

ALLA RICERCA DEL *REMEDY*: IL DIFETTO DI TUTELA GIURISDIZIONALE CONTRO ALCUNE FONDAMENTALI DECISIONI IN MATERIA ECONOMICO-FINANZIARIA E ALCUNE POSSIBILI CONTROMISURE

di *Riccardo de Caria*

SOMMARIO: 1. I termini del problema: troppo (poco) potere alle corti in ambito economico? – 2. L'assenza di rimedi giurisdizionali in materia di politiche monetarie. – 3. L'assenza di rimedi giurisdizionali nella regolamentazione dei mercati finanziari. – 4. Possibili rimedi all'assenza di *remedy*, dall'apertura al "lobbying giudiziario" alle alternative alla decisione tecnocratica: occorre dare (ancor) più potere alle corti?

1. *I termini del problema: troppo (poco) potere alle corti in ambito economico?*

Tra i cambiamenti istituzionali generati dalla crisi economico-finanziaria, specialmente in Europa occupa certamente un posto di rilievo l'aumento di potere delle corti. Ciò ha costituito l'oggetto di diversi studi, che hanno indagato i vari problemi di ordine teorico e pratico posti da questa tendenza, da parte degli altri due tradizionali poteri, a lasciare al giudiziario il compito di dirimere complesse questioni di grande rilevanza politica, per via delle rilevanti implicazioni di natura economica che esse portano con sé¹.

¹ Più precisamente, la letteratura di gran lunga prevalente sembra essersi concentrata sul tema del mancato esercizio, da parte delle corti, del loro potere di intervento in materia di bilanciamento tra esigenze di bilancio e diritti sociali. Si tratta di un potere che – invocano gli Autori in questione – avrebbe dovuto essere esercitato in modo assai più incisivo; ma si tratta pur sempre di un potere che le corti avevano (e hanno): v., tra i molti, C. PINELLI, *Le Corti europee (nella crisi dell'Unione)*, in www.europeanrights.eu, 15 novembre 2012; A. RUGGERI, *Corti e diritti in tempi di crisi*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XIII. Studi dell'anno 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 413 ss.; X. CONTIADES-A. FOTIADOU, *How Constitutions Reacted to the Financial Crisis*, in X. CONTIADES (ed.), *Constitutions in the*

Una cifra comune delle politiche pubbliche europee, quanto meno dalla crisi in avanti, sembra essere in effetti una certa inerzia della politica, una sua incapacità decisionale, paralizzata dalla preoccupazione di perdere consenso, che si traduce nella scelta di posticipare il più possibile il momento in cui affrontare questioni delicate e sensibili come tutte quelle in ambito economico.

In virtù di quella che appare essere una legge politica dell'*horror vacui*², all'immobilità del legislativo e per molti versi anche dell'esecutivo ha finito con il sopperire un certo attivismo da parte della giurisdizione, per certi versi inevitabile alla luce dello scenario appena descritto.

Così, per citare soltanto alcuni degli esempi più noti, la contesa ideologico-politica sorta soprattutto in Germania sulle *Outright Monetary Transactions*, sul piano giuridico è stata "risolta", o quanto meno parzialmente affrontata, soltanto in sede giudiziaria³; in Portogallo, un'importante sentenza del Tribunale costituzionale ha dichiarato illegittimo il contributo di sostenibilità in ma-

Global Financial Crisis. A Comparative Analysis, Routledge, London, 2013, p. 9 ss.; C. FASSONE, *Constitutional courts facing the Euro crisis: Italy, Portugal and Spain in a comparative perspective*, EUI Working Paper MWP 2014/25; L. MUZI, *Il ruolo delle corti nel rafforzamento del coordinamento delle politiche economiche nell'Ue. Quale bilanciamento tra omogeneità costituzionale europea e identità nazionale degli stati membri?*, in *federalismi.it*, n. 19/2014; A. NOLAN (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge University Press, New York, 2014, specialmente la *Part III – Exploring responses to financial and economic crises*; B. BRANCATI, *Decidere sulla crisi: le Corti e l'allocatione delle risorse in tempi di "austerità"*, in *federalismi.it*, n. 16/2015; B. BRANCATI, *I "deficit" strutturali del giudice costituzionale nelle decisioni sulla crisi. Considerazioni svolte su alcuni casi in materia pensionistica tratti dalla giurisprudenza italiana e portoghese*, in *federalismi.it*, n. 26/2016; M. D'AMICO-F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Franco Angeli, Milano, 2017; M. VARJU, *The crisis, judicial power and EU law. Could it have been managed differently by the EU Court of Justice?*, in Z. SZENTE-F. GÁRDOS-OROSZ (eds.), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*, Routledge, London, 2018, p. 274 ss. Merita un richiamo, pur nell'impossibilità di approfondimento in questa sede, e al di là che se ne condivida o meno la tesi, l'imprescindibile riflessione sul tema della tendenza verso l'accrescimento di potere delle corti, e sul suo significato e conseguenze, di R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2007. V. anche diversi lavori in questo volume.

² Su cui si era già espresso, oltre dieci anni fa, R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Giuffrè, Milano, 2007; l'Autore si concentrava sul problema del mancato seguito legislativo delle sentenze di incostituzionalità della Corte costituzionale italiana, ma sembra potersi riscontrare una tendenza ancor più generale al riempimento dei vuoti lasciati liberi da un potere dello Stato, ad opera degli altri.

³ L'ovvio riferimento è alle pronunce della Corte di Giustizia dell'Ue, C-62/14 – *Gauweiler and Others*, ECLI:EU:C:2015:400 e del Tribunale costituzionale tedesco, sentenza del 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, 2 BvE 13/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2729/13.

teria pensionistica⁴; in Grecia, sono state diverse le questioni affrontate dal Consiglio di Stato con riguardo alle misure straordinarie di contrasto alla crisi⁵; e anche in Italia, sono ben note le varie pronunce della Corte costituzionale che hanno circoscritto gli ambiti di intervento del legislatore ad es. in materia pensionistica⁶, e più in generale di rapporto tra esigenze di bilancio e tutela dei diritti sociali⁷, entro limiti ben precisi, riproponendo peraltro in tutta la sua attualità il tema delle cosiddette “sentenze che costano”⁸.

Ma la tendenza è più generale e non riguarda solo la difficile questione del contemperamento tra principi di sana gestione della finanza pubblica e prerogative del *welfare state*: già prima della crisi, la Corte di Giustizia dell’Ue si pronunciò sui fondamentali casi *Viking*⁹, *Laval*¹⁰ e *Rüffert*¹¹, ponendo alcuni principi chiave al legislatore in ambito economico. Ma anche la Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi in diversi casi attinenti a misure cosiddette di austerità¹². O ancora, per rimanere alla stretta attualità e non fare che un esempio, la questione del diritto o meno ad operare di una società come Uber si sta decidendo per ora nelle aule di giustizia, nel Regno Unito¹³ come in Italia¹⁴ come a Vienna¹⁵ come a Lussemburgo¹⁶, più che in quelle dei parlamenti.

Il filo rosso che unisce tutte queste vicende è evidentemente il *deficit de-*

⁴ Sentenza n. 575/2014.

⁵ Cfr. K. HMITIDOU, *The price of justice. Financial crisis and Judges*, in www.constitutionalism.gr (2016).

⁶ Si ricordino in particolare le sentenze 30 aprile 2015, n. 70; 13 luglio 2016, n. 173; e 1° dicembre 2017, n. 250.

⁷ Ricordo in particolare le sentenze 9 maggio 2013, n. 85; 16 dicembre 2016, n. 275; e 23 marzo 2018, n. 58.

⁸ Il richiamo classico è a AA.VV., *Sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81, u.c., della Costituzione. Atti del Seminario. Roma, 8-9 novembre 1991*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁹ Sentenza, 11 dicembre 2007, *Viking*, C-438/05, EU:C:2007:772.

¹⁰ Sentenza, 18 dicembre 2007, *Laval*, C-341/05, EU:C:2007:809.

¹¹ Sentenza, 3 aprile 2008, *Rüffert*, C-346/06, EU:C:2008:189.

¹² Riepilogate in un prezioso prospetto della Press Unit della Corte, *Austerity measures*, disponibile su https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Austerity_measures_ENG.pdf.

¹³ Cfr. *Aslam v Uber BV*, Employment Tribunal, 28 October 2016, [2017] IRLR 4.

¹⁴ Cfr. Trib. Roma, sez. IX civ., ordinanza 7 aprile 2017; Trib. Torino, sez. I civ., sentenza 24 marzo 2017, n. 1553; Corte cost., sentenza 15 dicembre 2016, n. 265; Trib. Milano (in funzione d’appello), sez. I, sentenza 6 luglio 2015, n. 8359; Trib. Milano, sez. specializzata in materia d’impresa A, ordinanza 2 luglio 2015.

¹⁵ Cfr. il comunicato stampa di Reuters, *Uber suspending Vienna operations after court injunction*, 25 aprile 2018.

¹⁶ Cfr. sentenza 20 dicembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981; sentenza 10 aprile 2018, *Uber France*, C-320/16, EU:C:2018:221.

mocratico che rischia di caratterizzare le decisioni in tali ambiti: essendo il giudice per statuto investito di una legittimazione primariamente tecnica, quanto meno negli ordinamenti di *civil law*¹⁷, ma anche in quello dell'Unione europea, le sue decisioni tenderanno ad essere motivate su quel piano, e le sue scelte in ambito di *policy* ad essere rivestite di giustificazioni per l'appunto tecniche.

Se questo è certamente un problema cruciale, come dicevo già ampiamente studiato, ma che merita di essere ancora abbondantemente approfondito per via delle sue rilevantissime implicazioni di carattere sistematico sulla teoria democratica, in questo lavoro mi soffermerò però sul versante opposto, ovvero alcuni casi di fondamentali decisioni nel campo delle politiche economiche, su cui manca anche un controllo giurisdizionale, che invece sarebbe auspicabile. In effetti, se attribuire alle corti il compito di risolvere conflitti tra principi contrastanti in ambito economico è problematico, ancor più problematici appaiono i casi in cui non vi sia neppure una corte ad effettuare uno scrutinio, così che i soggetti coinvolti risultano nei fatti privi di qualsivoglia *remedy*¹⁸.

Questo problema si manifesta in modo evidente con riguardo alle politiche monetarie, che saranno oggetto del prossimo paragrafo (§ 2), ma attiene anche ad altri ambiti della regolazione economica, e in particolare alla regolamentazione dei mercati finanziari (§ 3). Dopo aver compiuto questa disamina, nel paragrafo conclusivo mi soffermerò infine su alcuni possibili accorgimenti *de iure condendo* che potrebbero mitigare il *deficit di remedy* che si è identificato, e che emergeranno anche in relazione ad alcuni precedenti studi su quello che ho proposto di definire “lobbying giudiziario” (§ 4).

2. L'assenza di rimedi giurisdizionali in materia di politiche monetarie.

Tra i vari ambiti del diritto dell'economia, quello in cui si avverte maggiormente l'esigenza di rimedi di carattere giurisdizionale oggi assenti a me pare essere senza dubbio la politica monetaria. Negli anni della crisi, il peso delle decisioni assunte in questo campo si è rivelato superiore a quello delle

¹⁷ Cfr., tra i molti, G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione. Studio comparato fra sistemi europei*, Sapere 2000 Edizioni Multimediali, Roma, 2003; S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004; L. CRISTANELLI, *Formazione e selezione del magistrato in un'analisi comparata di civil law*, in *DPCE*, 2008-III, p. 1515.

¹⁸ Questa prospettiva appare assai meno indagata in dottrina; un lavoro in cui alcune considerazioni per certi versi analoghe, ma solamente in parte, è quello di D.T. ZARING, *Litigating the Financial Crisis*, 100(7) *Virginia L. Rev.* 1405.

politiche fiscali nel determinare le sorti di un sistema economico, e in certi frangenti particolarmente drammatici, come l'apice della crisi del debito pubblico, si è rivelato decisivo nel consentire o meno la sopravvivenza di un intero Paese¹⁹. Eppure, il singolo cittadino-contribuente che ravvisi un qualche vizio procedurale, e a maggior ragione sostanziale, nell'adozione delle decisioni sulla politica monetaria, non ha alcuno strumento giuridico per dolersene in modo efficace.

Si potrebbe osservare che, se questo è vero, ciò non è però una peculiarità delle politiche monetarie: tutte le politiche economiche, anche ad esempio quelle in ambito fiscale o industriale, godono di un amplissimo margine di discrezionalità politica, che le sottrae di fatto, quando non di diritto, allo scrutinio giurisdizionale²⁰. Tuttavia, è agevole rilevare di rimando che, sul piano sistematico, in quel caso un rimedio, quanto meno in astratto, c'è: le politiche fiscali e industriali sono prerogativa degli organi titolari dell'indirizzo politico, per cui, dal punto di vista della teoria democratica, i cittadini-contribuenti-elettori insoddisfatti delle decisioni assunte dai propri rappresentanti in questo ambito possono punirli in occasione della successiva tornata elettorale, così ottenendo una sanzione *ex post* delle condotte sgradite. Una sanzione, è appe-

¹⁹ Parla significativamente della “*monetative branch*” come quarto potere dello Stato G. Teubner, *Exogenous self-binding: how social systems externalise their foundational paradoxes in the process of constitutionalisation*, in A. FEBBRAJO-G. CORSI (eds.), *Sociology of Constitutions. A Paradoxical Perspective*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2016, pp. 30 ss., 35, il quale rinvia a sua volta a G. TEUBNER, *A Constitutional Moment? The Logics of 'Hit the Bottom'*, in P.F. KJAER et al. (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford, 2011, 4-42, p. 21 ss.

²⁰ Difende questa impostazione, propria del “disegno costituzionale originario”, che afferma essere “radicalmente alternativa” ad una “visione generale della costituzione economica” imperniata su pareggio di bilancio, principio di concorrenza e indipendenza della banca centrale, O. CHESSA, *Fondamenti e implicazioni della norma costituzionale sul pareggio di bilancio*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 558 ss., 559. Prosegue l'Autore: quelli menzionati sono “element(i) essenzial(i) di un nuovo diritto costituzionale dell'economia, una sorta di aggiornamento in chiave neolibertista del classico costituzionalismo liberale, poiché alla separazione dei poteri, alla *rule of law* e ai diritti classici di libertà aggiunge un sistema di limiti più penetranti nei confronti dei poteri statali in materia di macroeconomia. L'obiettivo è sottrarre l'ambito delle politiche economiche alle scelte discrezionali degli attori politici e degli organi costituzionali di direzione politica”. Peraltro, le eccezioni all'impostazione tradizionale, laddove effettivamente vi siano, sembrano essere volte non all'affermazione della libertà economica conculcata da scelte regolatorie restrittive, ma al contrario al suo contemperamento con esigenze di carattere sociale: così ad es. la citata sentenza Corte cost. n. 58/2018 sul c.d. decreto Ilva. Sul piano formale, ciò è reso possibile dal fatto che queste decisioni sono assunte con leggi o atti aventi forza di legge, in linea di principio assoggettati a scrutinio costituzionale (a differenza degli atti con cui si attuano le politiche monetarie).

na il caso di notare, che opera sul piano politico e non giuridico, ma che è pur sempre una forma di rimedio²¹.

Per di più, nei settori delle politiche economiche diverse da quelle monetarie, è certamente raro, ma non del tutto privo di precedenti assistere a pronunce giurisdizionali, tanto di giudici ordinari quanto di corti o tribunali costituzionali, che consentano uno scrutinio a soggetti lesi nelle proprie posizioni giuridiche soggettive.

Ciò accade invero con una certa frequenza quando venga in questione la legittimità o meno di scelte regolatorie, con riferimento alle quali spesso vi è spazio per i diretti interessati per ottenere uno scrutinio giurisdizionale. Un esempio può essere proprio quello delle decisioni delle pubbliche autorità nel loro complesso sulla legittimità o meno dell'operato di imprese come Uber "a legislazione invariata": per Uber e per i suoi *driver* è possibile infatti far valere le proprie ragioni davanti ad un giudice, eventualmente anche cercando di porre la questione della necessità di garantire la propria prerogativa costituzionalmente tutelata di libertà di iniziativa economica individuale²².

Ma le corti hanno talvolta occasione di pronunciarsi anche in campo fiscale, anche in questo caso spesso per violazione di garanzie di ordine procedurale, tipicamente di rango costituzionale²³, ma anche sulle scelte di politica industriale. Ciò accade soprattutto grazie all'esistenza di un'infrastruttura ormai per molti versi costituzionalizzata sul diritto della concorrenza e sulla materia strettamente connessa e tipicamente europea degli aiuti di Stato. I principi appunto di derivazione europea, com'è noto di rango perfino superiore a quello costituzionale sul piano della stretta gerarchia delle fonti, costituiscono infatti un limite invalicabile all'operato del legislatore, e costituiscono un veicolo per giustificare un sindacato sulle sue scelte di politica economica e industriale a richiesta di individui e imprese che ne abbiano tratto un diretto nocumento²⁴. Sul punto, al di là di tutta la copiosa giurisprudenza europea in materia appunto di aiuti di Stato, un esempio specifico è costituito in Italia da pronunce, di giudici ordinari e della Corte costituzionale, su grandi que-

²¹ Fermi restando tutti i limiti della teoria democratica evidenziati a partire dagli studi del cosiddetto elitismo democratico prima e della scuola di *public choice* poi.

²² Sia consentito rimandare a R. DE CARIA, *Profili di illegittimità nella disciplina italiana del trasporto pubblico non di linea*, in *OPAL*, n. 7/2015.

²³ Cfr. ad es. le recenti sentenze della Corte costituzionale 11 febbraio 2015, n. 10, sulla c.d. Robin tax, e 15 maggio 2015, n. 83, sull'imposta a carico delle sigarette elettroniche.

²⁴ Un requisito sempre confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue, ancora di recente con l'importante *Sugar case*: C-456/13 P, *T & L Sugars Ltd, Sidul Açúcares, Unipessoal Lda c Commissione Europea*, ECLI:EU:C:2015:284.

stioni come il caso Alitalia²⁵ o la già ricordata vicenda Ilva²⁶.

Per quanto riguarda le politiche monetarie, invece, non paiono esservi rimedi di alcun tipo. Nonostante il tipo di politica monetaria praticata abbia delle conseguenze molto precise e rilevanti di ordine patrimoniale su tutti i cittadini-contribuenti, nessuno di loro, né singolarmente né riuniti in gruppi, ha modo di sollecitare uno scrutinio giurisdizionale su di esse.

Tende in effetti a non essere percepita, da parte dei diretti interessati ma anche in larga parte del dibattito specialistico, la fortissima incidenza sulla libertà contrattuale e sul diritto di proprietà delle politiche monetarie: politiche di carattere accomodante, infatti, hanno delle immediate conseguenze sui rapporti tra debitori e creditori, a tutto vantaggio dei primi e svantaggio dei secondi, e più in generale di impoverimento di chiunque detenga una somma di denaro. Ciò discende direttamente dalla natura di tassazione occulta propria del fenomeno inflattivo²⁷, intendendo come inflazione, secondo la definizione a mio parere più appropriata (proposta dagli economisti di scuola austriaca), come l'aumento della massa monetaria in circolazione²⁸: un aumento per decisione autoritativa (non a caso, si parla infatti di monete *fiat*) della quantità di moneta esistente fa infatti diminuire il valore della moneta già in circolazione, così impoverendo chi ne è titolare, con un meccanismo strutturalmente analogo a quello della tassazione.

Anche tale natura dell'inflazione sfugge alla gran parte dei cittadini-contribuenti-elettori, ma anche quanti ne hanno contezza sono privi di strumenti per ottenere un controllo giurisdizionale di tali decisioni. E ciò perché, se esiste com'è noto una riserva di legge sulle prestazioni tributarie, e se in vicende come Alitalia e Ilva vengono in questione diritti costituzionalmente protetti come la libertà d'iniziativa economica e la proprietà, e se ancora in materia di aiuti di Stato o di diritto della concorrenza, le imprese che si ritengono sfavorite dall'intervento pubblico hanno una serie di prerogative per tutelare la propria posizione, nelle politiche monetarie non vi è invece alcun tipo di prerogativa in capo al singolo soggetto che si ritenga leso dalle decisioni assunte dagli organi competenti in materia²⁹.

²⁵ Oggetto della sentenza Corte cost. 22 luglio 2010, n. 270.

²⁶ Sentenze n. 85/2013 e n. 58/18.

²⁷ Un fenomeno messo in luce magistralmente, su tutti, da Ludwig von Mises, di cui v. la raccolta di lezioni a cura di B. BIEN GREAVES, *Ludwig von Mises on Money and Inflation. A Synthesis of Several Lectures*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, AL, USA, 2010.

²⁸ Cfr. al riguardo F. SHOSTAK, *Defining Inflation*, in *Mises Daily*, 6 March 2002, <http://mises.org/daily/908/>, secondo cui "the essence of inflation is not a general rise in prices but an increase in the supply of money, which in turns sets in motion a general increase in the prices of goods and services".

²⁹ Il tema è emerso in verità in alcune pronunce della Corte costituzionale in materia di interventi normativi di determinazione dei canoni di locazione, senza però che se ne possa rica-

In parte, ciò ha a che fare col fatto che gli obiettivi di politica monetaria sono fissati direttamente in norme di rango primario³⁰, cosicché le autorità preposte non dovrebbero in teoria far altro che attenersi a tali prescrizioni. Tuttavia, a me appare una evidente lacuna la mancata previsione di rimedi efficaci volti a garantire il rispetto di tali prescrizioni: qualora l'inflazione (pur intesa secondo la definizione mainstream come aumento del livello generale dei prezzi) si discosti dall'obiettivo del 2%, e ciò rileva soprattutto quando il livello effettivo superi il valore target, il singolo non ha strumenti giurisdizionali per reagire alla violazione dei comandi dei Trattati. Non è infatti in alcun modo immaginabile che venga ritenuta ammissibile l'azione di un singolo, o anche di un gruppo organizzato, e per la verità neppure da parte di uno Stato Membro o di un'altra istituzione, nei confronti della Banca Centrale Europea, volta ad ottenere l'adozione di politiche monetarie rispettose del target normativamente previsto.

Ma se per le decisioni assunte da organi di natura politica, come le politiche economiche e industriali, si è detto come il rimedio sul piano sistematico stia nella possibilità di votare contro gli attuali titolari del potere decisionale, ciò è per statuto escluso con riferimento alle politiche monetarie. Per via dei ripetuti abusi verificatisi in passato³¹, tali decisioni sono state infatti un po' ovunque sottratte il più possibile alla possibilità di influenza da parte dei titolari del potere politico, e attribuiti ad autorità terze la cui nomina è sì politica, ma di cui si cerca di garantire l'indipendenza, e la cui legittimazione è di tipo eminentemente tecnico.

Le stesse riflessioni sono poi applicabili anche alla connessa, delicata pratica della riserva frazionaria. Il sistema bancario moderno si è evoluto secondo questa modalità, che però pone rilevanti questioni sul piano giuridico, questioni che non vi è mai stato modo di sottoporre ad un giudice, né negli Stati Uniti, né in Europa. In particolare, le regole sulle riserve e l'insieme di altre disposizioni su cui si fonda la riserva frazionaria sono al cuore del sistema economico-finanziario moderno, ma non è in alcun modo immaginabile che singoli, gruppi, o istituzioni possano chiederne un controllo giuri-

vare l'affermazione di una garanzia costituzionale – derivante dall'art. 42 – contro gli effetti dell'inflazione: cfr. in particolare le sentenze 14 gennaio 1976, n. 3; 20 marzo 1980, n. 33; e 3 maggio 1984, n. 139 (v. al riguardo R. DE CARIA, *Appunti sulla giurisprudenza costituzionale in materia di proprietà (con cenni di diritto comparato)*, IUSE Working Paper, 2017-1/24-ECLI), p. 10 ss.

³⁰ Art. 3 TUE e art. 127 TFUE.

³¹ Sia consentito rinviare a R. DE CARIA, *Quando il diritto altera la realtà: la manipolazione del denaro e le sue conseguenze in Usa, Regno Unito, UE e Italia*, in DPCE, 2012-IV, p. 1621 ss.; in particolare per l'Italia, va ricordata la nota vicenda che portò al cosiddetto divorzio tra Tesoro e Banca d'Italia (su cui v. *ibidem*, p. 1650 s.).

sdizionale avendo anche solo la possibilità di vedere preso in esame il proprio caso.

Il problema si pone poi in modo ancor più stringente quando dall'ordinarietà ci si sposta nel campo delle decisioni non convenzionali, come quelle che hanno caratterizzato gli anni della crisi sia negli Stati Uniti sia nell'Ue. In questo caso, il difetto di *remedy* appare ancor più manifesto.

Negli Stati Uniti, le decisioni di politica monetaria non convenzionale sono state assunte dal board della Federal Reserve, come suggerisce appunto il nome stesso di queste misure, senza un quadro giuridico preciso a fondarne la legittimazione, ma in modo atipico, quasi *extra ordinem*. Eppure, nessun cittadino americano ha avuto modo di sollecitare un controllo giurisdizionale di questa serie di decisioni, che hanno portato ad un enorme aumento della massa monetaria, ovvero di inflazione secondo la definizione sopra accolta, e ad un correlativo impoverimento di chiunque detenesse del denaro o fosse creditore di una somma di denaro.

Non a caso, in terra americana si è impiegata anche nel linguaggio comune l'espressione "*uncharted territories*" per descrivere questi esperimenti monetari, a significare come mancasse appunto una "carta" fondamentale che fungesse da mappa per orientarne la legittimità e definirne i confini³².

In verità, comunque, non si tratta di un fenomeno nuovo, se si pensa che la singola decisione forse più importante della storia economica del Novecento, ovvero l'abbandono del *gold standard*, fu assunta dal Presidente Nixon con una dichiarazione televisiva di metà agosto, sostanzialmente senza formalizzazione né precedente né successiva, nonostante l'enorme portata e carico di conseguenze che essa portava con sé, e quindi le relevantissime esigenze di ponderazione e procedimentalizzazione che in questo modo furono del tutto sacrificate³³.

Per quanto riguarda l'Europa, la mancanza di rimedi giurisdizionali nell'ambito che stiamo considerando è ancor più palese e problematica se si considera il modo in cui tali politiche hanno fatto ingresso nell'ordinamento.

Infatti ciò è avvenuto, all'origine, essenzialmente per effetto di una conferenza, il celeberrimo discorso del governatore della BCE Mario Draghi alla Global Investment Conference di Londra nel luglio 2012 contenente l'impegno dell'istituzione da lui guidata a fare "*whatever it takes*" per salvare l'Euro³⁴.

³² Cfr. O ISSING-V. GASPAR-O. TRISTANI-D. VESTIN, *Imperfect Knowledge and Monetary Policy*, Cambridge University Press, New York, 2005, *Lecture 1: Monetary policy in uncharted territory*, p. 12 ss.

³³ Per un approfondimento, cfr. C.K. ELWELL, *Brief History of the Gold Standard in the United States* (CRS Report for Congress, 23 giugno 2011, www.fas.org/sgp/crs/misc/R41887.pdf).

³⁴ Qui la trascrizione completa del discorso: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

Questa promessa fu di per sé sola letta immediatamente da tutti gli analisti e gli operatori come una disponibilità a ricorrere a misure di politica monetaria non convenzionale senza limitazioni di sorta, con la determinazione a spingere l'esperimento tanto avanti quanto si rivelasse necessario per ottenere il risultato che ci si era prefissati. Ciò ha posto in qualche modo la comunità mondiale degli operatori davanti al fatto compiuto, alterando in modo decisivo e irreversibile il funzionamento dei mercati, che in quel momento segnalavano una gravissima crisi dei debiti pubblici europei.

Di fronte a questi eventi, è lecito interrogarsi su quale natura giuridica abbia avuto la "fonte" che è stata in grado di determinare conseguenze così profonde sull'economia di un continente intero e in realtà dell'intera economia mondiale. E la risposta appare sbalorditiva, perché nessun testo di teoria generale delle fonti del diritto considererebbe mai fonte una dichiarazione rivolta a degli operatori di settore (neppure investiti del compito di effettuare una certa "review" degli atti del potere che è proprio dei giornalisti), per ragioni di tutta evidenza (assoluta mancanza di procedimentalizzazione, atipicità, informalità, per non citarne che alcune)³⁵.

Eppure, come detto quella non-fonte ha inciso profondissimamente sul comportamento degli attori economici assai più di quanto non facciano fonti anche del rango più elevato. In ogni caso, per venire al punto che più rileva ai fini del nostro discorso, la sua natura di non-fonte ha fatto sì che esso non potesse essere impugnabile. E anche quando, come ricorderò tra un momento, quella non-fonte si è tradotta effettivamente in fonti (peraltro anch'esse non efficacemente impugnabili, come dirò), ormai il funzionamento dei mercati era stato modificato in modo, è il caso di dire, irrimediabile.

Ciò pone una questione di tutela dei diritti fondamentali in primo luogo del cittadino-contribuente, già più volte evocato, leso in queste "decisioni" sia nella propria libertà contrattuale e nel proprio diritto di proprietà, sia nelle proprie legittime aspettative di certezza, stabilità e prevedibilità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Ma appare degna di rilievo anche la posizione degli investitori che avessero assunto scelte d'investimento basate sui fondamentali economici degli Stati, e il cui calcolo – economicamente del tutto fondato – è stato travolto a posteriori da un intervento in senso lato politico che ha completamente sacrificato il loro legittimo affidamento. Ancora una volta, però, senza possibilità di rimedio.

La successiva traduzione in atti dal contenuto giuridico vincolante del programma "*whatever it takes*" non ha mutato in modo sostanziale il quadro. Da un lato, è comune l'osservazione per cui è stata sufficiente, per la Banca Cen-

³⁵ Per una panoramica sulle fonti del diritto italiano cfr., tra i molti, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009.

trale Europea, la proclamazione in modo credibile di essere disposta ad utilizzare tutti i mezzi possibili pur di arrivare ad invertire il *sentiment* dei mercati, per ottenere con ciò solo tale inversione, senza necessità di attivare effettivamente gli strumenti che si era dichiarato di esser disposti ad attivare se necessario³⁶. Ciò conferma l'affermazione fatta poco sopra del raggiungimento dell'alterazione irreversibile del mercato con il solo effetto annuncio ottenuto dalle non fonti.

Gli strumenti in questione sono comunque poi stati effettivamente disciplinati a valle da una serie di decisioni del Consiglio direttivo della Banca Centrale Europea, a mio parere essenzialmente autolegittimantesi e prive di una solida base giuridica nei Trattati: il riferimento è evidentemente al programma sulle *outright monetary transactions* (OMT).

In questo caso, un rimedio giurisdizionale almeno formalmente vi è stato: alcuni cittadini tedeschi hanno infatti potuto promuovere un ricorso diretto di costituzionalità, nel proprio ordinamento, chiedendo al Tribunale costituzionale di vagliare la compatibilità del programma OMT con la legge fondamentale tedesca. E il ricorso ha non solo superato il vaglio di ammissibilità, ma i giudici costituzionali tedeschi hanno ritenuto opportuno sollevare questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, che ha dunque avuto modo di pronunciarsi in argomento. Peraltro, a riprova della tesi qui sostenuta, il vaglio dei giudici di Lussemburgo è stato effettuato precisamente sul “programma di acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari *come quello annunciato nel comunicato stampa del quale viene fatta menzione nel verbale della 340^a riunione del Consiglio direttivo della Banca centrale europea (BCE) dei giorni 5 e 6 settembre 2012*”³⁷: questi atti cruciali per la sopravvivenza stessa dell'Unione europea sono stati adottati in prima battuta con comunicati stampa riportati in verbali, mettendo in crisi secoli di teoria delle fonti e con tutti i problemi di legittimazione che ciò porta con sé.

L'esito di questa controversia, poi, non ha offerto sul piano sostanziale alcuna soddisfazione ai ricorrenti originari, le cui istanze sono risultate frustrate. Occorre infatti verificare non solo l'esistenza astratta di un *remedy*, ma la sua effettività in concreto, e in questo caso è apparso evidente sin da subito che le esigenze di *Realpolitik* avrebbero fatto inevitabilmente premio sulle esigenze di tutela dei singoli ricorrenti, pena il rischio molto concreto di creazione di una crisi potenzialmente devastante nell'edificio europeo, con la sostanziale

³⁶ Cfr. R. RAPACKI-M. ZNOYKOWICZ-WIERZBICKA, *The Design of the EMU at the heart of the EU's crisis? Economic challenges of the integration process*, in A. GRIMMEL (ed.), *The Crisis of the European Union: Challenges, Analyses, Solutions*, Routledge Abingdon, Oxon, New York, NY, 2018, pp. 41 ss., 51.

³⁷ Corsivo aggiunto.

riproduzione dello scenario che il rimedio *extra ordinem* aveva scongiurato *in extremis*³⁸. Anche la corte tedesca si è in effetti adeguata ai dettami della Corte di Giustizia³⁹, rinunciando ad attivare rimedi di ultima istanza (sulla falsariga dei cosiddetti controlimiti della giurisprudenza costituzionale italiana) evocati invece in altre circostanze anche di recente, su questioni fondative di carattere teorico e generale, che non avevano dirette implicazioni di natura economica⁴⁰.

Per concludere sul punto, con riguardo alle politiche monetarie l'analisi svolta fa emergere un'evidente e molto seria mancanza di strumenti per la tutela giurisdizionale dei diritti individuali lesi dalle decisioni assunte dalle autorità pubbliche in questo ambito. Tale lacuna si manifesta sia negli Stati Uniti sia nell'Unione europea, sia oggi sia con riferimento al passato⁴¹. Ciò discende dall'esigenza programmatica di mettere al riparo le autorità decisionali in questo ambito da possibilità di influenza di qualsivoglia natura, con la conseguenza però di sottrarle anche a contraddittorio⁴² e per molti versi persino ad

³⁸ Considerazioni in larga misura analoghe, *mutatis mutandis*, si possono a mio avviso replicare con riferimento al precedente caso *Pringle*, relativo allo *European Stability Mechanism* (C-370/12, 27 novembre 2012, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756), dove si pone il tema della linea di confine tra politiche economiche e monetarie (in modo uguale e contrario al citato *Gauweiler*); ma anche al diverso caso *Ledra*, relativo al *bailout* di Cipro (cause riunite da C-105/15 P a C-109/15 P, 20 settembre 2016, ECLI:EU:C:2016:702) che è stato oggetto di critiche per lo più da prospettiva opposta a quella qui sostenuta (cfr. ad es. F. COSTAMAGNA, *The Court of Justice and the Demise of the Rule of Law in the EU Economic Governance: The Case of Social Rights*, Carlo Alberto Notebooks, No. 487, December 2016), ma in cui è comunque ravvisabile – anche nella prospettiva fatta propria in questo lavoro – un'evidente scelta della Corte di astenersi dall'offrire un rimedio che avrebbe potenzialmente creato notevoli problemi al perseguimento dell'agenda di politica economica delle istituzioni europee.

³⁹ Per i riferimenti alle sentenze, v. *supra*, nota 3.

⁴⁰ Il richiamo è al controllo cosiddetto *ultra vires* al centro delle sentenze *Maastricht* (89 BVerfGE 155, 12 ottobre 1993), *Lisbona* (123 BVerfGE 267, 30 giugno 2009) e *Honeywell* (126 BVerfGE 286, 6 luglio 2010). La letteratura in argomento è troppo vasta per potersene dar conto in questa sede; mi limiterò ad un lavoro che sintetizza in modo molto efficace la vicenda: P.M. HUBER, *The Rescue of the Euro and its Constitutionality*, in W.-G. RINGE-P.M. HUBER, *Legal Challenges in the Global Financial Crisis. Bail-outs, the Euro and Regulation*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 9 ss.

⁴¹ In effetti, perfino il noto divorzio tra Tesoro e Banca d'Italia avvenne per effetto di uno scambio di lettere tra gli allora Ministro del Tesoro e Governatore della Banca d'Italia (anche se nella fattispecie tale decisione fu favorevole al cittadino contribuente, nell'ottica qui sostenuta): cfr. *supra*, nota 31.

⁴² Sul tema, cfr., tra i molti: G. TRIDIMAS, *Comparison of Central Bank and Judicial Independence*, in A. MARCIANO, *Constitutional Mythologies New Perspectives on Controlling the State*, Springer, New York, 2011, p. 155 ss.; F. FABBRINI, *The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective*, 32 *Berkeley J. Int'l Law*.

un regime di sufficiente pubblicità e trasparenza nei confronti degli interessati (che sono la collettività dei consociati), dal momento che almeno in parte questi processi decisionali rimangono a tempo indefinito segreti⁴³. Nel paragrafo conclusivo ragionerò su alcuni possibili prospettive *de iure condendo* che potrebbero mitigare questo problema, nel tentativo di giungere ad un diverso bilanciamento delle esigenze in campo, meno sfavorevole alle prerogative individuali.

3. *L'assenza di rimedi giurisdizionali nella regolamentazione dei mercati finanziari.*

Il problema che ho analizzato nel paragrafo precedente si pone anche con riguardo a molti altri ambiti della disciplina dei mercati finanziari. Ciò appare particolarmente evidente sul piano internazionale.

In primo luogo, si consideri la natura stessa di una delle principali sedi di produzione di atti di “regolazione” di questa materia, ovvero il Financial Stability Board, successore del Financial Stability Forum. Quest’ultimo organo nacque nel 1999 sulla base di un report dell’allora presidente della Bundesbank Tietmeyer, a seguito del quale i ministri delle finanze e i governatori delle banche centrali dei Paesi del G7 stabilirono appunto la creazione di questo nuovo ente che avrebbe riunito «le autorità nazionali responsabili della stabilità finanziaria in importanti piazze finanziarie internazionali, ovvero ministeri delle finanze, banche centrali e autorità di controllo; gruppi internazionali di autorità di regolazione e controllo di settore impegnati nell’elaborazione di standard e codici di buona condotta; istituzioni finanziarie internazionali incaricate della vigilanza sui sistemi finanziari nazionali e internazionali e impegnate a verificare e promuovere l’applicazione degli standard; gruppi di esperti delle banche centrali interessati all’architettura e al funzionamento dei mercati»⁴⁴.

64 (2014); C. DEGENHART, *Legal Limits of Central Banking*, in H. SIEKMANN-V. VIG-V. WIELAND, *The ECB’s Outright Monetary Transactions in the Courts*, IMFS Interdisciplinary Studies in Monetary and Financial Stability, 1/2015, p. 30 ss.; C. GOODHART-R. LASTRA, *Central bank accountability and judicial review*, SUERF Policy Notes, 32 (2018). Cfr. anche N. SCICLUNA, *Politicization without democratization: The impact of the Eurozone crisis on EU constitutionalism*, Carlo Alberto Notebooks, No. 341, December 2013, che prospetta la significativa ipotesi della BCE come “erede” della Corte di Giustizia (p. 13 ss.).

⁴³ Cfr. art. 15 TFUE, sulla base del quale la BCE è soggetta alle regole sul diritto di accesso “soltanto allorché esercit[i] funzioni amministrative”.

⁴⁴ https://web.archive.org/web/20080614141837/http://www.fsfforum.org:80/about/genesis_of_the_fsf.html.

Al Financial Stability Forum fu dunque attribuito il compito di «promuovere la stabilità finanziaria internazionale, migliorare il funzionamento dei mercati finanziari e ridurre la tendenza degli shock finanziari a diffondersi da un Paese all'altro, così destabilizzando l'economia mondiale. Il mandato del FSF è: verificare le vulnerabilità che influenzano il sistema finanziario internazionale; identificare e sovrintendere alle azioni necessarie per affrontarle; e migliorare il coordinamento e lo scambio di informazioni tra le varie autorità responsabili della stabilità finanziaria. Il FSF cerca di dare impulso ad un'agenda multilaterale di ampio respiro per rafforzare i sistemi finanziari e la stabilità dei mercati finanziari internazionali. *I cambiamenti necessari sono messi in atto dalle competenti autorità finanziarie nazionali e internazionali*»⁴⁵.

Ancora una volta, questa fondamentale innovazione nell'architettura di governo dei mercati finanziari è stata realizzata per effetto di un comunicato stampa⁴⁶, ovvero quello con cui si chiuse il G-7 di Petersberg, Bonn, del 20 febbraio 1999. Ad esso fu effettivamente dato seguito, ma per effetto di un'iniziativa politica, mai formalizzata in trattati internazionali o altri atti giuridici di carattere vincolante. Inevitabilmente, dunque, gli atti prodotti da questo organo hanno sempre assunto la forma di atti di *soft law*, con la conseguente impossibilità di sottoporli ad un procedimento di controllo giurisdizionale di qualsivoglia tipo (controllo che viene al più trasferito sugli atti nazionali di recepimento, ma che non sempre appare concretamente praticabile).

Il quadro non mutò quando il FSF fu sostituito, nel 2009, dal Financial Stability Board: l'istituzione di questo nuovo organo avvenne sempre in seno al G-20, anche se in questo caso con la formale costituzione di un'associazione di diritto svizzero⁴⁷ con una sua Charter⁴⁸. Pur con tale formalizzazione, il FSB rimane anch'esso un ente produttore di *soft regulation*, con le stesse caratteristiche del suo predecessore.

Ciò vale più in generale anche per le istituzioni che dell'FSB fanno parte. A titolo di esempio, anche il Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), da cui provengono i ben noti Accordi di Basilea sui requisiti di capitale, ha formalizzato tali regole fondamentali in documenti qualificati sin dalle origini come "report"⁴⁹. Gli Accordi vengono poi recepiti dagli Stati (in Europa, in via indiretta tramite l'Ue) con norme di carattere vincolante, ma riman-

⁴⁵ https://web.archive.org/web/20080331211120/http://www.fsforum.org:80/about/what_we_do.html, corsivo aggiunto.

⁴⁶ https://web.archive.org/web/20061001083016/http://www.fsforum.org/attachments/g7pressrelease_on_establishment_ofFSF.pdf.

⁴⁷ <http://www.fsb.org/wp-content/uploads/FSB-Articles-of-Association.pdf>.

⁴⁸ <http://www.fsb.org/wp-content/uploads/FSB-Charter-with-revised-Annex-FINAL.pdf>.

⁴⁹ <https://www.bis.org/publ/bcbsc111.pdf>.

gono strumenti di *soft law* contro i quali non è possibile esperire alcun tipo di rimedio giurisdizionale.

Appare un mero esercizio teorico immaginare che ad esempio una qualunque società commerciale possa contestare davanti ad un giudice il trattamento di favore riservato da tali Accordi, e dai conseguenti atti di recepimento nazionali, ai titoli del debito pubblico, rispetto alle obbligazioni da essa emesse. La maggior solidità dello Stato rispetto al debitore privato, non importa quanto grande, solido o patrimonializzato, viene presunta *iuris et de iure*, e un'azione giudiziaria rivolta contro tale trattamento di favore non è neppure immaginabile che venga ritenuta ammissibile.

A questo proposito, occorre intendersi: il punto non è che essa verrebbe con ogni probabilità respinta nel merito, per una serie di considerazioni di *Realpolitik*, e per deferenza verso un'amplissima discrezionalità del legislatore. Addirittura, quanto meno in ordinamenti come quello italiano, una simile ipotetica iniziativa giudiziaria non supererebbe neppure il vaglio di ammissibilità, in quanto essenzialmente *extra ordinem* e possibile fonte, se mai accolta, di un inadempimento dell'Italia ai suoi obblighi internazionali ed eurounitari, pur tenuto conto della particolarità sopra ricordata delle istituzioni che concorrono a regolamentare i mercati finanziari a livello globale.

Se si traccia un paragone con quanto accade su scala nazionale con gli atti delle autorità indipendenti, indubbiamente è precluso un sindacato delle norme istitutive, mentre è percorribile la strada del ricorso giurisdizionale contro tutti gli atti di carattere vincolante adottati dalle medesime, ovvero sia quelli relativi ad una singola vicenda, sia in ipotesi – se pur entro limiti più ristretti – anche gli atti regolamentari di portata generale⁵⁰. Viceversa, nel campo che ho esaminato un momento fa, neppure questa strada appare praticabile.

Se possibile ancor più destinata a scontrarsi con il muro dell'inammissibilità sarebbe un'ipotetica iniziativa di un cittadino-contribuente, lungo una direttrice analoga a quella immaginata un momento fa con riferimento ad un istituto bancario, volta ad esempio a chiedere l'applicazione ad altri investimenti delle condizioni fiscali di favore previste per alcune categorie di prodotti finanziari. Del resto, una discriminazione a favore del pubblico rispetto al privato avviene in diversi ambiti, ad esempio in Italia con riguardo alle imposte di successione⁵¹, o in materia di previdenza complementare⁵². Qui non si

⁵⁰ Cfr. tra i molti, M. FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2015, p. 559 ss.

⁵¹ Si pensi all'esenzione dall'imposta di successione per i titoli di Stato.

⁵² Si pensi all'aliquota di favore sui redditi di titoli di Stato inclusi in forme di previdenza complementare, e soprattutto agli obblighi previsti per gli intermediari di investire una quota del patrimonio gestito in titoli di Stato in talune di queste forme.

tratterebbe tanto di un problema di *soft law*, dal momento che le norme di vantaggio per l'investimento nel pubblico sono norme certamente di *hard law*.

Il problema in questo caso è che la richiesta di veder applicato il trattamento fiscale favorevole a tipologie di investimento per le quali non è stato normativamente previsto si scontrerebbe con diversi ostacoli insormontabili: dalla impossibilità per la corte di sostituirsi al legislatore in scelte discrezionali di questo tipo, agli inevitabili riflessi che un'ipotetica decisione di accoglimento avrebbe sulla finanza pubblica.

Altri esempi di regole giuridiche importantissime, ma altresì distorsive, sono quelle relative all'assicurazione sui depositi, che in parte si collegano al già menzionato tema della riserva frazionaria (essendo uno degli strumenti che la rendono praticabile⁵³). Tale assicurazione rende in misura considerevole irrilevanti le differenze di rischio assunto dai vari istituti, così premiando quelli che abbiano assunto un rischio più alto. Al di là delle considerazioni di carattere sistemico, l'istituto che abbia attuato una politica più conservativa si vede evidentemente sfavorito dalla presenza di un'assicurazione sui depositi, ma ciononostante un'iniziativa volta a far valere questo tipo di discriminazione è destinato a sicuro insuccesso, anche là dove non si rivolga contro una regola consolidata, ma contro l'aumento del livello di soglia assicurata, come quello recentemente deciso in occasione della crisi.

Similmente, tutte le operazioni di salvataggio, sia di istituti bancari o altre istituzioni finanziarie, sia di finanze pubbliche in grave difficoltà di liquidità o solvibilità, costituiscono un intervento distorsivo, con alcuni soggetti che ne traggono vantaggio ed altri che invece ne risultano penalizzati, ma non hanno comunque la possibilità di ottenere un vaglio giurisdizionale di tali decisioni che penalizzano anche loro diritti fondamentali come la proprietà, oltre ad un generale principio di affidamento nella stabilità nell'ordinamento giuridico. Tanto meno il singolo cittadino-contribuente appare dotato di strumenti per far valere le proprie prerogative di fronte a questi atti di carattere straordinario che pure incidono profondamente sulla sua sfera giuridico-patrimoniale.

O ancora, per fare un ultimo esempio, altre norme estremamente rilevanti ma immuni da controllo giurisdizionale sono quelle che hanno consolidato negli Stati Uniti l'oligopolio delle agenzie di rating: gli strumenti del diritto della concorrenza appaiono inefficaci, dal momento che il mercato si è consolidato in questo modo per effetto di norme risalenti, e che il conseguente mancato

⁵³ Su questo aspetto e in generale sui temi affrontati in questa parte del lavoro, sia consentito rinviare a R. DE CARIA, *Regolamentazione insufficiente o insoddisfacente? Un'indagine delle possibili cause "normative" alla radice della crisi in Europa e Stati Uniti*, in IANUS, f. 7/12, 9-36 (2012); nonché a R. DE CARIA, *Perseverare diabolicum: the shortcomings of pre-crisis financial regulation, and the repetition of the same mistakes in the regulatory response to the crisis*, in *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*, n. 10-2013 (2013).

emergere di nuovi operatori può difficilmente essere rimediato dalle autorità pubbliche, le quali in effetti hanno addirittura valutato in Europa la praticabilità di promuovere un'agenzia di *rating* di natura pubblica.

4. *Possibili rimedi all'assenza di remedy, dall'apertura al "lobbying giudiziario" alle alternative alla decisione tecnocratica: occorre dare (ancor) più potere alle corti?*

Se l'analisi condotta ai paragrafi precedenti è vera, il discorso non può che spostarsi in conclusione sul piano *de iure condendo*: appare infatti opportuno riflettere sull'esistenza di eventuali modifiche di carattere istituzionale che potrebbero almeno in parte mitigare i problemi evidenziati.

Per quanto riguarda le politiche monetarie, appare invero molto difficile immaginare un sindacato giurisdizionale esteso all'operatività quotidiana delle banche centrali, ovvero alle singole decisioni in cui si manifesta una politica monetaria di per sé decisa e annunciata con atti che, come si è detto, non rivestono il carattere di fonti del diritto, e che sarebbe parimenti improbabile che il legislatore decida di voler ugualmente assoggettare ad uno scrutinio giudiziario.

Da questo punto di vista, l'unica strada realistica che può consentire di raggiungere l'obiettivo di *policy* di restringere la discrezionalità virtualmente priva di limiti delle banche centrali appare consistere nell'assoggettarle a vincoli maggiormente stringenti negli stessi atti che le istituiscono. Quanto meno con riferimento alle politiche non convenzionali, l'esperienza della crisi dovrebbe insegnare che sarebbe assai desiderabile quanto meno ricondurle entro limiti normativamente predeterminati, in modo che non siano del tutto soggette alla discrezionalità delle banche centrali, tanto più delicata e difficile – politicamente e praticamente – da assoggettare a scrutinio sull'onda dell'emergenza.

Di fronte ad una maggior definizione e ad una più precisa tracciatura dei confini entro le quali si possono muovere, le banche centrali si vedrebbero costrette ad attenersi a tali prescrizioni, e ove non lo facessero apparirebbe più praticabile, e destinato a maggior possibilità di successo rispetto ad oggi, l'esperimento di rimedi giurisdizionali da parte o di altre istituzioni (con la necessità di prevederlo espressamente: si pensi ad un'ipotetica azione da parte della Commissione, che oggi – per le considerazioni fatte più in alto – non appare praticabile), oppure di singoli cittadini o di gruppi organizzati di essi.

In assenza di riforme di questo tipo, ricorsi di costituzionalità o azioni variamente riconducibili alla tipologia dell'azione popolare, anche negli ordinamenti in cui tali rimedi siano previsti in via generale, non sembrano poter essere oggi impiegati per questo scopo, e in effetti non si registrano neppure ten-

tativi in tal senso, segno evidente che un'iniziativa di questo tipo appare velleitaria anche in chi si dedichi alla *litigation* per cause di principio⁵⁴.

Ad oggi, in effetti, l'ipotesica condotta di una banca centrale che, anche solo nel campo delle politiche convenzionali, si allontani volontariamente e considerevolmente dall'obiettivo dell'inflazione intorno al 2%, o che comunque non rispetti tale obiettivo per cause da non ritenersi di forza maggiore, sfugge a qualunque tipo di sanzione, nonostante l'enorme impatto economico di tali decisioni. Infatti, non appaiono realisticamente configurabili sanzioni di tipo giuridico, vuoi di tipo civile vuoi di tipo penale-amministrativo, ma anche la sanzione in senso lato politica appare molto debole, se si considera che i mandati possono essere per legge non rinnovabili (come nel caso del presidente della Banca Centrale Europea), o comunque il mancato rinnovo non ha conseguenze di carriera particolarmente gravi per i soggetti che abbiano ricoperto queste cariche, che con grande facilità sono in grado di trovare nuovo impiego nel settore privato, tipicamente con remunerazioni molto superiori.

Forse, sul piano istituzionale, potrebbe apparire ragionevole l'introduzione di strumenti paragonabili all'*impeachment* anche per queste figure: normalmente previsto per i Capi di Stato in situazioni molto gravi e di rottura, questo istituto, a prescindere dalle varie denominazioni che esso può assumere nei rispettivi ordinamenti (ad es., vi si può far rientrare, da questo punto di vista, l'incriminazione del Presidente della Repubblica italiano per alto tradimento o attentato alla costituzione), può essere un'utile valvola di sfogo di fronte ad ipotetiche situazioni di rottura dell'ordine anche costituzionale (essendo ad es. il mandato della BCE contenuto in norme primarie) da parte delle banche centrali.

Evidentemente, si pone qui il problema che si ha con le autorità indipendenti di regolazione: renderle ad esempio soggette anche solo ad un possibile *recall* da parte dell'organo politico che le ha nominate ne rischierebbe di minare la necessaria prerogativa di terzietà e indipendenza, per cui si tende normalmente ad optare per la previsione di una stabilità della carica, a costo di un rischio di impossibilità di intervento in caso di mancato svolgimento corretto del mandato.

Se il *recall* è problematico per i motivi appena esposti, invece la previsione di strumenti di *impeachment* appare un valido compromesso di chiusura del sistema, in grado di consentire una giurisdizionalizzazione quanto meno in casi limite, così da portare davanti ad un organo di giustizia, tipicamente ma non ne-

⁵⁴ Su questi temi, sia consentito rinviare a R. DE CARIA, *La rappresentanza di interessi (lobbying) davanti ai giudici americani: dalla selezione all'operato quotidiano delle corti*, in C. MURGIA (cur.), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 259-280, nonché R. DE CARIA, *Interest representation before courts: a comparative analysis*, in corso di pubblicazione in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. IX (2018).

cessariamente costituzionale, questioni di così rilevante portata che oggi rimangono nei fatti prive di possibilità di controllo, anche appunto nei casi limite⁵⁵.

Un'alternativa da valutare sarebbe la previsione di istituzioni *ad hoc* sul modello dell'*Ombudsman*, attribuendo espressamente ad un organo di apposita creazione il compito di vigilare sull'operato di altre istituzioni, e di attivare un controllo (anche) giurisdizionale in casi di mancato rispetto, da parte di esse, del loro mandato. Il modello scandinavo di *ombudsman* appare infatti dotato di caratteristiche che lo renderebbero prezioso in questo ambito: il compito di controllo sull'operato di altre istituzioni; la possibilità, per quanto teorica, di attivare procedimenti sanzionatori in casi particolarmente gravi; l'apertura alla sollecitazione da parte anche di un singolo cittadino. Si tratterebbe di un'innovazione istituzionale piuttosto ambiziosa, ma non per questo da escludere, pur tenendo conto dell'eterno problema di chi possa poi a sua volta controllare i controllori.

Considerazioni in larga misura analoghe a quelle sin qui fatte si possono svolgere con riferimento alla regolamentazione dei mercati finanziari. In questo campo, un primo cambiamento utile sarebbe il progressivo abbandono del *soft law* come strumento privilegiato di intervento in questo ambito a livello internazionale. Le ragioni della scelta di procedere con la *soft law* sono evidenti e hanno a che fare con la mancata legittimazione ad emanare *hard law* degli organismi di regolazione internazionale. L'acquisizione di tale legittimazione implica verosimilmente un processo al momento non praticabile sul piano politico, per cui si è scelto di intraprendere questa via di compromesso.

Tuttavia, se la ragione di tale scelta è chiara, cionondimeno i suoi inconvenienti non sono trascurabili: in particolare, la regolamentazione con *soft law* si sottrae necessariamente ad una possibilità di verifica giurisdizionale, difettando altresì al contempo sul piano della legittimazione democratica.

In verità, come detto nel paragrafo precedente, questa regolamentazione si trasferisce in norme di carattere vincolante a livello nazionale, ma il controllo giurisdizionale risulta comunque nei fatti impraticabile. Da questo punto di vista, appare difficile immaginare dei rimedi sul piano *de iure condendo*: ciò che occorrerebbe, per consentire ad esempio l'impugnazione del trattamento di favore riservato agli investimenti in titoli di natura pubblica, sarebbe un radicale mutamento di attitudine da parte della giurisprudenza, che però non sembra poter essere imposto d'imperio con atto normativo. A mio avviso, la stessa considerazione vale, *mutatis mutandis*, tanto per le regole sulla riserva frazio-

⁵⁵ Del resto l'*impeachment* ha una sua valenza altresì in termini di deterrenza (un po' come gli strumenti di politica monetaria non convenzionale!): su questi temi, cfr. in via generale E. PALICI DI SUNI, *La giustizia costituzionale*, in particolare § 5, *La giustizia politica*, in EAD. (a cura di), *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011², p. 201 ss.

naria, che come si è visto si collegano strettamente alle politiche monetarie, quanto per quelle sull'assicurazione sui depositi e i salvataggi: di per sé non vi sono ostacoli normativi all'ammissibilità di richieste di scrutinio delle norme regolatrici di questi ambiti, o quanto meno di quelle che modificano lo scenario esistente, ma occorrerebbe un completo cambio di paradigma perché azioni di questo tipo iniziassero ad esser ritenute quanto meno ammissibili.

Per quanto attiene invece alle regole sulle agenzie di *rating*, uno scrutinio appare praticabile solo sul piano del diritto della concorrenza di fronte all'eventuale introduzione di ulteriori barriere legali all'ingresso in questo mercato, ma pur sempre con il problema che a contestarle dovrebbero essere dei concorrenti potenziali che ad oggi non esistono, per cui gli unici soggetti che potrebbero fornire un contributo in tal senso sono le autorità antitrust, il cui intervento potrebbe portare indirettamente ad un pronunciamento anche giurisdizionale.

In conclusione, occorre prendere atto dell'irriducibile differenza, *de iure condito*, tra soggetti pubblici e privati. Per questa ragione, possono essere soltanto esercizi di fantasia giuridica quelli che prefigurino azioni revocatorie di privati titolari di un credito nei confronti dello Stato (ad es. per un rimborso fiscale, o perché dipendenti pubblici, o perché detentori di titoli di debito pubblico, o perché pensionati), contro le azioni dei pubblici poteri che rendano più difficile il soddisfacimento del credito (ad es., proprio i salvataggi bancari): simili azioni sono destinate a non superare neppure il vaglio dell'ammissibilità, e non si vede quale riforma, foss'anche di carattere costituzionale, non sarebbe considerata essa stessa illegittima⁵⁶.

Nonostante ciò, esiste la possibilità di riflettere proficuamente sulle conseguenze che potrebbero avere, nel campo qui considerato, alcune innovazioni di più ampia portata. Sia consentito richiamare studi che in altra sede ho condotto su quello che ho proposto di definire *lobbying* giudiziario, ovvero l'esercizio di strumenti di pressione, volti all'ottenimento di un risultato di *policy* desiderato, non sui tradizionali decisori pubblici, ma sul potere giudiziario⁵⁷.

La possibilità di ricorrere a questa pratica risulta influenzata da una serie di variabili istituzionali. In particolare, possiamo ricordare l'esistenza di strumenti di accesso diretto alla giustizia costituzionale, l'ammissibilità degli *amicus curiae*, la previsione dell'opinione dissenziente, o ancora la disciplina delle azioni di classe. Opportune riforme in questo ambito, volte a promuovere la possibilità di esercitare un'azione trasparente di convincimento sui giudici e di

⁵⁶ Sul tema delle riforme costituzionali incostituzionali, vedi l'importante lavoro di Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

⁵⁷ V. i lavori ricordati sopra, nota 54.

perseguire finalità di *policy* per via giurisdizionale, avrebbero un riflesso anche sul campo che è stato oggetto di questo lavoro. Se fosse più facile in generale accedere alle corti per portare davanti ad esse questioni spesso di principio, anche molte questioni di natura economica come quelle esaminate in questa sede avrebbero alcune opportunità in più di essere prese in considerazione.

L'esigenza di attribuire maggiori spazi decisionali alle corti può apparire controintuitiva e rischiosa, se si considerano i molteplici – e certamente corretti – richiami se non critici, certamente ammonitori, circa la progressiva estensione del potere delle corti nel decidere questioni di natura economica. Eppure, se questo è vero in molti ambiti, come appunto lo è senz'altro, a me pare che si debbano ravvisare diversi altri ambiti in cui il rimedio giurisdizionale è l'unica strada a disposizione per ottenere una qualche minima forma di controllo di decisioni di carattere tecnico (o tecnocratico), come tali presentate come neutrali e quasi necessitate, dietro un'apparente giustificazione economica, ma invece cariche di profonde conseguenze giuridiche. Se non è immaginabile richiedere un fondamento democratico a monte in senso proprio di tali decisioni, appare imprescindibile fare di tutto quanto meno per allargare il più possibile a valle gli spazi per uno scrutinio ad opera del giudiziario.

