dal regolamento di organizzazione è una fisionomia ministeriale intesa come struttura di coordinamento, di direzione e di impulso, piuttosto che di gestione diretta, intrinsecamente collegata con le più generali attribuzioni del Governo in materia di politica economica e finanziaria e con le funzioni di coordinamento del Presidente del Consiglio dei Ministri.

L'anzidetta struttura prevede quattro settori generali ed omogenei di attività organizzati in forma dipartimentale: il settore per la politica economica e finanziaria (Dipartimento del tesoro); il settore delle politiche di bilancio e del coordinamento e verifica degli andamenti della spesa pubblica (Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato); il settore della programmazione economica e finanziaria e coordinamento degli interventi per lo sviluppo economico territoriale e settoriale delle politiche di coesione, con particolare riguardo alle aree depresse (Dipartimento per le politiche di sviluppo e di coesione); il settore dell'amministrazione generale, personale e servizi del tesoro (Dipartimento dell'amministrazione generale, del personale e dei servizi del tesoro).

Specificatamente, il Dipartimento del Tesoro farà perno sul nucleo storico dell'attuale direttore generale, che dovrà supportare tecnicamente le scelte economiche e predisporre i documenti a carattere programmatico (come il DPEF); il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato avrà una competenza a ampio raggio nella predisposizione e nel monitoraggio dell'andamento del bilancio; il Dipartimento per le politiche di sviluppo sarà specializzato nelle politiche settoriali e nel coordinamento dell'impiego dei fondi strutturali; il Dipartimento per l'amministrazione generale infine, dovrà gestire il personale ed i servizi all'utenza.

Specifico rilievo risultano avere, inoltre e sicuramente, le disposizioni che prevedono la costituzione - tra i quattro - di un dipartimento della «Ragioneria generale dello Stato» quale struttura operativa adeguata e potenziata in funzione diretta di supporto dell'azione di Governo in materia finanziaria e di bilancio. L'organizzazione tratteggiata dal d.P.R. n. 38/98, infatti, viene a sostituire il modello organizzativo e funzionale della Ragioneria generale a suo tempo introdotto dalla l. 5026/869.

Dall'insieme delle statuizioni anzidette emerge un quadro complessivo teso, in buona sostanza, alla trasformazione del ruolo della Ragioneria generale dello Stato e degli uffici che da essa dipendono, come da tempo sollecitato, rappresentando, quindi, la nuova veste strutturale attribuita alla Ragioneria un punto di verosimile rottura con il tradizionale sistema di controllo di

legittimità sull'azione della pubblica Amministrazione ed, in particolare, di quella di spesa da essa fin qui esercitato e che a lungo ne ha condizionato fortemente lo svolgimento.

La “strategia” normativa programmata dalla L. n. 94/97 in funzione del controllo della spesa pubblica ed in sincronia con le più innovative e funzionali esigenze di governo della finanza pubblica può dirsi, così, quasi completato. Occorrerà procedere ancora all'adeguamento della legge e del regolamento generale di contabilità ai principi ed ai criteri direttivi posti dalla «riforma», in quanto il ragguardevole impegno del legislatore di questi anni teso ad allineare il sistema di bilancio alle rinnovate condizioni sociali ed economiche del nostro Paese ed in aderenza alle esigenze dettate dall'integrazione europea potrà assumere, stabilmente, completezza e organicità.

3 - Legge Ciampi: suoi effetti e conseguenze.

Il varo legislativo della “riforma” compiuta attraverso la L. delega n. 94/97 e il conseguente inserimento del sistema di contabilità economico – analitica, ha prodotto specularmente un rinnovato e più incisivo avvio del processo di riordino e consolidamento dei modelli e dei criteri di monitoraggio della spesa pubblica consentendo l'attuazione della delega a tal fine conferita al Governo dalla L. 15 marzo 1997, n. 59 (Legge Bassanini)⁴⁴. Invero, il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286 recante: “Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 11 della l. 15 marzo 1997, n. 59”, decreta quattro tipi di controllo, o valutazione, da svolgersi con carattere di obbligatorietà per il sistema centrale: controllo contabile; verifica dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa; monitoraggio dell'efficienza dei dirigenti pubblici; verifica delle scelte di indirizzo politico in termini di congruenza tra risultati conseguiti ed obiettivi predeterminati. L'articolato normativo in esame, nel regolare le diverse categorie di controllo distingue nettamente i controlli ccdd. “impeditivi” che avrebbero dovuto assicurare la “legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa” (controllo di regolarità amministrativa e contabile)⁴⁵ da quelli qualificati “collaborativi” i quali sono indirizzati eminentemente ad interpretare al massimo la funzione amministrativa e, quindi, idonei a cernere il rendimento dell'azione degli operatori pubblici. A tale tipologia di controllo sarebbe spettato, in particolare: verificare l' “efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati” (controllo di gestione)⁴⁶; valutare le “prestazioni del personale con qualifica dirigenziale” (valutazione della dirigenza)⁴⁷; valutare l' “adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, programmi ed altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra risultati conseguiti ed obiettivi prestabiliti” (valutazione e controllo strategico)⁴⁸.

Il decreto in parola accredita la distinzione in esame vietando di affidare verifiche di regolarità amministrativa e contabile a strutture preposte alle tre fattispecie di controllo collaborativo.

⁴⁴ Quest'ultima. Tra le altre, aveva conferito delega legislativa al Governo diretta a riordinare e potenziare i meccanismi e gli strumenti di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati delle attività svolte dalle Amministrazioni pubbliche. Prevedendo, tra l'altro, che ciascuna Amministrazione organizzasse un sistema informatico-statistico di supporto al controllo interno di gestione, alimentato da rilevazioni periodiche dei costi, delle attività e dei prodotti. Nonché stabilendo che ciascuna Amministrazione provvedesse alla elaborazione di specifici indicatori di efficacia, efficienza ed economicità ed alla valutazione comparativa dei costi, rendimenti e risultati e che l'esito dell'attività di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati fosse collegato alla allocazione annuale delle risorse.

⁴⁵ D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, art. 1, c. 1, lett. a.

⁴⁶ D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, art. 1, c. 1, lett. b.

⁴⁷ D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, art. 1, c. 1, lett. c.

⁴⁸ D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, art. 1, c. 1, lett. d.

Diversamente, queste ultime, ancorchè di competenza di organismi diversi l'uno dall'altro, vanno tuttavia esercitate in modo integrato, rappresentando il comune intento di realizzare la miglior resa possibile dell'azione amministrativa.

Appare necessario precisare, però, che taluni controlli di legittimità e regolarità, in particolare, quelli attribuiti agli Uffici del bilancio, in virtù delle rivisitazioni legislative⁴⁹ sembrano assumere una natura collaborativa, in ogni caso sui generis in considerazione del fatto che tutti i controlli della Ragioneria, a differenza di quelli collaborativo-manageriali, configurano l'obbligo di denuncia alla Corte dei conti, ai sensi dell'art. 1, c. 3, L. 14 gennaio 1994, n. 20; mentre i controlli annoverati per antonomasia tra quelli "collaborativi", quali la valutazione della dirigenza, non tengono celato il loro carattere repressivo.

Risulta, comunque, chiaro che il predominio e lo spazio concessi dalla norma ai controlli cdd. collaborativi riflette il convincimento secondo cui, negli anni si è andato rinvigorendo il concetto di "controllo" non più inteso nel senso burocratico di limitazione e vincolo all'azione amministrativa, ma piuttosto come cooperazione con gli Uffici e quindi come processo di autocorrezione continua all'interno dell'Amministrazione stessa, tendente a cambiare i comportamenti nel corso dell'attività per indirizzarli al più efficace ed efficiente conseguimento degli obiettivi.

Sembrirebbe, in definitiva, sufficientemente chiaro che il controllo "interno" deve essere inteso, per la Pubblica Amministrazione, quale irrinunciabile strumento volto al rafforzamento della ragionevolezza economica dell'organizzazione, al miglioramento del rapporto risorse-obiettivi, e a rendere effettiva la responsabilità dei funzionari in merito al raggiungimento dei risultati.

Sul decreto oggetto di riflessione si impongono, senza dubbio, talune considerazioni che lasciano emergere innumerevoli criticità e ambiguità sulla interpretazione della ratio ad esso sottesa. In primo luogo, occorre evidenziare come esso come esso più che una riorganizzazione contempli una rivisitazione complessiva della progettazione del sistema dei controlli interni, inserendo elementi fino ad allora del tutto estranei al sistema stesso, quale il controllo strategico, ma nello stesso tempo non concedendo adeguato spazio alla disciplina delle varie tipologie di controllo previste.

In riferimento a quest'ultimo aspetto si consideri per tutti il caso dell'art. 2 dove il decreto tratta dei controlli interni di "regolarità amministrativa e contabile", i quali - così stabilisce la norma - debbono essere svolti secondo i principi della revisione aziendale. Ma la normativa non cita tutti quegli altri controlli i quali sono anch'essi volti a "garantire la legittimità e la correttezza dell'azione amministrativa", quali, i controlli operati dalle Ragionerie centrali, ora Uffici del bilancio.

Non meno utile appare poi intercettare il motivo per cui il legislatore delegato abbia posto in modo particolare l'accento sulla differenziazione tra controlli cdd. repressivi e controlli cc.dd. collaborativi.

In origine, con l'approntamento del Sistema dei Servizi di controllo interno ai sensi del d.lgs. n. 29/93 ed in assenza di un apposito servizio ispettivo, le Amministrazioni si sono avvalse degli uffici di controllo interno per compiti anche di verifica di legittimità e regolarità contabile, mettendo in crisi la funzionalità del sistema. Per scongiurare confusione e conseguenti distonie al cumulo, è stato ritenuto opportuno architettare strutture ad hoc, tenendo separate quelle preposte a controlli di tipo sanzionatorio da quelle tendenti a migliorare e qualificare l'azione amministrativa.

⁴⁹ D. lgs. n. 430/97, art. 7.

Ed è tenendo presente tale necessità che va analizzata l'anzidetta disposizione che proibisce l'affidamento di verifiche di regolarità amministrativa e contabile a strutture addette al controllo di gestione, alla valutazione dei dirigenti ed al controllo strategico.

Verifiche di regolarità amministrativo-contabile, inoltre, non devono essere preventive e non rilevano in ordine all'esecutorietà dell'atto. Segnale quest'ultimo di un'ulteriore necessità: quella di accordare continuità all'azione amministrativa in capo ad un "responsabile" che ha l'ultima parola in ordine alla sua efficacia o meno.

Ciò si sostanzia nel divieto di effettuare verifiche che possano incidere sulla solerzia e tempestività dell'azione amministrativa causandone la paralisi addirittura. Ponendo attenzione, peraltro, a non cadere in altri tipi di inconveniente che possono nascere in virtù dell'alto numero di strutture predisposte dal d.lgs. n. 286 per i controlli manageriali: farraginosità ed appesantimento, nonché antieconomicità del sistema a tutto danno della sua funzionalità.

Entrando quindi nel merito del provvedimento legislativo, ed in particolare nel palese «potenziamento» dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati nelle amministrazioni pubbliche, si rileva che la normativa esordisce con l'affermazione che "le pubbliche amministrazioni, nell'ambito della propria autonomia, si dotano di strumenti adeguati" a garantire la legittimità dell'azione amministrativa, a verificare l'efficacia, l'efficienza, a valutare la dirigenza e l'adeguatezza delle scelte compiute.

Si pone, dunque, il seguente interrogativo: che significa "nell'ambito della propria autonomia"?

Evidentemente, "Autonomia" vuol dire che le verifiche si svolgono e si esauriscono all'interno dell'apparato. Il decreto non lascia affiorare dubbi in proposito quando afferma che "gli addetti alle strutture che effettuano il controllo di gestione, la valutazione dei dirigenti ed il controllo strategico riferiscono sui risultati dell'attività svolta esclusivamente agli organi di vertice dell'amministrazione, agli organi di indirizzo politico-amministrativo...". E, per i controlli ccdd. collaborativi⁵⁰ non si delinea l'obbligo di denuncia alla Corte dei conti.

Le riflessioni sin qui riportate rinnovano il richiamo ad un principio posto a base della nuova cultura del controllo nelle Amministrazioni pubbliche: l'impianto pubblico non deve limitarsi a gestire, ma anche valutare al suo interno i propri comportamenti. Spetta, quindi, allo stesso apparato, non solo di individuare le cause di devianze e carenze emergenti dall'insieme dell'attività, e, dunque, valutarle, ma anche di suggerire, promuovere, stimolare i correttivi del caso, in modo che dall'interno stesso possano essere modificate le condotte degli agenti nel corso dell'attività, affinché l'azione pubblica sia indirizzata al miglior perseguimento degli obiettivi fissati, potenziando la razionalità economica dell'organizzazione, nonché l'efficacia delle scelte.

Ma, "Autonomia" significa anche che ogni assetto pubblico operi i controlli indipendentemente l'uno dall'altro. Ciò lo fa adombrare la disposizione dell'art. 4 quando, sempre a proposito del controllo di gestione, disciplina che "ciascuna" Amministrazione definisce gli indicatori di efficienza, efficacia ed economicità in ciò adeguandosi perfettamente ai criteri della L. delega n. 59/97. Ancora, "autonomia" significa anche che il ruolo dei controlli esterni (Corte dei conti) è limitato alle verifiche di funzionalità delle rete di controllo interno. I tre significati tratteggiati costituiscono un apprezzabile contributo nella direzione di un radicale cambiamento dell'atteggiarsi delle Amministrazioni pubbliche nei confronti del loro stesso operato.

Vi è un secondo interrogativo posto dall'art. 1 del d.lgs. n. 286: "ogni Amministrazione deve dotarsi di strumenti adeguati" che implica una non meno argomentata risposta.

⁵⁰ In coerenza con i principi affermati nella sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 1995.

Nel momento in cui si parla di “strumenti” di monitoraggio dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell’attività svolta dalle pubbliche Amministrazioni, inevitabilmente si immaginano gli strumenti di valutazione, prima fra tutti gli indicatori, veri e propri «ferri del mestiere» dell’esercizio di qualsivoglia tipo di controllo. L’Amministrazione conosce bene quelli stereotipi atti a sindacare la legalità e la correttezza dell’azione amministrativa; ma è ancora lontana dai misuratori di efficacia, efficienza, economicità, cioè dai rendimenti e dai risultati, empirici e mutevoli.

Diversamente da quanto ci si sarebbe aspettato non si rintracciano, nel decreto in esame, prescrizioni al riguardo. Esse sarebbero stato quanto mai necessarie tenuto conto della circostanza che, nel caso, le pubbliche Amministrazioni non devono solo attrezzarsi con nuove e diverse metodologie, e con parametri di riferimenti, criteri di valutazione, che non siano quelli sufficientemente certi e precogniti dei controlli formali, primo fra tutti la legge. Ma, ancor di più, perché, atteso lo stato di inefficienza in cui ancora versano i nostri apparati pubblici, esse devono dotarsi di strumenti realmente mirati ed affidabili, non dovendo, quest’ultimi, limitarsi a rappresentare in modo efficace la complessa figura dell’azione amministrativa valutando i diversi aspetti e momenti della gestione, ma ancor più devono poter e saper sviluppare controlli di tipo direzionale, i quali consentano la modifica dei processi gestionali, dei comportamenti, dell’organizzazione come dell’allocazione delle risorse. Ci si intende riferire a quell’autocorrezione nel senso di funzionalità e miglioramento continuo del sistema, di cui si diceva.

Il fatto che sia l’Amministrazione pubblica a dover definire “gli indicatori specifici per misurare efficacia, efficienza ed economicità” è un significativo indicatore del salto di qualità compiuto con il D.Lgs. n. 286 rispetto ai primi interventi legislativi in materia di misurazione dell’azione amministrativa, venendosi in tal modo a porre salde premesse ai fini dell’avvicinamento dei riscontri e delle verifiche nel settore pubblico a quelle presenti nelle aziende di produzione, laddove il controllo, finalizzato ad ottimizzare il rapporto costi-risultati, esprime una parte integrante, conditio sine qua non dello stesso processo produttivo.

Invero, esaminando la normativa, si intuisce che il legislatore delegato si esprime larvamente stabilendo solo che ogni PA «deve» stabilire gli indicatori specifici per misurare efficacia, efficienza ed economicità. Vero è che il criterio direttivo della delega ex art. 17 della L. n. 59/97 statuisce che il legislatore delegato deve prevedere che ciascuna Amministrazione provveda periodicamente alla elaborazione di specifici indicatori di efficacia efficienza ed economicità, nonché alla valutazione comparativa dei costi, rendimenti e risultati. Ma non si può disconoscere che un provvedimento legislativo il cui oggetto è il «potenziamento» di strumenti di monitoraggio, pur demandando alle Amministrazioni l’elaborazione puntuale dei singoli strumenti di verifica, non può consentire che queste si avventurino da sole in un campo che, per le obiettive difficoltà che si incontrano non sarebbe fuor di luogo definire quanto mai «minato». La legge avrebbe dovuto definire la questione con maggiore puntualità, senza ombre di dubbio. Quantomeno indirizzare, coordinare, dettare criteri di fondo comuni.⁵¹

Appartengono, invece ad altra categoria gli Strumenti del controllo interno, di cui si occupa distintamente il d.lgs. n. 286.

⁵¹ Sul tema degli indicatori, v. (a cura di) M.V. LUPO’ AVAGLIANO, L’efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri, con contributi di L. ANSELMINI (L’efficienza nell’esperienza degli enti locali), L. CASTELLUCCI (Efficienza ed efficacia nella fornitura dei beni e servizi attraverso il bilancio pubblico nelle economie avanzate), F. CERASE (Tra burocrazia e managerialità. Aspetti organizzativi nella riforma dell’amministrazione finanziaria in Italia), G. LADU (Indicatori di performance e controllo di gestione), M.V. LUPO’ AVAGLIANO (Le ragioni dello sviluppo economico e sociale, l’efficienza dell’azione amministrativa e l’ingresso nell’ordinamento della “nuova” cultura delle misurazioni), R. ZOBOLI (Valutazioni delle politiche ambientali e sistema di indicatori), Milano, 2001.

Con più precisione: la creazione, presso la Presidenza del Consiglio, di una banca dati integrata con la rete unitaria delle pubbliche Amministrazioni, alimentata, tra l'altro, dalle direttive sull'attività amministrativa emanate annualmente dai singoli Ministri; un sistema informatico-statistico unitario, idoneo alla rilevazione di grandezze quantitative a carattere economico-finanziario, di cui deve avvalersi il sistema del controllo di gestione e il sistema di valutazione e controllo strategico delle Amministrazioni statali; un Organo collegiale, collocato al vertice dell'intero sistema, localizzato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e supportato da una struttura tecnica permanente, con funzioni di coordinamento; un Osservatorio, il quale fornisca indicazioni e suggerimenti per l'aggiornamento e la standardizzazione dei sistemi di controllo interno.

Come appare chiaro si discorre di «strumenti» intesi come misure organizzative di carattere generale, pur necessari, ma di sicuro non esaustivi del potenziamento del sistema di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati nelle Amministrazioni pubbliche.

Attuata sul piano normativo ed avviata la fase operativa della riforma del bilancio statale, si rendeva necessario estendere i principi ed i criteri informatori della L. n. 94 del 1997 agli altri numerosi organismi istituzionali titolari di poteri di spesa presenti sul territorio nazionale. Sia perché il governo di tutta la finanza pubblica ne traesse benefici e vantaggi da metodi e strumenti più adatti a soddisfare l'esigenza di scelte allocative delle risorse pubbliche trasparenti e consapevoli, nonché di scelte gestionali aderenti all'impiego razionale e produttivo dei mezzi finanziari; sia perché non si disattendessero i vincoli derivanti dall'appartenenza del nostro Paese alla UE.

Il sistema contabile pubblico avrebbe di certo, avuto necessità di ulteriori interventi proprio in considerazione di tale seconda finalità.

Giova ricordare che con la Risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam (17 giugno 1997, n. 97/C 236/01) veniva stipulato dai Paesi membri dell'Unione europea il «Patto di stabilità e sviluppo» con lo scopo di imporre agli Stati un governo dei flussi finanziari pubblici rispettoso di un sempre più rigoroso controllo dei conti, nel convincimento che la stabilità finanziaria, non meno che quella monetaria, cui è connessa, avrebbe dovuto rappresentare la conditio sine qua non della crescita economica.⁵²

Gli impegni finanziari sarebbero dovuti essere particolarmente stringenti per obbligare i vari Stati a realizzare politiche non più contingenti, ma "strutturali", di risanamento dei propri bilanci. Posto che nella prospettiva dell'introduzione della moneta unica gli Stati membri avrebbero rinunciato alla sovranità monetaria, ma avrebbero mantenuta quella di imposizione tributaria e di spesa e quindi occorreva scongiurare il pericolo che le conseguenze negative di un eventuale ulteriore deficit creato dal singolo Stato - in virtù dell'ingresso dell'Euro fossero subite in larga parte dagli altri.

Il Trattato della Unione europea (Maastricht 7 febbraio 1992, ratificato e reso esecutivo con L. 3 novembre 1992, n. 454) integrando il Trattato istitutivo della Comunità europea aveva già previsto che i Paesi membri dell'Unione avrebbero dovuto evitare disavanzi pubblici eccessivi, da valutarsi principalmente in base a due indicatori, il rapporto disavanzo/PIL ed il rapporto debito pubblico/PIL. A tal fine veniva allegato al Trattato stesso un apposito Protocollo sulla procedura dei disavanzi eccessivi (applicato con Regolamento del Consiglio europeo, 22 novembre 1993, n. 3605/93).

⁵² Cfr. M.V. LUPO'AVAGLIANO, Conclusioni, in Linee di riforma dei bilanci pubblici, Cagliari, 7 e 8 giugno 2002, in Atti del Convegno, Torino, 2003.

Sia precedentemente sia successivamente al Patto di stabilità e sviluppo, altre misure sono state prese dalla Comunità europea al fine di contribuire a tenere sotto controllo le finanze pubbliche: prima fra tutte il già citato Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità (SEC 95), ovvero sia un sistema contabile comparabile a livello internazionale che descrive in maniera sistematica e dettagliata il complesso di un'economia, i suoi componenti e le sue relazioni con altre economie.⁵³ In uno scenario così tratteggiato la omogeneizzazione dei sistemi contabili pubblici, già prevista peraltro dalla L. 468 del 1978, è apparsa come una irrinunciabile esigenza funzionale per addivenire al consolidamento dei conti a livello U.E. ed internazionale, nonché strumentale perché anche gli enti e gli organismi a finanza derivata potessero essere coinvolti, attraverso il rispetto di idonei parametri, in un processo di sviluppo derivante dall'adesione al Patto di stabilità e crescita.⁵⁴ È necessario inoltre, ricordare che la conformità ai principi generali che vigono nella Comunità europea sia oggi norma elevata a rango costituzionale dalla L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 («Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione»), la quale dispone che la potestà legislativa, a qualsiasi livello di governo essa appartenga, Stato e/o Regioni, è esercitata, ancorché «nel rispetto della Costituzione», anche «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» (art. 117, c. 1). E che tra le materie oggetto di legislazione (nel caso, esclusiva dello Stato) e quindi tenuta al rispetto dei vincoli U.E. vi è sia il «sistema contabile dello Stato», sia la materia dell'«armonizzazione dei bilanci» unitamente al «coordinamento della finanza pubblica» (di competenza concorrente fra Stato e Regioni).

Nell'ottica del raccordo con i conti «europei», non è arduo comprendere che «armonizzazione dei bilanci» vuole sicuramente significare un'esigenza di coordinamento delle politiche di entrata e di spesa messe in atto e perseguite dai vari centri istituzionali perché siano indirizzate verso gli obiettivi comuni di stabilizzazione della finanza pubblica. Ma l'argomento, sempre agli stessi fini, non può non essere espressivo di un'altra esigenza: quella di uniformità dei sistemi di bilancio, prodromica e complementare alla prima. I livelli di governo debbono parlare il più possibile lo stesso linguaggio contabile servendosi di metodi e strumentazioni riconducibili a metodi e tecniche omogenee perché i dati siano facilmente leggibili e comparabili. Al contrario l'adozione di strumenti e meccanismi contabili disomogenei intralcia i processi decisionali, gestionali e di controllo e la comunicazione in genere tra i vari centri che governano i flussi finanziari.⁵⁵

Conseguenzialmente si è provveduto ad emanare la L. 25 giugno 1999, n. 208 (Disposizioni in materia finanziaria e contabile»), la quale si è disposta su due piani. Da un lato rendere omogenei i sistemi contabili pubblici, dall'altro ripensare in merito alle procedure di bilancio ed al contenuto dei Documenti finanziari e contabili perché potesse essere adeguatamente coniugato l'obiettivo di una politica di rigore finanziario ed al tempo stesso di crescita economica.

⁵³ V., anche, tra gli altri, il Regolamento Ce Consiglio europeo, 7 luglio 1997, n.

1166/97 («Rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche»); il Regolamento Ce Consiglio europeo, 7 luglio 1997, n. 1467 («Accelerazione e chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi»).

⁵⁴ Puntualmente ogni anno la legge finanziaria detta le norme sul «Patto di stabilità interno» in cui viene riaffermato il principio che gli enti territoriali «concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblici che il Paese ha adottato con l'adesione al patto di stabilità e crescita, impegnandosi a ridurre progressivamente il finanziamento in disavanzo delle proprie spese e a ridurre il rapporto tra il proprio ammontare di debito ed il prodotto interno lordo» (art. 28, c. 1, L. 23 dicembre 1998, n. 448; v. anche L. 23 dicembre 1999, n. 488 (legge finanziaria 2000); L. 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria 2001); e così via.

⁵⁵ Sul punto, ampiamente, M.V. LUPO' AVAGLIANO, Autonomia degli enti locali e coordinamento dei bilanci pubblici, in Atti del Convegno L'Autonomia degli enti locali: modelli di attuazione del Titolo V della Costituzione e sistema maggioritario, Napoli, 2003.

- 4 - La legge 3 dicembre 2009 n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica): riattivazione del percorso di riforma del Bilancio dello Stato: “ mission” e “ programmi”; nuova identità del Bilancio dello Stato: le unità di voto parlamentare e la rimodulabilità delle spese.

La legge di contabilità e finanza pubblica è stata originata da talune esigenze fondamentali la cui urgenza si può agevolmente cogliere: la prima necessità è stata infatti quella di fare chiarezza all'interno del quadro complessivo dei sistemi di finanza pubblica e di liberare la Legge Finanziaria da una serie di norme che la appesantivano smisuratamente facendole perdere il suo primigenio significato. Contestualmente, si è posta l'attenzione su un problema di fondo: la Costituzione Italiana attraverso l'art. 81 conferisce alla Legge di Bilancio dello Stato, un carattere di “legge di leggi”. Questa rigidità assoluta che ne è derivata ha fatto sì che le possibilità di intervento amministrativo sulla legge di Bilancio sono apparse sempre difficilmente praticabili.

Sul piano reale tale rigidità “costituzionalmente garantita” ha condotto, nel corso del tempo, verso l'introduzione di una serie di leggi diversamente denominate - tra cui i cosiddetti “collegati” - che hanno fatto perdere alla legge Finanziaria il suo peculiare carattere di strumento preposto alla determinazione dei saldi e delle grandezze obiettivo, conferendole il carattere di legge “omnibus” per tutte le necessità.

Il punto cruciale che ha segnato la genesi della legge n. 196/2009 ha riguardato anche la situazione finanziaria degli ultimi anni che ha costretto chi governa a importanti strette sui conti pubblici. Oggi i parametri di Maastricht impongono un severo monitoraggio non solo sull'indebitamento netto (che in qualche modo l'Italia riesce a tenere sotto controllo), ma anche del debito nel suo complesso. A tal proposito è noto a tutti come l'Italia sia oberata da un debito pubblico sconfinato il cui peso finisce per comprimere la spesa per investimenti in maniera ormai inaccettabile.

Sovente, si è ricorso a termini ingegnosi quali: “regolazione debitoria”, dietro cui si nascondevano voci di debito che, a stretti termini di legge, non avevano bisogno di copertura finanziaria. Esse, in altri termini, rappresentavano un meccanismo inconsueto attraverso cui, approfittando del carattere di annualità del Bilancio, si potevano riconoscere eccedenze di spesa nell'anno successivo a quello in cui si erano prodotte così che esse non transitassero nel Bilancio di competenza e, quindi, non appesantissero il deficit annuale, incidendo così, nell'anno successivo, direttamente sul debito.

Un metodo straordinario, in breve, per mettere cenere sotto il tappeto con la conseguenza che nel giro di una decina d'anni il deficit della sanità italiana (in particolare) è passato da 63 a 109 miliardi.

Il punto è: come intervenire in modo strutturale per consentire un miglior controllo degli sforamenti di spesa, in particolare in Italia, dove tutta la spesa legata a diritti soggettivi non è controllabile? Da questo interrogativo comprensibile è scaturita una lunga riflessione che è confluita verso una nuova riforma del Bilancio.

Le argomentazioni di fondo prendono spunto da una constatazione oggettiva: la Finanziaria non può che intervenire sul “delta”, ossia sulle variazioni annuali delle grandezze di finanza pubblica conseguenti alla manovra del governo. Un dato empirico riproduce meglio quello di cui si discorre: generalmente una legge Finanziaria da 50 miliardi di euro è già enorme (addirittura oltre la media), il Bilancio invece nel suo complesso ha una dimensione di oltre 650 miliardi di euro.

E' semplice intuire che riuscendo a intervenire su una legge le cui grandezze sono di gran lunga superiori a quelle della Legge Finanziaria, è possibile trovare spazi più ampi per una migliore razionalizzazione della spesa. Da qui l'esigenza di una nuova legge che consentisse di padroneggiare anche il Bilancio e non più soltanto la legge Finanziaria, favorendo per giunta, una migliore intelligibilità dei conti.

Già, con il decreto 112 del 2008 si è iniziato a introdurre il principio secondo cui sono possibili interventi di carattere amministrativo sul Bilancio. Si tratta di un approccio nuovo che consente di dominare in corso d'opera le grandezze di finanza pubblica, cioè di intervenire nel momento in cui un "programma" o una "missione" sfiorano i valori di budget predeterminati.

Va detto peraltro, che in seguito a più chiari criteri di classificazione, già con il Bilancio relativo all'anno 2009, si è potuta avere una lettura più chiara per esempio del costo di uno stesso servizio in alcune zone di Italia o in alcune amministrazioni e si è potuto quindi verificare che in alcuni casi uno stesso servizio costa in misura diversa a seconda dei luoghi o delle amministrazioni che lo erogano.

Uno degli aspetti maggiormente problematici è stato e continua ad essere, certamente, quello di fissare con puntualità il limite al potere amministrativo di modificare il Bilancio per evitare la sottrazione al Parlamento delle decisioni fondamentali dell'allocazione delle risorse finanziarie: questo è un problema aperto, anche con significative implicazioni costituzionali, che va posto costantemente in rilievo quale oggetto di ponderazione e di discussione.

La nuova legge di Contabilità e Finanza Pubblica, pone, per di più, l'accento su due innovazioni fondamentali: il sistema di contabilità per cassa (ottenendo così un maggiore controllo diretto dei flussi contabili per cassa) e, in via sperimentale, una contabilità economico - patrimoniale. Cogliere un equilibrio tra questi elementi è risultato, di certo, molto complicato ma è stata fatta la scelta di conciliare la contabilizzazione legata al momento in cui sorge l'impegno di spesa con un migliore controllo della cassa considerato che quest'ultima, come è noto, in alcuni momenti fuoriesce totalmente da ogni controllo.

La Legge n. 196 del 31 dicembre 2009 (Riforma della contabilità e della finanza pubblica), dunque, consente di adeguare le norme che regolano il governo della finanza pubblica, la contabilità pubblica e la gestione del bilancio alle esigenze connesse all'adesione dell'Italia all'Unione monetaria, all'evoluzione del sistema economico e al nuovo assetto istituzionale tra Stato ed Enti decentrati che si va delineando con la legge sul federalismo fiscale (legge n. 42 del 2009). Essa sostituisce la legge n. 468 del 1978 che è stata contestualmente abrogata a partire dal primo gennaio 2010.

Una tra le più rilevanti novità introdotte dalla legge in esame è data dal suo ambito di riferimento: essa è destinata non solo alle amministrazioni centrali dello Stato ma anche a tutti gli altri soggetti che compongono l'aggregato delle amministrazioni pubbliche, individuato annualmente dall'Istat secondo le regole di contabilità nazionale stabilite dai regolamenti comunitari. Si estende così il perimetro di riferimento della legge n. 468 del 1978 e si definisce un quadro normativo unico e coerente per tutti gli enti che compongono detto aggregato.

Il governo unitario della finanza pubblica viene rafforzato attraverso l'individuazione di un nuovo ciclo della programmazione e di procedure di definizione dei relativi strumenti che prevedono un più ampio coinvolgimento di tutti i livelli di governo nella individuazione delle politiche di bilancio e un più articolato raccordo tra queste e gli obiettivi assunti in sede comunitaria. Sono rideterminati, in particolare, i termini di presentazione, i contenuti dei singoli documenti, nonché gli attori coinvolti nella loro predisposizione. La programmazione finanziaria e di bilancio è orientata al medio termine, attraverso una effettiva programmazione triennale delle politiche, degli obiettivi e delle risorse, nonché una maggiore attenzione alle grandezze strutturali del bilancio.

Quanto sino ad ora segnalato si accompagna alla previsione di una “doppia” identica delega per l’armonizzazione degli schemi di bilancio e dei sistemi contabili delle amministrazioni pubbliche (una per gli enti territoriali attraverso la novella della legge n. 42 del 2009, e una per tutti gli altri enti) e dall’istituzione di una banca dati unitaria che dovrà raccogliere le informazioni di bilancio e gestionali delle stesse. La disponibilità di informazioni tempestive e più agevolmente confrontabili, snellerà anche l’attività di monitoraggio e controllo della evoluzione dei conti pubblici.

La legge in parola contribuisce a rafforzare i meccanismi e gli strumenti per il controllo quantitativo e qualitativo della spesa.

Ai fini del potenziamento degli strumenti di controllo quantitativo della finanza pubblica, difatti, è stata resa istituzionale la prassi fino ad oggi adottata della copertura di ciascuna nuova iniziativa legislativa sui tre saldi (saldo netto da finanziare del bilancio dello Stato, fabbisogno e indebitamento netto delle pubbliche amministrazioni), rendendo coerente l’attuazione dell’obbligo costituzionale di copertura con i criteri e i parametri adottati in sede comunitaria, nonché resa più stringente ed automatica la clausola di salvaguardia introdotta con il decreto legge n. 194 del 2002.

Un maggior orientamento alla qualità della spesa viene perseguito con una completa attenzione alla misurazione e alla valutazione dei risultati raggiunti dalle amministrazioni centrali dello Stato, e attraverso l’introduzione di un programma di analisi e valutazione della spesa da realizzarsi anche attraverso la costituzione di appositi nuclei di analisi e valutazione. I risultati e le proposte di riallocazione nate nell’ambito di tali nuclei potranno essere valutati in sede di predisposizione del disegno di legge di Bilancio.

Sono infine, introdotte norme per conseguire una migliore programmazione finanziaria ai fini dell’efficiente gestione del debito e delle disponibilità liquide presso la Tesoreria.

Sono migliorati i contenuti informativi dei documenti programmatici di finanza pubblica attraverso previsioni di entrata e di spesa articolate per sottosectori, redazione di note esplicative delle metodologie di costruzione dei tendenziali, redazione di allegati informativi sull’efficacia delle manovre di finanza pubblica e sul monitoraggio in corso d’anno delle entrate, delle spese e del fabbisogno del settore statale.

I documenti di bilancio, sia in fase di previsione sia di rendicontazione, sono arricchiti da un ampliamento delle informazioni in essi contenute e sono affiancati da ulteriori e specifici documenti nel corso dell’anno. Le maggiori informazioni disponibili potranno consentire al Parlamento lo svolgimento con maggior consapevolezza del proprio ruolo di indirizzo potendo disporre anche di informazioni sull’effettivo impiego delle risorse negli esercizi precedenti e sui risultati conseguiti.

E’ istituzionalizzata, per il Bilancio dello Stato, la classificazione per missioni e programmi. Questi ultimi diventano le nuove unità di voto parlamentare. Anche la gestione è maggiormente orientata al conseguimento degli obiettivi delle politiche pubbliche; la realizzazione di ciascun programma è previsto venga affidata ad un unico responsabile.

Nell’intento di ripercorrere le tappe più significative lungo le quali il Bilancio dello Stato ha subito mutamenti strutturali, giova ricordare che (come precedentemente illustrato) già la Legge n. 94/97 ed i decreti attuativi avevano previsto una struttura del bilancio dello Stato imperniata, per ogni stato di previsione della spesa, sui Centri di responsabilità amministrativa (aspetto organizzativo), sulle unità previsionali di base (aspetto contabile) e sulla classificazione per funzioni-obiettivo (aspetto funzionale).

Relativamente a quest’ultimo aspetto, la legge aveva previsto che le funzioni-obiettivo fossero individuate con riguardo all’esigenza di definire le politiche pubbliche di settore e di misurare il

prodotto della attività amministrativa, ove possibile anche in termini di servizi finali resi ai cittadini. D'altra parte la pratica ha dimostrato, invece, che la suddivisione percentuale degli stanziamenti di spesa per funzioni obiettivo ha avuto una valenza solo conoscitiva ed informativa, rivelandosi insoddisfacente ed inadeguata, con una scarsa capacità di raccordo con il bilancio decisionale votato dal Parlamento, nonché con un'insufficiente significatività nel rappresentare le peculiarità della spesa pubblica del nostro Paese.

In coincidenza della sessione di bilancio per il 2008, allora, si è pensato di varare una nuova struttura del bilancio dello Stato - per Missioni e Programmi - a "legislazione vigente", in assenza cioè di modifiche alla vigente normativa⁵⁶ Con l'intento di cogliere, tramite l'individuazione più chiara delle principali funzioni svolte dallo Stato, le potenzialità inesprese dell'ordinamento contabile vigente, avendo come obiettivo primario quello di rendere diretto il legame tra "risorse stanziare" e "azioni perseguite".

Ai fini della "lettura" della nuova strutturazione del bilancio annuale occorre tener presente che, sino ad oggi, è stata applicata una classificazione funzionale della spesa, basata per i primi tre livelli (Divisioni, Gruppi, Classi) sulla classificazione COFOG (classification of functions of government - classificazione delle funzioni di Governo, previste dal SEC 95 elaborata in sede OCSE) e per il quarto livello sulle Missioni istituzionali, espressive delle realtà funzionanti della spesa pubblica del nostro Paese.

Secondo la nuova versione "sperimentale", la classificazione dell'entrata è articolata su quattro livelli di aggregazione. Nel primo livello si ha una suddivisione per i quattro titoli: 1) entrate tributarie; 2) entrate extratributarie; 3) entrate derivanti dall'alienazione e dall'ammortamento di beni patrimoniali e dalla riscossione di crediti; 4) entrate derivanti dall'accensione di prestiti.

Al secondo livello, le entrate si distinguono tra entrate ricorrenti ed entrate non ricorrenti, di particolare interesse per la valutazione dei conti nazionali da parte dei competenti organismi comunitari.

Nel terzo livello viene in rilievo la tipologia dell'entrata: entrate tributarie (imposte sui redditi, Iva, Ires), ovvero raggruppamenti di tributi aventi caratteristiche analoghe (ad esempio, imposte sostitutive, imposte sui generi di monopolio, ecc.); per i restanti titoli, è indicata la tipologia del provento per aggregati più o meno ampi (ad esempio, proventi speciali, redditi da capitale, entrate derivanti da servizi resi dall'Amministrazione statale, ecc.).

Al quarto livello, nelle entrate tributarie si distinguono gli introiti concernenti le unità relative ai singoli tributi in "entrate derivanti dall'attività ordinaria di gestione" e "entrate derivanti dall'attività di accertamento e controllo, come peraltro è già previsto nella struttura in essere anche dei bilanci antecedenti a quello del 2008.

Tale suddivisione è dettata dall'esigenza di individuare, tra le entrate relative ad un determinato tributo o insieme di tributi, la quota che si riferisce ai versamenti effettuati spontaneamente dai contribuenti dalla quota correlata all'attività di accertamento e controllo svolta dagli uffici finanziari, finalizzata al contrasto dell'evasione fiscale.

Sempre al quarto livello, nei rimanenti titoli vengono indicate le voci di dettaglio dei proventi che rientrano nelle tipologie di introiti specificate al terzo livello.

La classificazione della spesa, invece, è articolata, per ciascun stato di previsione, in tre livelli di aggregazione: "Missioni", "Programmi" e "Macroaggregati".

⁵⁶ Vedi Circolare n. 21 del 5 maggio 2007 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, "Previsioni di bilancio per l'anno 2008 e per il triennio 2008-2010 - Budget per l'anno 2008".

Le Missioni, di numero limitato, rappresentano le funzioni principali perseguite con la spesa pubblica e costituiscono l'espressione politico-istituzionale del bilancio. Esse, cioè, rappresentano le "grandi" finalità che vengono perseguite indipendentemente dall'azione politica contingente ed hanno, dunque, un respiro di lungo periodo, ossia di configurazione istituzionale permanente. Le Missioni possono essere ministeriali o trasversali a più Dicasteri (interministeriali) e possono essere ricondotte ad un concetto di "risorse di settore" ove la Missione circoscrive l'insieme di risorse disponibili per quella specifica funzione. In questa ottica possono potenzialmente essere utilizzate per organizzare la discussione parlamentare della sessione di bilancio.

In conformità del nuovo bilancio sperimentale, ogni Missione, a sua volta, si realizza concretamente attraverso più "Programmi".

I Programmi, che sono individuati anno per anno, rappresentano "aggregati omogenei di attività svolte all'interno di ogni singolo Ministero, allo scopo di perseguire obiettivi ben definiti nell'ambito delle finalità istituzionali, riconosciute al Dicastero competente"⁵⁷.

La differenza rispetto al passato è che i Programmi acquistano maggior peso nei confronti delle Missioni istituzionali, nel senso che sono maggiormente idonei ad indicare i risultati da perseguire sia in termini di impatto dell'azione pubblica sui cittadini e sul contesto economico e sociale, sia in termini di spinta dell'Amministrazione statale per perseguire le sue finalità, sia nel senso di evidenziazione dei prodotti o dei servizi finali della sua azione.

Dallo scenario così tratteggiato risulta chiaro che l'autentica "novità" della rivisitazione della struttura del bilancio annuale è rappresentata dalla circostanza che - capovolgendo la ratio sottesa alla l. n. 94/97 - i Programmi sono determinati con riferimento alle attività effettivamente espletate, non alle strutture evidenti all'interno dei Ministeri che realizzano i Programmi. Ciò rende possibile una eventuale rivisitazione delle attribuzioni interne ed una identificazione di possibili sinergie, duplicazioni o sovrapposizioni di attività tra i diversi Centri di responsabilità amministrativa appartenenti allo stesso Ministero o addirittura tra Ministeri diversi.

Se la riforma operata dalla legge n. 94/97 aveva rappresentato la saldatura tra struttura della pubblica Amministrazione, composizione del bilancio dello Stato e procedure di contabilità, la classificazione per Missioni e Programmi avviata in via sperimentale a partire dall'esercizio finanziario 2008 ha significato il passaggio da un bilancio squisitamente organizzativo ad uno esclusivamente funzionale, in cui la predeterminazione degli obiettivi e delle finalità acquista interesse preminente.

In realtà con la nuova impostazione del bilancio per Missioni e Programmi si tende a raggiungere due scopi di carattere espositivo e sostanziale: maggiore consapevolezza e migliore leggibilità e trasparenza del bilancio.

Il primo scopo - maggiore consapevolezza - si consegue con la rappresentazione univoca e sintetica delle finalità perseguite dallo Stato, senza perdere di vista gli elementi già presenti nell'attuale quadro classificatorio.

⁵⁷ Così Ministero dell'Economia e delle finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, Circolare n. 21, cit., I Programmi individuati sono specifici di ciascuna Amministrazione; in taluni limitati casi, sono condivisi tra più Amministrazioni. Per ogni Ministero esistono due Programmi trasversali, in cui sono allocate le spese "indirette", non attribuibili ex-ante a Programmi specifici, e le spese di "indirizzo politico", collegati entrambi alla corrispondente Missione "Servizi istituzionali e generali". Fanno eccezione i "Programmi finanziari", i quali non sono rappresentati da attività operative svolte dai competenti Centri di responsabilità amministrativa, ma costituiscono mere operazioni di trasferimento delle risorse finanziarie ai rispettivi Enti destinatari. Saranno questi ultimi ad utilizzare le risorse per l'avvio delle attività operative ed istituzionali per il perseguimento degli obiettivi a cui sono destinate.

Il secondo - migliore leggibilità e trasparenza - dovrebbe consentire la rendicontazione dell'attività realizzata con le risorse allocate, in modo che risulti più immediatamente comprensibile quanto si spende e per quale finalità, facilitando e rendendo più razionale in tal modo il processo decisionale tra Governo e Parlamento. La nuova classificazione per Programmi, rispetto al passato, ha la caratteristica della "dinamicità" offrendo così alle Amministrazioni centrali l'opportunità di ripensare la propria organizzazione attraverso la revisione di strutture, responsabilità e attività svolte.

Ciò nonostante le (buone) intenzioni sottese all'adozione del bilancio per Missioni e Programmi rischiano di rimanere parzialmente insoddisfatte finché l'approvazione parlamentare rimane ancorata alla Unità previsionale di base, cioè al momento "organizzativo" delle risorse, vale a dire all'approvazione della quantità di risorse finanziarie a disposizione di un titolare di un'unità organizzativa munita di poteri gestionali, e non invece, al momento "finalistico", cioè, all'approvazione del quantum da destinare ad un determinato obiettivo da raggiungere.

Conseguenzialmente, dopo la fase sperimentale, sarebbe occorso fare un ulteriore passo in avanti nel processo di razionalizzazione e riorganizzazione del bilancio dello Stato, facendo convergere l'attenzione delle Camere, ovvero sia la loro approvazione, "direttamente" sugli obiettivi da raggiungere con le risorse messe a disposizione dei Centri di responsabilità, perché il legislatore del bilancio avesse piena contezza di dove sarebbero andate specificatamente a confluire le risorse pubbliche e se ne assumesse tutta la responsabilità della loro destinazione, non solo sul piano politico, come nella tradizionale "lettura" dell'art. 81 della Costituzione ma anche, e soprattutto, economico.

La legge 31 dicembre 2009, n. 196 ("Legge di contabilità e finanza pubblica") intende corrispondere a questa esigenza⁵⁸

Con essa, difatti, in un più vasto contesto di rivisitazione di tutta la l. n. 468 del 1978 vengono poste a regime le innovazioni apportate alla classificazione del bilancio a partire dal 2008, confermando per la spesa la ripartizione in Programmi e Missioni, ma con una sostanziale e decisiva novità: oggetto dell'approvazione parlamentare non sarebbero più state le Unità previsionali di base - come accadeva ancora nella fase sperimentale - bensì le "Unità di voto parlamentare" determinate con riferimento "ad aree omogenee di attività e costituite dai programmi quali aggregati diretti al perseguimento degli obiettivi definiti nell'ambito delle missioni. Queste ultime rappresentano le funzioni principali e gli obiettivi strategici perseguiti con la spesa".

Le Unità di voto parlamentare, al pari delle Unità previsionale di base ex L. n. 94/97, sono anch'esse determinate con riferimento ad aree omogenee di attività. Ma a differenza di quelle, che costituiscono "l'insieme organico delle risorse finanziarie affidate ad un unico centro di responsabilità amministrativa", quindi attribuite senza diretto riferimento alla destinazione ovvero all'obiettivo che detto centro avrebbe curato, l'Unità di voto è un aggregato di risorse finanziarie che riceve l'approvazione del Parlamento in quanto espressione di un ben preciso programma di spesa che poi il Governo è obbligato a realizzare.

⁵⁸ La proposta di legge di iniziativa parlamentare, presentata al Senato (Atto n. 1397) e successivamente approvata dalla Camera con modificazioni (Atto Camera n. 2555), nasce dall'esigenza di "riformare le regole contabili al fine di adeguare il contesto normativo del governo della finanza pubblica ai recenti cambiamenti istituzionali ed alle condizioni dei conti pubblici, nonché ad introdurre strumenti di pianificazione e controllo della spesa, finalizzati a contenerne l'espansione" (Così Relazione, V Commissione permanente del Senato). A tal fine la nuova legge di contabilità mira a razionalizzare tutte le fasi in cui si articola la spesa pubblica, dalla programmazione, all'allocazione delle risorse, alla gestione, alla rendicontazione e valutazione.

In altre parole, il voto dato ai Programmi, intesi quali aggregati diretti al perseguimento degli obiettivi definiti nell'ambito delle Missioni, pare ben esprimere il salto di qualità che il legislatore ha voluto imprimere al nuovo assetto classificatorio del bilancio in vista del miglior e più produttivo impiego delle risorse finanziarie pubbliche: impegnare il Parlamento (con il voto) a vincolare esso stesso l'Amministrazione in modo esplicito alle finalità da raggiungere e formulare le proposte e le decisioni di spesa in modo coerente e congruo agli obiettivi dichiarati.

Tutto ciò ci porta a comprendere che il "controllo" parlamentare della spesa pubblica non si estrinseca più sull'ampiezza o grado di vincolo in ordine al quantum delle risorse finanziarie (capitoli, in tempi più remoti, e, successivamente, Unità previsionale di base), ma direttamente sulla "finalità" degli stanziamenti. Il che equivale a dire che il cd. effetto di vincolo del bilancio trasla dalla visione meramente organizzativa della spesa per approdare direttamente alle scelte strategiche di ciascuna Amministrazione, sicché l'attenzione delle Camere è direttamente ed esclusivamente incentrata sull'obiettivo economico che dette scelte sono atte a conseguire.

A ben vedere, quindi, secondo l'impostazione di fondo, il legislatore effettua una ripartizione delle spese dello Stato articolandole in: missioni, programmi (ai fini dell'approvazione parlamentare), capitoli secondo l'oggetto della spesa .

A loro volta, i Programmi sono suddivisi in "macroaggregati per spese di funzionamento, per interventi, per trattamenti di quiescenza e altri trattamenti integrativi o sostitutivi di questi ultimi, per oneri di debito pubblico, per oneri comuni di parte corrente, per investimenti e per oneri comuni in conto capitale. In autonome previsioni è esposto il rimborso di passività finanziarie" .

I capitoli - secondo quanto già disposto dalla L. n. 94/97 - sono classificati secondo il contenuto economico e funzionale e costituiscono le unità elementari ai fini della gestione e della rendicontazione. La classificazione economica e quella funzionale "si conformano ai criteri adottati in contabilità nazionale e dei relativi conti satelliti per i conti del settore della pubblica amministrazione".

In allegato allo stato di previsione della spesa del Ministero dell'Economia e delle finanze da un apposito quadro contabile devono risultare le categorie in cui viene classificata la spesa di bilancio secondo l'analisi economica e le classi fino al terzo livello della classificazione COFOG in cui viene ripartita la spesa secondo l'analisi funzionale.

Stabilisce altresì la L. n. 196/09 che - a differenza di quanto si è verificato nella fase sperimentale della redazione del bilancio - la realizzazione di ciascun programma è affidato ad "un unico centro di responsabilità amministrativa", corrispondente all'unità organizzativa di primo livello dei Ministeri, ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300 .

Non v'è chi non veda come tale disposizione sia determinate ai fini del buon esito del nuovo assetto classificatorio del Bilancio dello Stato. Invero secondo la L. n. 94/97, per ogni obiettivo da conseguire concorrevano anche più centri di responsabilità amministrativa con il risultato che si veniva a conoscere esattamente il soggetto operante, ma non quanto veniva stanziato per la finalità comune.⁵⁹ Si conosceva bene, cioè, solo il quadro della struttura che si sarebbe occupata dei vari rivioli di spesa, ma non se ne ricavava una visione unitaria della destinazione della spesa e del raggiungimento dell'obiettivo proposto.

In sintesi, se, in virtù della L. n. 94/97, i capitoli erano stati sottratti all'approvazione parlamentare perché essa non consentiva di avere nel bilancio una visione d'insieme degli

⁵⁹ Cfr. C. FORTE, *Contabilità di Stato in evoluzione*, Roma, 2005, 2I: "Si sa bene chi fa qualcosa, ma non si sa quanto è stanziato omogeneamente ed unitariamente per l'obiettivo cui confluiscono i singoli qualcosa", con ciò si intende chiarire che se l'indicazione di un obiettivo sta in uno stato di previsione, non è detto che la medesima indicazione non si trovi anche in altri stati di previsione.

obiettivi generali, all'atto pratico lo stesso bilancio redatto per Unità previsionali di base, in presenza di una molteplicità di centri di responsabilità per lo stesso obiettivo, non è stato in grado di informare (il cittadino-elettore e chi ne detiene la rappresentanza, ossia il Parlamento) adeguatamente in maniera unitaria e sintetica sulle Missioni o sui Programmi, ovvero di rendere chiara e trasparente la destinazione delle risorse stanziare.

La legge precisa, per di più, che, ora, i Programmi sono univocamente raccordati alla nomenclatura COFOG di secondo livello. Nell'ipotesi in cui ciò non accada perché il Programma corrisponde in parte a due o più funzioni COFOG di secondo livello, deve essere indicata la relativa percentuale di attribuzione da calcolare sulla base dell'ammontare presunto dei capitoli di diversa finalizzazione ricompresi nel Programma.

Discende da quanto descritto che l'innovativo impianto redazionale del bilancio annuale, è ancora in termini di competenza e di cassa⁶⁰. E' in relazione ad ogni singola Unità di voto (non più alle Unità previsionali di base) che sono indicati: l'ammontare presunto dei residui attivi o passivi alla chiusura dell'esercizio precedente a quello cui il bilancio si riferisce; l'ammontare delle entrate che si prevede di accertare e delle spese che si prevede di impegnare nell'anno di riferimento del bilancio; l'ammontare delle entrate che si prevede di incassare e delle spese che si prevede di pagare nell'anno cui il bilancio si riferisce, senza distinzione fra operazioni in conto competenza ed in conto residui.

Giova rimarcare che con la L. n. 196 viene introdotta la disposizione secondo cui nel bilancio annuale vengono indicate anche le previsioni delle entrate e delle spese relative al secondo e terzo anno del bilancio triennale.⁶¹ Tutto l'impianto organizzatorio dei Programmi di spesa e delle Missioni comunque sarà oggetto di riorganizzazione in virtù di un decreto legislativo da adottare entro due anni dalla legge n. 196 secondo i principi e criteri direttivi stabiliti dalla stessa legge⁶².

Non v'è dubbio allora, che già dalla nuova impostazione del bilancio - non più un bilancio che definisce chi gestisce le risorse (per Centri di responsabilità amministrativa), bensì un bilancio che individua le azioni attivate dalla singola Amministrazione attraverso la spesa pubblica (cosa viene realizzato con le risorse) - ne scaturisce un diverso ruolo della legge di bilancio, non solo più strumento di indirizzo e controllo dell'Amministrazione, ma piuttosto strumento di governo della finanza pubblica.

La legge stabilisce, inoltre, che all'interno di ciascun programma le spese si dividono in a) spese non rimodulabili e b) spese rimodulabili.

Le spese non rimodulabili sono identificabili in quelle per le quali l'amministrazione non ha la possibilità di esercitare un effettivo controllo, in via amministrativa, sulle variabili che concorrono alla loro formazione, allocazione e quantificazione. Esse corrispondono alle spese

⁶⁰ Ma la legge n. 196/2009 prevede che il Bilancio rimanga di sola cassa, a tal fine delega il Governo al passaggio in tale direzione; in ogni caso tale passaggio dovrà essere preceduto da una fase di sperimentazione.

⁶¹ Bilancio pluriennale che è ora redatto in base alla legislazione vigente "per missioni e programmi, in termini di competenza e di cassa".

⁶² La riorganizzazione prevede, tra l'altro, la revisione delle missioni in relazione alle (unzioni principali ed agli obiettivi perseguiti con la spesa pubblica, delineando un'opportuna correlazione tra missioni e Ministeri ed enucleando eventuali missioni trasversali; la revisione del numero e della struttura dei programmi, che devono essere omogenei con riferimento ai risultati da perseguire in termini di prodotti e servizi finali in modo da assicurare l'univoca corrispondenza tra il programma, le relative risorse e strutture assegnate a ciascun Ministero, in relazione ai compiti e alle funzioni istituzionali proprie di ciascuna amministrazione, evitando, ove possibile, la condivisione di programmi tra più Ministeri, oltre ai già citati obiettivi di affidamento di ciascun programma ad un programma e della relativa legislazione in coerenza con gli obiettivi da perseguire; l'adozione, per la spesa, anche ai fini gestionali e di rendicontazione, delle azioni quali componenti del programma; la previsione che le nuove autorizzazioni legislative di spesa debbano essere formulate in termini di finanziamento di uno specifico programma di spesa.

definite «oneri inderogabili», in quanto vincolate a particolari meccanismi o parametri che regolano la loro evoluzione, determinati sia da leggi sia da altri atti normativi. Fanno parte degli oneri inderogabili le cosiddette spese obbligatorie, ossia quelle relative al pagamento di stipendi, assegni, pensioni e altre spese fisse, le spese per interessi passivi, quelle derivanti da obblighi comunitari e internazionali, le spese per ammortamento di mutui.

Invece sono considerate spese rimodulabili: quelle per fattori legislativi, ossia le spese autorizzate da espressa disposizione legislativa che ne determina l'importo considerato, quale limite di spesa, e il periodo di iscrizione in bilancio; quelle di adeguamento al fabbisogno, ossia spese non predeterminate legislativamente che sono quantificate tenendo conto delle esigenze delle Amministrazioni.

La nuova normativa stabilisce anche che, in sede di formulazione degli schemi degli stati di previsione, tenuto conto delle istruzioni fornite annualmente con apposita circolare dal Ministero dell'economia e delle finanze, i Ministri indicano, anche sulla base delle proposte dei responsabili della gestione dei Programmi, gli obiettivi di ciascun Dicastero e quantificano le risorse necessarie per il loro raggiungimento anche mediante proposte di rimodulazione delle stesse risorse tra Programmi appartenenti alla medesima Missione di spesa. Le proposte sono formulate sulla base della legislazione vigente, con divieto di previsioni basate sul mero calcolo della spesa storica incrementale.

La legge stabilisce che le dotazioni relative ai fattori legislativi possono essere rimodulabili, con il disegno di legge di bilancio, in via compensativa all'interno di un Programma o tra Programmi di ciascuna Missione, nel rispetto dei saldi di finanza pubblica restando interdetto l'utilizzo degli stanziamenti di conto capitale per finanziare spese correnti. Analoga disposizione viene dettata per la legge di assestamento, tramite il cui disegno di legge possono essere proposte, limitatamente all'esercizio in corso, variazioni compensative relative a Programmi di una stessa Missione con le modalità previste per le compensazioni effettuate in sede di disegno di legge di bilancio.⁶³ La possibilità di rimodulare le spese tra più Programmi con tale flessibilità la dice lunga sul recupero del ruolo "centrale" ricoperto dal bilancio nella manovra di finanza pubblica. Ma altre puntuali disposizioni della L. n. 196 avvalorano il convincimento che il bilancio sia diventato a tutti gli effetti ormai atto di programmazione degli obiettivi di finanza pubblica facendo recuperare al bilancio la sua centralità nella manovra economica rispetto agli altri strumenti di programmazione, ed in particolare alla legge finanziaria (²⁴). La legge n. 196 dà esplicito atto che la manovra triennale di finanza pubblica è composta dalla legge di stabilità e dalla legge di bilancio; per la spesa, le disposizioni normative della legge di stabilità sono articolate, di norma, per Missioni ed indicano il Programma cui si riferiscono in coerenza con la nuova natura della legge finanziaria (rectius: legge di stabilità) la quale provvede a ricondurre le previsioni agli obiettivi per l'intero triennio della programmazione. La proposta di bilancio dei Ministeri copre puntualmente l'intero periodo di programmazione del bilancio pluriennale e non solo il primo esercizio come previsto dal vecchio ordinamento (con riferimento ad ogni singola unità di voto, infatti, nel bilancio annuale vengono indicate le previsioni delle entrate e delle spese relative anche agli anni successivi al primo del bilancio triennale) e le nuove autorizzazioni legislative debbano essere formulate in termini di finanziamento di uno specifico Programma di spesa. Se ne deve concludere che la legge di bilancio è ora in grado di operare direttamente e concretamente efficaci manovre di risanamento finanziario e di riduzione della spesa pubblica aprendo la strada ad una lettura meno rigida dell'art. 81, c. 3, della Costituzione secondo cui - è noto - con la legge di bilancio non solo non si possono disporre nuovi tributi e

⁶³ La possibilità di operare rimodulazioni di spesa agli stanziamenti disposti con legge era stata già introdotta con l'art. 60 del d. l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in L. 6 agosto 2008, n. 133 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria pubblica). Per il disegno di legge di assestamento, seppur limitatamente all'esercizio finanziario 2009, la legge ha stabilito che le rimodulazioni potessero essere disposte dal Governo addirittura dopo la sua presentazione.

nuove spese, ma nemmeno variare le entrate e le spese già approvate. La riforma, peraltro, verrà completata con l'attuazione di alcune deleghe contenute nel testo della legge. Esse riguardano l'armonizzazione dei bilanci pubblici, il potenziamento dei sistemi di controllo e delle attività di analisi e valutazione della spesa, la razionalizzazione delle procedure di spesa relative al finanziamento delle spese in conto capitale, il completamento della riforma del bilancio dello Stato e il passaggio alla redazione del bilancio in termini di sola cassa previo un congruo periodo di sperimentazione, come precedentemente già ricordato. È prevista anche l'adozione di un testo unico, innovativo, in materia di contabilità di Stato e di tesoreria. Nessuna delle deleghe previste dalla legge è stata ancora esercitata; per due di esse i termini per l'esercizio sono scaduti, per un'altra è stata posticipata la scadenza.⁶⁴

4.1. - Bilancio dello Stato, legge di stabilità, documenti programmatici di finanza pubblica

Il nuovo ciclo della programmazione prevede la razionalizzazione dei documenti di finanza pubblica, dei loro contenuti e dei relativi termini di presentazione.

Esso prende le mosse dalla Decisione di finanza pubblica (DFP) che sostituisce il Documento di programmazione economica e finanziaria. Essa, ampliando il precedente quadro informativo, espone, almeno per il triennio successivo, gli obiettivi di politica economica e il quadro delle previsioni economiche e di finanza pubblica; le previsioni tendenziali a legislazione vigente del conto economico della pubblica amministrazione, del saldo di cassa e del debito, sia complessivi sia articolati per i sottosettori istituzionali; gli obiettivi programmatici dei saldi e del debito, per il complesso delle amministrazioni pubbliche e per i suoi sottosettori al netto e al lordo degli interessi e delle misure a tantum espressi in percentuale del Pil.

La DFP illustra la manovra necessaria a conseguire per ciascun anno del triennio gli obiettivi prefissati e indica gli eventuali disegni di legge collegati alla manovra di finanza pubblica da presentare alle Camere entro il successivo mese di febbraio. In coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica e con il contenuto del Patto di convergenza, di cui all'articolo 18 della legge n. 42 del 2009, essa indica le regole del Patto di stabilità interno e le eventuali sanzioni per gli enti territoriali in caso di mancato rispetto di quanto previsto dallo stesso Patto di stabilità. Completa il quadro di riferimento, l'indicazione di massima delle risorse Finanziarie necessarie a confermare per il periodo di programmazione gli impegni e gli interventi di politica economica e di bilancio per i principali settori di spesa (politiche invariate), nonché, a Fini conoscitivi, il valore atteso del prodotto potenziale e degli indicatori strutturali programmatici del conto economico delle amministrazioni pubbliche.

Al fine di assicurare il coordinamento con tutti i livelli di governo, la definizione del documento di programmazione inizia il 15 luglio con l'invio alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica e alle Camere delle linee guida per la ripartizione degli obiettivi di bilancio. Acquisito il parere della anzidetta Conferenza entro il 10 settembre, lo schema di Decisione di finanza pubblica è quindi inviato al Parlamento (15 settembre) per le conseguenti deliberazioni parlamentari. Lo spostamento a settembre della presentazione della DFP consente di definire con maggiore accuratezza e stabilità il quadro previsivo all'interno del quale collocare la manovra di finanza pubblica.

Nel corso dell'anno, eventuali aggiornamenti degli obiettivi di bilancio o interventi correttivi

⁶⁴ Le due deleghe i cui termini per l'esercizio sono scaduti sono quella relativa al riordino delle procedure di spesa per la realizzazione di opere pubbliche (art. 30, c. 8) e quella riguardante il potenziamento dell'attività di analisi e valutazione della spesa (art. 49). La scadenza della delega per l'adeguamento e l'armonizzazione dei sistemi contabili delle Amministrazioni pubbliche, con l'esclusione degli enti territoriali (art. 2, c. 1), è stata posticipata al 31 maggio 2011.

adottati in conseguenza di scostamenti rilevanti degli andamenti di finanza pubblica rispetto agli obiettivi, dovranno essere evidenziati attraverso una apposita Nota di aggiornamento della Decisione di finanza pubblica.

Sulla base delle previsioni tendenziali e degli obiettivi indicati nella DPF, entro il 15 ottobre sono presentati al Parlamento il disegno di legge di stabilità che sostituisce la Legge finanziaria e il disegno di legge del bilancio dello Stato che costituiscono la manovra di finanza pubblica.

La legge di stabilità regola le misure necessarie a realizzare per il triennio di riferimento, gli obiettivi programmatici indicati nella DPF. Al riguardo, la legge si compone di un puntuale articolato statuente:

il livello massimo del saldo netto da finanziarie e del ricorso al mercato; la variazione delle aliquote delle imposte (fatto salvo quanto previsto dalla legge 42 del 2009 in materia di tributi degli enti territoriali); l'importo complessivo destinato al rinnovo dei contratti pubblici; le misure correttive delle leggi che comportano oneri superiori a quelli previsti e delle sentenze definitive di organi giurisdizionali e della Corte Costituzionale da cui derivino effetti finanziari; altre regolazioni meramente quantitative; le eventuali norme necessarie a garantire l'attuazione del Patto di stabilità interno, nonché quelle volte a realizzare (anche in un eventuale provvedimento collegato) il Patto di convergenza di cui all'articolo 18 della legge 42 del 2009. Ciò al fine di coordinare gli interventi correttivi disposti con la manovra di fine anno tra i diversi livelli di governo.

La legge di stabilità presenta, invero, un contenuto più snello della precedente legge finanziaria. Sono escluse dal suo contenuto le norme per lo sviluppo (che troveranno, invece, collocazione in appositi disegni di legge collegati) e le norme a carattere ordinamentale o organizzativo, anche qualora esse si caratterizzino per un rilevante miglioramento dei saldi. Viene confermata, come nella precedente legge finanziaria, l'esclusione delle norme di delega nonché di quelle relative ad interventi di natura localistica o microsettoriale.

Il disegno di legge di stabilità è accompagnato in Parlamento da una Nota tecnico-illustrativa che descrive il raccordo tra il disegno di legge di bilancio dello Stato e il conto economico delle amministrazioni pubbliche, i contenuti della manovra e i suoi effetti sui saldi di finanza pubblica e sui principali settori di intervento. Contiene, ancora, le previsioni del conto economico delle pubbliche amministrazioni e del relativo conto di cassa integrate con gli effetti della manovra di finanza pubblica per il triennio di riferimento. Analogamente a quanto avviene in altri paesi europei, la riforma statuisce che il Governo debba trasmettere alle Camere e alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, entro quindici giorni antecedenti la data di presentazione concordata in sede europea, lo schema di aggiornamento del Programma di stabilità. L'aggiornamento del programma di stabilità comprende il quadro sulle prospettive di medio termine della politica economica italiana nell'ambito dell'Unione europea, con l'indicazione delle linee guida per la sua implementazione a livello di politiche.

Nel successivo mese di aprile, la Relazione sull'economia e La finanza pubblica (REF), che sostituisce la Relazione unificata sull'economia e la finanza pubblica a decorrere dal 2011 riporta l'analisi dell' andamento dell'economia, del conto economico e del conto di cassa delle amministrazioni pubbliche con riferimento all'anno precedente ed espone l'aggiornamento delle previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica per il periodo di riferimento della programmazione. Essa riporta anche, ove disponibile, il parere del Consiglio UE sull'aggiornamento del programma di stabilità. Il nuovo ciclo di programmazione è contrassegnato, dunque, dal maggiore coinvolgimento dei livelli di governo decentrati nella definizione degli obiettivi di bilancio e nella predisposizione del documento di programmazione. E' maggiormente evidente il raccordo tra gli obiettivi europei, le politiche di bilancio e il contributo richiesto, ai fini del loro conseguimento e implementazione, ai diversi livelli di governo. Appare, inoltre, più evidente l'orientamento della programmazione verso il medio periodo. In questo senso dispone l'indicazione degli obiettivi programmatici in termini

strutturali, nonché la effettiva triennialità della manovra di bilancio. L'obiettivo è quello di rafforzare il ruolo della programmazione e di assicurare maggiore certezza alle amministrazioni sull'ammontare delle risorse rese disponibili con il bilancio. Con il medesimo obiettivo si prevede che la formulazione delle proposte delle amministrazioni centrali dello Stato, nell'ambito del processo di formazione del bilancio, sia riferita all'intero triennio di programmazione, anziché, come avviene ora, al primo esercizio di riferimento della previsione. Con riferimento alla struttura del bilancio dello Stato, la riforma istituzionalizza, come già in precedenza anticipato, la classificazione funzionale delle spese per missioni e programmi, introdotta a partire dal 2008. In coerenza con il nuovo schema e al fine di rendere più trasparente e significativo il collegamento tra il ruolo di indirizzo del Parlamento e la funzione allocativa del bilancio è previsto che l'unità di voto sia fissata, per la spesa, a livello dei programmi. Al fine di aumentare la responsabilità delle strutture amministrative e di consentire un più efficace coordinamento delle attività dirette a realizzare il programma stesso, si stabilisce inoltre che la realizzazione di ciascun programma sia affidata ad un unico centro di responsabilità amministrativa. Maggiore evidenza è data anche al raccordo tra la rappresentazione per missioni e programmi e la classificazione funzionale COFOC adottata in ambito internazionale. Per ciascun programma sarà indicata la corrispondente classificazione COFOG di secondo livello (gruppi), indicando, nei casi in cui detta corrispondenza non possa realizzarsi, la relativa percentuale di attribuzione ai diversi gruppi.

La maggiore flessibilità di bilancio conseguente alla elevazione dell'unità di voto dal macroaggregato al programma è ulteriormente rafforzata dalla possibilità di effettuare con il disegno di legge di bilancio, in via compensativa, la rimodulazione delle spese classificate come fattore legislativo e come fabbisogno, all'interno di un programma o tra programmi nell'ambito della stessa missione, nel rispetto dei saldi di finanza pubblica.

Resta comunque preclusa la dequalificazione della spesa attraverso la riallocazione di risorse dalle spese in conto capitale a quelli di parte corrente. Si arricchisce il contenuto informativo del bilancio attraverso la sostituzione della nota preliminare agli stati di previsione con la nota integrativa e con la predisposizione di una scheda illustrativa dei programmi. In particolare, la nota integrativa si articola, per la spesa, in due sezioni: la prima contiene il piano degli obiettivi correlati a ciascun programma ed i relativi indicatori di risultato; la seconda espone il contenuto di ciascun programma e i criteri utilizzati per la formulazione delle previsioni. La scheda programma, illustrativa di ciascun programma, indica le leggi che lo finanziano, con indicazione dei corrispondenti stanziamenti del bilancio triennale; tale scheda è aggiornata semestralmente così da evidenziare le modifiche apportate in corso d'anno alle previsioni iniziali del programma. Un ulteriore elemento innovativo è costituito dalla presentazione all'interno degli stati di previsione del budget dei costi di ciascuna Amministrazione, che finora aveva costituito un documento conoscitivo a sé stante.

La presentazione alle Camere del Rendiconto Generale dello Stato è confermata per il 30 di giugno. Il relativo disegno di legge è costituito dal conto del bilancio e dal conto generale del patrimonio. In logica corrispondenza con quanto disciplinato per il bilancio di previsione, anche il rendiconto è dotato di una nota integrativa per ogni amministrazione, che descrive i risultati e il grado di conseguimento degli obiettivi riferiti a ciascun programma e le correlate risorse utilizzate, motivando gli eventuali scostamenti a fronte di quanto previsto con il bilancio di previsione.

Per ciò che concerne i programmi sono esposti i risultati finanziari ed evidenziati gli eventuali scostamenti tra le previsioni iniziali e i risultati a consuntivo. Inoltre, in maniera speculare rispetto alle previsioni, nella Rilevazione dei costi sostenuti, allegata al Rendiconto Generale dello Stato, sono presentate le risultanze economiche di ciascuna amministrazione riconciliate con i dati della gestione finanziaria.

Complessivamente, rispetto alla situazione previgente, si osserva un ampliamento delle informazioni rese a consuntivo e una maggiore attenzione verso le risultanze della gestione. L'obiettivo è quello di fornire informazioni utili alla valutazione dell'operato delle amministrazioni centrali dello Stato, nonché alla definizione del successivo bilancio di previsione, sia in termini di allocazione delle risorse, sia di valutazione della congruità degli stanziamenti assegnati a ciascun programma e agli obiettivi ad esso associati.

Come già anticipato al principio di questo paragrafo, la disciplina e la struttura del Bilancio dello Stato sarebbe destinata a subire evoluzioni ulteriori per effetto dell'attuazione di due deleghe in particolare: la prima riguarda il completamento della riforma della struttura del bilancio; la seconda riguardante il passaggio da una contabilizzazione delle entrate e delle spese in termini di competenza giuridica e di cassa, ad una di sola cassa⁶⁵.

Significative innovazioni alla legge di riforma della contabilità pubblica deriveranno dall'attuazione, entro tre anni, proprio di quest'ultima delega. La rappresentazione delle entrate e delle spese in termini di competenza giuridica sarà esposta, a fini conoscitivi, in un prospetto che si affiancherà al bilancio di cassa.

Inoltre, è prevista la rilevazione dei dati relativi alle posizioni debitorie e creditorie dello Stato, nonché la presenza di un sistema di controlli preventivi sulla legittimità contabile ed amministrativa dell'obbligazione assunta dal dirigente responsabile. Quest'ultimo sarà obbligato a predisporre un apposito piano finanziario che tenga conto della fase temporale di assunzione delle obbligazioni, sulla cui base dovrà ordinare e pagare le spese.

L'attuazione del passaggio al bilancio di cassa prevede che sia avviata una preventiva fase di sperimentazione della durata di due esercizi finanziari da condurre con alcune amministrazioni al fine di valutare più efficaci modalità applicative, nonché consentire lo smaltimento dei residui passivi esistenti. Lo stato di attuazione e le risultanze di tale sperimentazione, saranno oggetto di un rapporto trasmesso dal Ministro dell'economia e delle finanze alle competenti

⁶⁵ La delega per il completamento della riforma del bilancio dello Stato, da esercitarsi entro due anni dalla data di entrata in vigore della legge riguarda in particolare:

la revisione del numero e della struttura delle missioni e dei programmi, in modo da garantire una migliore correlazione tra le unità di voto e le funzioni svolte dalle amministrazioni. In tal senso, l'esercizio della delega dovrà essere diretto a garantire l'univoca corrispondenza tra programma e Ministero e l'affidamento di ciascun programma ad un unico centro di responsabilità amministrativa. I programmi dovranno essere individuati in modo tale da garantirne l'omogeneità con riferimento ai risultati da perseguire in termini di prodotti e servizi finali;

la revisione delle unità elementari di entrata e di spesa. Con riferimento alle entrate, la revisione dovrà assicurare che la denominazione consenta una più chiara e corretta individuazione della fonte del gettito. Per quanto riguarda le spese, è prevista l'introduzione delle azioni quali unità elementari ai fini della gestione e della rendicontazione, in luogo degli attuali capitoli affiancate da un piano dei conti integrato; la programmazione triennale delle risorse e degli obiettivi (con identificazione di indicatori semplici e misurabili), individuazione di criteri e modalità per la fissazione di tetti di spesa e adozione di accordi triennali tra Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri per concordare risorse, obiettivi e tempi per il loro conseguimento;

l'affiancamento al sistema di contabilità finanziaria, a fini conoscitivi, di un sistema di contabilità economico – patrimoniale finalizzato alla verifica dei risultati conseguiti dalle amministrazioni.

Commissioni parlamentari e alla Corte dei conti⁶⁶.

Importanti innovazioni sono introdotte in materia di monitoraggio dei conti pubblici e di copertura delle leggi di spesa. Le innovazioni contribuiscono a rafforzare le procedure di controllo quantitativo delle entrate e delle spese e a garantire gli equilibri di finanza pubblica.

Il monitoraggio sull'andamento dei conti pubblici verrà realizzato utilizzando anche le informazioni contenute nella banca dati unitaria e sarà finalizzato al consolidamento dei conti delle Amministrazioni pubbliche, alla valutazione della coerenza dell'evoluzione delle grandezze di finanza pubblica rispetto agli obiettivi programmati e alla verifica del loro conseguimento. Il monitoraggio sarà effettuato anche per la verifica dell'efficacia delle misure adottate con le manovre di finanza pubblica e di ciò dovrà essere data adeguata informativa al Parlamento.

Il potenziamento del monitoraggio si realizza anche mediante specifiche attività poste in essere dal Ministero dell'economia e delle finanze tramite i Servizi Ispettivi di finanza pubblica. In particolare è previsto che i predetti Servizi effettuino verifiche sulla regolarità amministrativo-contabile delle amministrazioni pubbliche, ad eccezione delle regioni e province autonome di Trento e di Bolzano. In ogni caso, per gli enti territoriali, sono previste verifiche volte a rilevare eventuali scostamenti dell'andamento dei conti rispetto agli obiettivi di finanza pubblica.

In materia di copertura finanziaria delle leggi viene istituzionalizzata la prassi, adottata in questi ultimi anni, della copertura degli oneri recati da ciascuna iniziativa legislativa su tutti i saldi di finanza pubblica. Per ciascuna disposizione che comporta maggiori spese o minori entrate la relazione tecnica deve evidenziare gli effetti sui tendenziali di finanza pubblica (saldo netto da finanziare, fabbisogno e indebitamento netto della PA) ed ogni nuova legge sarà corredata da un prospetto riepilogativo degli effetti derivanti da ciascuna disposizione sui predetti saldi. Tali effetti dovranno essere compensati nell'ambito della copertura finanziaria indicata nella legge stessa.

Altre disposizioni di rilievo in materia di definizione della copertura finanziaria delle leggi prevedono: una diversa disciplina della clausola di salvaguardia, volta ad assicurarne l'effettività e automaticità nel caso in cui la quantificazione degli oneri derivi da una valutazione e non da una autorizzazione di spesa; la maggiore attenzione ai saldi strutturali attraverso la preclusione all'utilizzo di entrate in conto capitale per la copertura di nuovi o maggiori oneri correnti; la copertura degli oneri recati dalle leggi delega qualora non sia stato possibile quantificarli in sede di conferimento della delega stessa. Detti oneri dovranno essere coperti esclusivamente con altri provvedimenti legislativi che dovranno entrare in vigore antecedentemente all'adozione dei decreti legislativi di attuazione della delega e non più nell'ambito dei decreti stessi.

⁶⁶ E' prevista, infine, una delega, da adottarsi entro quattro anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, finalizzata alla redazione di un testo unico delle disposizioni in materia di contabilità di Stato e di tesoreria anche attraverso l'aggiornamento delle disposizioni in materia e l'abrogazione di quelle incompatibili con il nuovo assetto ordinamentale.

5 - Coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri e Governo unitario della finanza pubblica: nuove regole adottate dall'Unione europea e conseguenti proposte di modifica alla legge 31 dicembre 2009, n. 196

Posto che l'unità dell'Europa sia uno dei più importanti obiettivi tuttora da perseguire e che sempre con maggiore evidenza l'Europa stia acquisendo il peso di un fattore di politica interna dei singoli Stati membri, come già affermato in occasione dell'esame del Programma europeo 2020 diviene necessario favorire ogni passo che ne rafforzi l'unione politica e l'integrazione. Questa prospettiva è rafforzata dalla recente crisi globale che ha colpito anche l'economia europea a partire dal 2008, mettendo in evidenza l'esigenza di realizzare a livello europeo un nuovo meccanismo per il coordinamento ex ante delle politiche economiche nazionali, fino ad ora affidato ai vincoli, meno stringenti, derivanti dall'adozione del metodo del « coordinamento aperto ». In questa ottica, il Consiglio Ecofin del 7 settembre 2010, in attuazione di un indirizzo espresso dal Consiglio europeo nel mese di giugno, sulla base di una Comunicazione della Commissione europea, ha deciso l'avvio, a partire dal mese di gennaio 2011, del « semestre europeo », approvando contestualmente le conseguenti modifiche al codice di condotta sull'attuazione del Patto di stabilità e crescita predisposte dal Comitato economico e finanziario. Il « semestre europeo » si sostanzia nell'introduzione di una procedura organica volta al preventivo coordinamento delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri. Ciò comporta la necessità di prevedere una discussione preventiva in sede europea sulle politiche nazionali e sui principali interventi di riforma con effetti economico-finanziari.

La Commissione europea raccomanda che a tale rafforzata governance economica dell'Unione europea siano strettamente associati, in una fase precoce, i Parlamenti nazionali e che sia inoltre rinvigorito il dialogo con il Parlamento europeo.

Il « semestre europeo » racchiuderà in sé tutti gli aspetti della sorveglianza economica, comprese le politiche intese a garantire la disciplina di bilancio e la stabilità macroeconomica e a favorire la crescita e la competitività, conformemente alla strategia Europa 2020 per una crescita intelligente,

sostenibile e inclusiva, di cui alla comunicazione della Commissione COM (2010) 2020 del 3 marzo 2010. A tale fine, nell'ambito del « semestre europeo », sono previste la presentazione contestuale da parte degli Stati membri e la valutazione simultanea da parte della Commissione europea dei programmi di stabilità o di convergenza (PSC) e dei programmi nazionali di riforma (PNR). Le richiamate modifiche al codice di condotta predisposte dal Comitato economico e finanziario definiscono in maniera dettagliata i nuovi contenuti dei PSC, che dovranno contenere una molteplicità di dati e di informazioni⁶⁷.

⁶⁷ Sotto il profilo procedurale, il « semestre europeo » si articolerà annualmente come segue: nel mese di gennaio: la Commissione europea presenta al Parlamento europeo l'indagine annuale sulla crescita; nel mese di febbraio: il Consiglio europeo elabora le linee guida trasversali di politica economica e di bilancio a livello dell'Unione che gli Stati membri devono prendere in considerazione nella predisposizione dei PSC e dei PNR; nel mese di aprile: gli Stati membri sottopongono contestualmente i PNR e i PSC; nel mese di giugno: sulla base dei PNR e dei PSC, la Commissione europea elabora le raccomandazioni di politica e di

bilancio rivolte ai singoli Stati membri; nel mese di luglio: il Consiglio Ecofin e, per la parte che gli compete, il Consiglio occupazione e affari sociali approvano le raccomandazioni della Commissione europea; nella seconda metà dell'anno, gli Stati membri approvano le rispettive manovre economiche e le leggi di bilancio, tenendo conto delle raccomandazioni espresse dal Consiglio europeo.

Per approfondimenti: Comitato economico e finanziario (2010), "Specifications on the implementation of the Stability and Growth Pact and Guidelines on the format and content of Stability and Convergence Programmes", approvato dal Consiglio della UE nella composizione dei Ministri delle finanze e dell'economia (Consiglio Ecofin) il 7 settembre.

Nell'indagine annuale sulla crescita dell'anno successivo, la Commissione europea dà conto dei progressi conseguiti dai Paesi membri nell'attuazione delle raccomandazioni.

È opportuno sottolineare che le raccomandazioni, che saranno rivolte ai singoli Stati, dovranno essere esplicite e concrete. Inoltre, nell'ambito delle politiche di bilancio sarà chiaramente indicato se gli obiettivi previsti e le misure individuate per conseguirli risultino congrui. Per ciò che concerne le politiche volte a promuovere la crescita e a fronteggiare i rischi finanziari, le raccomandazioni si concentreranno su un numero limitato di riforme-chiave, fissando termini precisi per la loro attuazione. La nuova procedura di coordinamento rappresenta un'opportunità fondamentale per realizzare una piena coincidenza tra programmazione europea e programmazione nazionale, in quanto nella nuova cornice i PSC e i PNR sono destinati a divenire gli atti fondamentali della programmazione economico-finanziaria degli Stati membri. In particolare, per l'Italia, il PSC, da atto predisposto sulla base dei documenti di programmazione nazionali – dei quali, se necessario, venivano aggiornati gli obiettivi e gli interventi previsti – e finalizzato a consentire la verifica in sede europea delle politiche di bilancio, diviene il principale atto di programmazione nazionale definito sulla base di orientamenti e perfezionato sulla base di raccomandazioni espresse dalle istituzioni europee.

Il PNR dovrebbe, invece, essere configurato in termini assai più pragmatici rispetto ai programmi per l'attuazione della Strategia di Lisbona, assicurando una piena coerenza tra le strategie di riforma e le politiche di bilancio attraverso una indicazione puntuale degli obiettivi perseguiti e dei risultati raggiunti. In questo contesto, occorre poi considerare come la Commissione europea, il 29 settembre 2010, abbia presentato un pacchetto di sei proposte legislative (cinque regolamenti e una direttiva), volte al rafforzamento della governance europea in due ulteriori ambiti di intervento individuati dal Consiglio europeo nel giugno scorso⁶⁸.

Le proposte presentate dalla Commissione europea prospettano modifiche dei due regolamenti vigenti, relativi all'attuazione del Patto di stabilità e crescita, e introducono vincoli, procedure di coordinamento e meccanismi sanzionatori completamente nuovi. Il nuovo sistema di

Commissione europea (2007), "Lessons from Successful Consolidations", in "Public Finances in EMU – 2007", pag. 171-209. Commissione europea (2010a), "Proposta di Regolamento del Consiglio che modifica il regolamento n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (COM(2010) 522)", 29 settembre.

Commissione europea (2010b), "Proposta di Direttiva del Consiglio relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri (COM(2010) 523)", 29 settembre; Commissione europea (2010c), "Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'effettiva applicazione della sorveglianza di bilancio nell'area dell'euro (COM(2010) 524)", 29 settembre; Commissione europea (2010d), "Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nell'area dell'euro (COM(2010) 525)", 29 settembre; Commissione europea (2010e), "Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento n. 1466/97 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche (COM(2010) 526)", 29 settembre; Commissione europea (2010f), "Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici (COM(2010) 527)", 29 settembre; Commissione europea (2011), "Annual Growth Survey: advancing the EU's comprehensive response to the crisis" (COM(2011) 11), 12 gennaio; Consiglio sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici (COM(2010) 527)", 29 settembre.

⁶⁸ Per le sei proposte avanzate dalla Commissione vedi precedente nota. Per i due ambiti di intervento individuati dal Consiglio europeo, in particolare questo ha deliberato: la creazione di una più forte sorveglianza macro-economica, che includa meccanismi di allerta e di sanzione, per affrontare gli squilibri di competitività e di crescita (a questo profilo si riferiscono due delle cinque proposte di regolamento); l'applicazione più rigorosa del Patto di stabilità e crescita (cui si riferiscono le altre tre proposte di regolamento e la proposta di direttiva).

coordinamento delle politiche economiche nell'Unione europea dovrebbe, in ogni caso, tenere conto del Rapporto finale della Task force presieduta da Herman Van Rompuy, approvato dal Consiglio europeo il 28 e 29 ottobre 2010, che individua cinque pilastri per il rafforzamento della governance economica dell'Unione europea.⁶⁹

Il quadro così tratteggiato delle procedure di coordinamento delle politiche economiche a livello dell'Unione europea richiede pertanto un tempestivo intervento di riforma della legge n. 196 del 2009, in materia di contabilità e finanza pubblica, nonostante tale legge sia entrata in vigore poco più di un anno fa. Il « semestre europeo » per il 2011 ha, infatti, già avuto avvio, con la presentazione, il 12 gennaio scorso, della Comunicazione della Commissione relativa all'analisi annuale sulla crescita; si rende, quindi, necessario un complessivo ripensamento delle scadenze del ciclo della programmazione nazionale, al fine di tenere conto del nuovo calendario previsto in sede europea⁷⁰.

La proposta di legge in materia è incentrata su otto articoli di cui: l'articolo 1, che alla luce delle ricadute procedurali e di merito del « semestre europeo », inserisce tra i principi fondamentali della legge n. 196 del 2009, quello della coerenza della programmazione finanziaria delle amministrazioni pubbliche con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea. La disposizione prevede, per di più, una rielaborazione dell'articolo 9 della legge di contabilità e finanza pubblica, volta a prevedere il pieno coinvolgimento del Parlamento nell'esame dei progetti, degli atti e dei documenti elaborati dalle istituzioni dell'Unione europea all'interno del semestre, stabilendo in particolare che il Ministro dell'economia e delle finanze riferisca alle Camere sulle linee guida di politica economica e di bilancio prodotte dal Consiglio europeo, fornendo una valutazione dei dati e delle misure prospettate e delle loro implicazioni per il nostro Paese. L'articolo 2 che precisa tutte le previsioni normative che rappresentano una immediata conseguenza dell'introduzione del « semestre europeo ». Si provvede, in primo luogo, a sostituire l'articolo 7 della legge n. 196 del 2009, che individua gli strumenti della programmazione di bilancio, prevedendo la presentazione alle Camere, entro il 10 aprile di ogni anno, del Documento di economia e finanza (DEF), nel quale incorporare lo schema del Programma di stabilità e lo schema del Programma nazionale di riforma. È inoltre prevista la presentazione, entro il 20 settembre, di una Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza. Si stabilisce, anche, che entrambi i documenti siano oggetto di deliberazioni parlamentari.

⁶⁹ I cinque punti sono: la disciplina di bilancio, da perseguire in particolare attraverso un Patto di stabilità e crescita più forte ed efficace; l'ampliamento del campo di applicazione dei meccanismi di sorveglianza economica, includendovi anche gli squilibri macro-economici e di competitività; un coordinamento delle politiche economiche più ampio e profondo; un consolidamento dei meccanismi di risoluzione delle crisi finanziarie; la creazione di istituzioni più forti ed inserite in un processo decisionale più efficace. Tutti questi temi sono stati oggetto di attento approfondimento in questi mesi da parte della Commissione bilancio, che – anche congiuntamente alla Commissione politiche dell'Unione europea – ha esaminato i relativi progetti di atti normativi, nonché i documenti elaborati dalle istituzioni dell'Unione europea, approvando documenti conclusivi e atti di indirizzo volti a chiarire la posizione del nostro Paese nei confronti dell'evoluzione della governance economica europea.

⁷⁰ Camera dei deputati, atto n. 3921-A, Relazione della v commissione permanente (bilancio, tesoro e programmazione), (relatore: Baretta) sulla proposta di legge d'iniziativa dei deputati: Giorgetti, Alfano, Baretta, Bitonci, Lo Presti, Ciccanti, Cambursano, Commercio, recante: "Modifiche alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, conseguenti alle nuove regole adottate dall'Unione europea in materia di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri", Presentata il 1° dicembre 2010.

Le modifiche più rilevanti contenute nell'articolo 2 riguardano l'articolo 10 della legge n. 196 del 2009 e sono relative ai contenuti del Documento di economia e finanza, che sono articolati in tre sezioni. La prima sezione reca lo schema del Programma di stabilità, che dovrà contenere tutti gli elementi e le informazioni previsti dalle norme dell'Unione europea.

Vengono, quindi, indicati i principali contenuti della sezione, in linea con quanto previsto dal codice di condotta sull'attuazione del patto di stabilità e crescita. In tal modo al Parlamento sarà sottoposto il medesimo documento destinato alle istituzioni europee. La seconda sezione del Documento di economia e finanza contiene invece una serie di dati e di informazioni che in massima parte il Governo, nell'ambito della Relazione sull'economia e la finanza pubblica o della Decisione di finanza pubblica, era già tenuto a fornire alle Camere. In questa sezione, a seguito dell'approvazione di un emendamento, si procederà inoltre all'individuazione di regole generali sull'evoluzione della spesa delle amministrazioni pubbliche, in linea con l'esigenza, evidenziata anche in sede europea, di individuare forme efficaci di controllo dell'andamento della spesa pubblica anche attraverso la fissazione di tetti di spesa. La terza sezione del Documento conterrà invece, lo schema del PNR di cui sono enunciati i contenuti principali che, in ogni caso, potranno essere adeguati all'evoluzione della disciplina dell'Unione europea. Anche in questo caso al Parlamento risulterà sottoposto il medesimo programma che sarà inviato a Bruxelles.

Per quanto attiene ai disegni di legge collegati alla manovra di finanza pubblica, si prevede che essi possano essere indicati sia nel DEF sia nella Nota di aggiornamento e – a seguito di una modifica introdotta in Commissione – si precisa che essi concorrono all'attuazione delle riforme strutturali indicate nel Programma nazionale di riforma.

Alla Nota di aggiornamento dovranno essere allegate le relazioni programmatiche per ciascuna missione di spesa che vanno attualmente allegate alla Decisione di finanza pubblica di cui all'articolo 10 della legge n. 196 del 2009.

La presentazione della Nota non è più, pertanto, esclusivamente legata agli eventuali correttivi che si rivelassero necessari a fronte di rilevanti scostamenti degli andamenti di finanza pubblica, ma diventa uno strumento obbligato e necessario di indirizzo generale.

Anche alla luce dell'esigenza di assicurare il contenimento dell'indebitamento e del debito pubblico, in linea con le indicazioni di un rafforzamento del rilievo di tali parametri in sede europea, l'articolo 3 reca disposizioni idonee ad agevolare il perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica favorendo il contenimento della spesa e la riduzione del debito pubblico.

Viene, in particolare, modificato il secondo periodo del comma 6 dell'articolo 11 della legge n. 196 del 2009, che consente di utilizzare, purché presenti un valore positivo, il risparmio pubblico per la copertura finanziaria della legge di stabilità. Attualmente, infatti, gli eventuali margini positivi rispetto all'assestamento relativo all'esercizio precedente sono utilizzabili, in presenza di un risparmio pubblico positivo, per la copertura di tutte le spese correnti previste dalla legge di stabilità. Rivedendo l'impostazione originaria della proposta di legge, che escludeva tout court l'utilizzo del risparmio pubblico, il testo elaborato dalla Commissione consente invece il suo impiego per la copertura finanziaria delle sole riduzioni di entrata. Si è, infatti, ritenuto opportuno limitare l'utilizzo di tale forma di copertura, consentendo tuttavia il suo impiego per

misure di carattere fiscale che, senza incrementare il livello della spesa corrente, possano comunque favorire la crescita economica.

Si prevede, inoltre, una modifica all'articolo 17 della legge n. 196 del 2009, volta a precludere l'utilizzo in corso d'anno, con finalità di copertura, di eventuali « tesoretti » derivanti dal miglioramento delle previsioni di entrata rispetto a quanto previsto a legislazione vigente. Un'altra limitata, ma significativa, modifica riguarda la correzione di un principio della delega legislativa per la revisione della struttura del bilancio di cui all'articolo 40, comma 2, lettera h), della legge n. 196 del 2009, volta ad estendere alle spese non rimodulabili la facoltà, attualmente prevista solo per le spese rimodulabili, di fissare, in linea di massima con la Decisione di economia e finanza e di adottare poi con la legge di bilancio, tetti di spesa coerenti con la programmazione triennale delle risorse. Tale previsione dovrebbe consentire una più efficace programmazione di medio termine che fornisca alle amministrazioni maggiori certezze in ordine alle risorse disponibili. La fissazione di tetti di spesa pluriennali consentirebbe, inoltre, di introdurre elementi top-down nella programmazione delle risorse, mutuando un approccio diffuso in ambito internazionale, con l'obiettivo di contenere le dinamiche della spesa e di incrementare al contempo la qualità della stessa. L'articolo 4 che intende rafforzare le procedure parlamentari di controllo sulla finanza pubblica. In particolare, si prevede un rafforzamento del coordinamento tra le attività delle due Camere in materia, prevedendo che, sulla base di intese tra i Presidenti delle Camere, si possa procedere all'integrazione delle attività delle strutture di supporto tecnico. Al fine di accrescere la disponibilità di elementi di valutazione dei documenti di finanza pubblica, si prevede inoltre che le Camere possano stipulare apposite convenzioni con l'ISTAT per acquisizione di dati ed elaborazioni prodotte dall'Istituto di statistica.

L'articolo 5 che sopprime l'articolo 12 della legge n. 196 del 2009, che disciplina la relazione sull'economia e sulla finanza pubblica e la relazione generale sulla situazione economica del Paese per l'anno precedente. Mentre il primo documento non risulta più necessario alla luce del nuovo quadro degli strumenti di programmazione, che prevede la presentazione del DEF nel mese di aprile, la relazione generale sulla situazione economica del Paese necessita di essere aggiornato e snellito al fine di fornire al Parlamento uno strumento conoscitivo effettivamente utile e mirato a completare un corredo informativo già assai corposo. A tal fine, attraverso una modifica dell'articolo 52 della legge n. 196 del 2009, è disciplinata la nomina di una Commissione tecnica cui è affidato il compito di ridefinire i contenuti della predetta relazione, che dovrà a regime essere sostituita da una relazione annuale dell'ISTAT. L'articolo 6 che reca una modifica all'articolo 42 della legge di contabilità e finanza pubblica, relativo al passaggio dalla redazione del bilancio in termini di competenza e cassa ad una redazione in termini di sola cassa. Si tratta di un passaggio estremamente complesso e delicato, per il quale la legge n. 196 del 2009 non a caso ha previsto una ampia fase di sperimentazione, prodromica all'attuazione della delega legislativa. Con la modifica introdotta si è inteso rafforzare ulteriormente il controllo effettuato nella fase di sperimentazione al fine di verificare la sostenibilità del passaggio alla redazione del bilancio in termini di sola cassa. Si richiede, infatti, che nel rapporto annuale che il Ministro dell'economia e delle finanze deve trasmettere alle Commissioni parlamentari e alla

Corte dei conti, si evidenzino gli effetti che il passaggio al bilancio di cassa è destinato a determinare sull'intera contabilità pubblica, anche in relazione al contemporaneo processo di armonizzazione dei principi contabili e degli schemi di bilancio. Sulla base delle informazioni acquisite, il Parlamento potrà, quindi, valutare consapevolmente se e come intervenire sulla delega legislativa prevista dall'articolo 42. L'articolo 7 reca ulteriori modifiche alla legge n. 196 del 2009 e ad altre leggi connesse al processo di programmazione economico-finanziaria. In questo ambito, oltre a modifiche di carattere formale e di coordinamento, si prevedono talune novelle alla delega legislativa in materia di completamento della revisione della struttura del bilancio dello Stato.

Da ultimo, l'articolo 8 che prevede che la legge entri in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, in considerazione dell'esigenza di assicurare l'immediata efficacia delle disposizioni del provvedimento e consentirne l'applicazione anche nel « semestre europeo » del 2011.

In merito alle questioni di più stretta attinenza al coordinamento della finanza pubblica v'è da precisare che il decentramento dei poteri di spesa e di entrata richiede che gli enti territoriali partecipino alla definizione dei documenti programmatici, al fine di assicurare la coerenza delle loro politiche di bilancio con quella nazionale. Uno stretto e costante coordinamento fra i diversi livelli di governo, lungo l'intero ciclo della programmazione e della gestione del bilancio, è un'esigenza riconosciuta sia nella legge n. 42 sia nella legge n. 196 del 2009. È pertanto importante che ogni modifica dell'assetto istituzionale tenga conto della necessità di conciliare le politiche di bilancio locali con quella nazionale sotto il profilo dei contenuti, del linguaggio contabile, dei tempi e delle regole da rispettare.

La proposta di legge in parola, invero, non modifica significativamente le modalità di coinvolgimento degli enti territoriali nella definizione degli obiettivi di finanza pubblica rispetto a quanto previsto dalla legge n. 196: tale coinvolgimento avviene nella forma di un semplice parere che la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica è tenuta a esprimere sia sul DEF sia sulla Nota di aggiornamento al DEF. La legge n. 42 sul federalismo fiscale sembra configurare invece un ruolo più ampio per la Conferenza permanente, poiché ne prevede il pieno "concorso alla definizione degli obiettivi per comparto anche in relazione ai livelli di pressione fiscale e di indebitamento". Procedure efficaci di concertazione interistituzionale sono cruciali per superare i conflitti tra livelli di governo con pari dignità costituzionale e garantire la piena adesione degli enti decentrati agli obiettivi complessivi della finanza pubblica⁷¹.

Il funzionamento ordinato dei meccanismi di coordinamento richiede in primo luogo l'uniformità dei sistemi contabili di tutti i livelli di governo. L'armonizzazione dei bilanci degli enti decentrati, e fra questi e lo Stato, è un obiettivo che si cerca di perseguire da oltre un decennio; la sua concreta realizzazione ha incontrato notevoli difficoltà, principalmente a livello regionale, anche

⁷¹ A livello internazionale si sono sviluppati modelli diversi di regolazione dei rapporti finanziari tra governo centrale ed enti territoriali. Nei paesi della UE con sistemi federali più consolidati (Austria, Belgio e Germania) prevalgono modelli cooperativi in cui i conflitti finanziari tra centro e periferia sono risolti con accordi negoziati. In Germania è previsto un apposito organismo (il Finanzplanungsrat) di coordinamento ex ante tra Governo federale e Länder. Si vedano per esempio Joumard e Kongsrud (2003) e Keating (2007).

per l'autonomia riconosciuta in questo ambito dalla Costituzione. Anche la legge n. 42 del 2009 riconosce l'importanza dell'armonizzazione contabile per la realizzazione del federalismo fiscale, prevedendo che essa costituisca l'oggetto di un apposito decreto legislativo. Uno schema preliminare di tale decreto è stato approvato dal Consiglio dei ministri del 17 dicembre 2010; esso prevede l'adozione di un piano dei conti integrato da parte di tutte le Amministrazioni locali e il conseguente adeguamento delle codifiche del Siope. Il Siope è stato il primo tentativo, sebbene limitato ai soli dati di cassa, di armonizzazione delle informazioni contabili degli enti decentrati. Esso rileva quotidianamente gli incassi e i pagamenti, codificati secondo regole uniformi, di tutte le Amministrazioni locali. Su questo strumento occorre continuare a investire per migliorarne l'efficacia ai fini del monitoraggio dei conti pubblici, così come peraltro previsto dall'articolo 14 della legge n. 196. Sarebbe opportuno includere nel Siope anche tutti i flussi di cassa riguardanti lo Stato. Il rafforzamento del coordinamento tra i diversi livelli di governo richiede anche una maggiore uniformità e rapidità nella predisposizione dei bilanci degli enti territoriali. Negli ultimi anni si è rilevata una notevole variabilità nei tempi di approvazione dei documenti contabili da parte degli enti, soprattutto delle Regioni.⁷²

Lo schema preliminare di decreto sull'armonizzazione contabile ridefinisce anche le scadenze per l'attività di programmazione locale, indicando la data del 31 dicembre quale termine ultimo per l'approvazione del bilancio di previsione e il 30 aprile per l'approvazione del rendiconto di ciascun ente. I dati contabili sarebbero poi trasmessi alla Banca dati unitaria delle Amministrazioni pubbliche, istituita dalla legge n. 196.

La nuova scadenza per l'approvazione del rendiconto, anticipata rispetto alla situazione attuale, appare opportuna. Il suo rispetto da parte degli enti territoriali sarà impegnativo, almeno alla luce dell'esperienza degli ultimi anni. Il termine del 30 aprile, tuttavia, non consente di incorporare nel DEF i dati di consuntivo più recenti ai fini della ripartizione degli obiettivi di finanza pubblica fra sottosettori. Per ovviare a questo problema si potrebbero rendere disponibili entro la fine di marzo almeno gli schemi di consuntivo definiti dalle giunte. Si potrebbe, inoltre, utilizzare anche i dati del Siope per accrescere le informazioni disponibili.

La predisposizione del bilancio di previsione degli enti, soprattutto di Province e Comuni, è condizionata dai tempi entro i quali viene definito e ripartito sul territorio l'importo dei trasferimenti dallo Stato. Per l'ordinato svolgimento dell'intero ciclo di bilancio di ciascun ente è opportuno che l'entità e il riparto dei trasferimenti dallo Stato siano resi noti in tempi utili a consentire l'approvazione dei bilanci preventivi entro la fine dell'anno; ciò eviterebbe inoltre

⁷² Le scadenze del ciclo di programmazione locale sono attualmente definite dal D.lgs n. 76 del 2000 e dal D.lgs n. 267 del 2000, rispettivamente per le Regioni e per gli Enti locali. In linea generale, il quadro normativo prevede che i bilanci consuntivi di tutti gli enti debbano essere approvati entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello di riferimento. Per il bilancio di previsione, le Regioni stabiliscono in via autonoma le rispettive scadenze, ma non possono prolungare di oltre quattro mesi la gestione provvisoria; le Province e i Comuni sono invece tenuti a rispettare il termine del 31 dicembre, a meno che un decreto del Ministero dell'interno non preveda, come spesso accade, un differimento.

Una ricognizione dei tempi di approvazione dei documenti contabili delle Regioni e delle Province e autonome evidenzia l'estrema variabilità dei rispettivi cicli di bilancio. I principali ritardi riguardano l'approvazione dei consuntivi che, relativamente agli esercizi 2008 e 2009, è avvenuta oltre il termine del 30 giugno per più di quattro quinti degli enti considerati. Quasi tutti gli enti hanno invece approvato gli ultimi due bilanci preventivi (2010 e 2011) entro la scadenza del 31 dicembre.

sovrapposizioni negli adempimenti contabili, facilitando la predisposizione per tempo dei consuntivi. Il rispetto dell'autonomia di entrata e di spesa degli enti territoriali deve conciliarsi con l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio dei conti pubblici. Tutti i livelli di governo devono contribuire al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica; ciò richiede un sistema di regole di bilancio coerente e credibile. Per gli enti territoriali tali regole sono dettate dal Patto di stabilità interno, che la proposta di legge (come già la legge n. 196) opportunamente inserisce nella procedura di programmazione⁷³.

L'esperienza passata del Patto è stata segnata da notevoli difficoltà causate dall'instabilità della normativa, con pesanti ripercussioni sulla capacità di programmazione degli enti e sulla credibilità dei vincoli di bilancio⁷⁴.

Sarebbe auspicabile definire una cornice di riferimento a valenza generale che indichi gli aggregati soggetti a vincolo (regole sui saldi sono preferibili a tetti di spesa⁷⁵), gli enti sottoposti al Patto e il sistema di premi e sanzioni. Nell'ambito del ciclo di programmazione si specificherebbe, anno per anno, i soli obiettivi quantitativi.

Quando l'assetto configurato dalla legge n. 42 entrerà pienamente a regime gli enti territoriali disporranno di un quadro certo delle risorse disponibili; la perequazione opererà in modo pressoché automatico, assicurando il finanziamento della spesa a livelli standard; spese superiori a tali livelli dovranno essere coperte con le entrate proprie. In questo nuovo contesto – una volta fissati gli obiettivi per sottosettore, nonché l'ammontare e il riparto dei trasferimenti statali – il ruolo del Patto potrebbe essere limitato alla definizione delle quote di indebitamento consentite agli enti territoriali per il finanziamento degli investimenti.

⁷³ La proposta di legge prevede che gli obiettivi da conseguire per tutti i livelli di governo siano individuati nel DEF, mentre le concrete modalità applicative del Patto, come anche le sanzioni per gli enti inadempienti, siano specificate nella Nota di aggiornamento di settembre.

⁷⁴ Il Patto di stabilità interno, in vigore dal 1999, è volto ad assicurare il concorso degli enti territoriali al rispetto delle regole europee. Inizialmente il Patto fissava obiettivi per il saldo di bilancio, coerentemente con un assetto basato sulla responsabilità finanziaria degli enti territoriali. L'aggregato di riferimento è stato ripetutamente modificato, dapprima con l'esclusione di un numero sempre maggiore di voci dal saldo di bilancio e poi, dal 2002, con l'esplicita adozione di vincoli alla spesa per le Regioni (e anche per gli Enti locali nel biennio 2005-06).

⁷⁵ Banca d'Italia (2009), "Indagine conoscitiva nell'ambito dell'esame della proposta di legge C. 2555 di riforma della Legge di contabilità e finanza pubblica", Audizione del Capo del Servizio Studi di Struttura economica e finanziaria della Banca d'Italia, Daniele Franco, alla Camera dei Deputati, Commissione V (Bilancio, Tesoro e Programmazione), 22 settembre. Banca d'Italia (2010a), "Esame congiunto della comunicazione della Commissione europea Rafforzare il coordinamento delle politiche economiche", Testimonianza del Vice Direttore Generale, Ignazio Visco, alla Camera dei Deputati, Commissioni riunite V (Bilancio, Tesoro e Programmazione) e XIV (Politiche dell'Unione europea), 8 luglio. Banca d'Italia (2010b), "La riforma della governance economica europea", Testimonianza del Vice Direttore Generale, Ignazio Visco, alla Camera dei Deputati, Commissioni riunite V (Bilancio, Tesoro e Programmazione) e XIV (Politiche dell'Unione europea) della Camera dei Deputati, 5ª (Programmazione economica, Bilancio) e 14ª (Politiche dell'Unione Europea) del Senato della Repubblica, 10 dicembre. Banca d'Italia (2010c), "Audizione in materia di passaggio dal bilancio di competenza al bilancio di cassa. Esame dell'Atto del Governo n. 290. Bilancio di cassa e Tesoreria statale", Testimonianza del Capo del Servizio Rapporti con il Tesoro, Bruno D'Offizi, al Senato della Repubblica, Commissione 5ª (Programmazione economica, Bilancio), 15 dicembre.

Ministero dell'Economia e delle finanze (2007), "Libro verde sulla spesa pubblica – Spendere meglio: alcune prime indicazioni", 6 settembre; Ministero dell'Economia e delle finanze (2008), "La revisione della spesa pubblica – Rapporto 2008", 12 giugno.; Ministero dell'Economia e delle finanze (2009), "Rapporto sulla spesa delle Amministrazioni centrali dello Stato"; Presidenza del Consiglio dei Ministri (2010), "Programma Nazionale di Riforma – Bozza", 5 novembre; Task force istituita dal Consiglio europeo del marzo 2010 (2010), "Relazione finale della Task force al Consiglio europeo", 21 ottobre.

QUALCHE CONCLUSIONE – Senza ombra di dubbio, al fine di assicurare l’efficacia del nuovo ciclo di programmazione di bilancio sarà necessario garantire l’attuazione degli strumenti previsti dalla legge n. 196 del 2009. Invero, nessuna delle deleghe previste dalla legge è stata ancora esercitata, come in precedenza già anticipato, e inoltre, i lavori dei gruppi e dei comitati la cui istituzione era prevista dalla legge, o che sono propedeutici all’attuazione di specifiche misure, sono in alcuni casi ancora alla fase preliminare. Inoltre, l’armonizzazione dei sistemi contabili è condizione indispensabile per assicurare il coordinamento della finanza pubblica tra tutti i livelli di governo.

Complessivamente, la norma in esame va nella direzione di aumentare la trasparenza dei conti e l’efficacia della programmazione di bilancio, coerentemente con quanto richiesto nell’ambito del semestre europeo. Il dibattito in corso sul rafforzamento della governance europea si è tuttavia concentrato anche su altri aspetti, quali ad esempio l’introduzione di istituzioni indipendenti. Queste ultime possono rappresentare un valido strumento per limitare il rischio che si formulino previsioni basate su ipotesi ottimistiche, rendere più efficace il monitoraggio dei conti pubblici e valutare il rispetto delle regole di bilancio nazionali, riducendo la necessità di interventi a livello europeo. Soluzioni di questo tipo sono state adottate in vari Paesi, con differenze significative sotto il profilo sia delle funzioni sia dell’assetto istituzionale⁷⁶.

La Legge di contabilità e finanza pubblica del 2009, confermando la prassi degli ultimi anni, prevede un orizzonte di tre anni per la programmazione di bilancio. È un aspetto molto importante: una programmazione di medio periodo può assicurare maggiore certezza delle risorse agli attori coinvolti nella gestione della spesa pubblica, permettendo guadagni di efficienza. Inoltre un’ottica di medio termine consente di individuare in anticipo i problemi evitando di agire in condizioni di emergenza.

Anche il Consiglio europeo, nell’ambito della discussione sulla riforma della governance europea, ha convenuto il 17 giugno scorso sull’opportunità di “adottare a livello nazionale regole di bilancio e procedure orientate al medio termine”, in linea con le indicazioni del gruppo di lavoro coordinato dal Presidente Van Rompuy e con le proposte di riforma della Commissione europea. L’analisi dei documenti di programmazione presentati dalla fine degli anni ottanta suggerisce che l’attività di programmazione in materia di finanza pubblica ha presentato alcune carenze, che hanno spesso comportato il mancato raggiungimento degli obiettivi di medio periodo. Con la revisione della Legge di contabilità e finanza pubblica si potrebbe⁷⁷, peraltro, cercare di porre rimedio ad alcuni di questi problemi.

Concentrando l’attenzione sui Documenti di programmazione economica e finanziaria (DPEF) presentati a partire dal 1997, si osserva che per il triennio successivo è stato programmato un aumento medio dell’avanzo primario pari a quasi 1 punto percentuale del PIL. A consuntivo, tale saldo è risultato inferiore a quanto programmato di 2,7 punti. Lo scostamento dagli obiettivi con riferimento all’indebitamento netto è stato pari a circa 2 punti. Larga parte del divario è imputabile all’Ottimismo delle previsioni macroeconomiche al momento della formulazione del programma. Nei tre anni successivi a ciascun DPEF, il PIL reale è quasi sempre cresciuto molto

⁷⁶ DEBRUN X., D. HAUNER, M.S. KUMAR (2007), “The Role for Fiscal Agencies”, in IMF ed., “Promoting Fiscal Discipline”, Washington, DC, forniscono una rassegna della letteratura e delle soluzioni adottate in diversi paesi. Nel 2007 la Svezia ha istituito un Consiglio per la politica di bilancio con il compito di valutare in quale misura il governo raggiunga gli obiettivi di bilancio che si prefigge (Swedish Fiscal Policy Council, 2010). Nel 2009 la Germania ha creato un Consiglio per la stabilità che sostituisce il Consiglio per la programmazione finanziaria e ha l’incarico di monitorare l’andamento dei conti pubblici; se il Consiglio ritiene che vi siano rischi per i conti pubblici del governo federale o di un singolo stato, il governo deve proporre misure correttive la cui implementazione viene poi monitorata dal Consiglio. Nel 2010 il Regno Unito ha istituito un’autorità indipendente – Office for Budget Responsibility – che ha il compito di fornire valutazioni sull’andamento dei conti pubblici e dell’economia.

⁷⁷ BALASSONE F., S. MOMIGLIANO, P. RIZZA (2011), “Medium-term fiscal planning under (mostly) short-term governments”, Italy 1988-2008”, 2011.

meno delle previsioni: la differenza, in termini cumulati, è stata in media di 3,7 punti percentuali. Queste ampie differenze tra previsioni e consuntivi hanno riflesso le difficoltà dei previsori pubblici e privati nel valutare la persistenza dell'abbassamento del tasso di crescita dell'economia italiana avvenuto all'inizio degli anni novanta. Come già segnalato nella Sezione precedente, può essere nondimeno opportuno considerare accorgimenti istituzionali e soluzioni tecniche in grado di ridurre il rischio che la crescita risulti sistematicamente inferiore alle previsioni.

L'analisi dei DPEF mostra inoltre che lo scostamento rispetto agli obiettivi emerge già nel primo anno di programmazione. Sembra però essere mancata una reazione sistematica ai debordi, volta almeno in parte a compensarli.

Questi risultati suggeriscono che il raggiungimento degli obiettivi nel medio periodo potrebbe essere facilitato dall'introduzione di meccanismi istituzionali che, in conseguenza di uno scostamento tra risultati e obiettivi in un anno, prevedano la necessità di procedere a una correzione compensativa negli esercizi successivi, stabilendo di volta in volta su quali poste intervenire.

Spesso il mancato raggiungimento degli obiettivi ha riflesso anche una valutazione ottimistica della situazione di partenza dei conti pubblici; ciò segnala l'esigenza di disporre di affidabili informazioni infra-annuali. In base a quanto stabilito dalla Legge di contabilità e finanza pubblica, il Ministro dell'Economia e delle finanze deve trasmettere al Parlamento, entro il 30 giugno di ogni anno, un allegato in cui vengano riportati i risultati del monitoraggio degli effetti sui conti pubblici delle manovre di bilancio. Si tratta di informazioni molto utili per la valutazione dello stato dei conti pubblici; sarebbe opportuno precisare l'ambito temporale rispetto al quale fornire le suddette stime, che per esempio potrebbe riguardare le manovre di bilancio dell'ultimo triennio.

Con riferimento ai risultati della programmazione per l'anno seguente, le Relazioni previsionali e programmatiche pubblicate tra il 1997 e il 2007 indicavano un aumento medio dell'avanzo primario di circa 0,3 punti percentuali del PIL; tra il 1998 e il 2008 tale saldo è invece diminuito di 0,3 punti percentuali in media all'anno. Lo scostamento è quasi interamente imputabile a una dinamica della spesa primaria corrente ampiamente superiore a quanto programmato l'anno precedente. Emerge quindi con forza la necessità di rafforzare il controllo della spesa.

In prospettiva, il controllo della spesa avrà un ruolo chiave nel conseguimento degli obiettivi fissati per l'indebitamento netto e per il debito e nel mantenimento di finanze pubbliche solide e sostenibili.⁷⁸

Difatti, regole di spesa vincolanti che fissano limiti pluriennali al valore assoluto o al tasso di crescita degli esborsi possono essere strumenti efficaci per una gestione delle erogazioni coerente con la disciplina di bilancio. Si tratta, in genere, di procedure cosiddette top-down con le quali – partendo dall'obiettivo per il saldo e dalla previsione delle entrate – si determinano prima i limiti per la spesa complessiva e successivamente quelli relativi a ciascuna missione e ai singoli programmi. Legge di contabilità e finanza pubblica, invero, ha mosso, nella direzione di un rafforzamento del controllo della spesa, e l'attuale proposta di modifica della Legge di contabilità e finanza pubblica prefigura un ulteriore passo in avanti estendendo i limiti anche alle spese non rimodulabili. Tuttavia, come nella norma anzidetta, non viene chiarito quale sia il grado di rigidità dei vincoli (come e in quale misura tali limiti possano essere rivisti).

È auspicabile definire ulteriori interventi volti a garantire un maggiore controllo delle erogazioni. L'introduzione di una esplicita regola vincolante che fissi limiti pluriennali per la spesa primaria sarebbe coerente con l'importanza cruciale che ha assunto il controllo della spesa e renderebbe più visibili gli obiettivi da raggiungere, aumentando i costi politici di eventuali sconfinamenti.

⁷⁸ Il primo Rapporto annuale sulla crescita, diffuso dalla Commissione europea sottolinea come il controllo della spesa pubblica sia cruciale non solo per il consolidamento dei conti pubblici, ma anche per le prospettive di crescita dei Paesi della UE (Commissione europea, 2011).

Andrebbe specificato, però, il meccanismo attraverso il quale eventuali sconfinamenti vengono recuperati negli esercizi successivi.

Una volta completata la realizzazione del federalismo fiscale, la regola di spesa potrebbe riguardare le uscite primarie delle Amministrazioni centrali e degli Enti di previdenza, inclusi i trasferimenti agli enti decentrati. Andrebbero adeguatamente precisati i legami tra tale regola e le voci di spesa del bilancio dello Stato. Agli enti territoriali potrebbe applicarsi una regola relativa al saldo di bilancio; il controllo delle erogazioni costituirebbe una responsabilità dei singoli enti che dovrebbero utilizzare al meglio gli strumenti interni di programmazione e controllo della spesa.

Una regola di spesa sarebbe, inoltre, coerente anche con la proposta della Commissione europea di revisione della parte preventiva del Patto di stabilità e crescita, secondo la quale la dinamica delle erogazioni diventa una delle variabili che il Consiglio prende in esame per verificare l'adeguatezza del sentiero di aggiustamento verso l'obiettivo di medio termine definito per il saldo di bilancio strutturale.⁷⁹

Per rendere, infine, più efficace il controllo della dinamica degli esborsi, alla regola stabilita per la spesa primaria dovrebbe essere riconosciuta una particolare importanza sia nelle procedure di controllo sia nel dibattito parlamentare.

⁷⁹ Commissione europea (2010e).

The contract in the civil law

di PETRU TĂRCHILĂ¹

The Romanian Civil proceedings code of 1865, as other European civil proceedings codes, this task returned to judicial doctrines. this is also due to the fact that the authors of the civil proceedings code have adopted the definition from IUSTINIAN's Institutes: „obligation est juris vinculum quo necessitate adstringimur , alicuius solvendae rei , secundum nostrae civitatis jura” .

The doctrine defined the liability mainly as the judicial report based on which the creditor is entitled to claim that the debtor performs the correlative performance of giving, doing, or not doing something, under the obligation to the state.

The most important origin of liabilities, legal reports is the contract or agreement defined by art.942 of the Civil Proceedings Code as the willingful agreement between two or more persons to set up or annul the legal relations between them.

Thus, the contract is a judicial document, a manifestation of will with the intention to produce legal effects, a voluntary agreement between two or more parties, with the intention of establishing a legal relation between them.

Being one of the two civil law basic institutions, along with the property, the contract suffered the changes determined by the historic evolution of the company, from the conception of full autonomy, of the parties' absolute freedom of will specific for the liberal period until the period when a contract crisis started being discussed determined by the practice of standard agreements, of adhesion and by the state's increasingly strong intervention in the contracts field by means of imperative norms. The contract liberty, the possibility that the subjects conclude contracts between themselves, of establishing their contents, of amending or annul them finds its legal grounds in the Civil Proceedings Code orders but it was considered indirectly acknowledged and guaranteed by constitutional means.

The terminology of “agreement/contract” is a generic notion with a vast meaning including a large variety of special contracts. Nevertheless the number of contracts is not limited and they can be concluded by parties with no other restriction than that of not violating public order good behavior (art.5 of the Civil Code). Along with the contract expressly regulated

¹ Universitatea „AUREL VLAICU” Arad; Facultatea de Științe Umaniste și Sociale

by the law, the current civil law also acknowledges the category of contracts not nominated that do not have a legal regulation but are valid and produce mandatory effects complying with art. 969 of the Civil Code.

CONTRACTS CLASSIFICATION

The vast variety of contracts that may be at the origin of liability legal reports determines their useful classification in order to understand what is common and what is specific to each category of contracts and the determination of the applicable legal system.

Thus, depending on the formation modality, they can be consensual when concluded by the mere agreement of the parties, solemn if their conclusion and validity requires the compliance with a certain form provided by the law and real contracts the form of which requires besides the parties' agreement also the material transmission of the object of the performance of one of the parties.

By their content, the contracts are classified into unilateral contracts giving birth to obligations only for one party (art.944 civil code) and bilateral or synalagmatic contracts that complying with art.943 of the civil code is the contract in which the parties commit to one another.

Depending on the purpose aimed by the parties, the contracts can be onerous, that complying with art.945 civil code is the contract in which each party wishes to procure an advantage, and free contracts by means of which a patrimonial advantage is procured without aiming at obtaining another patrimonial advantage in return (art.946 civil code). Also, onerous contracts are subclassified into commutative contracts upon the conclusion of which the parties are aware of the existence and scope of the obligations and aleatory contracts upon the conclusion of which the parties are aware only of the existence of the obligations not of their scope, and there is the chance of gain or the risk of loss due to uncertain future circumstances. Free contracts are subclassified into disinterested contracts by which one of the parties obtains a patrimonial benefit to the other party without decreasing its patrimony and liberties by which one of the parties decreases its patrimony by means of the patrimonial benefit obtained for the other party (e.g. the donation contract).

Depending on the legal effects the fulfillment of which is watched by the parties by means of contracts conclusion, contracts can be rights grating or rights transferring, i.e. granting new rights or transmitting existing rights and producing only future effects and rights declarative contracts that do not create, nor do they transmit right, they only acknowledge the existing ones.

Some contracts such as sale, exchange, donation are executed at once, by a sole document, being called immediate execution contracts, others, such as the tenancy or maintenance are executed step by step in time being successive execution contracts. There are differences between the two categories of contracts in terms of the effects their annulment and resolution produces, effects that in the case of successive contracts only act for the future and have no retrospective action. Also, the incidence of the unpredicted theory can only be imagined for this type of contracts.

Although most contracts have an independent existence and are main contracts, there are also accessory contracts that can only exist along a main contract they accompany (e.g. the pledge contract or the mortgage agreement).

Except for the classical, negociable contracts, upon the conclusion of which the parties negotiate with one another, discuss and agree on all the contract clauses, in the evolution of contracts also appeared new contract categories that are not negotiable: the adhesion contracts and the mandatory contracts, the so called institution contracts. The adhesion contracts are entirely written by one of the parties, while the other party does not have the possibility to change it only of deciding whether it accepts the entire contract, of adhesion to it. The party making the offer under these circumstances takes advantage of a dominant economic position allowing it to impose its will, and for this reason, in order to provide a balance between the parties, the regulator's intervention is required. The mandatory contracts are the contracts the clauses of which are imposed by law, and the law determines the content of the resulting legal report, the rights and liabilities of the parties, who no longer have the liberty to establish or change them as they wish.

THE CONSUMPTION LOAN AGREEMENT (THE ACTUAL LOAN)

NOTION AND LEGAL FEATURES

The (actual) consumption loan is a contract by which a person, called lender, transmits in the property of another person, called borrower, a quantity of fungible and consumption goods, with the borrower's obligation to reimburse an equal quantity of goods of the same type and quality by a due date.

The consumption loan agreement, as well as the commodate agreement, has the following legal features:

- real contract;
- unilateral contract;
- free contract, but it can also be onerous, known as interest loan;
- property transfer contract.

VALIDITY CONDITIONS

The consumption loan agreement is subject to the general rules in terms of validity conditions, but has its own features in what regards the capacity, approval and object.

Considering the property transferring nature of the contract, the lender must have the capacity required by law in order to conclude order documents and must own the good representing the object of the agreement, while the borrower must have the capacity to conclude order documents.

The parties' consent must be expressed freely not affected by any vices under the sanction of contract voidableness.

The object of the consumption loan agreement solely consists of mobile goods, of kind, fungible and consumable according to their nature.

AGREEMENT PROOF

The proof of the consumption loan agreement is made, complying with the general rules, only by authentic document or by document under private signature.

by exception, the witnesses probation is admissible in two situations:

- when the borrower agreed to it;
- if the borrower proves that at the moment when the contract was concluded a document could not be drawn up.

The private signature document must be fully written by the borrower or carry the mention "good and approved for", followed by the borrowed amount, written in letters and by the signature (art. 1180 civil code).

AGREEMENT EFFECTS

- the borrower's obligations. Complying with art. 1584 civil code, the borrower has the obligation to hand to the lender on the due date the same quantity of goods he received, of the same quality regardless of the increase or decrease of their value between the contract date and the payment date. The failure to comply with this obligation entitles the lender to initiate an action against the borrower or his rightful successors, action that prescribes in the 3 years general prescription term. the prescription term begins to be considered beginning with the date provided by the parties in the contract , as term for the reimbursement, and if such a term has not been provided, from the date the contract was concluded.
- The interest payment obligation. This obligation only exists in onerous consumption loan contracts, also known as interest loan. If by means of the contract, the parties stipulated that the borrower owes interest, not mentioning the total amount of the interest, the borrower owes the legal interest, set by Government Ordinance no. 9/2000 regarding the legal interest level for money liabilities, approved with amendments by means of Law no. 356/20025. In civil matters, the legal interest is set at the level of the reference interest of the National Bank of Romania, diminished by 20 %, complying with art. 3 paragraph 3 of the Government Ordinance no. 9/2000. The National Bank of Romania's reference interest level is the one of the last working day of each quarter, valid for the next quarter and must be published in the National Gazette. Complying with art. 5 of the Government Ordinance no. 9/2000, the conventional interest cannot exceed the legal interest by more than 50% per year.

TERMINATION OF THE LOAN AGREEMENT

The consumption loan terminates by:

- The reimbursement of the good on the due date set in the contract;
- annulment, in the case of failure to comply by fault with the contract liabilities;
- compensation. i.e. the writing off modality specific to mutual liabilities, within which, the same persons are, at the same time creditor and debtor to one another, by which the liabilities are written off up to the amount of the smallest;
- the debt remittance, i.e. the creditor's free waiver of revaluating the debenture he holds against his debtor;
- confusion – the modality of writing off liabilities consisting of the in the same person having the quality of creditor and of debtor of the same liability;

Bibliography

1. C. Turianu, *Obligațiile civile și Contractele speciale/ Civil Liabilities and Special Contracts*, All Beck Publishing, Bucharest 2007;
2. C. Alunaru, *Contractele civile/ Civil Contracts*, Oscar Print Publishing, Bucharest 2005;
3. E. Chelariu, *Teoria generală a obligațiilor/ General Liabilities Theory*, All Beck publishing, Bucharest 2004.
4. G. Beleiu, *Drept civil și Obligațiile civile/ Civil Law and Civil Liabilities*, Șansa publishing, Bucharest 2002.
5. J. Carbonnier, *Droit civil*, Presses Universitaires de France publishing, Paris 2002.

Fecondazione medicalmente assistita e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
di Ludovica Lo Presti

La famiglia è da sempre luogo di compromesso tra natura e cultura, ma nell'epoca attuale si assiste ad una profonda mutazione dell'idea di famiglia, delle sue forme e delle sue rappresentazioni¹.

La genitorialità, prima compatta, si frantuma in una serie di possibili scelte, ciò è conseguenza diretta dell'irruzione dell' "artificio" nella sfera riproduttiva. La crescente attenzione ai bisogni dell'individuo e ,quindi, lo spazio sempre più ampio riconosciuto alla realizzazione della personalità, tramite l'esperienza della gravidanza e del parto per la donna, tramite il desiderio di una discendenza e di una proiezione di sé verso il futuro per l'uomo², ha portato ad una utilizzazione sempre più frequente dell'inseminazione artificiale come strumento privilegiato per ovviare ai problemi di sterilità all'interno della coppia.

Le normative in materia di fecondazione artificiale e la giurisprudenza che vi ha fatto seguito costituiscono un aspetto rilevante delle politiche di un Paese, incidendo in maniera più o meno profonda sulla tutela della libertà individuale e del diritto alla salute e sulla natura stessa degli assetti istituzionali. In Italia, la legge n. 40 del 2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", giunge in porto seguendo un percorso travagliato e si caratterizza soprattutto per la forte protezione della vita nascente e della famiglia. Lo stesso art. 1 assicura la tutela dei "diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito"³. La protezione del "concepito" passa anzitutto attraverso il divieto di accesso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie fertili⁴, anche se portatrici di malattie genetiche. Inoltre, pur essendo consentito alla

¹ COLLURA-LENTI-MANTOVANI, Trattato di diritto di famiglia, Giuffrè, 2000.

² M.BIANCA, Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano, in La procreazione artificiale tra etica e diritto, Padova, 1989.

³ Art 1 , legge n.40 del 2004.

⁴ Art 4, comma 1; legge n. 40 del 2004.

coppia di informarsi sullo stato di salute degli embrioni⁵, la relativa indagine clinica non può che essere di tipo osservazionale⁶ (non invasiva), in ossequio al divieto di diagnosi pre-impianto. Una norma protettiva consente, poi, la revoca del consenso al trattamento entro e non oltre il momento in cui l'embrione si forma⁷. Sono proibite la clonazione, la formazione di ibridi, la fecondazione postmortem e la maternità surrogata⁸. È altresì proibita l'utilizzazione di embrioni, anche abbandonati, per la ricerca⁹. Ulteriori limitazioni sono state recentemente oggetto di intervento da parte della Corte Costituzionale¹⁰ che ha dichiarato l'illegittimità dell'art 14, commi secondo e terzo, della legge n.40 del 2004 per la parte in cui, limitando il numero massimo di embrioni producibili a tre da impiantarsi contestualmente¹¹, si pone in definitiva in contrasto con l'art. 3 della Cost., sia sotto il profilo della ragionevolezza che quello dell'uguaglianza, in quanto riserva il medesimo trattamento a donne che possono trovarsi in condizioni fisiche assai diverse tra loro; la norma, inoltre, nel disporre che il trasferimento degli embrioni è da realizzare non appena possibile¹², non prevede che tale trasferimento debba essere effettuato "senza pregiudizio per lo stato di salute della donna"¹³, e ciò in contrasto con l'art. 32 Cost. La Consulta ha quindi ampliato le eccezioni al previsto divieto di crioconservazione nell'ipotesi di pregiudizio per lo stato di salute della donna derivante dall'impianto. L'intervento del nostro legislatore risulta allora caratterizzato da una forte volontà di protezione, soprattutto della vita nascente, che si sostanzia di numerosissimi divieti e limitazioni.

Le questioni giuridiche e morali sollevate sono di assai difficile soluzione. Lo stesso panorama comunitario testimonia una notevole differenza tra le discipline dei singoli Paesi in materia procreazione medicalmente assistita, tale differenza dà luogo ad una forte disparità di trattamento dei cittadini in ragione della loro nazionalità. Questa grande varietà normativa è il simbolo della mancanza di una visione condivisa in punto di procreazione medicalmente assistita.

Trovano, in tal modo, ampio spazio le ipotesi di contrasto con i alcuni dei diritti fondamentali sanciti dai Trattati comunitari e dalle Carte dei diritti. In tale contesto rileva, anzitutto, la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e, segnatamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e alla non ingerenza dell'autorità

⁵ Art 14, comma 5; legge cit.

⁶ Linee Guida del Ministero della Salute, 2010.

⁷ Art. 6, comma 3; legge cit.

⁸ Art. 12, punti 1-2-6-7; legge cit.

⁹ Art. 13, legge cit.

¹⁰ Corte Cost., sent. N.1 del 2009

¹¹ Art. 14, comma 2; legge cit.

¹² Art. 14, comma 3; legge cit.

¹³ Corte Cost., sent. N. 151 del 2009

pubblica nell'esercizio di tale diritto¹⁴, il diritto alla salute e l'inderogabile diritto alla vita di ogni persona di cui all'articolo 2.

Non sorprende quindi che in più di un'occasione si sia reso necessario l'intervento della Corte di Strasburgo a garanzia del rispetto di tali diritti. Emblematico è il caso *Evans v. United Kingdom*. La causa è stata promossa da una cittadina inglese di 34 anni, N. Evans, la quale, dovendo subire a scopo terapeutico un intervento chirurgico che le avrebbe impedito per sempre di procreare, si è sottoposta, prima dell'operazione, ad un trattamento di fecondazione in vitro insieme al suo compagno allo scopo di conservare degli embrioni biologicamente appartenenti alla coppia per poterli utilizzare in futuro. La signora Evans infatti avrebbe si perduto, con l'operazione, la possibilità di produrre ovuli, ma non quella di affrontare una gravidanza tramite l'impianto degli embrioni congelati. Purtroppo, nel corso dei successivi due anni, la relazione tra i potenziali genitori si è conclusa e per la signora Evans gli embrioni ottenuti dalla fecondazione con l'ex-compagno rappresentavano l'unica possibilità di diventare madre. La donna non aveva infatti provveduto a congelare ovuli, né era in grado di produrne altri. Il suo ex-compagno, tuttavia, ha ritirato il consenso all'utilizzo degli stessi embrioni, come disciplinato dalla legge inglese¹⁵, la quale prevede il diritto di ciascuno dei due potenziali genitori alla revoca del consenso all'utilizzo degli embrioni al momento dell'impianto. Ciò obbligava la clinica a distruggere gli embrioni. La Evans si è quindi rivolta all'Alta Corte britannica per veder riconosciuto il proprio diritto a diventare madre e, in seguito al diniego, è ricorsa alla Corte d'Appello che ha confermato la decisione di primo grado. Il punto centrale della normativa britannica è proprio la necessità del consenso continuato di entrambe le parti dall'inizio del trattamento fino al momento dell'impianto dell'embrione¹⁶. Del caso viene quindi investita la Corte di Strasburgo. La ricorrente lamenta la violazione dell'articolo 2 della CEDU¹⁷, con riferimento al diritto alla vita dell'embrione, nonché dell'articolo 8¹⁸, in relazione al proprio diritto al rispetto della vita privata e ancora dell'articolo 14¹⁹, in base al quale la Evans chiedeva di

¹⁴ Art. 8, CEDU.

¹⁵ Atto sulla Fertilizzazione Umana e l'Embriologia del 1990.

¹⁶ "to ensure the continuing consent of both parties from the commencement of treatment to the point of implantation of the embryo"; *Evans v. UK*, § 18.

¹⁷ Art. 2 : "Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita ...".

¹⁸ Art. 8 Diritto al rispetto della vita privata e familiare:

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.
2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

¹⁹ Art. 14 Divieto di discriminazione:

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato, senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale di ricchezza, di nascita o di altra condizione.

essere riconosciuta vittima di un trattamento discriminatorio rispetto ad altre donne. Tanto premesso, occorre rilevare che dalla giurisprudenza della Corte non emerge una chiara definizione dell'articolo 2, e segnatamente se rientri o meno, nella nozione di "persona" la cui vita è protetta dalla Convenzione, anche il non nato (unborn)²⁰.

Nel caso di specie poi, la Corte esclude la violazione dell'articolo 2 CEDU, senza tuttavia chiarire la portata della tutela del diritto alla vita prestata dalla Convenzione e mancando di indicare un criterio che stabilisca "l'inizio della vita umana". Anche nel precedente caso *Vo v. France* la Corte si era limitata ad affermare che la potenzialità del feto e/o dell'embrione di diventare una persona ne richiede la protezione in nome della dignità umana senza tuttavia qualificarlo come "persona" alla quale vada assicurato il "diritto alla vita" ex art. 2²¹. Inoltre, rilevava ancora la Corte, anche la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina non definisce la portata dell'espressione "ogni persona" ("everyone") né quella di "essere umano" ("human being"), né tantomeno fa riferimento a quando abbia inizio la vita, lasciando agli Stati piena libertà riguardo all'interpretazione di tali concetti²². La Corte, infine, sottolinea che, in assenza di un consenso a livello europeo circa la definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita, la questione rientra nell'ambito del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati. Parimenti la Corte dichiara non sussistere la lamentata violazione dell'articolo 8, CEDU e precisa che il concetto di "vita privata" comprenderebbe non solamente aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo, quali il diritto all'autonomia personale, allo sviluppo personale e all'instaurazione e sviluppo di rapporti con altri esseri umani e il mondo esteriore²³, ma incorporerebbe anche il diritto al rispetto della decisione di diventare o no genitore²⁴.

Allo Stato fa capo il dovere di assicurare un equo bilanciamento dell'interesse pubblico e privato e nel perseguire tale scopo, lo Stato gode di un margine di apprezzamento che, secondo la Corte, sarà tanto più ampio quanto maggiore è il divario tra i livelli di tutela apprestati dalle legislazioni nazionali in una determinata materia²⁵. Essendo la bioetica un territorio ancora poco esplorato e lacunosamente disciplinato, il margine che spetta agli Stati in questo ambito deve essere ampio²⁶.

Poiché, quindi, la legislazione inglese non prevede alcuna eccezione al criterio del consenso congiunto e continuativo, la medesima regola varrà anche per la situazione in esame. La Corte di Strasburgo, si schiera quindi a favore del criterio netto adottato dai giudici britannici,

²⁰ Così l'art. 4, Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo.

²¹ *Vo v. France*, § 84.

²² cfr. ancora *Vo v. France*, § 84.

²³ *Pretty v. United Kingdom*, § 61.

²⁴ *Evans v. UK*, § 57.

²⁵ *Rees v. The United Kingdom*, § 37.

²⁶ *Evans*, § 62 e *X, Y and Z v. the United Kingdom*, § 44.

secondo il quale la necessità della certezza del diritto e della fiducia che l'opinione pubblica deve poter nutrire nei confronti di esso in una materia così sensibile non possono ammettere decisioni incerte (Evans v. UK, § 65).

Infine, anche circa la presunta violazione dell'art. 14, laddove la richiedente lamenta di aver subito un trattamento discriminatorio rispetto alle donne che possono concepire normalmente attraverso rapporti, la Corte ripropone il criterio del margine di apprezzamento spettante allo Stato in ordine al differente trattamento. Richiamando i criteri di ragionevolezza e giustificazione obiettiva riscontrati a proposito della mancata violazione di cui all'articolo 8, i giudici risolvono in senso negativo anche il problema sollevato con riferimento all'art. 14²⁷.

In definitiva, la Corte, sottolineando la mancanza di un accordo internazionale sulla regolamentazione della fecondazione in vitro e sull'utilizzazione degli embrioni e l'assenza di una comune visione riguardo alla determinazione del momento fino al quale è possibile revocare il consenso all'utilizzazione dei gameti prelevati nel corso del trattamento, si rimette quasi totalmente al criterio del libero apprezzamento. L'eccezionale situazione della ricorrente, che non aveva altre possibilità per procreare, avrebbe forse dovuto essere considerata con maggior attenzione da parte della Corte²⁸. Negare la possibilità della ricorrente di portare a termine la procedura di procreazione assistita non avrebbe soltanto limitato l'esercizio del diritto a concepire, quanto piuttosto distrutto completamente tale diritto. Inoltre, il dovere di proteggere il diritto di ogni persona al rispetto per la vita privata non dovrebbe dipendere da alcun consenso europeo, a prescindere da quanto delicata sia la materia in esame²⁹. Sarebbe stato forse ipotizzabile un ricorso al principio di precauzione, positivizzato dalla stessa Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che impone di scegliere nei casi dubbi la soluzione che rafforzi i diritti umani.

La legge, come affermato dalla Corte, deve infatti essere tale da permettere di prevedere, in modo ragionevole secondo le circostanze, le conseguenze che possano scaturire da una certa azione ("to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail"³⁰).

Nonostante però la Corte abbia più volte posto l'accento sul carattere della Convenzione come strumento vivente da interpretare alla luce dell'evoluzione della società ("the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions"³¹), ha lasciato aperto il quesito sul diritto alla vita dell'embrione e/o del feto, posticipando nuovamente

²⁷ Evans v. UK, § 74-75.

²⁸ Vedi in tal senso l'opinione dissenziente dei giudici Traja e Mjovic.

²⁹ Evans v. UK Dissenting opinion, § 5.

³⁰ Silver and Others v. the United Kingdom, 25.3.1983.

³¹ Vo v. France, dissenting opinion of Judge Mularoni joined by Judge Strážnicka.

l'interpretazione dell'articolo 2, il quale, alla luce dei recenti progressi medico-scientifici non può che assumere una valenza sempre maggiore nel campo della tutela dei diritti umani.

Il nuovo regime delle offerte pubbliche di scambio connesse ad operazioni di ristrutturazione del debito

di Luigi Scipione

A differenza di altri ordinamenti dell'Unione Europea, in Italia il legislatore non considerava le offerte pubbliche di scambio alla stregua di operazioni da ricondurre nell'ambito della Direttiva 2003/71/CE. Per contro, tali iniziative erano ricomprese nell'alveo della disciplina relativa alle offerte pubbliche di acquisto e di scambio. Con le novità di cui al D.Lgs. 18 settembre 2009, n. 146 (c.d. "Decreto correttivo") è possibile usufruire del c.d. "passaporto europeo" che permette di promuovere in Italia un'offerta di scambio transfrontaliera secondo le regole previste dalla Direttiva Prospetti e, pertanto, sulla base della traduzione della sola nota di sintesi. In merito la Consob era intervenuta dapprima con una comunicazione interpretativa, poi modificando l'articolo 37 del Regolamento emittenti, da ultimo proponendo una serie di interventi correttivi dell'attuale disciplina con l'obiettivo di temperare gli oneri di compliance per gli operatori pur assicurando adeguata tutela informativa agli investitori.

Sommario: 1. Note introduttive. - 2. Le offerte pubbliche connesse ad operazioni di ristrutturazione del debito. - 3. Dalla nozione di sollecitazione all'investimento alla definizione di offerta al pubblico di prodotti finanziari. - 3.1. (Segue): il "Passaporto comunitario" tra disciplina europea e normativa interna. - 4. Il coordinamento tra ordinamenti nella "Direttiva Opa". - 5. Le offerte pubbliche di scambio: inquadramento tipologico e disciplina applicabile. - 6. I criteri di interpretazione in materia di Opasc su titoli di debito elaborati medio tempore dalla Consob. - 7. Le modifiche al regolamento emittenti. - 8. La nuova disciplina del "Decreto correttivo". - 9. Profili di incompatibilità delle soluzioni della prassi con il diritto italiano e con la "Direttiva Opa". - 9.1. La salvaguardia del principio di "parità di trattamento" e del "need of protection". - 10. Le recenti modifiche regolamentari proposte dalla Consob in materia di Opasc. - 10.1. (Segue): il riconoscimento in Italia dei documenti di offerta approvati all'estero. - 11. Osservazioni conclusive.

1. Note introduttive.

La materia dell'appello al pubblico risparmio presenta di frequente elementi di internazionalità, costituiti da connessioni con diversi ordinamenti finanziari, divenendo così potenzialmente suscettibile di essere oggetto di valutazione da parte di una pluralità di authorities.

Tale fenomeno solleva inevitabili dubbi interpretativi, atteso che le legislazioni statali in tema risultano spesso differenziate, data la varietà degli interessi in gioco (attrazione del risparmio sul mercato nazionale, tutela dei risparmiatori dai rischi connessi all'investimento, tutela delle minoranze azionarie dagli abusi di potere della maggioranza nonché da cambiamenti dei gruppi di controllo, garanzia della stabilità o della contendibilità del governo societario) e dato il diverso equilibrio che siffatti interessi possono trovare, anche e soprattutto in ragione dei differenti modelli di governance adottati negli ordinamenti coinvolti.

Una situazione così delineata pone inesorabilmente esigenze di coordinamento tra sistemi giuridici alle quali, in assenza di soddisfacenti norme di diritto materiale uniforme emanate nel contesto di fenomeni di cooperazione internazionale, si deve tentare di dare risposta mediante gli strumenti interpretativi offerti dalla disciplina del diritto internazionale privato.

Le competenze normative ritenute dagli Stati membri vanno necessariamente funzionalizzate al conseguimento degli obiettivi materiali dell'integrazione europea e tale esigenza deve trovare soddisfazione in ogni settore dell'esperienza giuridica, prescindendo dalla natura e dal rango della fonte di diritto interno in rilievo.

La direttiva 2003/71/CE (c.d. "Direttiva Prospetti") prevede nuove regole che consentono alle società di raccogliere capitali più facilmente e a minor costo in tutta l'Unione europea sulla base dell'avallo dato dall'autorità competente di un unico Stato membro. Essa rafforza la protezione offerta agli investitori garantendo che tutti i prospetti, ovunque siano emessi nell'Unione europea, forniscano loro un'informazione chiara e completa di cui necessitano per assumere decisioni razionali.

Ai sensi della "Direttiva Prospetti", nella maggior parte dei Paesi europei l'offerta pubblica di acquisto (Opa) su titoli di debito è esentata dall'obbligo di pubblicazione del prospetto informativo, a differenza di quanto avviene per le offerte pubbliche di acquisto su azioni. In pratica, il soggetto che intende promuovere un'Opa su titoli di debito pubblica un documento informativo che non è assoggettato ad alcuna autorizzazione. Laddove, invece, l'offerente intenda offrire in corrispettivo titoli (configurandosi pertanto l'operazione come un'offerta pubblica di acquisto e scambio - Opasc), l'operazione ricade nella disciplina delle offerte di

vendita e sottoscrizione (Opvs). In tale ipotesi deve essere, quindi, pubblicato un prospetto informativo per i soli titoli di nuova emissione (sia pure con informazioni sui titoli riacquistati), salvo il caso in cui l'emissione degli stessi ricada in una fattispecie per la quale è prevista un'apposita esenzione.

2. Le offerte pubbliche connesse ad operazioni di ristrutturazione del debito.

Lo strumento dell'offerta pubblica di scambio (Opse), rappresenta una delle soluzioni più praticate nei mercati internazionali per sostituire obbligazioni e altri titoli di debito in circolazione con nuovi titoli (c.d. outstanding).

Tuttavia, molte operazioni di ristrutturazione del debito promosse da soggetti esteri hanno in passato visto l'esclusione dei portatori italiani di tali titoli, dal novero dei destinatari dell'offerta¹. A costoro era stata altresì preclusa la possibilità di aderire all'offerta svolta all'estero, con un'ulteriore compromissione dei principi di parità di trattamento e di tutela informativa.

Tale circostanza era da imputarsi ad un quadro regolamentare complesso, che rendeva particolarmente oneroso per l'offerente rivolgere un'Opse transfrontaliera (c.d. International public exchange offers) agli investitori italiani. Dal punto di vista procedurale, stante l'applicabilità alle offerte di scambio della disciplina prevista per le offerte pubbliche d'acquisto e la conseguente impossibilità di godere del "Passaporto europeo", l'estensione dell'offerta agli investitori italiani avrebbe richiesto la redazione, non prevista dalle vigenti disposizioni comunitarie, di un ulteriore documento da sottoporre all'approvazione della Consob².

Il prospetto informativo redatto e approvato ai sensi della "Direttiva Prospetti" e del Regolamento comunitario attuativo della stessa (n. 809/2004), a differenza del riconoscimento del documento d'offerta (che, a dire il vero, non aggiunge tutela informativa particolare) previsto dall'art. 6, paragrafo 2, della Direttiva n. 2004/25/CE (c.d. "Direttiva Opa"), prescinde da qualsivoglia intervento dell'Autorità del Paese ospitante e può comportare, ove il prospetto

¹ Le operazioni di ristrutturazione del debito sono realizzate, tipicamente, attraverso lo scambio di titoli in circolazione con altri nuovi (Opse), il riacquisto di titoli esistenti (Opa), la proposta di modifica di termini e condizioni dei titoli esistenti (c.d. consent solicitation), tutte fattispecie rientranti nell'ambito del regime proprio delle Opse. Peraltro, una public exchange offer può assumere diverse modalità, sino ad avere ad oggetto strumenti convertibili in equity. Per un primo commento si veda F. Bruno, *Le international public exchange offers e gli investitori italiani*, in F. Bruno e A. Rozzi (a cura di), *Crisi d'impresa e ristrutturazioni: percorsi tra banca e mercato, Le società*, Milano, 2010, 3 ss. Tra i contributi stranieri si segnalano, in particolare, G. Fuller, *The Law and Practice of International Capital Markets*, London, 2007, 561 ss.; D.R. Brown, C.M. James, R.M. Mooradian, *Private versus Public Creditors Experience in Distressed Firm Debt Restructuring*, in *Bankruptcy & distressed restructurings: analytical issues and investment opportunities*, Edward I. Altman, 1999, 129 ss.

² Cfr. F. Bruno, *Le international public exchange offers e gli investitori italiani*, cit., 7 s.; R. Sabbatini, *Bond, Authority in campo sulle emissioni estere*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 aprile 2009, 39.

sia redatto in una lingua comunemente utilizzata nel mondo della finanza internazionale, la traduzione della sola nota di sintesi.

La disciplina italiana, per contro, assoggetta(va) entrambe le fattispecie alla disciplina dell'offerta pubblica di acquisto e di scambio di cui agli articoli dal 101-bis al 112 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della finanza, di seguito "Tuf"), con la conseguenza che l'offerente che intende(va) rivolgere l'operazione anche agli investitori italiani era costretto a pubblicare un documento di offerta apposito (redatto in conformità agli schemi previsti dall'art. 37, comma 1, del Regolamento emittenti)³ per i soli investitori residenti in Italia.

Per giunta, la suddetta riconducibilità delle Opvc nella sfera di applicazione della disciplina delle Opa, anziché di quella delle offerte di vendita e sottoscrizione, non consentiva di fruire del c.d. "Passaporto europeo".

Sul tema delle offerte pubbliche connesse a operazioni di ristrutturazione del debito è, pertanto, intervenuto il D.Lgs. del 18 settembre 2009, n. 146 (il c.d. "Decreto Correttivo")⁴ al fine di allineare la disciplina italiana con le prassi per il liability management prevalenti a livello internazionale e consentire l'applicabilità della disciplina delle Opvc alle Opvc aventi ad oggetto titoli di debito⁵.

Le novità introdotte dal D.Lgs. 149/2009 rappresentano la risposta del legislatore alle sollecitazioni provenienti da precedenti iniziative della Consob – dapprima con una comunicazione (n. 9034174 del 16 aprile 2009) interpretativa della normativa nazionale, successivamente attraverso una modifica dell'art. 37 del Regolamento emittenti (delibera n. 16893 del 14 maggio 2009) – alle esigenze di maggiore flessibilità e uniformità della normativa nazionale rispetto al contesto europeo.

³ Regolamento adottato con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999, successivamente modificato e integrato.

⁴ Il D.Lgs. del 18 settembre 2009, n. 146 contiene disposizioni integrative e correttive del D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 229, recante attuazione della direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto.

⁵ Considerando l'ambito e le finalità protettive delle previsioni contenute nel Tuf e tenendo in considerazione il testo di numerose disposizioni dello stesso e del Regolamento emittenti, apprezzabile è anche l'intento di ricondurre ad un concetto unitario la nozione dei «titoli di debito». Vale la pena segnalare che né il Tuf né tantomeno il regolamento emittenti contengono una definizione di "titoli di debito" che ricomprenda tutti gli strumenti finanziari diversi dai "titoli", come definiti dall'art. 101-bis, comma 2, Tuf, vale a dire «gli strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto, anche limitatamente a specifici argomenti, nell'assemblea ordinaria o straordinaria». In particolare, sembra opportuno il riferimento alla definizione di "raccolta del risparmio" accolta dal CICR con deliberazione 1058 del 19 luglio 2005: il richiamo consente quantomeno di evitare la moltiplicazione, nell'ordinamento, di fattispecie differenti per discipline basate su analoghe esigenze di tutela. L'inserimento di una definizione chiara consentirebbe altresì al mercato di individuare facilmente il regime applicabile a determinati strumenti finanziari (chiaramente non azionari anche nel contesto della "Direttiva Prospetti"). Ad esempio, certificates e asset-backed securities possono configurarsi quali "strumenti di debito" (Notes) con riferimento alla prassi di mercato internazionale o come strumenti finanziari derivati cartolarizzati, ai sensi dell'art. 2.2.19 del Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A.

3. Dalla nozione di sollecitazione all'investimento alla definizione di offerta al pubblico di prodotti finanziari.

In origine la sollecitazione all'investimento costituiva, insieme all'offerta pubblica di acquisto o scambio, una delle due forme dell'appello al pubblico risparmio presenti nel nostro ordinamento. Il Tuf riconduce ad unità di disciplina il composito articolato normativo che, in tema di sollecitazione al pubblico risparmio, si rinveniva nelle disposizioni di cui alla legge 7 giugno 1974, n. 216 (come modificata dalla legge 23 marzo 1983, n. 77) e alla legge 18 febbraio 1992, n. 149⁶. Il principale elemento innovativo della legge n. 77/83 era rappresentato dall'ampliamento della fattispecie normativa fino a ricomprendere, oltre all'ipotesi dell'acquisto e della vendita mediante offerta al pubblico, ogni altra operazione comunque tendente alla raccolta del risparmio diffuso, configurando in tal guisa la nuova fattispecie della "sollecitazione al pubblico risparmio".

La normativa sulla sollecitazione, con l'entrata in vigore del Tuf, si è poi arricchita di un consistente corpo di norme, che sarebbe limitativo definire procedurali, risalenti alla legge n. 149/92 e ritenute costituenti l'impalcatura portante dell'Opv⁷.

⁶ In sintesi, il rapporto tra queste ultime due leggi era riassunto nell'art. 1 della legge n. 77/83, che ne delimitava l'ambito applicativo, in base al quale "...alla vendita o alla offerta in sottoscrizione di valori mobiliari (quali azioni, obbligazioni convertibili o altri titoli o diritti) che comunque consentono di acquisire diritti di voto..." mediante offerta al pubblico ai sensi dell'art. 18 della legge n. 216/74 e successive modificazioni e integrazioni; e per altro verso nell'art. 5 della legge n. 77/83 ove si disponeva che, per quanto ivi non diversamente disposto, si sarebbero dovute applicare le disposizioni di cui agli artt. 18, 18-bis, 18-ter, 18-quater sempre della legge n. 216/74. Il richiamo che l'art. 1 della legge n. 149/92 faceva alla nozione di offerta al pubblico, di cui all'art. 18 della legge n. 216/74, non realizzava per la verità una semplificazione del quadro normativo a disposizione dell'interprete poiché parificava quanto a disciplina l'intenzione di procedere ad acquisto o vendita mediante offerta al pubblico alla sollecitazione con ogni altro mezzo del pubblico risparmio. Si poneva in particolare il problema di quale nozione al pubblico fosse da accreditare: se collimate con quella di cui all'art. 1336 c.c., ovvero altra, svincolata dal contesto codicistico, i cui contenuti fossero da determinare con riferimento alla più generale categoria e disciplina della sollecitazione al pubblico risparmio di cui, a mente dell'art. 18-ter, l'offerta al pubblico costituiva una delle espressioni. Va detto, senza addentrarci ulteriormente nella querelle, e al di là di ogni opzione interpretativa sul punto, la questione andava stemperandosi nella concorde rilevazione che "...la natura circoscritta e determinata del gruppo dei destinatari non toglie alla sollecitazione il carattere pubblico. E, d'altro canto, la prassi applicativa, oggetto dei suddetti rilievi critici, aveva confermato come l'utilizzo della nozione codicistica di offerta al pubblico non fosse necessariamente riduttivo al fine di sostenere la protezione degli interessi enucleati dalla legge n. 216/74. Affermazione questa, peraltro, ribadita anche all'indomani della promulgazione della legge n. 149/92.

⁷ Tra i principali contributi sul tema della sollecitazione all'investimento, anteriormente all'emanazione del Tuf, si rimanda, tra gli altri, ai contributi di P.G. Marchetti, Note sul prospetto informativo, in *Informazione e pubblicità sull'offerta al pubblico di valori mobiliari*, in Auteri (a cura di), 1991, 45 ss.; G. Alpa, Il prospetto informativo, in *Nuova giur. civ.*, 1988, II, 303 ss.; G. Ferrarini, La responsabilità da prospetto, in *Quad. giur. comm.*, 78, Milano, 1986, 120 e ss.; Id., Il carattere pubblico della sollecitazione al risparmio, in *Giur. comm.*, 1990, 1013 ss.; Id., I modi della sollecitazione del risparmio, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1991, I, 15 ss.; F. Bochicchio, Considerazioni sul concetto di sollecitazione del pubblico risparmio alla luce della l. 2 gennaio, n. 1 (c.d. legge Sim), in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 423; Id., Sollecitazione al pubblico risparmio, Profili civilistici, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 133; Id., La sollecitazione al pubblico risparmio quale figura generale del nostro ordinamento, in *Diritto fall. soc. comm.*, 1997, n. 2, I-843 ss.; M. Lupoi, Trust, sollecitazione del pubblico risparmio, prospetto, tutela del risparmiatore - beneficiario, in *Corr. giur.*, 1995, 6, 751 ss.; F. Di Maio, Attività di sollecitazione del pubblico risparmio: schemi ed adempimenti, in *Le società*, 1995, 4, 487 ss.; P. Valentino, La sollecitazione del pubblico risparmio nell'evoluzione normativa, in *Le società*, 1997, 7, 785 ss.

La dottrina ha rilevato come il Tuf abbia, invero, realizzato una netta separazione tra la disciplina delle offerte di vendita e sottoscrizione e le offerte di acquisto e scambio, escludendo queste ultime dalla definizione di “sollecitazione all’investimento”⁸ e formulando in proposito regole del tutto distinte⁹.

Nella considerazione della successione dei piani normativi, ciascuna delle suddette discipline va ora riconsiderata alla luce delle novità di cui, rispettivamente, alla “Direttiva Prospetti”¹⁰ e alla “Direttiva Opa”¹¹.

3.1. (Segue): il “Passaporto comunitario” tra disciplina europea e normativa interna.

In seguito al recepimento della “Direttiva Prospetti” si è passati dalla nozione di “sollecitazione all’investimento” a quella di “offerta al pubblico di prodotti finanziari”.

La nuova definizione non sembra modificare nella sostanza il principio anteriore, in quanto i confini della fattispecie risultano essere i medesimi¹². Guardando al dato letterale, è venuta meno la previsione dell’invito ad offrire, ma nella pratica la casistica delineata per la sollecitazione all’investimento non muta con riferimento alla nuova nozione di offerta al pubblico¹³.

È bene precisare che, a monte, la Direttiva 2003/71 muove dall’introduzione di un’autonoma nozione di offerta al pubblico di strumenti finanziari che non è legata al configurarsi di specifiche figure negoziali e prenegoziali, quanto piuttosto alla considerazione del potenziale

⁸ Per i primi commenti della disciplina introdotta dal Tuf si vedano, ex multis, P. Anello e S. Rizzini Bisinelli, D.Lgs. 58/1998. Sollecitazione all’investimento e offerta pubblica di acquisto, in *Le società*, 1998, 542 ss.; R. D’ambrosio, Commento sub art. 102-112, in C. Rabitti Bedogni (a cura di), *Il Testo unico dell’intermediazione finanziaria. Commentario al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milano, 1998, p. 583 ss.; S. Providenti, *Appello al pubblico risparmio*, in L. Lacaita e V. Napoleoni (a cura di), *Il Testo unico dei mercati finanziari*, Milano, 1998, 33 ss.; F. Buccellato, *Sollecitazione all’investimento e mercato del controllo*, Milano, 2004.

⁹ Cfr. F. Annunziata, Commento sub art. 94 Tuf in P.G. Marchetti e L.A. Bianchi (a cura di), *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza. Commentario al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milano, 1999, t. I, 76 s.

¹⁰ Sugli aspetti generali della Direttiva e sul suo recepimento in Italia, cfr. V. Cariello, *La direttiva 2001/43/CE riguardante l’ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale e la proposta di direttiva sul prospetto per l’offerta al pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 2, 582 ss.; R. Cugnasco, *L’offerta al pubblico di strumenti finanziari: alcune riflessioni sul D.Lgs. n. 51/2007 di recepimento della Direttiva Prospetto*, in *Le società*, 2008, 803 ss.

¹¹ D’altronde, come sottolinea M.V. Benedettelli, *Offerte pubbliche d’acquisto e concorrenza tra ordinamenti comunitari*, in *Giur. comm.*, 2009, 557, «la Direttiva Opa e la Direttiva Prospetti evidenziano l’adozione da parte delle istituzioni comunitarie di un approccio metodologico, e pongono problemi simili giustificando simili soluzioni».

¹² La fattispecie della sollecitazione all’investimento, ante recepimento della Direttiva Prospetto, era definita dall’art. 1, comma 1, lett. t) del Tuf come «ogni offerta, invito a offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pubblico, finalizzati alla vendita o alla sottoscrizione di prodotti finanziari».

¹³ Cfr. l’art. 2, comma 1, lett. b) della “Direttiva Prospetti”, che definisce per l’appunto la predetta offerta come «una comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell’offerta e degli strumenti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali strumenti finanziari. Questa definizione si applica anche al collocamento di strumenti finanziari tramite intermediari finanziari».

risultato dell'attività comunicativa dell'offerente, rilevante allorché, in ogni modo e forma essa sia realizzata, per la sufficienza delle informazioni veicolate concernenti l'offerta e gli strumenti finanziari, metta un potenziale investitore nella condizione di assumere la decisione di effettuare l'acquisto ovvero la sottoscrizione [art. 2, paragrafo 1, lett. d)].

Tale lata nozione, a valere peraltro per la sola applicazione della Direttiva, risulta precipuamente funzionale ad individuare il terreno su cui perimetrare i limiti dell'obbligo del prospetto, stabiliti al successivo art. 3. È infatti sulle condizioni di predisposizione, approvazione e distribuzione di quest'ultimo documento che si concentra il dettato normativo, con la dichiarata finalità di armonizzare il regime su base comunitaria, al fine di consentire l'approdo al "Passaporto unico" per gli emittenti.

La prescrizione dell'obbligo della preventiva pubblicazione del prospetto è generalizzata, risultando in linea di principio posta per qualsiasi offerta al pubblico di strumenti finanziari, come per l'ammissione degli stessi alla negoziazione sui mercati regolamentati¹⁴. Tuttavia, tale obbligo è poi dichiarato inapplicabile in relazione a specifiche tipologie di offerte (art. 3, paragrafo 2), ovvero di strumenti finanziari oggetto di offerta o quotazione (art. 4).

All'interno di questa cornice, il "Passaporto comunitario" agisce sulla base dell'autorizzazione rilasciata dall'Autorità competente, quella cioè del "Paese Membro d'Origine"¹⁵. Di conseguenza il prospetto approvato ed i supplementi sono validi per l'offerta al pubblico o per l'ammissione alla negoziazione in qualsiasi Stato membro ospitante (art. 17)¹⁶. Il principio di "mutuo riconoscimento automatico" fa dunque sì che l'emittente non sia più tenuto a richiedere un avallo regolamentare del prospetto informativo destinato a potenziali investitori.

In conformità con la nuova normativa europea, gli artt. 94 e 98-ter Tuf, prevedono l'obbligo per coloro che intendono rivolgere al pubblico un'offerta di sottoscrizione o di vendita di pubblicare

¹⁴ La "Direttiva Prospetti" si applica con riferimento a strumenti finanziari emessi tanto da società di Stati membri, quanto da società di Stati terzi, quando tali strumenti: (i) siano oggetto di un'offerta di acquisto o di sottoscrizione rivolta al pubblico «nel territorio» di uno Stato membro; ovvero (ii) siano ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato che «ha sede o opera in uno Stato membro».

¹⁵ Per la definizione di "Stato membro d'origine" v. art. 93-bis, comma 1, lett. f), Tuf.

¹⁶ Tramite il "Passaporto unico per gli emittenti", gli "strumenti finanziari comunitari" vengono proposti agli investitori con una procedura di offerta al pubblico o tramite l'ammissione alla negoziazione. Il prospetto approvato dalla Consob è, ad esempio, valido anche per l'offerta di strumenti finanziari comunitari in altri Paesi Membri ospitanti, laddove, ai sensi dell'art. 93-bis, comma 1, lett. a), Tuf, per «strumenti finanziari comunitari» si intendono solo alcuni tra gli «strumenti finanziari» definiti dall'art. 1, comma 2, Tuf, tra cui rientrano le obbligazioni e i titoli di debito. Si tenga presente, inoltre, che gli strumenti finanziari, come definiti dall'art. 1, comma 2, Tuf, che non sono "strumenti finanziari comunitari" ai sensi dell'art. 93-bis Tuf, sono esclusi dal c.d. "Passaporto Comunitario" – ma sussiste per essi l'obbligo di prospetto. La previgente normativa della sollecitazione all'investimento riguardava le offerte finalizzate alla sottoscrizione o vendita di prodotti finanziari, per tali intendendosi sia tutti gli strumenti finanziari indicati nel citato comma 2 dell'art. 1 del Tuf che ogni altro investimento di natura finanziaria. La nuova disciplina introdotta dalla "Direttiva Prospetti" trova invece applicazione solo riguardo agli strumenti finanziari come definiti dall'art. 1, comma 2, lett. a) e b), del Tuf (si tratta dei «valori mobiliari» e degli «strumenti del mercato monetario»). In sostanza, nulla muta per gli strumenti finanziari comunitari, dato che l'art. 10 del vecchio regolamento emittenti dettava già una disposizione identica per le sollecitazioni di qualsiasi prodotto finanziario.

preventivamente un prospetto il quale contenga, in una forma facilmente analizzabile e comprensibile, tutte le informazioni necessarie per pervenire ad un fondato giudizio sulla sollecitazione¹⁷. Alla Consob viene affidata la verifica della completezza del prospetto, che non può essere pubblicato in mancanza della sua approvazione (art. 94, comma 1, Tuf)¹⁸.

Anche con riguardo alla normativa interna, la legge non impone però di pubblicare sempre un prospetto. L'art. 100 Tuf, rubricato "casi di inapplicabilità", racchiude un elenco di fattispecie in cui le disposizioni del Capo I, sulle offerte al pubblico di sottoscrizione e di vendita (artt. da 93-bis a 101 Tuf), fra cui quelle relative all'obbligo di pubblicare un prospetto, non trovano applicazione.

4. Il coordinamento tra ordinamenti nella "Direttiva Opa".

È interessante notare come, mutatis mutandis, anche sul versante della disciplina delle Opa transfrontaliere comunitarie, il legislatore europeo abbia inteso favorire l'introduzione di un articolato sistema di coordinamento tra gli ordinamenti dei Paesi membri, nell'ottica di non lasciare spazio a conflitti positivi o negativi di leggi e di giurisdizione¹⁹.

Nello specifico, la "Direttiva Opa" afferma il principio del reciproco riconoscimento dei documenti di offerta (art. 6, comma 2)²⁰ a cui va ricollegato il principio dell'home country

¹⁷ La funzione del prospetto è ben delineata dal secondo comma dell'art. 94 Tuf. Al riguardo cfr. M. Miola, Commento sub art. 94, in Testo unico della finanza, Commentario diretto da G.F. Campobasso, Torino, 2002, 795 e 801; F. Annunziata, Commento sub art. 94, cit., 93 ss.; A. Jannarelli, Commento sub art. 94, in G. Alpa e F. Capriglione (a cura di), Commentario al Testo unico della finanza, Padova, 1998, 886 ss.; C. Comporti, Sollecitazione all'investimento, in A. Patroni Griffi, M. Sandulli e V. Santoro V. (a cura di), Intermediari finanziari, mercati e società quotate, Torino, 1999, 556 ss.

¹⁸ A causa del ritardo del legislatore nazionale nel procedere al recepimento della "Direttiva Prospetti", e al fine di non porre l'Italia in una posizione di svantaggio competitivo rispetto agli altri Stati membri che avevano già proceduto al recepimento della Direttiva, nell'agosto 2005 Consob, facendo leva sul carattere direttamente applicabile del Regolamento 809/2004/CE, ritenne alcune delle previsioni dello stesso (nella specie, quelle previsioni che non sembravano necessitare di un atto di recepimento da parte del legislatore nazionale) direttamente applicabili - tra queste, ad esempio, gli allegati al Regolamento che contenevano i nuovi schemi di prospetto.

¹⁹ L'esame della fattispecie delle Opa transfrontaliere è stato oggetto di particolari approfondimenti solo di recente. Per i primi commenti, si rinvia comunque ai contributi di E. Wymeersch, Some Aspects of Cross-Border Co-operation Between Business Enterprises, in C.L. Horn (a cura di), Cross-Border Mergers and Acquisitions and the Law, London, 2001, 74 s. e 83; A.K. Schnyder, Takeovers and Conflicts of Law, in Ferrarini-Hopt-Wymeersch (a cura di), Capital Markets in the Age of the Euro, London - New York, 2002, 427. Diversità di posizioni sono presenti in M.V. Benedettelli, "Corporate governance", mercati finanziari e diritto internazionale privato, in Riv. dir. int. priv. e proc., 1998, 731; F. Seatzu, Le OPA nel diritto internazionale privato, in Giur. comm., 2000, I, 734 ss.; R. Weigmann, Le offerte pubbliche di acquisto, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol 10, Torino, 1993, 362 ss.; T. Ballarino, La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. IX, Tomo II, Torino, 1994, 149; J. Von Hein, Grundfragen des europäischen Übernahmekollisionsrechts, in AG 2001, 231 ss.; U.H. Schneider, Internationales Kapitalmarktrecht, in AG 2001, 276 s.; X. Boucobza, L'Offre Publique Transfrontière, in Mélanges AEDBF France, Paris, 1997, 53 ss.

²⁰ L'art. 6, paragrafo 2, della Direttiva 2004/25/CE prevede che «qualora il documento di offerta [...] sia stato sottoposto all'approvazione preliminare delle Autorità di vigilanza e sia stato approvato, è riconosciuto, previa eventuale traduzione, negli altri Stati membri, sui cui mercati sono ammessi alla negoziazione i titoli della società emittente, senza

[riveniente dall'art. 4, comma 2, lett. a)], in base al quale la competenza sulla vigilanza dell'offerta è demandata all'Autorità dello Stato in cui la società emittente ha la propria sede legale, se i titoli di tale società sono ammessi alla negoziazione nel mercato regolamentato di tale Stato membro²¹.

È di tutta evidenza come il legislatore comunitario, tramite la previsione dei criteri di collegamento descritti all'art. 4 e caratterizzati da uno stretto rapporto di sussidiarietà, abbia optato per un approccio di tipo internazionalprivatistico²². Sicché, al di fuori di questo ambito di applicazione, i criteri di collegamento nazionali non vengono armonizzati, sebbene gli Stati Membri siano liberi di estendere i criteri previsti dalla Direttiva anche alle offerte che non rientrano nel raggio d'azione delimitato dall'art. 1²³.

Ciononostante, non si può nascondere l'assenza nella disciplina comunitaria di vere e proprie norme di diritto materiale uniforme, necessarie per poter sperare di giungere alla creazione di un mercato unico ed integrato.

La rapida descrizione del nuovo quadro normativo europeo consente di formulare alcune utili osservazioni. In primo luogo è dato rilevare che il legislatore comunitario, nel disciplinare l'attribuzione della competenza a vigilare sull'offerta, non si sia limitato ad introdurre un criterio di collegamento puramente formale, qual'è quello dell'ubicazione della sede legale, ma abbia inteso affiancarvi un principio di stampo prettamente sostanziale, come la quotazione su un mercato (dato che per mezzo di essa si comprova un forte legame economico con il risparmio nazionale, inteso quale fonte di finanziamento).

che occorra l'approvazione dell'Autorità di vigilanza di detti Stati membri. Questi ultimi possono richiedere l'aggiunta di informazioni complementari nel documento d'offerta soltanto se queste informazioni sono peculiari al mercato dello Stato membro o degli Stati membri ove i titoli della società emittente sono ammessi alla negoziazione e riguardano le formalità da assolvere per accettare l'offerta e ricevere il corrispettivo dovuto alla chiusura dell'offerta, nonché il regime fiscale al quale sarà soggetto il corrispettivo offerto ai possessori di titoli».

²¹ Sul punto sia consentito rinviare a L. Scipione, *La direttiva europea in materia di Opa: profili definitivi e aspetti problematici*, in *Riv. dir. com.*, 1, 2009, 168 s. In realtà, come osserva F.M. Mucciarelli, *Problemi aperti in tema di offerte pubbliche d'acquisto transfrontaliere*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, p. 387, «la Direttiva non obbliga gli Stati Membri a prevedere un meccanismo di autorizzazione o nulla-osta al documento d'offerta, ma introduce solo un incentivo a farlo, poiché solo le Opa sottoposte ad autorizzazione dell'Autorità nazionale competente possono essere estese agli altri Paesi Membri, senza necessità di essere nuovamente autorizzate in ogni singolo Paese».

²² Per utili spunti di analisi si rinvia a G. Cian - A. Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 2004, 2502 ss.; L.G. Picone, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 289 ss.; F. Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2001, 139. Del resto, come rileva F.M. Mucciarelli, *Problemi aperti in tema di offerte pubbliche d'acquisto transfrontaliere*, cit., 383, «a livello comparato pare più diffusa l'adozione di criteri di coordinamento unilateralistici, che mirano solo a determinare l'ambito di applicazione del diritto nazionale e non a stabilire in ogni caso quale sia la legge applicabile a qualsiasi Opa; questa scelta, peraltro, genera inevitabilmente conflitti positivi o negativi di competenza, poiché spesso i diversi Stati coinvolti da un'Opa transfrontaliera non adottano criteri di collegamento identici e, quindi, individua l'ambito di applicazione della propria legge indipendentemente dalle scelte compiute da altri Paesi».

²³ La disciplina comunitaria si applica limitatamente alle Opa tese a conseguire il controllo di società con sede legale in un Paese Membro e con titoli negoziati in un mercato regolamentato comunitario.

In secondo luogo, si osserva che il considerando n. 11 della Direttiva consente agli Stati membri di estendere la disciplina de qua anche a titoli che conferiscono diritti di voto solo in determinate circostanze (si tratta, per l'appunto, di obbligazioni, altri titoli di debito, strumenti ibridi). Tale scelta, che recepisce in pieno taluni suggerimenti formulati in dottrina, poggia sull'assunto che, in situazioni di crisi finanziaria dell'impresa e di sue possibili ristrutturazioni, il controllo della società possa circolare attraverso il capitale di debito piuttosto che attraverso il capitale di rischio.

In terzo luogo, giova rilevare che la "Direttiva Opa" presenta un ambito di operatività non esattamente coincidente con quello della "Direttiva Prospetti" e in parte meno esteso, visto che non interessa anche sollecitazioni su titoli di società di Stati terzi.

5. Le offerte pubbliche di scambio: inquadramento tipologico e disciplina applicabile.

L'art. 1, comma 1, lett. v), Tuf, nel fornirne la definizione, tratta congiuntamente le offerte pubbliche di acquisto e di scambio.

Tale impostazione, del resto, è stata confermata anche in occasione delle modifiche recentemente apportate al Tuf per effetto del recepimento delle disposizioni comunitarie, sebbene la "Direttiva Prospetti" preveda, tra i casi di esenzione elencati nell'art. 4, un'ipotesi specifica per gli strumenti offerti «tramite un'offerta di scambio», dichiarandone implicitamente la riconducibilità alla disciplina delle offerte di vendita e sottoscrizione²⁴.

Si aggiunga che, al pari di quanto previsto in sede comunitaria, i nuovi criteri di competenza e sulla legge applicabile introdotti nel Tuf dal D.Lgs. n. 229/2007 riguardano solo «offerte pubbliche d'acquisto o di scambio, aventi ad oggetto titoli di società regolate dal diritto di uno Stato comunitario, e strumentali o successive all'acquisizione del controllo»²⁵. L'individuazione di quali siano le offerte non strumentali all'acquisizione del controllo non è però agevole²⁶.

²⁴ L'art. 4, paragrafo 1, lett. b), della "Direttiva Prospetti", nel prevedere che l'obbligo di pubblicazione di un prospetto non si applica all'offerta al pubblico di strumenti finanziari in occasione di un'acquisizione mediante un'Opac, condiziona tale esenzione al fatto che venga comunque predisposto «un documento contenente informazioni considerate dalla Autorità competente equivalenti a quelle del prospetto». Del pari, si prevede al paragrafo successivo che «l'obbligo di pubblicare un prospetto non si applica ai seguenti tipi di offerta: a) un'offerta di strumenti finanziari rivolta unicamente a investitori qualificati; e/o b) un'offerta di strumenti finanziari rivolta a meno di 100 persone fisiche o giuridiche per Stato membro, diverse dagli investitori qualificati; e/o c) un'offerta di strumenti finanziari rivolta a investitori che acquistano strumenti finanziari per un corrispettivo totale di almeno 50000 EUR per investitore, per ogni offerta separata; e/o d) un'offerta di strumenti finanziari il cui valore nominale unitario ammonti ad almeno 50000 EUR; e/o e) un'offerta di strumenti finanziari per un corrispettivo totale inferiore a 100000 EUR, da calcolarsi su un periodo di dodici mesi».

²⁵ V. art. 101-ter, comma 2, Tuf.

²⁶ È da precisare che, in sede di recepimento, la norma in oggetto è stata completamente riformulata a seguito delle molte osservazioni ricevute in sede di consultazione, nonché in conseguenza dell'espunzione del concetto di offerta

Sostanzialmente si è fatto riferimento alla nozione di controllo derivante dalla disciplina dell'obbligo di offerta, con riguardo alle azioni di cui si tiene conto nel calcolo della partecipazione di cui all'art. 105, comma 2. Sono inoltre state considerate offerte non strumentali all'acquisizione del controllo quelle di completamento, nonché le offerte aventi ad oggetto azioni proprie. Non è stata data rilevanza alla quotazione dei titoli oggetto di offerta, elemento invece utilizzato nel trasporre nell'ordinamento interno le disposizioni comunitarie in materia di riparto di competenze fra Autorità di vigilanza.

In Italia, le Opasc connesse ad operazioni di ristrutturazione del debito comportano una duplice serie di adempimenti:

- (i) da un lato, l'offerta al pubblico di nuovi titoli sottostà alle disposizioni di cui al Capo I, del Titolo II, parte IV, del Tuf, in particolare per quanto riguarda la predisposizione del relativo prospetto informativo; e,
- (ii) dall'altra, le predette operazioni, in quanto offerte pubbliche di scambio, sono anche sottoposte alle disposizioni del Capo II, del predetto Titolo II, recante le disposizioni in materia di Opasc.

Come è noto, diversamente da quanto accade per l'offerta al pubblico, è elemento costitutivo dell'Opa, secondo l'espressione letterale utilizzata dal legislatore all'art. 1, comma 1, lett. v), il presupposto che l'offerta sia rivolta ad un numero di soggetti superiore a quello indicato nel Regolamento emittenti, nonché di ammontare complessivo superiore a quello indicato nel medesimo Regolamento [come previsto dall'art. 100, comma 1, lett. b) e c), Tuf].

6. I criteri di interpretazione in materia di Opasc elaborati medio tempore dalla Consob.

Fatte queste necessarie premesse, prima di affrontare l'esame delle nuove disposizioni del Decreto correttivo, è indispensabile compiere una ricognizione accurata dei criteri di applicazione elaborati, medio tempore, dalla Consob e poi, da ultimo, trasfusi nel Regolamento emittenti.

pubblica armonizzata. In occasione dell'emanazione del D.Lgs. n. 229/2007 è stata da più parti contestata l'impostazione originariamente accolta che enucleava un concetto di offerta pubblica armonizzata che coincideva con la nozione della Direttiva: in particolare, è stato osservato che tale nozione si fondava su un riferimento, quello di offerta strumentale all'acquisizione del controllo, non sufficientemente determinato e che la nozione di offerta pubblica armonizzata sembrava eccessiva, considerato che le disposizioni specifiche ad essa applicabili sono in sostanza quelle in materia di: (i) informazione ai lavoratori; (ii) difese (art. 104) e breakthrough rule (104-bis); (iii) riparto competenze fra Autorità di vigilanza (art. 101-ter). Quindi, anche sulla base dei suggerimenti ricevuti, si è modificata la norma, con la finalità di enucleare quelle offerte pubbliche di acquisto e di scambio per le quali non sia congruente l'applicazione di dette disposizioni.

L'attività di revisione della regolamentazione delle Opa non si è limitata al recepimento delle disposizioni comunitarie contenute nella Direttiva e all'esercizio delle deleghe regolamentari attribuite alla Consob dalla nuova disciplina contenuta nel Tuf, ma ha tenuto conto delle questioni emerse nell'esperienza applicativa della vigente disciplina nonché dell'analisi comparata degli ordinamenti dei principali Paesi in materia.

Invero, a partire dalla comunicazione DEM/4001931 del 2004, la Commissione ha adottato un approccio estensivo volto a ricondurre nella fattispecie di offerta pubblica di scambio un ventaglio potenzialmente ampio di operazioni. In particolare, l'Autorità di vigilanza ha assimilato alle Opac tutte le forme di ristrutturazione del debito realizzate attraverso la modifica di aspetti essenziali del contratto²⁷. In diverse occasioni, la Consob ha chiarito che la prospettata modifica alle condizioni del prestito comporta – in sostanza – l'offerta di un "nuovo titolo" in cambio di quello esistente²⁸.

Non ogni modifica di una o più condizioni di un prestito si sostanziano necessariamente in una nuova proposta di investimento. Sicché, per esempio, la mera modifica del tasso di interesse, pur costituendo una variazione sostanziale e rilevante tale da alterare le caratteristiche del prestito, non comporta – secondo quanto precisato dalla Consob – «una nuova scelta di investimento da parte dei noteholders nella società»²⁹.

La Consob ha indicato, in maniera informale, altre proposte di modifica che configurano un'offerta di scambio, come ad esempio l'inserimento di un'opzione call a beneficio dell'emittente, di una clausola di sostituzione dell'emittente, l'inserimento di una clausola di negative pledge o l'introduzione di covenant specifici che potrebbero pregiudicare la posizione degli investitori (e che non siano modifiche di natura meramente tecnica)³⁰.

²⁷ L'impostazione emersa nelle modifiche del regolamento emittenti del maggio 2009 segue, infatti, un criterio di applicazione in passato già elaborato dalla Consob, nelle more del recepimento della "Direttiva Opa". Si veda, in proposito, Consob, Comunicazione n. DEM/4001931 del 13 gennaio 2004, disponibile su www.consob.it.

²⁸ Cfr. R. Sabbatini, La trappola dei bond senza prospetto, in *Il Sole 24 Ore*, 18 dicembre 2008. In un'occasione simile, nel settembre del 2007, la Commissione intervenne nei confronti della società francese Danone che intendeva impedire a soggetti italiani di partecipare ad un'offerta promossa sulla società olandese Royal Numico. La storia si è successivamente ripetuta per il caso di un'obbligazione della British Airport Authority (Baa) inglese che, alle prese con una difficile situazione societaria, aveva deciso nell'agosto del 2008 di sostituire alcuni suoi bond con altri di nuova emissione e a più lunga scadenza, ma, per l'appunto, escludendo dall'operazione gli investitori statunitensi e quelli italiani. Questi ultimi si sarebbero dovuti accontentare del risultato della vendita (a partire dal febbraio 2009) di titoli c.d. "di transito" (escrow right) nei quali le loro vecchie obbligazioni sarebbero state nel frattempo concambiate. Nel caso di specie, però, un prospetto era già stato redatto ed autorizzato dal regulator inglese, la Fsa. Il problema piuttosto risiedeva negli oneri legati al riconoscimento reciproco del documento informativo (ad esempio nella sua traduzione in italiano).

²⁹ Così Consob, Comunicazione n. DEM/4001931 del 13 gennaio 2004, cit. In senso conforme v., da ultimo, Consob, Comunicazione n. DIN/10063701 del 19 luglio 2010.

³⁰ In questi termini v. Allen & Overy, Osservazioni al documento di consultazione "Recepimento della Direttiva 2004/25/CE in materia di Offerte pubbliche di acquisto e scambio", Milano – Londra, 15 novembre 2010, 8, disponibile sul sito www.consob.it.

In altri termini, «ciò che caratterizza la modifica del prestito proposta dall'offerente quale offerta di scambio (di strumenti finanziari esistenti con un altro, sostanzialmente diverso, ndr) e la distingue da altre modifiche qualificabili meramente come tali, è la circostanza che le suddette modifiche costituiscano una ulteriore proposta di investimento»³¹.

Per effetto del successivo consolidamento di tale impostazione, allo stato attuale si ritiene possibile enucleare una serie di elementi qualificatori, in presenza dei quali un'offerta pubblica di scambio risulta essere integrata³². Più precisamente, l'adempimento di specifici obblighi informativi previsti dal Capo II del Titolo I, parte quarta del Tuf, ricorre ogniqualvolta:

- (i) l'offerta sia rivolta ad un numero di soggetti superiore a duecento, sebbene siano ricompresi in un'unica categoria predefinita (nel caso di specie, costituita dai portatori di obbligazioni);
- (ii) la proposta di ristrutturazione venga portata a conoscenza degli interessati mediante modalità uniformi e standardizzate³³;
- (iii) il contenuto della proposta sia a sua volta standardizzato e possa essere esclusivamente oggetto di approvazione o meno da parte dei portatori di strumenti finanziari (rectius, obbligazioni), senza possibilità alcuna per questi ultimi di modificarne il contenuto.

Il tema va, altresì, esaminato sotto il profilo della formazione della volontà dei possessori di obbligazioni. In merito alla convocazione dell'organo competente a deliberare l'emissione di strumenti finanziari da offrire in corrispettivo, la Consob ha tenuto a precisare che dall'applicazione della disciplina in materia di Opac all'operazione di ristrutturazione prospettata discendono altre due importanti conseguenze:

- 1) l'assemblea può tenersi solo previo rispetto dei presidi informativi previsti dall'ordinamento, e più precisamente previo nulla osta della Consob al documento redatto a norma dell'art. 102 del Tuf e destinato alla pubblicazione;
- 2) l'operazione (rectius, l'offerta pubblica di scambio) si perfeziona con lo svolgimento dell'assemblea, tenuto conto che è in sede assembleare che si assiste alla proposta dell'offerente e all'eventuale adesione alla stessa da parte degli obbligazionisti³⁴.

³¹ Sempre nel caso prospettato, la Consob ritenne che la "nuova scadenza" del prestito costituisca a tutti gli effetti una nuova proposta di investimento in sostituzione della precedente. Nel dettaglio, secondo la Commissione, «la proposta di prorogare il prestito per altri 4 anni comportava, pur non avendosi formalmente l'emissione di un nuovo strumento finanziario, una nuova offerta di investire nel gruppo (...), in sostituzione di quella cui gli investitori avevano aderito nel 2002: l'adesione alla nuova proposta comporta infatti per i bondholders la rinuncia alla restituzione, alla scadenza prevista, della somma originariamente versata; a fronte di tale rinuncia ai bondholders vengono riconosciute condizioni temporali ed economiche sensibilmente diverse da quelle pattuite nel 2002».

³² In tal senso v. F. Bruno e A. Rozzi, Dalla sollecitazione all'investimento all'offerta al pubblico di prodotti finanziari: una prima riflessione sul recepimento della Prospectus Directive nel mercato dei capitali italiani, in Giur. comm., 2008, 361. Per maggiori dettagli si rinvia al anche documento elaborato dallo Studio Legale Clifford Chance, Client briefing maggio 2009, Offerte pubbliche di scambio in Italia: un passo avanti?, disponibile sul sito <http://www.cliffordchance.com/home/default.aspx>

³³ Così Consob, Comunicazione n. DEM/4001931 del 13 gennaio 2004, cit. Si veda pure quanto precisato dalla Consob nella Comunicazione n. 3033091 del 20 maggio 2003 nonché nella Comunicazione n. 3021235 del 3 aprile 2003.

7. Le modifiche al regolamento emittenti.

La Consob ha incluso le norme relative ad operazioni di liability management nel quadro più ampio della promozione della parità di trattamento degli investitori italiani e di quelli dell'Unione Europea. Alla luce delle questioni emerse nell'esperienza applicativa della disciplina vigente nonché dell'analisi comparata degli ordinamenti dei principali Paesi in materia, la Consob, con comunicazione n. DEM/9034174 del 16 aprile 2009, ha ritenuto opportuno prevedere (compatibilmente con le norme del Tuf) misure di carattere generale al fine di favorire l'estensione anche all'Italia delle Opac aventi ad oggetto titoli obbligazionari e promosse contestualmente in più paesi dell'Unione Europea, con lo scopo dichiarato di promuovere la parità di trattamento degli investitori a livello europeo.

La Commissione, con successiva delibera n. 16893 del 14 maggio 2009, ha poi ravvisato la necessità di modificare e integrare gli artt. 37 e 40 del Reg. emittenti, al fine di codificare a livello di normativa secondaria il contenuto del dispositivo della citata comunicazione 9034174.

Nello specifico la Consob ha risolto il problema prevedendo:

- (i) che è possibile promuovere in Italia un'offerta di scambio, avente ad oggetto titoli obbligazionari, mediante la diffusione di documenti non redatti in base allo schema sub allegato 2A al Reg. emittenti;
- (ii) che in occasione di offerte di scambio transfrontaliere, aventi ad oggetto titoli obbligazionari con emissione di nuovi titoli, l'offerente potrà, per effetto di quanto affermato al punto precedente, utilizzare, in luogo del documento d'offerta redatto secondo lo schema 2A allegato al Regolamento emittenti, il prospetto redatto per l'offerta di scambio ai sensi della "Direttiva Prospetti", ovvero la traduzione della nota di sintesi dello stesso, debitamente approvata dall'Autorità competente del Paese d'origine;
- (iii) che, al fine di consentire agli investitori italiani di pervenire ad un fondato giudizio sull'offerta, la nota di sintesi ovvero il documento destinato alla circolazione dovrà contenere informazioni sulle modalità e i termini di adesione all'offerta in Italia, le modalità di pagamento del corrispettivo nonché il relativo trattamento fiscale, l'indicazione dei fattori di rischio che hanno rilevanza ai fini della decisione di disinvestimento, indicazioni di potenziali conflitti di interesse in capo ai soggetti coinvolti nell'operazione, nonché informazioni relative alla delibera di emissione degli strumenti finanziari offerti in scambio.

³⁴ Così ancora Consob, Comunicazione n. DEM/4001931 del 13 gennaio 2004, cit.

Nonostante l'introduzione di tali utili modifiche, il procedimento si rivela, tuttavia, più complesso rispetto alla procedura del "Passaporto comunitario" prevista dalla Direttiva Prospetti³⁵, posto che l'offerente sarà comunque chiamato a seguire lo svolgimento di un duplice iter: dovrà tenere sotto controllo il processo di approvazione pendente presso l'Autorità competente dello Stato Membro di origine e al contempo seguire l'evolversi della procedura di passporting con la Consob.

Non è difficile constatare che questa "doppia" procedura finisca, ancora una volta, per impattare negativamente sulla tempistica complessiva dell'operazione, sebbene la Consob abbia espresso la volontà di concedere l'approvazione entro un arco temporale che sia «compatibile con l'inizio del periodo di offerta nel resto d'Europa»³⁶.

Per giunta, vale la pena sottolineare che, ai sensi della legislazione attuale, vi sono una serie di ulteriori requisiti che, data l'assenza di una specifica esenzione al riguardo e in virtù di un'interpretazione restrittiva del dato letterale, potrebbero trovare applicazione anche utilizzando la nuova procedura. Nello specifico si fa riferimento all'obbligo di predisporre un modulo di adesione in italiano (tramite il quale gli obbligazionisti in Italia aderiscono all'offerta di scambio) ed un comunicato al mercato al momento del primo deposito formale della nota di sintesi tradotta presso la Consob (in cui sono, per l'appunto, riportate con un certo dettaglio le caratteristiche principali dell'operazione).

8. La nuova disciplina del "Decreto correttivo".

Con il D.Lgs. n. 146 del 2009 il legislatore è intervenuto per risolvere in modo sistematico, tale complessa problematica.

A ben vedere, le Opvc su obbligazioni e altri titoli di debito, sono state oggetto di un duplice intervento. In primo luogo, viene in rilievo la modifica di cui alla lett. b), comma 1, art. 1, del Decreto con la quale si inserisce all'art. 101-bis del Tuf il comma 3-bis diretto ad ampliare il potere regolamentare attribuito in materia alla Consob.

Più precisamente, in modo analogo a quanto già previsto per le Opvs, viene attribuito alla Commissione il potere di indicare, con regolamento, le ipotesi di inapplicabilità (totali o parziali) della disciplina delle Opvc «aventi ad oggetto prodotti finanziari diversi dai titoli» [come definiti

³⁵ È per tale ragione che si ritiene non del tutto corretto, dal punto di vista strettamente tecnico, parlare di "passaporto", dovendosi piuttosto parlare di procedimento autorizzativo.

³⁶ V. art. 40 del Reg. emittenti (sebbene la Consob possa, in determinate circostanze, acconsentire ad una durata inferiore). Le nuove disposizioni regolamentari prevedono, infatti, che il periodo minimo di offerta può essere ridotto a cinque giorni (in alternativa al minimo di 15 giorni ai sensi della legislazione vigente).

alla lett. a), comma 3, art. 1 del Tuf], ove ciò non contrasti con le finalità di cui all'art. 91 del Tuf (ossia «tutela degli investitori nonché efficienza e trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali»).

È opportuno precisare, a tal proposito, che ai sensi del comma 2 dell'art. 101-bis del Tuf, ai fini del presente Capo e dell'art. 123-bis del Tuf, per «titoli» si intendono gli strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto, anche limitatamente a specifici argomenti, nell'assemblea ordinaria o straordinaria.

Del pari, il comma 2 dell'art. 1 del D.Lgs. n. 146/2009 modifica l'art. 102 del Tuf (in materia di obblighi degli offerenti e poteri interdettivi) inserendovi il comma 4-bis con il quale si consente agli offerenti, limitatamente alle operazioni di scambio di obbligazioni o di altri titoli di debito e in relazione alle caratteristiche delle stesse, l'applicazione della disciplina relativa alle offerte pubbliche di vendita e sottoscrizione, in luogo della disciplina delle Opac³⁷.

In tale ipotesi, è previsto però che sia l'offerente a farne richiesta alla Consob che, entro quindici giorni, potrà decidere di accoglierla, dopo aver accertato che essa non contrasta con le richiamate finalità di protezione degli investitori enunciate all'art. 91 del Tuf.

Resta peraltro fermo il principio in forza del quale sarà possibile usufruire della suddetta procedura solo laddove le informazioni contenute nel prospetto siano sufficienti a soddisfare quanto richiesto dall'ordinamento dello Stato membro ospitante in relazione ad una operazione qualificabile come un'offerta pubblica di scambio.

9. Profili di incompatibilità delle soluzioni della prassi con il diritto italiano e con la “Direttiva Opa”.

L'intervento, prima della Consob e poi del legislatore, scaturisce da un'interpretazione della normativa nazionale in linea con lo scopo dettato dalle direttive comunitarie di riferimento, tese a favorire la circolazione dei capitali nell'Unione Europea eliminando gli ostacoli frapposti alla creazione di un mercato finanziario unico.

Secondo una pratica assai diffusa, il rischio di dover applicare più leggi alla medesima offerta viene ovviato dall'emittente introducendo nel documento d'offerta due tipi di restrizioni aventi ad oggetto rispettivamente:

- a) una restrizione del novero degli oblati;
- b) limitazioni alla diffusione del documento d'offerta.

³⁷ Si veda, di recente, Consob, Comunicazione n. DEM/11006582 del 31-1-2011, disponibile sul sito www.consob.it.

Mentre la prima restrizione si limita ad escludere i residenti, la seconda interessa i mercati di quei Paesi con pretese di applicazione tendenzialmente universalistica della disciplina interna dell'Opa³⁸.

Tuttavia, la volontà di imporre, per determinate fattispecie, la normale procedura di autorizzazione del documento d'offerta sulla base della normativa nazionale [in virtù di quanto previsto dal combinato disposto di cui agli artt. 1, comma 1, lett. v), del Tuf, e 33, comma 1, lett. a), del Regolamento emittenti] può risultare in contrasto con un'«interpretazione conforme» alla «Direttiva Prospetti»³⁹.

Per giunta, la negazione del principio del reciproco riconoscimento⁴⁰ dell'attività di vigilanza già svolta da un'altra authority aggrava il procedimento d'offerta, e non risulta, in ogni caso, giustificata alla luce dei principi di diritto comunitario, come interpretati da una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia europea.

Peraltro, le regole di trasparenza informativa dettate dalla «Direttiva Prospetti» e apertis verbis «rivalutate» dalla Consob, devono ritenersi idonee al perseguimento delle finalità di tutela proprie, sul piano degli obblighi informativi, anche della disciplina italiana in materia di offerte pubbliche d'acquisto.

L'intervento della Commissione, in particolare, poggia sull'assunto in forza del quale la disciplina italiana sull'offerta al pubblico deve applicarsi alle offerte «localizzate» sul territorio italiano, ossia «rivolte a soggetti residenti o domiciliati in Italia», e non solo limitatamente a quelle aventi ad oggetto titoli quotati in Italia⁴¹.

A supporto di tali affermazioni, la stessa Commissione porta due ordini di argomentazioni. In primo luogo, chiarisce che il difetto di predisposizione della documentazione relativa all'offerta pubblica in conformità con quanto prescritto dagli articoli 101-bis e ss. del Tuf implica esclusivamente che l'offerente non possa svolgere alcuna attività promozionale e/o di carattere informativo in Italia.

³⁸ Come dimostrano i casi di esclusione riguardanti l'Italia, assume altresì rilievo la possibilità di ricorrere congiuntamente all'impiego di entrambe le soluzioni. In simili circostanze, infatti, la limitazione alla diffusione può «mascherare» una restrizione del novero degli oblati laddove l'offerente si rifiuti di acquistare titoli da residenti nei Paesi già esclusi per via del ricorso alla condizione sub b). Sul punto v. F.M. Mucciarelli, *Problemi aperti in tema di offerte pubbliche d'acquisto transfrontaliere*, cit., 393.

³⁹ Un interessante precedente è costituito dal caso MAN/Scania. A tal proposito si veda Consob, Comunicazione DEM/6091712 del 15 novembre 2006.

⁴⁰ Su tale Principio è stato costruito il mercato interno comunitario, che affonda le sue origini nel dettato del Trattato CE e della giurisprudenza della Corte di Giustizia sin dal caso «Cassis de Dijon» (v. Corte di Giustizia, causa 120/78 del 20 febbraio 1979).

⁴¹ Sull'ambito di applicazione del diritto italiano si veda, sia pure implicitamente, Consob, Comunicazione n. DEM/4001931 del 13 gennaio 2004, cit.

In secondo luogo, sottolinea che la mancata accettazione da parte dell'offerente delle adesioni provenienti da soggetti residenti in Italia non trova alcun fondamento in disposizioni normative o regolamentari italiane⁴².

Le considerazioni formulate dalla Consob sembrano svalutare in radice ogni questione sulla libertà di scelta da parte dell'offerente del proprio contraente, che all'evidenza non si pone neppure quando elusivo paradigma della riflessione sia una manifestazione di volontà deliberatamente orientata in *incertam personam*⁴³.

Il destinatario dell'offerta non è, nel caso di specie, un soggetto indeterminato ed identificabile solo nel momento in cui verrà a trovarsi nella situazione richiesta o compirà l'azione voluta, ma è già riconoscibile ed identificabile, in quanto titolare degli strumenti finanziari che l'offerente intende acquistare e, quindi, ricoprente una qualifica soggettiva preesistente alla formulazione dell'offerta stessa⁴⁴.

A corollario delle suesposte motivazioni, una terza argomentazione si rinviene nella stessa normativa secondaria. Sebbene, infatti, la "Direttiva Opa" non preveda tra i criteri quello del numero di residenti coinvolti, il diritto italiano si applica se almeno cento proprietari dei titoli oggetto dell'offerta sono residenti in Italia, indipendentemente dal Paese della società emittente o dal luogo di quotazione⁴⁵.

Il legislatore, specificando che per aversi un'Opa l'offerta debba essere rivolta ad un numero di soggetti superiore a quello fissato dalla Consob e per un ammontare complessivo superiore a quello stabilito sempre con regolamento, sembra voler delimitare l'ambito di applicazione della disciplina de qua ai casi in cui l'offerta sia fatta nei confronti di un insieme di soggetti, individuato con riferimento a predeterminate soglie quantitative.

Il criterio accolto in sede legislativa prescinde, pertanto, dalla nazionalità dell'emittente, dal mercato di eventuale quotazione dei titoli e dal luogo in cui la volontà dell'offerente si è manifestata.

La ratio di tale disciplina porta così a ritenere che – allorché l'offerta sia indirizzata a soggetti, domiciliati, residenti od altrimenti attivi in Italia – il pubblico che si vuole tutelare, soprattutto attraverso gli obblighi di informativa e di parità di trattamento, sia quello italiano lato sensu inteso.

⁴² La mancata sollecitazione dell'offerta in Italia – come specificato dalla Consob – non impedisce ai residenti in Italia «di cedere spontaneamente le loro azioni al soggetto offerente, senza che possa così ritenersi che l'offerente abbia violato la normativa italiana».

⁴³ Risulta a tal fine sufficientemente chiara la rilevanza che assume lo strumento applicativo suggerito dal dato normativo di cui alla lett. f) dell'art. 33 del Reg. emittenti.

⁴⁴ Cfr. L. Enriques, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori*, Bologna, 2002, 15 ss.

⁴⁵ In tal senso v. F.M. Mucciarelli, *L'attuazione della direttiva opa nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 456; Id., *Problemi aperti in tema di offerte pubbliche d'acquisto transfrontaliere*, cit., 5.

Si noti, a tal riguardo, che le regole di trasparenza e di correttezza di cui agli artt. 102 e 103 Tuf, si impongono a tutte le offerte che, promosse dall'estero, sollecitano adesioni dall'Italia in numero così cospicuo da alimentarvi un mercato, ossia una serie di contratti omogenei. È infatti proprio sull'esistenza di un mercato che si fonda la disciplina italiana delle offerte pubbliche di acquisizione⁴⁶.

Da tali osservazioni, non può che discendere l'ulteriore considerazione che le disposizioni in esame debbano trovare applicazione per il semplice fatto che l'atto in rilievo incida sul mercato italiano dei capitali e, quindi, su soggetti che al suo interno investono i propri risparmi (non solo, quindi, in caso di titoli quotati o diffusi in Italia, ma soprattutto in caso di investitori ivi localizzati).

Sul piano applicativo, riavvolgendo le fila di questo articolato discorso, sembra lecito sostenere che colui che non risulta esser stato eletto destinatario delle suddette proposte, solo in ragione del fatto di essere un investitore residente in Italia, possa legittimamente riscontrare per accettazione quelle offerte "soggettivamente indirizzate", reclamando a buon diritto l'avvenuta conclusione del contratto⁴⁷.

D'altro canto, pur ragionando a contrario, ad identiche conclusioni si può giungere muovendo dalla considerazione che la destinazione al pubblico dell'offerta non viene meno per il fatto che essa sia diretta non ad una pluralità indifferenziata di soggetti fungibili ma a persone individuabili in funzione di una specifica qualificazione atta a distinguerle nell'ambito della generalità dei risparmiatori⁴⁸. Sicché, anche rispetto a destinatari individuabili a priori, un'offerta si qualifica come rivolta al pubblico quando l'effettiva individuazione sia concretamente possibile soltanto a posteriori, a seguito di verifica e riscontro della qualità e condizione specificante presupposta a priori⁴⁹.

⁴⁶ In senso conforme v. M.V. Benedettelli, "Corporate governance", mercati finanziari e diritto internazionale privato, cit., 716. Parimenti, come osserva T. Ballarino, La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica, cit., 150, di applicazione necessaria risulta essere anche il disposto relativo all'irrevocabilità dell'offerta.

⁴⁷ Secondo R. Weigmann, Offerte pubbliche di acquisto: tipologie e disciplina, in Atti dell'Incontro di Studio sul tema "Il mercato dei valori mobiliari tra regole e controlli", Roma 27-29 maggio 2002, datt., 6, «il mercato può sussistere in Italia anche quando i contratti si perfezionano con l'arrivo delle accettazioni al domicilio del proponente».

⁴⁸ Sul punto v. Trib. Milano, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/260.htm>. Secondo un orientamento "formalistico" un'offerta è pubblica quanto è diretta a più di 200 persone, come indicato dall'art. 33 del Regolamento emittenti. In virtù di un orientamento "sostanzialistico" un'offerta può, invece, essere qualificata "pubblica" se è ad incertam personam, con la conseguenza che un'offerta diretta a più di 200 persone non sarebbe un'offerta "pubblica" e quindi non costituirebbe sollecitazione all'investimento quando i destinatari sono determinati.

⁴⁹ Sul punto cfr. Consob, Comunicazione n. 3033091 del 20 maggio 2003, cit.; e Comunicazione n. 3021235 del 3 aprile 2003, cit. Per ulteriori spunti critici sull'argomento si rinvia a R. Costi e L. Enriques, Il mercato mobiliare, Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, vol. VIII, Padova, 2004, 59 s.

9.1. La salvaguardia del principio di “parità di trattamento” per investitori italiani ed esteri e del “need of protection”.

Per formulare un primo quanto cauto giudizio sull’efficacia del tentativo di “alleggerimento” del regime delle offerte di scambio è opportuno considerare le ragioni sottese alle modifiche apportate al Regolamento emittenti dalla Consob con la citata delibera n. 16893 del 14 maggio 2009 e successivamente dal legislatore.

È d’obbligo premettere che procedimento e fattispecie sono due modi di considerare la stessa realtà, per risolvere problemi diversi alla stregua degli strumenti concettuali più appropriati. Tale assunto serve a precisare che la soluzione prescelta dalla Commissione è risultata essere, in una situazione di estrema urgenza, il modo più idoneo di approcciare una nuova disciplina. Ecco perché l’intervento correttivo e/o integrativo della Commissione non necessiterebbe, ad un rapido esame, di particolari giustificazioni formali e sostanziali, esprimendo la sua rilevanza, in ultima istanza, solo se e in quanto possa dimostrarsi foriero di risultati.

Come è noto, gli artt. 102-103 del Tuf, contengono regole corrispondenti a quelle degli artt. 94-101, ma adattate alla materia delle sollecitazioni al disinvestimento ed ispirate ai principi di trasparenza ed equo trattamento⁵⁰.

Uno dei punti qualificanti della nuova disciplina resta il rafforzamento della protezione degli investitori: in tal guisa, viene posta specifica attenzione all’aspetto informativo ed in particolare al contenuto e alle modalità con cui l’informazione stessa viene diffusa, allo scopo di assicurare la massima trasparenza possibile e raggiungere la parità informativa tra le controparti.

È opinione condivisa, infatti, che le regole di trasparenza informativa dettate dalla Direttiva Prospetti debbano ritenersi idonee al perseguimento delle finalità di tutela proprie, sul piano degli obblighi informativi, anche della disciplina italiana in materia di offerte pubbliche d’acquisto.

L’esame della normativa in oggetto postula, invero, una nozione allargata del need of protection, la cui soddisfazione passa, per l’appunto, non solo attraverso l’applicazione delle norme in tema di trasparenza, ma anche di ogni altra disposizione finalizzata a regolare secondo

⁵⁰ Gli artt. 102-103 del Tuf contengono regole ritenute a carattere generale, poiché applicabili a qualsiasi forma di offerta, sia essa volontaria od obbligatoria, che riguardi titoli quotati in mercati regolamentati italiani o non quotati. Per questo motivo tali disposizioni finiscono con il costituire una sorta di statuto generale delle offerte pubbliche che, nella normativa previgente, doveva ricavarsi dalla lettura congiunta di quanto specificamente disposto, per i titoli quotati, dalla legge n. 149/1992 e, per i titoli non quotati, dall’art. 18, legge n. 216/1974 e successive modificazioni, in materia di sollecitazioni al pubblico risparmio.

principi di efficienza lo svolgimento delle procedure di appello al pubblico risparmio. Il tutto nella prospettiva ultima di un'accresciuta (o perlomeno salvaguardata) tutela degli investitori⁵¹.

Secondo il principio del need of protection la disciplina del mercato mobiliare deve giungere fino al punto in cui gli strumenti da essa proposti (prospetto/documento informativo e controllo Consob) risultino ancora di utilità agli investitori. Essa, dunque, non dovrebbe spingersi fino a coprire situazioni nelle quali gli investitori siano già adeguatamente informati.

Nel procedimento dell'Opa, il documento informativo presenta caratteristiche parzialmente diverse dal prospetto, in quanto l'esigenza di tutela del pubblico è ritenuta dal legislatore di grado inferiore rispetto a quanto si verifica nell'altra tipologia di appello al pubblico risparmio.

Ciononostante, la distinzione tra prospetto informativo e documento d'offerta non va neppure enfatizzata, dato che, sotto l'aspetto funzionale, si rinvencono tra i due non pochi elementi comuni. Entrambi sono diretti a consentire l'assunzione di decisioni consapevoli di investimento e, sotto questo profilo, poco importa che l'investimento avvenga in nuovi valori offerti in scambio oppure in valori oggetto di un'offerta al pubblico: le informazioni necessarie nell'uno e nell'altro caso sono sostanzialmente le medesime, fatta eccezione per quelle afferenti ad aspetti specifici della sottoscrizione/vendita o dell'acquisto/scambio⁵².

La funzione della disciplina speciale del Tuf relativa all'offerta al pubblico (e alla quotazione in un mercato regolamentato) e del prospetto informativo in particolare, è quella di garantire un grado di trasparenza che assicuri il rispetto del principio di "buona fede" nella conclusione delle suddette negoziazioni. Del pari, il documento informativo serve ad imporre, al sollecitatore del pubblico risparmio, il dovere di soddisfare un obbligo di informazione che già esiste nell'ordinamento in quanto discendente dal generale dovere di comportamento secondo correttezza e buona fede.

Un ulteriore, ma non per questo secondario, filone di indagine va incentrato sul principio di parità di trattamento tra i destinatari della relativa procedura, senza per questo trascurare, su un piano più ampio, il riferimento alle altre disposizioni di cui all'art. 95 del Tuf.

D'altro canto, la stessa "Direttiva Opa" detta i principi generali che gli Stati membri sono chiamati a rispettare, partendo dalla necessità di assicurare parità di trattamento tra tutti i

⁵¹ In tal senso cfr. R. Rordorf, Sollecitazione all'investimento: poteri della Consob e tutela degli investitori, in Foro it., 2001, 5, 270.

⁵² Analizzando i due fenomeni, la distinzione ha una giustificazione soprattutto empirica oltre ad essere sancita anche a livello di normativa comunitaria. Sul punto cfr. R. Costi, Il mercato mobiliare, Torino, 2006, 48. L'Autore rileva altresì che «di questa pericolosità per il risparmiatore il Testo Unico tiene conto prevedendo, per la sollecitazione all'investimento, controlli più stringenti per l'offerente». La dottrina ha correttamente evidenziato come le due specie di appello al pubblico risparmio hanno un contenuto economico diverso. Delle due categorie d'offerta la prima presenta un grado di "pericolosità" per il pubblico dei risparmiatori maggiore della seconda, perché il risparmiatore trasferisce un valore certo (la somma di danaro) in cambio di un prodotto finanziario di valore non altrettanto certo; nel secondo caso il risparmiatore riceve una prestazione certa (la somma di danaro) in cambio di un prodotto finanziario di più incerto valore (offerta di acquisto) o quanto meno opera uno scambio fra i beni di valore non certo (offerta di scambio).

possessori di titoli della società emittente (c.d. equal opportunity rule)⁵³. Si tratta di un principio cardine, poiché le legislazioni e le Autorità nazionali possono prevedere deroghe alle norme comunitarie, ma solo rispettando i principi dell'art. 3, tra cui si trova, per l'appunto, enunciata la parità di trattamento⁵⁴.

L'enunciazione del suddetto principio nel diritto italiano è, tuttavia, leggermente diversa, giacché l'art. 103, comma 1, Tuf, impone di rivolgere l'offerta «a parità di condizioni a tutti i titolari dei prodotti finanziari che ne formano oggetto». La differenza può considerarsi solo apparente, atteso che, nella versione italiana, per “prodotti finanziari” si devono intendere tutti i prodotti finanziari di una certa classe individuata in astratto. È dunque la classe di prodotti finanziari ad essere “oggetto” dell'Opa, di modo che la parità deve riguardare tutti i titolari del prodotto in questione, senza che l'offerente possa preliminarmente escludere alcuni di essi⁵⁵.

Ne consegue, in ultima analisi, che l'unica discriminazione ammessa è tra prodotti finanziari, potendo l'offerente:

- a) proporre l'Opa per una categoria e non per tutte; oppure
- b) trattare diversamente i proprietari di prodotti finanziari diversi, sulla base delle differenze intrinseche dei prodotti stessi⁵⁶.

10. Le recenti modifiche regolamentari proposte dalla Consob in materia di Opasc.

A distanza di poco più di un anno, considerata la complessità delle modifiche legislative intervenute e il carattere fortemente innovativo di alcune di esse, la Consob ha ritenuto

⁵³ Art. 3, paragrafo 1, lett. a), Direttiva Opa.

⁵⁴ Art. 4, paragrafo 5, sec. per., Direttiva Opa.

⁵⁵ Cfr. F.M. Mucciarelli, Cross-border tender offers, the exclusion of certain shareholders and the principle of equal treatment, in *Uniform law review*, 2009, 165 ss. Per giunta, alla stregua delle considerazioni sin'ora svolte, ove l'offerta di scambio sia proposta in relazione a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato della UE e l'emittente abbia scelto l'Italia come proprio Stato membro di origine, il tentativo di escludere gli obbligazionisti italiani dall'offerta di scambio deve essere considerato, ai fini della Direttiva 2004/109/CE (c.d. “Direttiva Trasparenza”), come lesivo del principio della parità di trattamento anche ai sensi dell'art. 92 del Tuf. Tale articolo, che riflette il disposto dell'art. 18 della Direttiva Trasparenza, è stato infatti redatto in modo da coprire un ambito significativamente più ampio di quello previsto dalla disciplina comunitaria.

⁵⁶ Così F.M. Mucciarelli, Problemi aperti in tema di offerte pubbliche d'acquisto transfrontaliere, cit., 392, il quale sottolinea che «l'esclusione di categorie di proprietari del titolo oggetto dell'Opa in funzione della residenza può essere giustificata solo sulla base di principi generali di equità, come il principio ad impossibilia nemo tenetur o la “natura delle cose”»; sul punto cfr. pure M. Lamandini, Commento all'art. 103, in G.F. Campobasso (a cura di), cit., 880 ss.; F. Cannella, Commento all'art. 103, in P.G. Marchetti e A. Bianchi (a cura di), cit., 226 ss.; S. Gatti, Opa e struttura del mercato del controllo societario, Milano, 2004, 229; M. Tola, Opa e tutela delle minoranze, Napoli, 2008, 88 ss.

opportuno proporre una revisione complessiva del titolo II, parte II, del Regolamento emittenti, concernente la regolamentazione delle Opa⁵⁷.

Specifiche misure vengono dedicate alla nuova disciplina delle offerte pubbliche di scambio aventi ad oggetto titoli di debito. In particolare, in seguito all'introduzione del comma 4-bis dell'art. 102 Tuf, la Consob prevede la sostituzione delle disposizioni attualmente contenute nell'art. 37, commi 1-bis, 1-ter e 1-quater⁵⁸, con un nuovo art. 35-ter ove viene ridefinita nel dettaglio la procedura da seguire per richiedere l'applicazione della disciplina delle Opvs alle Opvc aventi ad oggetto titoli di debito.

Non muta la ratio sottostante le nuove disposizioni regolamentari: uniformare la disciplina italiana a quella di altri Paesi Ue, consentendo così agli offerenti di fruire del c.d. "passaporto europeo" del prospetto. Tuttavia, la Consob ritiene che per effetto delle modifiche proposte sarà più agevole contemperare «l'esigenza di riduzione degli oneri con quella di rendere comunque adeguata la tutela informativa agli investitori».

L'applicazione della disciplina delle Opvs alle operazioni in esame non è automatica, ma richiede un'istruttoria da parte dell'Autorità di vigilanza al fine di verificare il rispetto delle finalità di cui all'art. 91 del Tuf.

La nuova procedura prevede che l'offerente inoltri alla Consob un'apposita richiesta, nella quale dovranno essere illustrate le caratteristiche dell'operazione e indicate le norme della disciplina sull'Opa la cui applicazione non si ritiene compatibile con la prevista struttura dell'offerta. Con riferimento a quest'ultimo aspetto si evidenzia che le disposizioni del Tuf introdotte dal Decreto correttivo, con la formulazione dell'inciso «anche in deroga alle disposizioni del presente Capo», consentono una disapplicazione selettiva delle norme previste in materia di Opa, da valutarsi caso per caso, e non, come invece si era auspicato in forza di un'interpretazione estensiva del dato letterale, una deroga in blocco dell'intera disciplina dell'Opa.

Si precisa, inoltre, che nell'ipotesi di Opvc svolte contestualmente in più Stati membri dell'Ue, l'offerente potrà utilizzare, in luogo del documento d'offerta, il prospetto approvato dall'Autorità competente dello Stato membro di origine, conformemente alla "Direttiva Prospetti". In tal caso, alla suddetta richiesta da inviare alla Consob, sarà allegata la bozza di prospetto e una nota di sintesi integrata con alcune informazioni (esplicitamente indicate nel comma 2) che ricalcano sostanzialmente quelle contenute nel vigente comma 1-ter dell'art. 37 del Regolamento emittenti [è stata soltanto modificata la lett. e) nel senso di richiedere, oltre agli «elementi

⁵⁷ Si veda Consob, Comunicato stampa del 6 ottobre 2010. Si segnala, inoltre, che sul sito dell'Autorità (www.consob.it) sono disponibili un Executive summary, il testo integrale delle modifiche proposte al Regolamento emittenti e i relativi allegati.

⁵⁸ Modifiche che, come si è ampiamente commentato, sono state introdotte con la delibera Consob del 14 maggio 2009 n. 16893, che ha codificato il contenuto della citata comunicazione Consob DEM/9034174.

essenziali della delibera di emissione degli strumenti finanziari offerti in scambio» anche informazioni relative al rapporto di scambio], al fine di consentire ai destinatari dell’offerta di pervenire a scelte consapevoli di investimento.

Pur apprezzando l’intento semplificativo della emanata disciplina, vale la pena osservare che una simile procedura potrebbe non essere utilizzabile laddove l’emissione dei bond offerti in scambio avvenga sulla base di “final terms” relativi ad un EMTN (Euro Medium Term Note) programme precedentemente approvato dall’Autorità di uno Stato membro e “passaportato” in Italia. In tali casi, infatti: i) non sarebbe possibile integrare la nota di sintesi, in quanto il prospetto, di cui la stessa fa parte, è stato già approvato, per altri fini, all’estero; ii) la disciplina comunitaria in tema di prospetti non prevede l’approvazione delle condizioni definitive da parte dell’Autorità. L’offerente non avrebbe quindi la possibilità di beneficiare della semplificazione proposta nel documento di consultazione.

Per ovviare a tale inconveniente, si potrebbe consentire all’offerente di fornire le informazioni supplementari relative all’offerta di scambio in un ulteriore documento, ovvero in un’apposita sezione del c.d. exchange offer memorandum, allegando tale documentazione alla richiesta motivata, unitamente al prospetto di base ed alle condizioni definitive, e consentendo in tal guisa alla Consob di verificare che le informazioni consentano ai destinatari dell’offerta di pervenire a scelte consapevoli di investimento⁵⁹.

Quanto al regime linguistico, resta confermata (al pari di quanto attualmente previsto al comma 1-quater dell’art. 37), l’applicabilità della disciplina già prevista dall’art. 12, comma 3, del Regolamento emittenti per il prospetto di offerta al pubblico.

10.1. (Segue): il riconoscimento in Italia dei documenti di offerta approvati all’estero.

Nell’articolato disegno riformatore proposto dalla Commissione, l’obiettivo di ridurre i costi di compliance in capo agli operatori nei casi di offerte pubbliche transfrontaliere, verrebbe, inoltre,

⁵⁹ In questi termini v. ABI, Osservazioni al documento di consultazione Consob “Revisione della regolamentazione in materia di Offerte Pubbliche di Acquisto e Scambio”; 17 novembre 2010, 6, disponibile sul sito www.consob.it; nonché Clifford Change Studio Legale, Osservazioni al documento di consultazione Consob del 6 ottobre 2010 in merito alla “Revisione della regolamentazione in materia di Offerte Pubbliche di Acquisto e Scambio ai fini del recepimento della Direttiva 2004/25/CE”; 15 novembre 2010, 10, disponibile sul sito www.consob.it. A tal riguardo non varrebbe l’obiezione per cui l’Exchange Offering Memorandum non è documento approvato da alcuna Autorità di vigilanza. L’art. 35-ter ha infatti previsto una procedura automatica, in cui la Consob è chiamata in ogni caso ad esprimersi sulla sufficienza delle informazioni inserite nella nota di sintesi. Tale valutazione potrebbe, dunque, essere compiuta dalla Consob anche su un documento non approvato da altra Autorità di controllo.

garantito attraverso l'introduzione di altre interessanti modifiche al regolamento emittenti che, per completezza, si ritiene utile brevemente illustrare in questa sede.

Con l'introduzione del nuovo art. 38-bis viene esercitata la delega contenuta nell'art. 103, comma 4, lett. e), Tuf, che attribuisce alla Consob il compito di regolamentare il riconoscimento delle offerte transfrontaliere con dimensione comunitaria, disciplinate all'art. 6, paragrafo 2, seconda parte della "Direttiva Opa".

È bene precisare che la proposta regolamentare è tesa ad ampliare il perimetro applicativo della disciplina del riconoscimento rispetto alle previsioni comunitarie. Più precisamente, le disposizioni regolamentari prevedono che il meccanismo del riconoscimento ricomprenda tutte le offerte, approvate dalle Autorità degli Stati membri, che siano conformi al citato art. 6 della "Direttiva Opa" e non sia circoscritto alle sole offerte aventi ad oggetto i titoli ammessi alla negoziazione nei mercati regolamentati italiani (comma 6). Ne consegue, peraltro, che la procedura sia stata concepita come un riconoscimento automatico del documento di offerta approvato dall'Autorità di vigilanza dello Stato membro, previo invio alla Consob dello stesso unitamente al relativo provvedimento di approvazione.

In merito al regime linguistico, il secondo comma dell'articolo in esame prevede, in luogo della traduzione integrale del documento di offerta in lingua italiana, una procedura di riconoscimento semplificata e meno onerosa nel caso in cui il documento sia redatto in una lingua comunemente utilizzata nel mondo della finanza internazionale. In tale ipotesi è richiesta la traduzione in lingua italiana solo delle parti del documento che potrebbero presentare maggiori profili di criticità, quali le sezioni relative agli elementi essenziali dell'offerta, come indicati, dall'art. 6, comma 3, della "Direttiva" Opa, nonché alle avvertenze e/o eventuali fattori di rischio connessi all'operazione.

Il comma 4 dell'art. 38-bis prevede che il documento d'offerta e l'eventuale "nota" possano essere pubblicati decorsi cinque giorni dalla data ricezione degli stessi da parte della Consob. Si è ritenuto utile assoggettare l'offerente, al più tardi entro la data di pubblicazione del documento di offerta, all'obbligo di diffusione di un comunicato, in lingua italiana, recante gli elementi

informativi contenuti nell'art. 37. Ciò al fine di consentire ai potenziali aderenti all'offerta di disporre tempestivamente (al pari di quanto accade per le offerte nazionali) dei termini essenziali della stessa.

La Consob richiede, infine, la diffusione in Italia del comunicato dell'emittente, ove redatto, tradotto in lingua italiana. Qualora sia redatto in una lingua accettata dalla finanza

internazionale si è ritenuto di consentirne la diffusione unitamente ad una traduzione in lingua italiana solo delle parti relative alla valutazione dell'offerta e alla congruità del corrispettivo.

Con il nuovo art. 38-ter del Regolamento emittenti la Commissione intende dare attuazione alla delega contenuta nell'art. 103, comma 4, lett. e), Tuf, che attribuisce all'Autorità di vigilanza il potere di disciplinare il riconoscimento dei documenti di offerta approvati da autorità di vigilanza di Stati extracomunitari, con le quali siano in vigore accordi di cooperazione.

In tale ambito l'accento va posto sulle disomogeneità presenti negli ordinamenti extracomunitari in materia di offerte pubbliche, che impediscono di adottare una procedura di riconoscimento automatica dei relativi documenti. Da qui l'esigenza di prevedere una disciplina ad hoc. Il primo comma dell'art. 38-ter dispone, pertanto, che il riconoscimento sia consentito a condizione che:

- i) il documento d'offerta contenga almeno le informazioni concernenti gli elementi essenziali dell'offerta come indicati dalla "Direttiva Opa" (in quanto compatibili);
- ii) gli strumenti finanziari oggetto di offerta siano ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato del medesimo Stato extracomunitario.

Altro elemento di intralcio può essere rappresentato dalla lingua utilizzabile per la diffusione del documento di offerta destinato ai soggetti italiani. In tal caso, la soluzione proposta prevede sic et simpliciter l'applicazione dei medesimi criteri previsti nell'art. 38-bis (ossia traduzione integrale del documento in lingua italiana, salvo il caso in cui esso sia redatto in una lingua comunemente utilizzata nel mondo della finanza internazionale).

Quanto all'attività istruttoria svolta dalla Consob, questa si sostanzia in un giudizio di equivalenza tra le informazioni contenute nel documento di offerta estero e le informazioni richieste dall'art. 6, paragrafo 3, della "Direttiva Opa" (in quanto compatibili), fermo restando il potere di richiedere informazioni specifiche sull'offerta in Italia.

Sulle questioni legate al timing dell'offerta, la pubblicazione dei relativi documenti è consentita decorsi 10 giorni dalla data di ricezione degli stessi da parte della Consob ovvero 5 giorni, ove la Commissione lo accordi tenuto conto delle caratteristiche dell'offerta. Al più tardi entro la data di pubblicazione, l'offerente è altresì tenuto alla diffusione di un comunicato, in lingua italiana, recante gli elementi di cui all'art. 37. La ratio di tale previsione risponde all'esigenza di consentire agli oblati, analogamente a quanto accade per le offerte domestiche, di disporre tempestivamente di un'informativa completa in merito all'operazione.

Con riferimento, infine, al comunicato dell'emittente, ove esso sia stato predisposto, è previsto che venga reso noto al mercato, una volta tradotto in lingua italiana. Analogamente a quanto previsto nel comma 5 dell'art. 38-bis, qualora sia redatto in una lingua accettata dalla finanza

internazionale, si consente la diffusione del comunicato unitamente ad una traduzione in lingua italiana delle parti relative alla valutazione dell'offerta e alla congruità del corrispettivo.

11. Osservazioni conclusive.

L'indagine svolta ha posto in evidenza le problematiche e le incertezze che sul piano normativo contraddistinguono operazioni di ristrutturazione del debito, quando comportano il lancio di un'offerta pubblica di scambio transnazionale⁶⁰.

Le novità decodificate dal legislatore italiano hanno l'obiettivo di semplificare il quadro normativo in materia, prevedendo che per le operazioni di scambio di titoli di debito possa essere sufficiente, previa valutazione della Consob, la sola predisposizione del prospetto di offerta relativo agli strumenti finanziari offerti in scambio.

Tuttavia, a tale peculiare impronta normativa non risulta improprio ricollegare, come si è cercato in più occasioni di rimarcare, differenziate conseguenze applicative. Invero, la soluzione proposta dal legislatore appare complessa e può quindi generare non pochi problemi agli operatori in termini di prevedibilità e certezza del diritto applicabile alle operazioni in oggetto.

Rilevano innanzitutto gli ampi margini di discrezionalità riconosciuti dal legislatore alla Consob, in particolare laddove si permette all'Autorità di vigilanza di:

- 1) individuare, in via generale ed astratta, i casi di inapplicabilità totale o parziale della disciplina delle Opasc limitatamente a quelle che hanno ad oggetto prodotti finanziari diversi dai titoli (art. 101-bis, comma 3-bis, Tuf);
- 2) nonché assoggettare, in casi concreti e specifici, le Opasc alla disciplina delle offerte al pubblico di vendita o sottoscrizione su specifica richiesta dell'offerente, limitatamente alle offerte di scambio che abbiano ad oggetto obbligazioni e altri titoli di debito (art. 102, comma 4-bis, Tuf).

Non trascurabili elementi di perplessità si rinvencono, in particolare, con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione del regime di passporting. D'altra parte, nonostante l'intervento correttivo, la disciplina italiana delle offerte di scambio resta peculiare, poiché non se ne prevede un allineamento integrale a quella sull'offerta al pubblico di vendita e di sottoscrizione.

⁶⁰ Cfr. M.V. Benedetelli, Connecting factors, principles of coordination between conflict systems, criteria of applicability: three different notions for a "European Community private international law"; in *Dir. un. eur.*, 2005, 421 ss

Il D.Lgs. n. 146/2009 non è infatti intervenuto sulla definizione di “offerta pubblica di acquisto e di scambio” prevista dall’art. 1, comma 1, lett. v) del Tuf, che delinea anche le ipotesi di esenzione dall’applicazione della disciplina dell’offerta pubblica.

È di tutta evidenza come tali casi di esonero non coincidano con quelli prescritti per l’esenzione dall’applicazione della disciplina sull’offerta al pubblico di vendita e sottoscrizione previsti, in attuazione della “Direttiva Prospetti”, dal citato art. 100 del Tuf⁶¹.

In secondo luogo, si osserva che la nuova procedura è percorribile solo ove l’offerente proponga di effettuare un’offerta pubblica di scambio in più di uno Stato membro della UE (vale a dire non solo in Italia) e abbia, a tal fine, pubblicato un prospetto in conformità alla Direttiva 2003/71/CE. Molte offerte di scambio nell’ambito delle diverse giurisdizioni dell’Unione Europea sono esenti dalla Direttiva Prospetti, dato che comportano l’emissione di nuovi titoli con valore nominale unitario di almeno 50.000 e, pertanto, non richiedono la pubblicazione di alcun prospetto in conformità alla Direttiva 2003/71/CE ai fini dell’offerta⁶².

In merito, si è dell’idea che sarebbe stata soluzione più saggia quella di estendere anche al documento di offerta i medesimi casi di inapplicabilità degli obblighi di pubblicazione del prospetto di cui all’art. 3 della Direttiva 2003/71/CE, di fatto rendendo più coerenti le nozioni di “pubblicità” proprie delle Opvs e delle Opasc⁶³, circoscrivendo nel contempo la disciplina dell’Opasc alle sole offerte su titoli strumentali all’acquisizione del controllo di una società quotata, conformemente a quanto peraltro previsto dalla “Direttiva Opa”.

⁶¹ Cfr. Allen & Overy, Alert, Recent developments, offerte transfrontaliere della Consob, 20 aprile 2009. La disciplina “derogatoria” delle offerte pubbliche di scambio aventi ad oggetto obbligazioni trova applicazione a condizione che:

(i) sia rivolta a più di 100 persone in Italia; o

(ii) abbia ad oggetto strumenti finanziari il cui corrispettivo totale sia non inferiore a €2.500.000, da calcolarsi su un periodo di 12 mesi qualora vi sia più di un’operazione proposta dallo stesso offerente e riferita agli stessi titoli.

Volendo formulare alcune brevi riflessioni, in primo luogo, si osserva che il riferimento a 100 persone non si rapporta al numero di coloro che effettivamente aderiranno all’offerta, quanto piuttosto alla platea di soggetti ai quali è indirizzata la stessa in Italia. Tale assunto, per quanto ovvio risulti, comporta che, ai fini dell’esenzione dall’obbligo di offerta, sia necessario verificare ex ante se in Italia vi siano meno di 100 portatori degli strumenti finanziari oggetto dell’Opasc.

In secondo luogo, il richiamo a 100 persone è interpretato come riferito ai titolari effettivi dei titoli, e non ai cosiddetti accountholders (vale a dire le banche e le altre istituzioni che “detengono” i titoli per conto dei beneficiari attraverso i sistemi di accentramento); ragion per cui si rileva estremamente difficile, se non addirittura impossibile, verificare il numero degli effettivi titolari in Italia.

Aggiungasi che la soglia di €2.500.000 è relativamente bassa, al punto tale che persino operazioni di modeste dimensioni potrebbero non beneficiare dalla suddetta deroga.

Infine, contrariamente a quanto previsto dal regime delle Opvs, la disciplina delle Opasc non prevede alcuna esenzione laddove i titoli oggetto dello scambio o dell’acquisto abbiano una denominazione minima unitaria di €50.000 [art. 100, comma 1, lett. c), Tuf], ovvero qualora l’offerta sia rivolta unicamente a investitori qualificati [art. 100, comma 1, lett. a), Tuf].

⁶² Si veda quanto previsto dal comma 3 dell’art. 101-bis, Tuf.

⁶³ Così P. Leocani, *Ibidem*.

Le società in house al vaglio della Corte Costituzionale

Prime note alla sentenza n. 325/10.

di Massimo Buonauro

Sommario: 1. Inquadramento sistematico – 2. Disciplina della gestione dei servizi pubblici locali – 3. Precedente in materia: sentenza 272/04 – 4. Contenuto della sentenza 325/10 – 5. Conclusioni

1. Inquadramento sistematico

Con la sentenza n. 325 del 2010, la Corte Costituzionale, si è nuovamente pronunciata sulla normativa dei servizi pubblici locali e sulle società in house.

La Corte, infatti, si è espressa sull'articolo 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni in legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. manovra finanziaria d'estate)¹, a seguito del ricorso di legittimità costituzionale in via principale promosso da alcune Regioni.

Le Regioni ricorrenti ponevano a fondamento delle proprie richieste la mancanza di competenza del legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali, in particolare in tema di **Servizi Idrici Integrati, assumendo che la norma statale censurata violasse le proprie competenze.**

Il Giudice delle Leggi, dopo aver respinto i rilievi sollevati dalle Regioni ricorrenti avverso l'articolo 23-bis del D.L. n. 112 del 2008 e quindi averne ribadito la legittimità costituzionale, ha accolto quello promosso nei confronti del comma 10, lettera a) dello stesso

¹ La disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, come prevista dall'art. 23-bis in oggetto, è stata riformata con lo scopo di favorire la più ampia e diffusa attuazione del principio della libera concorrenza e della libera prestazione dei servizi da parte degli operatori economici, in attuazione anche della disciplina stabilita dall'ordinamento comunitario.

articolo, ovvero la parte in cui prevede che la potestà l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al Patto di Stabilità Interno.

Nella sentenza in esame la Corte procede, in primis, ad una attenta disamina in generale della disciplina della materia dell'affidamento dei servizi pubblici locali e delle società in house ed in particolare del rapporto della stessa con l'ordinamento comunitario.

In seguito nella sentenza si passa ad esaminare e valutare le competenze regionale o statale su tale settore, nonché la competenza regionale o statale nella determinazione della rilevanza economica dei Servizi Pubblici Locali.

La Corte Costituzionale già precedentemente era intervenuta nella materia della gestione dei servizi pubblici locali con la sentenza n. 272 del 27 Luglio 2004, nonché con la sentenza n. 29 del 1 Febbraio 2009.

La sentenza n. 272/2004, in particolare, rappresenta un basilare e fondamentale precedente in tema tanto che la sentenza n. 325 del 2010 in esame ne riprende i passaggi essenziali e più volte nella motivazione la richiama².

2. Disciplina della gestione dei servizi pubblici locali

L'articolo 23-bis del D.L n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2008 n. 133, attualmente modificato dall'art. 15 D.L. 135/09 convertito con la legge 166/09, costituisce il vigente referente normativo della materia della gestione dei servizi pubblici.

Tale norma rappresenta l'ultima di un serie alluvionale di normative che hanno disciplinato tale materia, oggetto negli ultimi anni di una stratificazione a tratti anodina di riforme³.

La ragione principale del continuo intervento del legislatore su tale argomento è rappresentata dall'adeguamento alle disposizioni comunitarie della normativa nazionale, che nelle prime formulazioni si poneva in contrasto con la stessa.

² Il richiamo alla sentenza della Corte Cost. n. 272/2004 è stato effettuato anche dalla sentenza, in materia di servizi pubblici locali (in particolare il servizio mensa), del Consiglio di Stato n. 6529 del 10 Settembre 2010.

³ Il titolo V del TUEL, che contiene la disciplina della gestione dei servizi pubblici locali è stato oggetto di diverse modifiche apportate da: a) art. 35 della L. 448/2001 (Finanziaria 2002); b) D.L. 269/2003, convertito in L. 326/2003; c) L. 350/2003 (Finanziaria 2004); d) e, poi, il D.L n. 112/2008, convertito in L. 133/2008, attualmente modificato dall'art. 15 D.L. 135/09 convertito con la L. 166/09, di cui in testo.

Le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali precedentemente erano disciplinate dall'art. 113 del D.Lgs 267/00 (Testo Unico degli enti locali).

Tale norma stabiliva (e stabilisce, come si vedrà, nei limiti della compatibilità con l'art. 23-bis del D.L. 112/2008) che la titolarità di tali servizi poteva essere conferita:

- a) a società di capitali individuate attraverso gare ad evidenza pubblica;
- b) a società miste con soci privati scelti sulla base di procedure ad evidenza pubblica;
- c) a società (c.d. in house) con capitale interamente pubblico.

In questo ultimo caso, anche a seguito di puntuali e precettive indicazioni giurisprudenziali⁴, il conferimento era consentito purché tali società svolgessero la parte più importante della loro attività con l'ente pubblico titolare del capitale sociale e che quest'ultimo esercitasse su di esse un controllo analogo alla gestione diretta.

L'art. 23-bis del D.L. 112/08 ha ora fissato la nuova disciplina di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevedendo, in sintesi, che:

- l'affidamento dei Servizi Pubblici Locali in via ordinaria avviene mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, che siano in particolari rispettose dei principi comunitari in materia (imparzialità, non discriminazione, trasparenza, adeguata pubblicità, parità di trattamento, efficacia, economicità etc...);
- l'affidamento diretto, ovvero senza gara ad evidenza pubblica, della gestione dei Servizi Pubblici Locali a società miste il cui socio privato sia scelto mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica costituisce un caso di conferimento della gestione in via ordinaria, alla duplice condizione che la procedura di gara riguardi non solo la qualità di socio, ma anche l'attribuzione di "specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio" e che al socio privato sia attribuita una percentuale non inferiore al 40%;
- inoltre, l'affidamento diretto (novità principale) in deroga ai conferimenti effettuati in via ordinaria (affidamento cd. in house) richiede una previa pubblicità adeguata e una motivazione di detta scelta da parte dell'ente in base ad una "analisi di mercato", oltre alla trasmissione di una relazione dell'ente affidante all'Autorità garante della concorrenza per un parere obbligatorio ma non vincolante.

⁴ Corte di Giustizia Europea 18 novembre 1999, causa C-107/98, c.d. Sentenza Teckal, con la quale la Corte stabilisce che gli elementi del rapporto in house sono: a) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su di esse un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi - b) che l'ente aggiudicatario svolga la maggior parte della sua attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza; Corte di Giustizia Europea 11 Gennaio 2005, causa C-26/03, secondo cui per aversi controllo analogo è necessario la partecipazione totalitaria dell'ente pubblico; Corte di Giustizia Europea 13 Ottobre 2005, causa C-107/98, c.d. Sentenza Parking Brixen, la quale rileva quale elemento principale del rapporto in house non solo la partecipazione al 100% dell'ente pubblico ma anche la possibilità di influire nelle decisioni fondamentali della società.

Tale affidamento rappresenta una eccezione al sistema ordinario in quanto è possibile ricorrere a tale opzione allorché sussista l'ulteriore presupposto che sussistano "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettano un efficace ed utile ricorso al mercato";

- ancora, molto importante, l'articolo 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000, TUEL, è abrogato nelle parti incompatibili con la disciplina recata dal citato articolo 23 bis.

In attuazione, poi, di tale articolo, come dallo stesso previsto, è stato approvato il Decreto del Presidente della Repubblica recante lo specifico regolamento in materia di servizi pubblici locali⁵.

Detto Regolamento, in sintesi:

- esclude dalla sua applicazione i servizi del gas, dell'energia elettrica, del trasporto ferroviario regionale, delle farmacie comunali e quelli strumentali;
- ribadisce la proprietà pubblica delle risorse idriche;
- stabilisce che entro il 26.10.11 gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione consorziale; disciplina le procedure di affidamento;
- prescrive che le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con regolamento, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi.

3. Precedente in materia: sentenza 272/04

Come già evidenziato in precedenza, la Corte già era stata chiamata a pronunciarsi ed era intervenuta sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, principalmente da un lato in tema di riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni e dall'altro in ordine al rapporto della disciplina nazionale con la disciplina comunitaria.

Il principale precedente (leading case) è rappresentato dalla sentenza 272/04.

Con la sentenza n. 272 del 2004 la Corte Costituzionale aveva dichiarato illegittimo il comma 7 dell'art. 113 del D.Lgs 267/00, Testo Unico degli enti locali (articolo che disciplinava i servizi pubblici locali di rilevanza economica), laddove richiedeva che le gare per l'aggiudicazione della titolarità dei servizi di rilevanza economica dovevano essere improntati agli standards qualitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti

⁵ Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168, approvato e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 239 del 2010, vigente dal 27 ottobre 2010

dalla competente autorità o, in mancanza, dagli enti locali (individuando poi con precisione i criteri per l'aggiudicazione).

La Consulta aveva rilevato che, proprio perché tale norma era estremamente dettagliata nonché auto applicativa, essa finiva per comprimere l'autonomia delle Regioni, invece, alle quali spetta la competenza legislativa della normativa di dettaglio.

Per quanto concerneva le altre previsioni dell'art. 113 del Tuel il Giudice delle leggi aveva ribadito la legittimità delle stesse: veniva giustificato l'intervento statale rilevando che la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica afferisce alla materia della tutela della concorrenza e dunque rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117 comma 2 Cost.

Sempre con tale sentenza la Corte, inoltre, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero articolo 113-bis del D.lgs 267/00 (TUEL) (articolo che disciplinava i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica), in quanto, avendo ad oggetto i servizi privi di rilevanza economica e non esistendo in riferimento a questi un mercato concorrenziale, gli stessi non potevano essere sottoposti alla potestà legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza.

4. Contenuto della sentenza della Corte Costituzionale

Preliminarmente va evidenziato che nella formulazione della sentenza 325/10 il dispositivo, nella parte di rigetto, non fa riferimento alla motivazione⁶.

Da tale circostanza ne deriva che la sentenza in esame non può considerarsi una sentenza interpretativa di rigetto: la Corte, dunque, non ha inteso fornire una lettura interpretativa, compatibile con la Costituzione, della norma ritenuta illegittima⁷.

La sentenza si presenta molto complessa e corposa in quanto numerosi sono i rilievi di incostituzionalità sollevati dalle Regioni ricorrenti e, quindi, affrontati dalla Corte.

La Corte Costituzionale, nell'esaminare i rilievi di illegittimità costituzionale promossi dalle Regioni, ha svolto rilevanti riflessioni circa la materia dei servizi pubblici locali ricostruendone gli elementi fondanti.

⁶ Si ritiene, infatti, che il criterio che caratterizza le cd. sentenze interpretative di rigetto è il richiamo del dispositivo alla motivazione. La formula di rito utilizzata normalmente per tali tipologie di sentenze è: "La Corte dichiarata non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità dell'art. ...".

⁷ RESCIGNO G. - U., Corso Di Diritto Pubblico - ZANICHELLI EDITORE, pagg. 474 e ss.

In primis la Consulta affronta il rapporto tra la disciplina della gestione dei servizi pubblici locali ricavabile dall'ordinamento dell'Unione Europea e quella dettata dalle norme italiane.

A tal proposito la Corte afferma che la disciplina nazionale non costituisce nè violazione nè applicazione necessitata della normativa comunitaria ed internazionale, ma è semplicemente con questa compatibile.

La disciplina italiana rappresenta, infatti, una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell'articolo 117 Cost., che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

La Corte, replicando al rilievo delle Regioni secondo cui la normativa in materia sarebbe stata incostituzionale perché contrastante con l'ordinamento comunitario, afferma che, in particolare, la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale.

Conseguentemente, lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei Servizi Pubblici Locali ed ha, perciò, emanato una normativa che prevede tale divieto.

La Corte Costituzionale, poi, affronta la questione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

Come già espresso in precedenti sentenze (in particolare, come visto, nella sentenza n. 272/04), il Giudice delle Leggi ribadisce che le norme in tema di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rientrano nella competenza esclusiva statale in quanto afferiscono essenzialmente alla materia della tutela della concorrenza, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato.

Proprio il riferimento alla tutela della concorrenza rappresenta il principale parametro costituzionale che permette di ritenere legittime le norme statali in tale materia.

Alla luce di questi principi e di queste riflessioni, la Corte Costituzionale respinge i diversi rilievi che le Regioni ricorrenti hanno sollevato, in ordine alla mancanza della competenza statale in materia di gestione dei servizi pubblici, avverso l'articolo 23-bis del D.L. n. 112 del 2008, ribadendo la legittimità costituzionale del medesimo.

La Corte, tuttavia, accoglie i rilievi nei confronti del comma 10, lettera a) dello stesso articolo.

La Consulta, infatti, dichiara l'illegittimità costituzionale del citato articolo 23-bis, comma 10, lett. a), nella parte in cui prevede l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al Patto di Stabilità Interno.

Tale dichiarazione determina conseguentemente l'illegittimità dell'articolo 5 del d. P. R. 7 settembre 2010, n. 168, Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il quale costituisce, nello specifico, attuazione di tale comma.

In ordine alla pronuncia di illegittimità, la Corte afferma che l'ambito di applicazione del Patto Di Stabilità Interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (Corte Costituzionale sentenza n. 284/2009; Corte Costituzionale n. 237/ 2009; Corte Costituzionale n. 267/2006), la quale rientra nella competenza legislativa concorrente (art. 117 comma 3 Cost.) e non nella competenza legislativa esclusiva statale.

Di conseguenza lo Stato sulla stessa non ha potestà regolamentare in quanto questa è attribuita, ai sensi dell'art. 117 sesto comma, soltanto per la materie in cui la Stato ha competenza esclusiva⁸.

In coerenza a tali riflessioni, il Giudice delle leggi ritiene, invece, infondata la questione sollevata con riguardo al medesimo comma, nella parte in cui stabilisce la potestà regolamentare a prescrivere alle società in house e alle società a partecipazione mista pubblica e privata di osservare procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale.

La Corte ha ritenuto, infatti, che tale disposizione rientri nella materia della tutela della concorrenza, di competenza esclusiva dello Stato, perché è finalizzata ad evitare che, nel caso di affidamenti diretti, si possano determinare distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato nella fase, successiva all'affidamento del servizio, dell'acquisizione degli strumenti necessari alla concreta gestione del servizio stesso

Inoltre la medesima disposizione, secondo la Corte, può ritenersi compresa nella materia dell'ordinamento civile, anch'essa di competenza esclusiva dello Stato: si giunge a tale conclusione in quanto la norma in esame impone alla particolare categoria di società cui è affidata in via diretta la gestione di servizi pubblici locali una specifica modalità di conclusione dei contratti per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale.

Nella sentenza, inoltre, viene dalla Corte affrontata questione se allo Stato competa, in via esclusiva, anche il potere di indicare le condizioni per le quali debba ritenersi sussistente detta «rilevanza economica».

⁸ BARBERA A. – FUSARO C., Corso~ Di~ Diritto~ Pubblico – IL MULINO EDITORE, in tema di potestà regolamentare e del rapporto della stessa con la potestà legislativa.

A tal proposito la Consulta, dopo aver richiamato una nozione di “rilevanza economica” ricavabile dall’ordinamento comunitario⁹, rileva che va preso atto che detta nozione, al pari di quella omologa di «interesse economico» propria del diritto comunitario, va utilizzata, nell’ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discretivo per l’applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi (come, del resto, esplicitamente affermato dal comma 1 dell’art. 23-bis).

Di conseguenza la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di «tutela della concorrenza», ai sensi del secondo comma, lettera e), dell’art. 117 Cost.

Poiché, poi, l’ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell’interesse economico del servizio, conseguentemente il legislatore statale si è adeguato a tale principio dell’ordinamento comunitario nel promuovere l’applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio.

5. Conclusioni

Dalla analisi di questa sentenza della Corte Costituzionale emerge come il sistema di competenze legislative tra Stato e Regioni, come strutturato dall’art. 117 Cost., modificato nel 2001 (con la L. Cost. 3/2001, cui ha fatto seguito la L. 131/2003, c.d. legge la Loggia), presenti alcuni profili di criticità sia in riferimento agli elementi funzionali sia in riferimento a quelli strutturali a cominciare dalla classificazione delle materie.

Siffatta analisi di sfondo riceve puntuale ed autorevole conferma dalla circostanza che diventa fondamentale, per consentire al sistema di riparto delle competenze legislative di risolvere le questioni più complicate, il ricorso alla ammissione dell’esistenza di materie c.d. trasversali¹⁰.

⁹ Secondo la corte, con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato, per accertare se l’attività svolta sia da considerare economica bisogna verificare la sussistenza di uno scopo lucrativo, l’assunzione dei rischi dell’attività e l’incidenza del finanziamento pubblico; nel caso, invece, in cui si debba immettere nel mercato un servizio pubblico – e, quindi, si debba accertare se e come applicare le regole concorrenziali e concorsuali comunitarie per l’affidamento della sua gestione – occorre necessariamente prendere in considerazione la possibilità dell’apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell’ente al riguardo.

¹⁰ Il concetto di materie trasversali, individuato dalla dottrina, è stato più volte ribadito dalla Corte Costituzione (ex multis Corte Costituzionale n. 282/2002; Corte Costituzionale n. 378/2008)

Vi sono delle fattispecie, infatti, in cui il riferimento operato dall'art. 117 non è ad una materia in senso stretto, quanto piuttosto ad una competenza del legislatore statale che è idonea ad investire tutte le materie (per ciò trasversale, nel senso che su di essa insistono diversi interessi), rispetto alle quali il legislatore appunto deve poter porre le norme necessarie ed unitarie.

Tali competenze (quali ad es. la tutela dell'ambiente, l'ordinamento civile, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ...) consentono di fornire un presupposto di legittimità costituzionale all'intervento dello Stato anche in ipotesi in cui è dubbia la competenza statale.

Difatti, laddove la Corte è riuscita a far rientrare la disciplina statale dei servizi pubblici nell'ambito della materia della tutela della concorrenza (che essendo la *grundnorm* del "sistema mercato" rientra tra le principali materie c.d. trasversali¹¹) è stato possibile ritenere costituzionalmente legittimo l'intervento statale.

Come già evidenziato nella premessa, questo ragionamento, nella sua struttura e nel suo fondamento, era stato già svolto nella sentenza n. 272/04 e rappresenta anche la modalità per far sì che lo Stato, in via indiretta, assicuri l'adeguamento alla normativa comunitaria della materia dei servizi pubblici locali.

In particolare, può evidenziarsi come interesse dello Stato è anche quello assicurare che la normativa della materia in esame rispetti il principio della libera concorrenza, richiesto in maniera inderogabile dall'ordinamento comunitario.

Anche tale prospettiva può essere richiamata per ribadire la legittimità dell'intervento statale nella disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, oltre alla "trasversalità" della materia della tutela della concorrenza, nella quale gli stessi rientrano.

Quando non è stato possibile far rientrare l'oggetto della normativa statale nell'ambito della tutela della concorrenza (come nel caso in esame in tema di Patto di Stabilità Interno, ritenuto attinente alla materia del coordinamento della finanza pubblica), la Corte si è dovuta pronunciare per l'illegittimità della disciplina prevista dalla normativa statale.

La scelta di direzione operata dalla Corte induce ad avanzare più di una perplessità e qualche dubbio circa il rapporto fondativo che il rispetto della stabilità assume nei confronti del sistema mercato e, a cascata, rispetto alla tutela della concorrenza: la stabilità potrebbe essere ritenuta un prerequisito affinché possa sussistere un mercato di libera concorrenza.

¹¹ La concezione della tutela della concorrenza quale materia trasversale deriva da una nozione estesa della stessa: essa va intesa non solo in un senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in una accezione dinamica (ricorrente nell'ordinamento comunitario), secondo cui sono giustificati interventi statali e misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni per lo sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali.

**Per gli ottant'anni di Franco Casavola. I collaboratori e gli allievi napoletani
di Carmen Pennacchio**

“Il tempo della vita scorre per giorni e anni, quello della storia per secoli, e quello dei millenni? Qui si inverte la indicazione della misura del tempo, che percepiamo ed esprimiamo prima della portata dei suoi significati”¹.

Con questi interrogativi il professore Casavola ha aperto un articolo pubblicato all'alba del nuovo millennio, dieci anni or sono, testimoniando che dietro il “Perché contare per millenni”, si nasconde l'estrema solitudine umana rispetto all'enigma del terzo millennio, del quale sono ambigui gli esiti (di pace o di guerra, di unità o di divisione) e l'invito a risolvere l'enigma stesso.

Per coloro che - come chi scrive - hanno avuto il privilegio di essere stati studenti assegnati al corso da lui tenuto nell'anno accademico 1978/79, l'occasione di cui si tratta ha rappresentato un tuffo nel passato, negli anni settanta, nel periodo dell'impegno “impegnato”, tralattivamente rappresentato – ad esempio - da Dario Fo (Morte accidentale di un anarchico), da Mario Monicelli (Un borghese piccolo piccolo), da Marco Bellocchio (Sbatti il mostro in prima pagina) e da Margarethe Von Trotta (Anni di piombo), solo per citarne alcune delle - comunque più conosciute - testimonianze.

Ci è sembrato viaggiare nel tempo e respirare la stessa aria dell'Aula G di Via Mezzocannone, 16 – al secondo piano – con affaccio all'interno del cortile, sui rami del grande platano, con distacco verso il vecchio Istituto di Diritto Romano e prospiciente la passeggiata in direzione della vecchia segreteria della Facoltà di Medicina e Chirurgia.

¹ F. P. Casavola, Perché contare per millenni, in Jubilaeum 2000, on line [http://www.vatican.va/jubilee_2000/magazine/](http://www.vatican.va/jubilee_2000/magazine/documents/ju_mag_01091997_p-76_it.html#top) documents/ju_mag_01091997_p-76_it.html#top .

Appuntamento cadenzato: alle nove del mattino dei primi tre giorni della settimana, aula stracolma di matricole e lui – dietro la cattedra – abito beige e fare bonario, il Professore di storia del diritto romano, ci raccontava di quest’esperienza anticamente moderna e ci presentava un nuovo modo di fare scuola, in orizzontale e non più in verticale. Sentita anche la sua partecipazione ai “nostri” problemi, la porta della stanza occupata nell’Istituto di diritto romano era, per le matricole, e non solo, sempre aperta.

1. Con premesse da amarcord si apre questo breve squarcio descrittivo di una giornata particolare.

Il 12 gennaio 2011 ha compiuto ottant’anni il presidente emerito della Corte Costituzionale Francesco Paolo Casavola².

² Storico del diritto romano e costituzionalista, è nato a Taranto il 12 gennaio 1931. Dopo il conseguimento (1958) della libera docenza in diritto romano, nel 1960 è divenuto professore di Istituzioni di diritto romano, materia che ha insegnato prima all’Università di Bari, poi, dal 1967, all’Università di Napoli. Successivamente, sempre in questa sede, dal 1977, ha ricoperto l’insegnamento di storia del diritto romano. Socio di Accademie e società scientifiche, dal marzo 1998 è stato Presidente dell’Istituto della Enciclopedia Italiana. Discepolo di grandi Maestri del novecento (M. Lauria, F. De Martino e A. Guarino) ha investigato problematiche e selezionato temi di ricerca che partivano dall’individuazione delle radici tardoantiche di soluzioni che nei secoli successivi si sono conservate nel mondo europeo (scritti dai titoli *Le politiche dei cristiani pregiustiniani* e *La legalità per i cristiani pregiustiniani*, pubblicati in *Labeo* 1 [1955] e 4 [1958], testimoniano il rigore scientifico e la sagacia interpretativa). Di poco successive le indagini che trovarono esito in tre monografie (*Studi sulle azioni popolari romane del 1958 – relativa alla configurazione del significato specifico che l’azione popolare poteva avere, nell’ordinamento romano, quale espressione di un interesse diffuso –*, *Lex Cincia*. Contributo alla storia della donazione romana, del 1960 - nella quale l’autore dimostra che la donazione originaria trasferiva al donatario non già la proprietà del bene, ma il mero possesso - e *Actio Petitio Persecutio* del 1965, nella quale si evidenziano i rapporti tra le *legis actiones*, le *formulae* e le *cognitiones extra ordinem*). Negli anni successivi, lo studioso ha inaugurato (vedi la relazione introduttiva al Convegno internazionale su “Gaio nel suo tempo” (1965) un filone di indagine teso a fornire indizi per ricostruire le logiche e le tecnologie dei singoli giuristi e grazie a queste risalire alla cultura e alle ‘categorie’ generali peculiari della personalità intellettuale di ognuno di loro (testimonianza ne sono i saggi raccolti nel volume *Giuristi adrianei* del 1980, con nota prosopografica di G. de Cristofaro, poi tradotta, a Buenos Aires nel 1991, in lingua spagnola). Altri temi hanno suscitato l’interesse del Professore, come le ricerche sul diritto tardo antico titolate *Sessualità e matrimonio nelle “Novelle” giustinianee*, 1982; *Giuristi romani nella cultura bizantina tra classicità e cristianesimo*, 1986, nonché le indagini sulla storiografia giuridica italiana con *L’opera storica di F. De Martino*, 1978; *Breve appunto ragionato su profili romanistici italiani*, 1984; *F. De Martino storico*, 1990; *I diritti antichi*, in *La cultura storica italiana*, 1990; *L’insegnamento romanistico nel Novecento*, 1994; *Storia del diritto romano come insegnamento e come genere letterario*, 1995. Assertore convinto che la civiltà giuridica occidentale è in debito con l’esperienza giuridica romana, intesa come insieme organico di principi e valori, ha rivendicato la presenza della prospettiva storica nella formazione del giurista contemporaneo, quale espressione di ‘esperto di lungo periodo’ in *Diritto romano, scienza giuridica e formazione del giurista*, 1989; *L’educazione del giurista tra memoria e ragione*, 1991; *Diritto romano e diritto europeo*, 1994; *La formazione del giurista oggi*, 1998. Dal febbraio del 1986 ha fatto parte della Consulta quale insigne membro per nomina parlamentare e nel triennio, dal 1992 al 1995, ne è stato il diciottesimo Presidente. Ci sono stati presidenti che hanno impresso un particolare ritmo e un orientamento spiccato all’attività della Corte e, nonostante la sua discrezione, Casavola è stato uno di questi. I temi toccati dalla Corte Costituzionale – da relatore e sotto la sua presidenza - hanno indagato le pieghe delicate del diritto di famiglia, delle locazioni, degli ordinamenti scolastico ed universitario, del diritto militare, del sistema previdenziale, delle leggi elettorali e del referendum abrogativo. Significative, comunque, quelle che hanno formulato per la prima volta il principio costituzionale supremo della laicità dello Stato (sent. nr. 203 del 1989; nr. 13 del 1991; nr. 290 del 1992). Nel 1993-94 ha fatto parte della Commissione di arbitrato per la ex Jugoslavia. Dal 1996 al 1998 è stato Garante per l’editoria e la radiodiffusione e dal 1998 fino al 2009 è stato Presidente dell’Istituto della Enciclopedia Italiana.

I suoi “collaboratori”³ e gli ex allievi hanno organizzato per lui e per noi una inedita suggestione: festa di compleanno in facoltà (di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli “Federico II”), nella sua facoltà, quella che lo ha visto anche Preside, dal 1983 al 1987. L’appuntamento di mercoledì 12 gennaio, alle 15.30, nell’Aula Pessina dell’Edificio centrale della Facoltà di Giurisprudenza in corso Umberto I, 40, a Napoli, ha registrato la sentita partecipazione di tutti quanti lo hanno apprezzato come docente prima e come costituzionalista poi⁴.

Tra i presenti in sala, oltre i romanisti partenopei e non, il Rettore dell’Università degli Studi di Napoli Professore Massimo Marrelli, il Professore Fulvio Tessitore, ex Rettore della Università di Napoli “Federico II”, il professore Guido Trombetti, assessore all’Università e Ricerca della Regione Campania, il sindaco di Napoli, Rosa Russo Iervolino, il prefetto Andrea De Martino, il questore Santi Giuffrè, il procuratore capo della Repubblica di Napoli, Giovandomenico Lepore ed il cardinale, l’arcivescovo Crescenzo Sepe⁵.

2. Docente - a tutto tondo - di Diritto romano all’Università di Bari prima e nell’Ateneo napoletano poi, il Professore, a chiusura, ha sottolineato di aver accettato la festa organizzata per lui “solo perché me l’hanno presentata come un’amarcord familiare. Ho sempre considerato – ha spiegato - i miei assistenti come una specie particolare di figli”.

Ha acconsentito a partecipare solo per questo anche perché, come ha chiarito egli stesso, “sono stato educato dai miei due maestri, Mario Lauria e Francesco De Martino, al rispetto di due virtù: l’assenza di vanità e a non provare mai invidia per nessuno”.

In questa circostanza, l’insigne giurista ha sottolineato che il compleanno coincideva anche con i trent’anni dalla pubblicazione di un suo volume, “Giuristi adrianei”, che è stato ristampato per l’occasione presso la prestigiosa Casa Editrice L’ERMA di BRETSCHNEIDER⁶. Il bel libro non solo è stato riproposto per l’occasione, ma rappresenta il primo di una prestigiosa collana di volumi di Maestri, raccolta partita sempre sotto l’egida del Professor Francesco Amarelli e della Casa Editrice romana.

³ Il termine, inquadrato nella politica degli anni caldi del secolo scorso, assunse un significato dirompente e fattivo, volto ad assimilare lo spirito delle riforme degli anni a venire e, forse, foriero di nuove concezioni sulla docenza, ancora – a tutt’oggi – non recepite.

⁴ La sua attività, quale Presidente della Corte Costituzionale, ha lasciato un’impronta indelebile su temi delicati, di grande attualità e particolarmente significativi, come il diritto di famiglia, gli ordinamenti scolastico ed universitario e sul principio costituzionale supremo della laicità dello Stato.

⁵ Abbiamo segnalato la presenza solo di alcuni, a titolo esemplificativo e non esaustivo.

⁶ Sigla che oltre a essere l’acronimo di «Libreria Editrice Romana Monumenti e Arte», ricorda l’erma che tuttora accoglie il visitatore in via Cassiodoro.

3. Il Professore, ripercorrendo la sua carriera professionale⁷, ha messo in evidenza il passaggio (per certi versi) generazionale vissuto tra il prima e il dopo '68. "Da un metodo didattico cattedratico - dice - siamo passati alla rappresentazione di una comunità in cui tutti, vicendevolmente, erano docenti e discenti. Abbiamo appreso anche dai nostri studenti, quelli della 'contestazione' ed abbiamo sostituito le lezioni cattedratiche con i cosiddetti gruppi seminariali"⁸.

Il Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, ha voluto porgere gli auguri al giurista attraverso un toccante messaggio, nel quale ha evidenziato l'impegno di Casavola e "l'alto e limpido contributo di rigore, indipendenza e integrità che ha offerto all'Università italiana, agli studi giuridici e alle istituzioni".

Al termine è stato consegnato a Francesco Paolo Casavola - dal professor Francesco Amarelli e dal presidente del Consiglio di Amministrazione della Casa Editrice, Giuseppe Marcucci - la ristampa del volume "Giuristi adrianei"

4. L'incontro è stato aperto dalle parole di augurio dell'attuale Preside della facoltà di Giurisprudenza federiciana, Professor Lucio De Giovanni e - di séguito - si sono snodati gli interventi, rigorosamente in ordine alfabetico, di Giuseppe Camodeca⁹, di Stefano Cianci¹⁰, di Giacomo de Cristofaro¹¹, di Giuseppe Giliberti¹², di Francesco Lucrezi¹³, di Antonio Palma¹⁴, di Angelo Puglisi¹⁵, di Vincenzo Scarano Ussani¹⁶ e di Tullio Spagnuolo Vigorita¹⁷.

La personalità scientifica dell'onorato è stata prospettata all'uditorio attraverso un caleidoscopio, il quale ha, quasi come se si stesse (materialmente) roteando il tubo, proiettato - nel tardo pomeriggio invernale - la giusta luce sulla figura di Casavola, proprio attraverso immaginari pezzetti di vetro colorato riflessi da specchietti angolati sistemati lungo l'asse longitudinale, rivelando svariate proiezioni della poliedrica personalità del Maestro. Ognuno dei

⁷ Fonti: UNISOB Napoli - Facoltà di Giurisprudenza - Laurea magistrale in Giurisprudenza - I docenti; Corte costituzionale della Repubblica italiana - I Presidenti; http://www.unisannio.it/ateneo/eventi/Apertura_07_08/Inaug_Annod2007_08.pdf; Sommario Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 15-7-1996; Governo Italiano - Comitato nazionale per la bioetica; http://www.treccani.it/Portale/sito/istituto/persone/presidenti/pers_casavola.tml; <http://www.quirinale.it/onorificenze/DettaglioDecorato.asp?idprogressivo=6667&iddecorato=6246>; <http://www.quirinale.it/onorificenze/DettaglioDecorato.asp?idprogressivo=15389&iddecorato=14969>.

⁸ Improntato a questo spirito è stato l'intervento di Giacomo de Cristofaro.

⁹ Il prof. Giuseppe Camodeca è ordinario di Storia Romana ed Epigrafia Latina presso il Dipartimento di Studi del Mondo Classico della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Napoli L'Orientale.

¹⁰ Avvocato ed Assistente di storia del Diritto romano.

¹¹ Assistente di storia del Diritto romano e, poi, in carica quale assistente presso la Corte Costituzionale.

¹² Il prof. Giuseppe Giliberti è ordinario di Fondamenti del diritto europeo (Storia del diritto romano) ad Urbino.

¹³ E' Professore ordinario di Storia del diritto romano e di Diritti dell'antico Oriente mediterraneo presso l'Università di Salerno.

¹⁴ E' Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

¹⁵ E' Assistente presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

¹⁶ E' Professore ordinario di Storia del diritto romano presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara.

¹⁷ E' Professore ordinario di storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

presenti al tavolo della presidenza ha tenuto in mano lo stesso caleidoscopio, facendo incantare l'uditorio a guardarne i colori brillanti che instancabilmente giravano su se stessi, formando figure sempre nuove della personalità del festeggiato. Ed è stata una gioia perdersi in quei tratti colorati, girare insieme a loro nell'universo della algebra giuridica. E proprio di algebra si è trattato. Anche se molti sicuramente direbbero che l'algebra è un particolare campo di esercizi di calcolo, in cui si usano "lettere anziché numeri", ma che non ha nulla a che fare con il diritto. Costoro hanno in mente l'algebra come una diretta emanazione dell'aritmetica, in cui gli oggetti sono ridenominati, ma sono soggetti alle stesse regole operative. Ma il diritto è logica, per cui in questo senso, l'algebra appare, essenzialmente, come un particolare linguaggio¹⁸, del quale – in senso giuridico - si è fatto interprete il Professore Casavola, imprimendo ad ogni sua attività un cadenzato ed armonioso ritmo algebrico.

Per primo, Giuseppe Camodeca, si è abbandonato alle meraviglie del ricordo, rievocando - ma allo stesso tempo prospettando suggestioni investigative - la sua esperienza volta a conoscere il segreto di Sepino e delle sue preziose iscrizioni.

Stefano Cianci, se è vero che nomina sunt consequentia rerum, vale a dire che i nomi sono una conseguenza della natura delle cose, ha rievocato la sua personale esperienza al fianco del Professore, offrendo le suggestioni della didattica alternativa proposta – allora – non certo dalle circostanze ma da un nuovo modo di concepire il rapporto tra i produttori ed i fruitori del sapere giuridico.

Il tratto leggero della penna di Giacomo de Cristofaro, ha ricordato – supportato anche da fonte documentale (Circolare Protocollo 250/1985, firmata da Casavola, allora Preside della Facoltà) – la grande statura intellettuale e morale dell'onorato, il quale ha in tutto il suo percorso espresso una "vocazione esclusiva", quella del Professore.

La prospettiva di indagine sui diritti umani utilizzata dal Professore è stata l'oggetto dell'intervento di Giuseppe Giliberti, il quale si è preoccupato di evidenziare, in tutta la loro preponderanza, che essi pongono una serie articolata di problematiche. In primis, sicuramente investono garanzie forti per la loro violazione, sia sul fronte giurisdizionale o in tema sanzioni economiche; successivamente includono attività di promozione o di controllo per il loro concreto esercizio. Nell'un caso e nell'altro le tematiche valicano i limina fisici dell'organizzazione statale, senza per questo obliterarla, dal momento che – in un'operazione siffatta - sparirebbe la vecchia rappresentazione dell'Ente consegnataci dalla storia (dalla persona del sovrano allo

¹⁸ Questa visione è in parte veritiera: infatti la storia dell'algebra, fino al 1700, è strettamente intrecciata con l'evoluzione del linguaggio. Lo storico della matematica Nesselmann suddivide la storia della matematica in tre fasi: l'algebra retorica, che è la matematica espressa a parole, col linguaggio naturale; l'algebra sincopata, che è una commistione di parole e di convenzioni linguistiche (abbreviazioni, pittogrammi); l'algebra simbolica, che è l'attuale modalità di scrivere la matematica.

spazio del dominio territoriale), in quanto le proprietà esclusive e isolate ch'erano gli Stati cedono il passo ad altri tipi di organizzazioni¹⁹.

Francesco Lucrezi ha dipinto – con tratti e pennellate precise – la grande statura intellettuale di uno studioso la cui metodologia non può avere né età né limiti spaziali.

Ad Antonio Palma è toccata la proiezione della figura dello studioso contemporaneo. L'oratore ha, con puntualità e specifica competenza, illustrato le tappe del percorso di una mentalità (quella del Professore) e di un lavoro non aristocraticamente isolato, ma intriso di disponibilità all'interazione delle idee, al confronto delle competenze ed all'assolvimento del delicato compito – alla Consulta riconosciuto - di un lavoro collegiale (non di rado difficile) come un superiore dovere istituzionale in una comunità di uomini legati dal rispetto e dall'amicizia.

Angelo Puglisi ha preso le mosse dalle pagine di Giuristi Adrianei per ripensare la laicità avvertendo che questo, oggi, è un compito che grava su tutti. L'oratore si è assunto un compito non facile. Egli ha prospettato le accezioni del concetto stesso, per le quali - al di là di qualsiasi estremizzazione – ha posto in evidenza che ricorrono come presupposto due ordini di eventi, il primo legato alla cultura islamica ed alla trasformazione delle omogenee società occidentali in società multietniche e multireligiose; il secondo incentrato intorno alle grandi questioni sociali, della bioetica, della libertà della scienza, della organizzazione della istruzione e della famiglia. I termini di questa questione, nella evoluzione giuridico-costituzionale del nostro ordinamento, sono stati compresi dal Professore evocando il contesto delle fasi storiche della cultura italiana, assegnando allo Stato-comunità, attraverso il principio di laicità, il compito di corrispondere alle istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini (ivi compresi gli stranieri, essendo la libertà religiosa un diritto umano).

Vincenzo Scarano Ussani ha colto, e fatto cogliere all'uditorio, l'importanza dell'occasione scientifica offerta dalle speculazioni dell'onorato. Infatti, il relatore ha posto l'accento sulla *nouvelle vague* inaugurata da Casavola con i suoi studi sui giuristi, preferendoli alla stanca ricostruzione di frammenti di un passato ordinamento. Lo scopo della *nouvelle vague* era catturare “lo splendore del vero” dell'attività produttiva del diritto. A tale scopo nella realizzazione delle speculazioni veniva eliminato ogni sorta di artificio che potesse compromettere la realtà, niente proiezioni moderne, nessuna ricostruzione costosamente artificiosa, niente complesse scenografie; il pensiero dei giuristi veniva studiato “alla luce

¹⁹ Cfr. F. P. Casavola, *Moderno, post-moderno, quasi antico: costituzioni politiche, costituzioni civili, ius gentium*, in *Diritto@Storia*, 6, 2007.

naturale del giorno”, come appunto, un film girato per strada, in un tentativo – sempre crescente - di avvicinarsi sempre maggiormente alla realtà antica.

La verve di Tullio Spagnuolo Vigorita ha prospettato l’ultima scheggia di colore della giornata, rievocando la sua personale esperienza con il Professore Casavola. I ricordi personali hanno tratteggiato la figura di un Maestro in un “tempo campione” tale da “Non recidere forbice quel volto” (Montale).

La deformazione del tempo e la memoria come ricordo rappresenta il nodo centrale del dipinto Gli orologi molli (ribattezzata La persistenza della memoria) di Salvador Dalì e, forse, quest'opera – caratterizzata dall'apparente stravaganza del soggetto e della sua rappresentazione - potrebbe rappresentare l’emblema di questa giornata dedicata a Casavola ottuagenario. I relatori hanno dipinto il tempo, inteso nella razionale successione di istanti meccanicamente determinati, come messo in crisi dalla memoria umana. La dilatazione o la contrazione del senso del tempo è una caratteristica che dipende dall’individuo, però è sensazione universale quella di avvertire lo scorrere del tempo ... ma per tutti, nell’Aula Pessina, il tempo non è passato invano.

