

## Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia

Maurizio Cafagno – Francesco Manganaro <sup>(1)</sup>

SOMMARIO: I. Premessa di metodo; a) Limitazioni di campo; b) La struttura del discorso: l'amministrazione pubblica tra regole e mercato; II. Profilo storico: a) Il difficile rapporto tra diritto ed economia; b) Lo sviluppo storico dell'intervento pubblico nell'economia in Italia; III. Profili critici e ricostruttivi: l'amministrazione come attore economico: a) Imparzialità, efficienza e mercato unico; b) Procedure competitive; c) Il gap tra diritto interno e diritto europeo; d) *In house providing*, imprese pubbliche, società miste; e) Considerazioni conclusive; IV. Profili critici e ricostruttivi: l'oggetto della regolazione: a) Il fuggevole oggetto dello Stato regolatore; b) L'anomia giuridica dell'economia globale; c) La regolazione del mercato unico europeo; d) La settorializzazione della disciplina regolatoria a livello nazionale; e) Considerazioni conclusive. Note riassuntive

### I. Premessa di metodo

#### a) *Limitazioni di campo*

Gli allegati alla legge n. 2248 del 1865 non recavano uno spazio dedicato alla materia dell'intervento pubblico in economia, anche se la dottrina ha rilevato che, a dispetto del vuoto, all'epoca fu avvertita prepotente, se non addirittura prioritaria, la preoccupazione di costituire un mercato nazionale (2).

Tornando a pensare oggi ai rapporti tra unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia e riparametrando la riflessione al più ristretto e contiguo intervallo temporale prescelto dall'impostazione dei lavori convegnistici, la domanda che ci siamo posti è se e come l'amministrazione pubblica si sia trasformata e quali spinte unificanti o disgreganti abbia subito per effetto dell'adesione alla Comunità europea e, di conseguenza, per effetto della condivisione dell'obiettivo di contribuire alla creazione di un mercato unico non più circoscritto ai confini del Paese, ma europeo.

---

(1) Nella stesura del lavoro, frutto di una riflessione condivisa, Maurizio Cafagno ha redatto le sezioni I e III, Francesco Manganaro le sezioni II e IV.

(2) S. CASSESE, *Governare gli italiani*, Il Mulino, 2014, cap. 2; ID., *L'Italia: una società senza Stato?* il Mulino, 2012, cap. I; G. NAPOLITANO, *Le norme di unificazione economica*, Riv. trim. dir. pubbl., fasc.1, 2011, p. 97 ss.; per un inquadramento di storia economica generale, tra i molti lavori reperibili in materia, P. CIOCCA, *Centocinquant'anni: per una 'teoria della storia economica' d'Italia*, Rivista di storia economica, 2012, 1, p. 9 ss.; ID., *Ricchi per sempre? Una storia economica d'Italia (1796-2005)*, Bollati Boringhieri, 2007; E. FELICE, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, il Mulino, 2015; F. FORTE, *L'economia italiana dal risorgimento a oggi. 1861 - 2011*, Cantagalli ed., 2011; A. GRAZIANI, *Lo sviluppo dell'economia italiana. Dalla ricostruzione alla moneta europea*, Bollati Boringhieri, 2000; V. ZAMAGNI, *Introduzione alla storia economica d'Italia*, Il Mulino, 2008; tra i lavori dedicati specificamente all'argomento che ha impegnato il gruppo di ricerca, F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dall'Unità d'Italia*, in AA.VV. *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M. SPASIANO, Editoriale scientifica, 2012, p. 185 ss.

In altri termini, ci siamo chiesti quali ricadute abbiano interessato l'amministrazione pubblica italiana, nel passaggio dall'obiettivo di creare uno Stato e un mercato nazionale a quello di partecipare alla creazione di un mercato unico sovranazionale.

E' superfluo notare che praticamente tutte le aree tematiche abitualmente incluse nella caleidoscopica disciplina del diritto pubblico dell'economia sono state investite dalla questione, aree davvero troppo numerose e troppo dense perché il programma di lavoro comune potesse ambire all'organicità e alla completezza.

Con questa consapevolezza, l'approfondimento si è mosso all'interno di più circoscritte coordinate, in parte segnate dai criteri di ripartizione della ricerca concordati e condivisi con gli altri gruppi, in parte espressione di scelte e preferenze degli studiosi che hanno aderito all'iniziativa.

Cadono entro il perimetro delle analisi che abbiamo condiviso sei aree tematiche, all'interno di ciascuna delle quali hanno operato e si sono raccordati sei sotto-gruppi.

La prima area, di taglio più generale, è dedicata a *"Il diritto dell'economia tra unificazione dei mercati e globalizzazione"*.

Essa include (nell'ordine seguito dal programma seminariale dello scorso giugno) il contributo di Eugenio Picozza, *Il diritto dell'economia: strumento di unificazione*, il lavoro di Giulio Napolitano, *L'unificazione amministrativa del mercato: la storia italiana e l'esperienza europea*, lo scritto di Domenico D'Orsogna, *Modelli organizzativi e intervento pubblico nell'economia, tra uniformità e differenziazione*.

La seconda sezione ha per titolo *"Indirizzo e disciplina dei mercati: dalla pianificazione alla regolazione"*.

Qui trovano collocazione i lavori di Paolo Lazzara, *La funzione regolatoria, regime, contenuti e natura giuridica*, Maria De Benedetto, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, Eugenio Bruti Liberati, *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*, Domenico Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato alla devoluzione sovranazionale delle funzioni*; Marco Sica, *Diritto all'informazione e certezza del diritto nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*.

La terza area verte su *"Finanza pubblica e aiuti di stato: strumenti vecchi e nuovi alla prova del diritto UE"* e raccoglie il contributo di Giacinto della Cananea, *Disciplina di bilancio e ordinamento della spesa: concordanze e discordanze*, e di Gabriele Bottino, *Il finanziamento pubblico dell'economia: possibilità, condizioni e limiti*.

La quarta sezione tratta di *"Imprese e servizi pubblici"*, con gli scritti di Giovanni Cocco, *Liberalizzazioni*, Simone Torricelli, *Privatizzazioni*, Emanuele Boscolo, *I servizi pubblici*, Diana Urania Galetta e Gherardo Carullo, *In house providing*.

La quinta è dedicata alla materia dei *"Contratti pubblici"*, grazie agli approfondimenti di Fabrizio Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento normativo*, Gianfranco Fidone, *Il partenariato pubblico-privato*, Gian Franco Cartei, *Infrastrutture e concessioni*, Andrea Fari, *L'uso strategico dei contratti pubblici*.

Il sesto ed ultimo blocco si è infine dedicato a *"Il public enforcement: controllo, vigilanza e tutela"*, con i contributi di Domenico Siclari, *Corte dei Conti e Istituzioni superiori di controllo*, Filippo Zatti, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, Fabio Cintioli, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Niccolò Pecchioli, *Consob e poteri commendatori di conformazione e*

*unificazione del mercato*, Fabio Di Cristina, *L'Autorità nazionale anticorruzione*, Giuseppe Tropea, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*.

Poiché le sei partizioni sono a loro volta passibili di molti approfondimenti e specificazioni, si è inevitabilmente riproposta la necessità di compiere, anche all'interno di ciascuna area, scelte di campo e selezioni tematiche.

La disciplina di banche, moneta, mercati finanziari, sviluppo del Mezzogiorno è rimasta fondamentale eccentrica al baricentro della riflessione (fatta eccezione dei due lavori di Domenico Siclari e Filippo Zatti) anche perché destinata, in sede di programmazione generale, all'approfondimento di altri gruppi.

Mappato il territorio, conviene infine premettere che la relazione che sta ora impegnandoci non asseconderà un taglio ricognitivo, sunteggiando ordinatamente i contributi di settore raccolti; tenuto conto della dinamica "bottom-up" che ha sagomato il lavoro comune, abbiamo trovato preferibile appuntare l'attenzione su due spunti critici trasversali, scelti tra i molti - tutti di grande interesse - ricavabili dall'insieme dei contributi.

Per una trattazione analitica e compiuta delle materie comprese nell'antologia, singolarmente considerate, rinviando alle relazioni dei Colleghi, cui nel corso dell'esposizione faremo comunque doveroso cenno, sia pure in ottica funzionale allo sviluppo dei due profili problematici isolati.

#### *b) La struttura del discorso: l'amministrazione pubblica tra regole e mercato*

L'obiettivo di costituire un mercato unico europeo non postula la standardizzazione dei modelli di azione e di organizzazione delle amministrazioni nazionali, ma richiede flessibili operazioni di bilanciamento.

Come ben evidenziano le relazioni dei Colleghi - ad esempio di Eugenio Bruti Liberati, Andrea Fari, Fabrizio Fracchia, Giulio Napolitano - unificazione non può significare mera uniformazione.

Non occorre indulgere in laboriose analisi di diritto comparato, né scomodare i principi generali che governano il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento europeo, per prenderne atto.

A rigor di logica, la meta della creazione di un mercato sovranazionale aperto e competitivo sollecita la ricerca di un punto di equilibrio tra istanze di omogeneità di regime giuridico, propedeutiche all'abbattimento di barriere alla libera circolazione, e contrapposte esigenze di varietà istituzionale, rese insopprimibili vuoi dal dinamismo del fenomeno economico bisognoso di intervento pubblico (3), vuoi dal peso delle condizioni locali e delle scelte valoriali legittimamente compiute dai singoli ordinamenti (4).

---

(3) G. MIELE, *Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico. Tecnica giuridica e fatto economico, Il diritto dell'economia*, 1956, p. 4 ss.; *ivi* anche G. PUGLIESE, *Momento tecnico e momento politico nel problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico*, p. 119 ss.; T. ASCARELLI, *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, p. 775 ss.; F. CARNELUTTI, *Certezza, autonomia, diritto, libertà*, p. 1185 ss.; E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, p. 1198 ss.; tra gli scritti più recenti, G. CORSO, *Perché la "complicazione"?* in *Nuove autonomie*, 2008, n. 3-4, p. 325 ss.; ID., *Persistenza dello Stato e trasformazioni del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2011, *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, p. 107 ss.; G. DI PLINIO, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in AA.VV., *Crisi economico-*

Lo scritto sulle liberalizzazioni di Giovanni Cocco, richiamando l'attenzione sul Trattato di Lisbona e sui contenuti dell'art. 3 della versione consolidata del TUE (5), sottolinea con vigore che il sistema dei principi europei va dichiaratamente improntandosi a un ideale di "economia sociale di mercato".

La giurisprudenza del Giudice delle leggi è andata dal canto suo evolvendo in una direzione speculare, propensa a includere tra i valori fondamentali protetti dalla Costituzione "l'assetto competitivo dei mercati a tutela delle stesse imprese e dei consumatori" (6).

Naturalmente la necessità logica di trovare un punto di equilibrio tra fisiologiche esigenze di varietà e simmetrici bisogni di uniformità - perno attorno al quale ruotano i meditati lavori di Emanuele Boscolo, Eugenio Bruti Liberati, Domenico D'Orsogna - è assai facile da enunciare, in termini generali, ma è difficilissima da declinare in soluzioni concrete e indicazioni positive, persino nella dimensione statica appena evocata.

A complicar le cose basta poi il modesto supplemento di realismo che permette subito di rendersi conto che la difficoltà dell'operazione di bilanciamento è straordinariamente aggravata dal fatto che economia e ordinamento giuridico (e, al suo interno, la stessa amministrazione pubblica) sono grandi sistemi, tecnicamente complessi, che non soltanto si trasformano di continuo, rispondendo alle loro indipendenti dinamiche endogene, innescate e alimentate da una miriade di processi e strutture che operano e si intrecciano alle più disparate scale di spazio e di tempo, ma incessantemente interagiscono e coevolvono, non di rado imprevedibilmente, spinti dalla labirintica trama di rapporti

---

*finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, a cura di G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI, Giappichelli, Torino 2012, p. 65 ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015; G. ROMEO, *Il paradosso della giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2001, f. 4, p. 1053 ss.; G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Adelphi, 2006, p. 35 ss e passim.; ID., *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, Riv. soc., fasc.4, 2013, p. 749 ss.; M. R., SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, *Foro amm. TAR*, fasc.9, 2010, p. 3041 ss.; A. ZITO,  *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 806 ss.

(4) Si leggano G. PERICU, *Privatizzazione e servizio pubblico*, in *Scritti scelti*, Giuffrè, 2009, p. 833 ss.; ID., *Regolazione e politiche industriali a livello nazionale e locale*, in AA.VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, Giappichelli, 2010, p. 43 ss.; V. CARBONE, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, *Corriere Giur.*, 2011, 2, p. 153 ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit.; N. IRITI, *La concorrenza come statuto normativo*, in AA.VV., *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. LIPARI, I. MUSU, Cariplo - Laterza, 2000, p. 59 ss.; *ivi* anche F. DENOZZA, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, p. 217 ss.; G. LUNGHINI, P. A. MORI, *Per una politica economica della concorrenza*, 203 ss.; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2003, f. 2, p. 337 ss.; sui riflessi ordinamentali generali dello sforzo di comporre spinte uniformanti e istanze locali o individuali, G. CORSO, *Persistenza dello Stato e trasformazioni del diritto*, cit.

(5) Il relativo comma 3 stabilisce che "l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico". Per un commento, tra i molti lavori, AA.VV., *Dalla Strategia di Lisbona a Europa 2020. Fra governance e government dell'Unione europea*, a cura di M. DECARO, Fondazione Adriano Olivetti, 2011, p. 88 ss.; M. LIBERTINI, A "Highly competitive social market economy" as a founding element of the european economic constitution, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 491 ss.

(6) Così, testualmente, C. Cost. 94/2013, richiamata nello scritto di G. COCCO.

non lineari, di retroazione positiva o negativa, con cui scambiano energia, materia e informazioni all'interno della biosfera, sistema più ampio che li racchiude (7).

La presa di coscienza dell'irriducibile livello d'incertezza che fatalmente la complessità fomenta ha indotto studiosi e politici avveduti, costretti a confrontarsi con il tema delle crisi, a riconoscere finalmente che, a dispetto della *hybris* che ha informato e informa un certo pensiero riduzionista, la presunzione di poter dominare e "governare" queste dinamiche, nel senso verticistico e deterministico della parola, promette di risolversi in pericolosa utopia (8).

Abbracciando questa prospettiva sistemica, il contributo di Eugenio Picozza reca una generale e stimolante riflessione sulla perdurante situazione di stallo che attanaglia l'Europa e il nostro Paese.

Alla stregua di una più matura consapevolezza del cambiamento di prospettiva che il trattamento della complessità impone, alle istituzioni e ai decisori pubblici è semmai richiesto lo sforzo di isolare e favorire presupposti e condizioni atti a moltiplicare le probabilità che la coevoluzione dei sistemi bisognosi di armonizzazione – giuridico ed

---

(7) AA. VV., *The Economy as Evolving Complex System II*, a cura di W.B. ARTHUR, S. N. DURLAUF, D. A. LANE, Proceedings Volume XXVII, Santa Fe Institute, *Studies in the Sciences of Complexity*, Addison-Wesley, 1997; W. BRIAN ARTHUR, *Complexity and the Economy*, Oxford University Press, 2014; J. H. HOLLAND, *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Helix Books/Addison-Wesley, 1995; ID., *Signals and Boundaries – Building Blocks for Complex Adaptive Systems*, MIT Press, 2012; *Complexity: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2014; H. SIMON, *L'architettura della complessità*, in *Le scienze dell'artificiale* (trad. it.), Bologna, Il Mulino, 1988, p. 208 ss.; V. AHL, T. F. H. ALLEN, *Hierarchy Theory: A Vision, Vocabulary, and Epistemology*, New York, Columbia University Press, 1996.

(8) In aggiunta agli autori menzionati nella nota che precede, tra i moltissimi lavori che mettono a fuoco il problema interrogandosi sul caso esemplare del rapporto tra economia, istituzioni ed ecosistema, AA.VV., *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, a cura di R. COSTANZA, B. LOW, E. OSTROM, J. WILSON, Boca Raton, Lewis Publishers, 2001; AA.VV., *Social-Ecological Resilience and Law*, a cura di A. S. GARMESTANI, C.R. ALLEN, Columbia University Press, 2014; AA.VV., *Navigating Social-Ecological Systems: Building Resilience for Complexity and Change*, a cura di F. BERKES, J. COLDING, C. FOLKE, Cambridge University Press, 1 ed., 2002; AA.VV., *Panarchy: Understanding Transformations in Systems of Humans and Nature*, a cura di L.H. GUNDERSON, C. S. HOLLING, Island Press, Washington, D.C., USA., 2002; AA.VV., *Resilience and the Behaviour of Large-Scale Systems*, a cura di L. H. GUNDERSON, L. PRITCHARD, Scientific Committee on Problems of the Environment (SCOPE 60), Island Press, Washington, D.C., 2002T.; F.H. ALLEN, J. A. TAINTER, T. W. HOEKSTRA, *Supply - Side Sustainability*, Columbia University Press, New York, 2003; D. ARMITAGE, *Resilience and Administrative Law*, in *Ecology and Society* 18(2): 11, 2013, visionabile all'indirizzo <http://www.ecologyandsociety.org/vol18/iss2/art11/>; si leggano nella rivista online i due volumi specificamente dedicati al tema *Law and Social-Ecological Resilience*; K. N. LEE, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Island Pres, Washington, D.C., 1993; S. LEVIN, *Fragile Dominion. Complexity and the Commons*, Helix Books, Perseus Publishing, Cambridge, Massachusetts, USA, 1999.

Si leggano anche F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, vol. 112, n. 1, p. 13 ss.; M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Laterza ed., 2014; V. L. SMITH, *Teoria, sperimentazione ed economia* (trad. it.), in AA.VV., *Economia del rischio*, a cura di D. PACE, Giuffrè, 2003, p. 443 ss.; ID, *La razionalità nell'economia*, (trad. it.), IBL ed., 2010, *passim*; AA.VV., *Critica della ragione economica*, a cura di M. MOTTERLINI, M. PIATTELLI PALMARINI, Il Saggiatore, 2005; S. RICOSSA, *La fine dell'economia*, Rubbettino, 2006; B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014, <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it>; G. YARROW, *Dysfunctions in economic policymaking. Part I: simple stories, complex systems and corrupted economics*, Regulatory Policy Institute pub., gennaio 2014, [www.rpieurope.org](http://www.rpieurope.org).

economico – proceda lungo traiettorie virtuose o, se non altro, meno esposte al pericolo di fallimenti gravi (9).

In questo quadro concettuale legislatore e apparati amministrativi non possono illudersi di attingere a ricette, a risposte conclusive; piuttosto, paiono chiamati a interrogarsi sugli ingredienti che un buon processo di ricerca di risposte valide dovrebbe possedere (10).

Naturalmente, anche così l'impresa rimane straordinariamente ambiziosa e, nei fatti, sfortunatamente lontana dalla riuscita.

I resoconti periodicamente offerti dai più qualificati osservatori internazionali e nazionali lasciano invariabilmente trasparire i sintomi di un malessere serio e persistente, nel rapporto che lega amministrazione pubblica ed economia, in Italia.

E' vero che queste analisi si avvalgono talora d'indicatori che sono controvertibili, per la loro sommarietà, ma è stato anche giustamente notato che esse finiscono col pesare non poco sulle decisioni d'investimento - soprattutto degli operatori esteri - per l'inquietante convergenza.

Una sintesi aggiornata della situazione ritratta da fonti attendibili - come i report annuali del *World Economic Forum* o della Banca Mondiale (*Doing Business*), gli studi della Commissione Europea, i molti resoconti di Confindustria o di Coldiretti - è stata resa lo scorso anno, nel corso della tavola rotonda che ha chiuso la sessantesima edizione del convegno di studi amministrativi di Varenna, dedicato precisamente al rapporto tra diritto amministrativo ed economia (11).

Poiché trattasi di dati purtroppo noti, quotidianamente sciorinati e discussi dai mezzi di comunicazione, non occorrerà sostare oltre un rapido cenno, in questo ragionamento introduttivo.

---

(9) N. N. TALEB, *Antifragile* (tard. It.), Il Saggiatore, 2013; C. WEIZSACKER, *Come vivere con gli errori? Il valore evolutivo degli errori*, in AA.VV., *Physis: abitare la terra*, a cura di M. CERUTI, E. LASZLO, Feltrinelli, 1988, p. 126 ss.

(10) K. LEE, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, in *Ecological Applications*, 1993, vol 3 n. 4, p. 560 ss.

(11) 60° Convegno di studi amministrativi: «Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese», 18, 19, 20 settembre 2014; si riveda in particolare l'intervento del moderatore, Salvatore Carrubba, già direttore del Sole 24Ore, al momento online al seguente indirizzo: <https://www.youtube.com/watch?v=Mm0-dV4EK88&index=2&list=PLYIAyz3J1197SY8iKyETcrk7bxpf7ILnr>; tra le relazioni al medesimo convegno, enumerando casi di pessima gestione delle regole e delle procedure amministrative, M. AINIS, *La semplificazione complicante*, pubblicata in *Federalismi*, 1 ottobre 2014, visionabile all'indirizzo [federalismi.it](http://federalismi.it); per un resoconto dei rilievi del WEF di poco precedente, G. FONDERICO, *Il rapporto doing business per il 2009*, *Giornale Dir. Amm.*, 2009, 5, p. 551 ss.; sulla criticità dei rapporti tra vincoli regolativi e amministrativi e sviluppo economico, con il corredo di riferimenti agli studi condotti dall'Ocse, M. P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, *Foro amm.* CDS, fasc.3, 2006, p. 1057 ss.; AA.VV., *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, a cura di B.G. MATTARELLA, A. NATALINI, Passigli ed., 2013; AA. VV., *Gli indicatori di competitività dell'economia italiana nel quadro del processo di Lisbona*, a cura di P. RANCI, A. FORTI, Astrid, 2008; M. CLARICH, B. G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, 1, p. 363 ss; M. DE BENEDETTO MARIA, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, il Mulino, 2011; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, vol. 26, n. 81, p. 357 ss. ; B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi : molte, oscure, complicate*, il Mulino, 2011; G. D. MOSCO, *La notte delle regole: responsabilità della politica e problemi di tecnica legislativa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2013, p. 351 ss.; OCSE, *Studi Economici dell'OCSE - Italia, Overview*, febbraio 2015; si veda anche lo studio di cui al resoconto di U. G. ZINGALES, *L'indagine conoscitiva parlamentare sulla semplificazione legislativa e amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.2, 2014, p. 552 ss.; in chiave costruttiva e propositiva, C. R. SUNSTEIN, *Semplice* (trad. it.), Feltrinelli, 2014.

Nel corso del dibattito l'attenzione si è in particolare appuntata su numeri e cifre contenuti nel *Global Competitiveness Report*, per l'anno 2014-15, del *World Economic Forum*, che misura e confronta la competitività di 144 Paesi.

Il prestigioso organismo assegna all'Italia, nella graduatoria complessiva, il 49° posto.

E' una posizione che non sembra pessima, in rapporto alla totalità degli stati messi a confronto (che, si badi, include una moltitudine di Paesi sottosviluppati) ma che è senz'altro deludente, in rapporto agli altri Paesi europei.

Il dato negativo rilevante ai fini di questa introduzione è però un altro.

Il giudizio conclusivo cui approda il documento è espresso attraverso un indicatore che aggrega 12 parametri, a loro volta scomposti in vari sotto-parametri, ciascuno oggetto di classificazione.

I 12 parametri misurano una corrispondente gamma di caratteristiche dei vari Paesi, giudicate capaci di influenzare la competitività delle economie nazionali, come il livello di diffusione dell'istruzione di base o superiore, il grado di infrastrutturazione, la sanità, lo sviluppo dei mercati finanziari, l'efficienza del mercato del lavoro, la propensione all'innovazione tecnologica e altro ancora.

Il primo di questi dodici parametri è correlato alle *Institutions*.

Ora, la consultazione del rapporto (12) permette di costatare che, se nella graduatoria complessiva l'Italia si posiziona al limite inferiore del primo terzo, nelle graduatorie parziali formate attorno alle varie sotto-voci che, nel capitolo *Institutions*, misurano in particolare lo stato di salute dei rapporti tra sviluppo economico e politiche pubbliche, la situazione peggiora drasticamente.

A titolo esemplificativo, in rapporto all'indicatore denominato *Government Efficiency*, l'Italia occupa il 143° posto, cioè il penultimo in classifica, con distacco da paesi come la Croazia, il Libano, l'Angola, il Burundi.

Alla sotto-voce *Ethics and corruption*, il nostro Paese si colloca al 102° posto.

Nella categoria *Public Institutions*, l'Italia compare al 105° posto.

L'indicatore *Favoritism in decisions of government officials* ci vede 135° (la Svezia è nona e la Germania dodicesima, tanto per proporre qualche paragone illustrativo).

Alla stregua del parametro *Burden of Government regulation* risultiamo 142°.

Secondo l'indice *Efficiency of Legal Framework in challenging regulations* siamo 135°.

Alla voce *Wastefulness of government spending* occupiamo il 139° posto.

Ragguagli conformi sono offerti dal saggio di Magda Bianco e Giulio Napolitano - dal titolo emblematico "*Il sistema amministrativo: uno svantaggio competitivo*" - pubblicato nella raccolta degli atti del convegno internazionale tenutosi nel 2011 su "*L'Italia e l'economia mondiale dall'unità a oggi*", a cura di Banca d'Italia.

Lo scritto di Maria De Benedetto, tra i lavori del gruppo, sofferma in particolare l'attenzione sulle lacune della regolazione economica e sulle relative cause, accompagnando l'analisi con una ricca rassegna di ulteriori riferimenti bibliografici.

Pretendere di dipanare qui la matassa dei fattori all'origine delle criticità di cui sono sintomo i dati esemplificativamente ripresi sarebbe a dir poco illusorio.

---

(12) online all'indirizzo <http://www.weforum.org>

Con la percezione del grado di complessità che abbiamo sin qui tentato di trasmettere, almeno epidermicamente, altrettanto velleitaria se non addirittura scorretta si dimostrerebbe la pretesa di stabilire a tavolino, in positivo, quali modelli organizzativi o procedurali e quali livelli di omogeneizzazione amministrativa - o, se vogliamo, di diversificazione amministrativa - siano teoricamente capaci (o si siano storicamente dimostrati in grado) di assicurare una desiderabile conciliazione tra le varie istanze bisognose di confronto, in funzione dell'obiettivo di creare un mercato unico europeo, nelle disparate aree in cui si diffonde l'intervento pubblico oppure nel sottoinsieme, comunque vasto, delle materie trattate dal gruppo.

Come anticipato in apertura, il seguito della relazione, operando una drastica selezione, entro lo spettro degli interrogativi astrattamente possibili e pertinenti, si accontenterà di sviluppare due linee problematiche che ci sembra attraversino diagonalmente gli scritti dei Colleghi.

Le due linee, per certi aspetti speculari, a nostro avviso intercettano due questioni di fondo, tuttora irrisolte, con cui ha dovuto confrontarsi la cosiddetta stagione dello "stato regolatore", che negli anni compresi tra l'inizio e l'attuale declino grossomodo corrisponde all'arco temporale al centro della riflessione convegnistica.

La *prima direttrice* del ragionamento critico, pensando ad un'amministrazione stretta tra regole e mercato, tenterà di mostrare come, in nome di un richiamo non sempre pertinente all'esigenza di presidiare la concorrenza, l'ordinamento interno, equivocando, abbia finito con l'ingessare o viceversa col frantumare l'azione della pubblica amministrazione, nelle vesti di attore economico, tramite una sovrabbondanza di vincoli, regole e conseguenti deroghe, niente affatto giustificate da una corretta lettura dei principi e dalle norme europee cui per paradosso avrebbe preteso di dare attuazione.

L'eccesso non soltanto ha indebolito e appiattito l'amministrazione, anziché unificarla, ma ha finito col compromettere il raggiungimento del retrostante obiettivo sostanziale, di potenziamento del mercato unico.

Questa riflessione prenderà le mosse dagli scritti sui contratti pubblici per poi estendere rapidamente la chiave critica alla materia delle concessioni, dei modelli alternativi di gestione dei servizi pubblici e delle imprese pubbliche o miste, trattate dai lavori su liberalizzazioni, privatizzazioni, *in house providing*.

Se questa prima direttrice intende far emergere difficoltà e problemi in cui lo "stato regolatore" è incappato nello sforzo di conformare l'amministrazione, onde evitare che inquinasse il mercato, seguitando ad affacciarvisi, la *seconda linea* del ragionamento si ripromette di porre in evidenza fattori di indebolimento e di trasformazione della p.a. scaturiti, più che da riflessive esigenze di controllo dei funzionari, dall'obiettiva difficoltà dell'ordinamento giuridico di star dietro ai rapidi e sofisticati movimenti del mercato.

Prendendo spunto dagli scritti in materia di finanza pubblica, regolazione, *enforcement* e *authorities*, verranno qui all'attenzione situazioni nelle quali i cambiamenti dell'amministrazione parrebbero più che altro dovuti al distacco esiziale con cui l'economia, globalizzandosi o trasformandosi, minaccia di distanziare il diritto o impone un sollecito affinamento delle risposte giuridiche volte a prevenire o mitigare una crescente moltitudine di possibili *market failures*.

Chiariti gli obiettivi generali, la prossima sezione (II) si farà carico di una rapida ricognizione storica, ridotta all'essenziale, dei tratti caratteristici dell'intervento pubblico in

economia nei vari periodi, al prevalente scopo di mettere a fuoco la cifra distintiva del modello pertinente all'indagine, idiomatically etichettato come "stato regolatore".

Le due sezioni successive (III e IV), a partire da questa ricognizione, svilupperanno il ragionamento critico, nelle due direzioni annunciate.

## II. Profilo storico

### a) *Il difficile rapporto tra diritto ed economia*

Nella storia delle istituzioni, diritto ed economia hanno sempre intrecciato i loro reciproci rapporti, con influenza vicendevole.

L'ipotesi di fondo, che caratterizza lo sviluppo storico, è che l'economia ha regole proprie che il diritto può solo in qualche modo influenzare<sup>13</sup>, quanto meno perché senza diritto non c'è mercato<sup>14</sup>, tanto che finanche le liberalizzazioni hanno bisogno di misure pubbliche<sup>15</sup>.

In questo senso, anche i classici liberali della scuola inglese ritenevano necessario l'intervento pubblico almeno al fine di garantire la difesa dei diritti di proprietà e per definire le regole dello scambio. Per Adam Smith la libertà "naturale" del mercato ha bisogno di un minimo di garanzie statali, come il corretto funzionamento delle istituzioni, la giurisdizione, la protezione contro le invasioni esterne<sup>16</sup>. Così anche per un liberista come John Stuart Mill, il *laissez-faire* per il mercato ha bisogno quanto meno delle funzioni pubbliche di giustizia e sicurezza. E', perciò, opinione comune che il mercato possa svilupparsi entro una cornice istituzionale regolata dal diritto pubblico, mentre permane una sostanziale differenza circa la specifica influenza che misure pubbliche producono sull'economia<sup>17</sup>.

La storia dimostra, infatti, come l'intervento regolativo del diritto possa essere utile<sup>18</sup> o dannoso per lo sviluppo economico: ne sono prova, quanto al primo aspetto, il sostegno al *boom* economico degli Anni Sessanta, quanto al secondo, il fallimento delle pianificazioni economiche o gli eccessivi costi burocratici per cittadini ed imprese.

Perciò, è oggetto di discussione più che la necessità, la qualità e la misura di un possibile intervento dei soggetti pubblici nel mercato, anche per le influenze ideologiche che caratterizzano la riflessione sul punto.

<sup>13</sup> F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013

<sup>14</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza ed., 2004; P. CIOCCA, *Un diritto per l'economia?* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2002, 887; A. ZITO, *Mercati*, cit.

<sup>15</sup> Osserva M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 85, che le liberalizzazioni hanno bisogno di misure pubbliche asimmetriche, al fine, per esempio, di limitare l'influenza sul mercato delle imprese ex monopolistiche.

<sup>16</sup> Libro quinto *Del reddito del sovrano e della Repubblica* dell'opera *Sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni* del 1776

<sup>17</sup> Per alcune recenti trattazioni generali: E. PICOZZA – V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Milano, 2015

<sup>18</sup> M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, cit..

Recessive appaiono le teorie estreme, per altro enunciate e qualche volta attuate, secondo cui il mercato è in grado di operare da solo e, tutt'al più, l'intervento pubblico è necessario nel caso di fallimento del mercato, così come l'altra estrema – tipica delle economie pianificate – secondo cui i soggetti pubblici debbono programmare lo sviluppo economico.

Invero, la storia istituzionale insegna che una qualche forma di regolazione pubblica in modi, qualità e quantità diversificate è sempre esistita, diremmo in tutti gli ordinamenti, ma certamente in quello del nostro Paese.

In particolare, nell'ottica specifica della nostra ricerca sull'unificazione, si è spesso affermato che la creazione di un mercato unico sovranazionale abbia declassato il ruolo dello Stato, non solo nel senso del trasferimento ad entità sovranazionali delle leve del diritto dell'economia, ma anche nel senso di comprimere le misure attuabili in un ordinamento che intende la concorrenza tra imprese come principio fondamentale.

Appare perciò fondata la tesi secondo cui la regolazione pubblica, nei differenti modi in cui può essere intesa, persista ed anzi trovi nuovi spazi nella realtà sovranazionale<sup>19</sup> per una serie di ragioni che si esporranno meglio in seguito.

Qui è sufficiente constatare che il passaggio dal mercato unico nazionale, creato con l'unificazione risorgimentale<sup>20</sup>, al mercato unico europeo ed a quello globale, modifica profondamente l'intervento dei soggetti pubblici statali in campo economico, ma non ne diminuisce la rilevanza per la stessa sopravvivenza del mercato.

In questo controverso rapporto tra unità economica e giuridica vanno segnalate alcune incongruenze evidenziate dalla dottrina e di cui tener conto circa la possibilità che le categorie economiche vengano strumentalizzate e distorte al fine di conseguire l'unità giuridica. E' stato infatti rilevato che la concorrenza – considerata, nelle sue varie accezioni principio fondamentale dell'ordinamento europeo - ove usata a fini politici per la costruzione del mercato unico, può produrre inefficienze economiche<sup>21</sup>. Perseguire perciò l'unità economica attraverso la concorrenza<sup>22</sup> comporta un uso improprio delle categorie economiche<sup>23</sup>.

L'evoluzione storica disegna, perciò, un fenomeno multiforme e contraddittorio in cui, a volte, il perseguimento di un regime di concorrenza ha dato luogo ad un eccesso di regolazione che non ha favorito l'efficienza economica, mentre in altre occasioni lo stesso fine è stato perseguito attraverso una deregolazione od una soppressione di organismi pubblici, a volte sostituiti da entità sovranazionali.

<sup>19</sup> Secondo M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 110 ss., l'equilibrio raggiunto a livello comunitario tra libertà economica e interessi pubblici quale la concorrenza non trova riscontro sul piano del diritto globale internazionale

<sup>20</sup> P. AIMO, *L'unificazione amministrativa (legge 20 marzo 1865, n. 2248) e l'evoluzione post-unitaria. Comuni e Province, funzioni e controlli (All. A)*, in *Annale ISAP*, 23/2015

<sup>21</sup> R. VAN DEN BERGH - A. GIANNACCARI, *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più e troppo o non (ancora) abbastanza?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 3, 393

<sup>22</sup> Q. CAMERLENGO, *La tutela dell'unità economica nello Stato autonomista italiano*, in *Le Regioni*, 2014, 5-6, 977 ss.

<sup>23</sup> M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 3, 503 ss.; Q. CAMERLENGO, *La tutela dell'unità economica nello Stato autonomista italiano*, cit.

La ricordata molteplicità delle forme e dei modi di intervento o di ritiro delle amministrazioni pubbliche dall'economia va tratteggiata perciò nei suoi tratti storici essenziali per quel che riguarda il nostro Paese.

*b) Lo sviluppo storico dell'intervento pubblico nell'economia in Italia*

b1) Non vi è dubbio che – come già ricordava Romagnosi - ogni atto amministrativo autorizzativo o concessorio possa avere un effetto economico<sup>24</sup>, così come interventi pubblici di tipo infrastrutturale siano pre-condizione per lo sviluppo economico.

Ma la traccia che intendiamo qui seguire per ricostruire in sintesi le vicende storiche dell'intervento pubblico nel nostro Paese, attiene al rapporto strutturale tra politiche pubbliche e iniziativa economica privata. Una seppur sommaria analisi storica è, infatti, il presupposto di una più attenta valutazione circa la situazione attuale.

L'unificazione nazionale, avvenuta con le leggi del 1865, nell'estendere la legislazione piemontese al neonato Stato unitario, non solo ha perseguito lo scopo di unificazione normativa, ma anche quello di creare un mercato unico<sup>25</sup>. Certo si discute ancora oggi sul modo in cui tale unificazione del mercato sia avvenuta, poiché le misure protezionistiche introdotte ed il regime della tassazione ebbero lo scopo di favorire e tutelare la nascente industrializzazione di una parte del Paese, creando o accentuando squilibri ancora oggi attuali. In questo modo si manifesta la prima storica contraddizione quanto all'unificazione, poiché le misure volte a costruire un mercato unico nazionale finiscono per produrre una netta divisione nell'economia del Paese<sup>26</sup>.

La parziale dismissione del patrimonio statale fu più dovuta all'esigenza pratica di recuperare risorse consumate nelle vicende belliche che non ad una convinzione ideologica di stampo liberale, tesa a ridurre lo Stato-proprietario o lo Stato-imprenditore.

L'adesione ad una linea di finanza neutrale non impedì tuttavia – come ricorda della Cananea<sup>27</sup> – al conte di Cavour di impostare una politica infrastrutturale propedeutica allo sviluppo economico attraverso la Cassa depositi e prestiti e di introdurre una nuova disciplina sui bilanci e sul controllo della spesa pubblica.

Senza la creazione di nuovi soggetti pubblici, il primo Stato unitario, attraverso la politica fiscale e dei bilanci pubblici, introduce alcune forme di controllo sull'economia, al fine di realizzare l'unità del mercato, tutelandolo da interventi esterni. Ma – come poi vedremo lungo tutta l'evoluzione storica – l'economia è un oggetto difficile da governare, che obbedisce a regole proprie, cosicché non sempre il decisore pubblico è in grado di perseguire i fini voluti, come nel caso appena citato di un mercato unico che invece crea una dicotomia interna tra Nord e Sud del Paese.

<sup>24</sup> Citato da F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche*, in M. R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, Atti del Convegno del 6 dicembre 2011, Napoli, 2012, 185 ss.

<sup>25</sup> P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1978; M. NIGRO, *Il governo locale, I, Storia e problemi*, Roma, 1980

<sup>26</sup> S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2012, 9

<sup>27</sup> G. DELLA CANANEA, *Disciplina di bilancio e ordinamento della spesa: concordanze e discordanze*, in questo *Volume*

b2) Agli inizi del Novecento, anche grazie alle idee degli ordoliberali di Friburgo, la connessione tra diritto ed economia produce l'idea di una costituzione economica<sup>28</sup>.

Lo sviluppo economico del Paese appena unificato ha bisogno di nuovi soggetti pubblici in grado di realizzare prima di tutto infrastrutture per gli investimenti, come avviene con la creazione dell'Azienda delle Ferrovie dello Stato nel 1905. In uno Stato che inizia ad essere dispensatore di beni si comincia a porre – seppure in embrione – una questione che condiziona gli eventi futuri. Se nei regimi democratici il fine dell'eguaglianza comporta aumento della spesa, succede che “la finanza da semplice mezzo finisce con [il] prevalere sui fini stessi dello Stato moderno”<sup>29</sup>. Ritorna anche qui la consapevolezza che l'oggetto regolato finisce per influenzare il regolatore.

La moltiplicazione dei soggetti pubblici di uno Stato interventista-produttore è di tutta evidenza nella ricostruzione successiva alla prima guerra mondiale e soprattutto con l'avvento del regime fascista. La rivoluzione organizzativa - con un deciso intervento nell'economia - avviene negli Anni Venti, in parte per una precisa scelta ideologica circa il controllo dei mezzi di produzione ed in parte per la necessità di un massiccio intervento pubblico a sostegno dell'ancora fragile tessuto industriale dopo la grande crisi del 1929. E' il periodo delle holding-società pubbliche (IRI, ENI, EFIM), per le quali viene coniata la nuova ed ambigua categoria degli enti pubblici economici, vere e proprie imprese commerciali con garanzia pubblica. La gestione in parallelo di settori economici attraverso i ministeri e gli enti pubblici economici rivela già quanto possano essere differenziate e compresenti nello stesso periodo storico e sul medesimo territorio forme diverse di rapporto tra soggetti pubblici e realtà economiche.

Si completa così, peraltro, lo strumentario di soggetti pubblici attraverso cui lo Stato interviene nell'economia: dall'ente pubblico-ministero all'azienda organo fino alla holding pubblica<sup>30</sup>.

Il sostegno al mercato, utile in questa fase, si dimostrerà molti anni dopo come il principale motivo dell'indebitamento pubblico dovuto non solo a dinamiche di mercato, ma a pesanti illecite intromissioni dei partiti nella gestione.

Ma, rimanendo agli anni Venti, non può non rilevarsi – quanto ai modelli di intervento - che attraverso il sistema delle partecipazioni pubbliche, lo Stato si introduce nel mercato non più, come aveva fatto fino ad allora, attraverso norme (quale l'imposizione di tasse o di regole sui bilanci), ma direttamente come soggetto produttore di beni e servizi. In questo caso, la moltiplicazione dei soggetti pubblici incide direttamente sul mercato, pur se non bisogna dimenticare che, oltre alle partecipazioni statali, lo Stato, in quel torno di tempo, sostiene la ripresa delle imprese private attraverso massicce sovvenzioni e legislazioni speciali di settore.

<sup>28</sup> S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 6, 907. Dubita della consistenza del concetto di costituzione economica, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

<sup>29</sup> V. E. ORLANDO, citato nello scritto di G. DELLA CANANEA, *Disciplina di bilancio e ordinamento della spesa: concordanze e discordanze*, in questo *Volume*

<sup>30</sup> Sono secondo F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche*, cit., 186, le figure organizzative tipiche dell'intervento pubblico

b3) L'approvazione della Costituzione della Repubblica apre un nuovo capitolo dell'intervento pubblico<sup>31</sup>. Nel titolo relativo ai rapporti economici si ribadisce la presenza di un'economia mista in cui convivono proprietà pubblica e privata<sup>32</sup>, benché quest'ultima venga funzionalizzata all'utilità sociale. Sono troppo note le vicende esegetiche di questo inciso e l'ampio dibattito sul contenuto minimo del diritto di proprietà privata. Qui è sufficiente ricordare un'evoluzione della norma sulla proprietà, che muta da diritto assoluto di godere e disporre della cosa (art. 463, cod. civ. 1865) a diritto sottoposto ad obblighi (art. 832 cod. civ. attuale), configurando così un diritto già intrinsecamente limitato.

Alla tutela del diritto di proprietà consegue la libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)<sup>33</sup>, benché anche in questo articolo si rivelino le varie anime dei costituenti, poiché come per la proprietà, l'iniziativa economica dei privati non può essere contraria, tra l'altro, all'utilità sociale ed è sempre sottoposta, con l'attività economica pubblica, a programmi e controlli.

La polivalenza ermeneutica del testo, dovuta peraltro all'encomiabile sforzo dei costituenti di trovare un compromesso ideologico, conferma che siamo di fronte ad un'economia mista, in cui uno degli attori – il soggetto pubblico – può svolgere attività d'impresa o diventare soggetto regolatore di un mercato in cui operano insieme soggetti pubblici e privati. Appare prevalente il modello economico dell'iniziativa privata prevista dal primo comma dell'art. 41, poiché il limite posto dal secondo comma riguarderebbe casi di interessi pubblici specifici, senza intaccare il modello generale di organizzazione economica<sup>34</sup>.

b4) Negli anni '60-'70 del Novecento il miglioramento delle condizioni economiche è dovuto allo sviluppo della produzione industriale e manifatturiera, dovuta certo all'intraprendenza di una parte dell'imprenditoria italiana, ma fortemente sostenuta da cospicue sovvenzioni statali, da scelte politiche volte al rafforzamento di alcuni settori merceologici, dal miglioramento della condizione infrastrutturale del Paese, precondizione necessaria di ogni sviluppo economico e sociale<sup>35</sup>. Si realizza così un nuovo tipo di intervento pubblico in ambito economico in cui, allo Stato produttore, si affianca uno Stato finanziatore o uno Stato maieutico che aiuta e sostiene lo sviluppo. E' significativo osservare come le forme di intervento possano intrecciarsi e sovrapporsi, cosicché ad

<sup>31</sup> P. GROSSI, *La costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 3, 607 ss.

<sup>32</sup> G. VISENTINI, *Lo Stato nell'economia liberale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 10, 1109 ss.

<sup>33</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ed iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1992, 1, 3 ss.

<sup>34</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, 28

<sup>35</sup> E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, in questo *Volume*, sostiene che "tutto è andato bene fino a quando il modello capitalistico dell'accumulazione non ha subito scossoni o sconfitte e comunque si è saputo riprendere, ad esempio dopo la grande depressione degli anni venti dello scorso secolo. Per quanto ci riguarda più direttamente possiamo affermare al quanto ottimisticamente che detto periodo si è protratto all'incirca fino alla fine degli anni settanta dello scorso secolo. Ma dopo è tutta un'altra storia ed è compito di un giurista indipendente narrarla senza pregiudizi e senza veli".

esempio, la scelta di privilegiare il trasporto su gomma coinvolga sia un'azienda di Stato quale l'Alfa Romeo sia una grande azienda privata come la Fiat.

Sono, peraltro, gli anni delle grandi conquiste dello Stato sociale, della scolarizzazione di massa e del sistema sanitario e previdenziale nazionale.

Per altro verso, sono questi gli anni in cui si consolida una realtà ordinamentale sovranazionale quale l'Unione europea<sup>36</sup>, la cui prima espressa ambizione è quella di creare un mercato unico delle persone e dei beni, mettendo in atto misure che, per favorire la concorrenza<sup>37</sup>, finiscono a volte per aggravare la disciplina e l'organizzazione statale o, viceversa, creano le premesse per un declino dell'organizzazione statale di molti settori produttivi ora sottoposti alle regole ed all'organizzazione sovranazionale<sup>38</sup>.

Gli anni '80 sono quelli in cui si percepisce la crisi dell'intervento pubblico e si cominciano ad adottare rimedi diversi dal passato, la cui efficacia, tuttavia, sarà minore rispetto alle aspettative.

L'idea di una società del benessere in cui le conquiste di livelli sociali adeguati possano essere offerti a tutti, ma soprattutto l'eccesso dell'intermediazione politica determinano gli sprechi della spesa pubblica, le cui nefaste conseguenze saranno presto evidenti. La crisi dei grandi enti di gestione - spesso dovuta a deviazioni patologiche quale la creazione di fondi neri per i partiti politici - segna la definitiva involuzione di una modalità dell'intervento pubblico nell'economia.

*b5)* La percezione di una crisi si manifesta pienamente agli inizi degli Anni Novanta. E' prima di tutto una crisi della politica, simbolicamente rappresentata dagli eventi di Mani pulite, che segnano un ipotetico passaggio alla Seconda Repubblica. Una crisi che non può non ricadere sull'intervento pubblico per l'evidente commistione tra partecipazioni statali e partiti politici.

Vi sono, tuttavia, altri elementi che configurano una netta cesura con il passato e determinano la necessità di nuovi strumenti di intervento. Guardando il livello nazionale, il 1990 è l'anno del rinnovamento del diritto amministrativo per le coeve leggi sul procedimento e sugli enti locali. In ambedue i casi, seppure per ordini di fattori diversi, le amministrazioni pubbliche subiscono una profonda innovazione. Con la legge sul procedimento, la funzione amministrativa diventa partecipata e oggetto di accordi con i privati, con la legge di riforma degli enti locali, la funzione di governo - compreso lo sviluppo economico - prima di esclusiva competenza statale, viene condivisa con gli enti territoriali.

Gli effetti sull'intervento pubblico nell'economia non appaiono evidenti e diretti, ma sono invece profondamente consequenziali. L'allentamento dei vincoli pubblicistici - in linea con la disciplina europea sugli appalti pubblici - indurrà ad un'ampia liberalizza-

<sup>36</sup> D. SORACE, *L'amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico*, 2013, 1, 167 ss.

<sup>37</sup> Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15, "fattori culturali e fattori giuridici convergono nell'indirizzare la legislazione verso l'impiego di modi di azione diretti alla realizzazione di un'economia di concorrenza".

<sup>38</sup> Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, cit., 18, "all'interno del c.d. principio di concorrenza si suole riunire due diversi tipi di norme: quelle che riguardano i comportamenti vietati perché distorsivi del confronto competitivo tra le imprese, e quelle che riguardano la conformazione dei mercati. I due ordini di norme devono essere tenuti distinti, perché il fondamento costituzionale ed europeo delle prime è indiscusso, mentre non si può dire lo stesso delle norme del secondo tipo".

zione degli strumenti contrattuali fino a giungere al partenariato pubblico-privato<sup>39</sup> o al dialogo competitivo, istituti innovativi rispetto all'amministrazione tradizionale. D'altra parte, il rafforzamento degli enti subnazionali, iniziato con la l. 142/90, non solo indebolisce le funzioni dello Stato, ma dà vita ad un nuovo modello di intervento nell'economia, attraverso le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, la cui felice intuizione troverà però diversi ostacoli: l'impreparazione degli enti territoriali a gestire una società commerciale, la volontà di utilizzare le società a fini clientelari per la maggiore facilità di assunzioni, la poca lungimiranza della classe imprenditoriale nonché le difformi interpretazioni della giurisprudenza nazionale e di quella comunitaria sulla scelta del socio privato e sulle modalità di affidamento del servizio.

La percezione – ancora non del tutto evidente – dell'insostenibilità del debito pubblico e l'orientamento al mercato unico europeo induce ai primi timidi tentativi di privatizzazione e liberalizzazione<sup>40</sup>.

L'esigenza di allontanare la politica dalla gestione dà luogo alle forme di ritrazione dello Stato dalla produzione, secondo un modello che è noto come lo Stato regolatore<sup>41</sup>. A questo contribuisce in maniera determinante altresì la sempre più forte presenza del diritto comunitario, che vede nello Stato finanziatore (ad esempio, con gli aiuti di Stato) un pericolo per un mercato aperto alla concorrenza.

Sono gli anni delle vere o presunte liberalizzazioni e privatizzazioni, della riforma del sistema bancario, della modifica del sistema di contabilità pubblica, dell'apertura del mercato dei servizi pubblici locali, della creazione di un ampio numero di Autorità amministrative indipendenti<sup>42</sup>.

Sui contorni, i pregi ed i limiti dello Stato regolatore non andiamo oltre, poiché ci torneremo specificamente nelle parti successive del presente lavoro.

Si giunge così alla grande crisi del 2008, secondo alcuni dovuta – nell'ottica della nostra analisi – ad un mancato controllo del diritto sulle operazioni finanziarie delle banche, con le disastrose conseguenze prodottesi prima negli Stati Uniti e poi estese a tutto il mercato globalizzato. Questa pesante crisi (non solo) finanziaria non potrà essere affrontata nel nostro Paese con politiche pubbliche di investimenti per il pesante debito pubblico, a cui si aggiunge il sostanziale fallimento di politiche di liberalizzazione e di apertura dei mercati dei servizi pubblici locali.

La coscienza di essere di fronte ad una crisi sistemica e non solo contingente sollecita ad un ripensamento circa nuove modalità di sviluppo sostenibile fino alle varie ipotesi di decrescita, in un rinnovato rapporto con l'ambiente naturale, oggetto di uno sfruttamento economico non più sostenibile. Esplodono così le contraddizioni globali di un mondo in cui la presunta unità globale del mercato è contraddetta da profonde disegualianze tra zone sviluppate, emergenti e sottosviluppate. Gli effetti dirompenti sistemici

<sup>39</sup> Nella vasta produzione dottrinale sul punto, si segnala: M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano 2013

<sup>40</sup> G. COCCO, *Liberalizzazioni*, in questo *Volume*; S. TORRICELLI, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dalla unitarietà alla disgregazione dei modelli*, in questo *Volume*

<sup>41</sup> M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in questo *Volume*; P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in questo *Volume*

<sup>42</sup> F. CINTIOLI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, in questo *Volume*; N. PECCHIOLI, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del mercato*, in questo *Volume*; F. DI CRISTINA, *L'autorità nazionale anticorruzione*, in questo *Volume*

sono evidenti nelle epocali migrazioni di intere popolazioni che non solo scappano dalle guerre, ma sono anche alla ricerca di migliori condizioni di vita.

Voler rispondere da parte dell'Europa a questa crisi sistemica con i tradizionali modelli di sostegno allo sviluppo, ricorrendo a maggiore o minore liquidità, al controllo dei tassi di interesse, alla più o meno drastica riduzione del debito pubblico non appare risolutivo, come peraltro dimostra il perdurare della crisi<sup>43</sup>.

In questo contesto, secondo quanto ci siamo proposti e tenendo conto degli elementi di riflessione emersi dall'analisi storica, ci si accinge ad analizzare le modificazioni dell'organizzazione amministrativa che intende creare adeguate condizioni strutturali per uno sviluppo economico.

### III. Profili critici e ricostruttivi: l'amministrazione come attore economico

#### a) Imparzialità, efficienza e mercato unico

Secondo il programma anticipato nel preambolo, la relazione si accinge ora ad avviare un ragionamento critico che verte sull'intervento pubblico diretto in economia, lungo un filo rosso che ci sembra percorra gli scritti su contratti, servizi pubblici, concessioni, privatizzazioni e liberalizzazioni.

L'argomento centrale di questa riflessione si presta a una rapida schematizzazione, che uno scrupolo di chiarezza suggerisce di porgere subito.

Abbiamo già notato che il paradigma dello "stato regolatore" – calato in una cornice europea che in linea generale non osteggia le economie miste e proclama indifferenza rispetto al regime di proprietà (cfr. D. U. Galetta, G. Carullo) - non preclude all'amministrazione di indossare i panni di attore economico, bensì pretende il rispetto di principi e vincoli volti ad impedire che essa, negoziando o autoproducendo (o architettando formule che si posizionano in zona intermedia tra le due opzioni) distorca la concorrenza e innalzi barriere alla libera circolazione (44).

<sup>43</sup> E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, cit., "conclusivamente tutte queste considerazioni sembrano scalfire l'entusiasmo e la fiducia di affrontare la crisi sistemica dell'economia con i soli mezzi della emergenza economico/finanziaria".

(44) AA.VV., *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. TESAURO, M. D'ALBERTI, Il Mulino, 2000; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Giappichelli, 2014, p. 165 ss.; A. CARULLO, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2005, p. 225 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, AA.VV., *La Costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. PINELLI, T. TREU, il Mulino, 2010, p. 127 ss.; G. CORSO, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, *Istituzioni del Federalismo*, 2007, f. 2, p. 279 ss.; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, 2000; A. MASSERA, *Impresa Pubblica*, voce Treccani, 2014, <http://www.treccani.it/>; E. PICOZZA, V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Giappichelli, 2013, p. 65 ss.; V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, 1997, n. 4, p. 627 ss.; G. C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Giappichelli, 2006, p. 62 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, *Diritto amministrativo*, 2013, p. 15 ss.; ID., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, 2014, p. 26 ss.; quanto ai modelli di regolazione dell'economia e al loro possibile fondamento teorico, basti un rinvio ad A. OGUS, *La regolazione dei servizi privatizzati*, in AA. VV., *I servizi a rete in Euro-*

In questa logica, la meta dell'abbattimento di ostacoli alla libera circolazione e l'obiettivo della tutela della competizione pongono senz'altro - nel nostro Paese forse più che altrove - l'urgenza di mitigare i problemi creati dalla distribuzione asimmetrica dell'informazione che, all'interno dell'apparato amministrativo, offusca la supervisione delle condotte degli agenti pubblici o delle decisioni rimesse alle disparate articolazioni organizzative (45).

E' risaputo che queste asimmetrie creano condizioni propizie all'opportunismo, che a sua volta può indurre organi e funzionari amministrativi a perseguire vantaggi di parte - a discapito dell'utilità collettiva - quando si tratti di attingere a risorse comuni.

Queste pratiche preoccupano l'Unione europea non soltanto e non soprattutto come motivo immediato di spreco del denaro dei contribuenti, quanto piuttosto come fattori d'inquinamento del mercato e come causa di disincentivo degli operatori economici a partecipare agli scambi su scala sovranazionale.

Alla luce degli episodi di cronaca che troppo spesso impegnano le pagine dei nostri quotidiani e degli allarmanti resoconti che la magistratura contabile o le autorità di vigilanza periodicamente diffondono, diviene persino superfluo sottolineare che il problema è molto serio e non ammette sottovalutazioni.

Occorre però considerare che una barriera non meno esiziale allo sviluppo degli scambi economici nasce dal rischio di inefficienza.

La conformazione inefficiente o l'uso improprio degli strumenti con cui l'amministrazione opera sul mercato erodono fatalmente il *surplus* che le transazioni economiche sono in grado di generare, sacrificandone l'appetibilità e dunque compromettendo l'interesse delle imprese a prendervi parte e la propensione degli investitori a valicare i confini nazionali.

Politiche efficaci di promozione e di salvaguardia della libera circolazione e della concorrenza, nei vari ambiti dell'intervento diretto, postulano dunque l'assoggettamento delle amministrazioni pubbliche o delle loro emanazioni a un regime capace di coniugare ambedue gli obiettivi (imparzialità ed efficienza), con la coscienza dei loro potenziali attriti.

Intendiamo mostrare ora che, in forza di una lettura superficiale e stereotipata dei principi europei, la prassi amministrativa e giurisdizionale e persino la legislazione interna hanno tenacemente assecondato, nel periodo sul quale siamo chiamati a riflettere, una discutibile propensione (che tuttora sopravvive) a risolvere il tema della tutela della con-

---

*pa*, a cura di E. FERRARI, Cortina, 2000, p. 19 ss.; P. CIOCCA, *Come funziona, e non funziona, una economia di mercato*, in AA. VV. *Economia per il diritto*, a cura di P. CIOCCA, I. MUSU, Bollati Boringhieri, 2006, p. 19 ss.; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Rivista trimestrale di dir. pubbl.*, 1998, f. 3, p. 629 ss.

(45) Per un'introduzione teorica al tema, G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, 2009, p. 203 ss.; F. FORTE, *Principi di economia pubblica*, Giuffrè, 2000, p. 195 ss.; AA.VV., *La teoria economica dell'organizzazione*, a cura di G. BROSIO, *Quaderni di "problemi di amministrazione pubblica"*, Formez n. 13, Il Mulino, 1989; *ivi*, in part., T. M. MOE, *La nuova economia dell'organizzazione*, p. 25 ss; di R. H. COASE, *La natura dell'impresa*, p. 167; E. F. FAMA e M. C. JENSEN, *La separazione della proprietà dal controllo*, p. 213; D. NORTH, *Una teoria neoclassica dello Stato*, p. 281; T. E. BORCHERDING, *Per una teoria positiva dell'organizzazione dell'offerta del settore pubblico*, p. 299; C. M. LINDSAY *Una teoria degli enti pubblici*, p. 377; di J. TIROLE, *Gerarchie e burocrazie. Il ruolo della collusione nelle organizzazioni*, p. 391; B. R. WEINGAST E, W. J. MARSHALL *L'organizzazione industriale del Congresso; ovvero, perché le assemblee legislative, come le imprese, non sono organizzate alla stregua di mercati*, p. 435; M. RAITERI, *Diritto, regolazione, controllo*, Giuffrè, 2004, p.125 ss.

correnza in quello dell'imparzialità dell'amministrazione, sottovalutando sistematicamente il tema dell'efficienza.

Questa distorsione di prospettiva si è riverberata sulla struttura e sull'azione amministrativa provocando sclerosi e frammentazioni, piuttosto che unificazione, a danno dell'apertura del mercato.

Muoveremo dalla materia trasversale delle gare – che nelle sue variegata sfaccettature è approfondita dai lavori di Giovanni Cocco, Fabrizio Fracchia, Gian Franco Cartei, Gianfrancesco Fidone, Simone Torricelli, Diana Urania Galetta e Gherardo Carullo - per illustrare la tesi.

Isolato l'equivoco su questo primo versante, basteranno poche battute per mostrare che esso si ripresenta analogo in tema di imprese pubbliche e modelli di gestione dei servizi pubblici.

#### *b) Procedure competitive*

La disciplina delle gare - plasmata da un processo di osmosi tra ordinamenti in corso ormai dai primi anni '70, epoca in cui sono state emesse le iniziali direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e forniture - riflette emblematicamente il dissidio tra bisogni concorrenti alla costituzione di un mercato unico (46).

Semplificando, possiamo dire che la disciplina racchiude due anime; la più antica costituisce retaggio dell'originaria normativa contabile nazionale, la più recente discende dal diritto europeo (47).

La prima interpreta automatismi concorsuali e regole di trasparenza come strumenti di controllo delle decisioni di spesa e delle condotte amministrative (48).

Osservata in questa prospettiva la gara, metaforicamente parlando, funge da "gabbia", cioè sopperisce agli inevitabili deficit dei controlli postumi - aggravati appunto

---

(46) Dimostrativo della varietà di obiettivi che il diritto vigente ascrive alle procedure di gara è l'art. 2 c. 1 del D. Lgs. 163/2006; in tema, G. FIDONE, *Principi e disposizioni comuni*, AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Giappichelli, 2010, p. 46 ss.; ivi anche L. PROSPERETTI, M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una prospettiva economica*, p. 27 ss.

Nell'ambito della vastissima letteratura giuridica in tema di procedure concorsuali, limitando il richiamo ad un cenno, AA. VV., *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. SORACE, Editoriale scientifica, 2013; AA. VV., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G. A. BENACCHIO G.A., M. COZZIO, Milano, EGEEA, 2012; AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, cit.; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1982, p. 317 ss.; G. PERICU, *La disciplina degli appalti pubblici in Italia*, in *Scritti scelti*, cit., p. 631 ss.; G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, Bologna, 2005, p. 283 ss.; E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Utet, 2010, p. 29 ss

(47) Tra i molti, AA.VV., *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. COMPORTEI, Editoriale Scientifica, 2011; P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 2, p. 129 ss.; si consenta un rimando a M. CAFAGNO, *Lo stato Banditore*, Giuffrè, 2001; ID., *Flessibilità e negoziazione: riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5-6/2013, p. 991 ss.

(48) Basti un rinvio a F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, Vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1982, p. 317 ss.; M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1981, p. 459 ss.

all'asimmetria informativa che sfavorisce l'istituzione pubblica nel rapporto con i propri incaricati - tramite la preventiva e precauzionale imposizione di rigidi protocolli decisionali, volti a neutralizzare il pericolo di indebiti condizionamenti.

Assumendo che sarebbe illusorio tentar di governare e controllare le condotte dei funzionari mediante la sola verifica, a posteriori, dei risultati conseguiti, una rigorosa procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta, a priori, si erge a misura utile a prevenire arbitrii, nella consapevolezza del fatto che le amministrazioni sono pur sempre strutture che si aprono alla realtà attraverso gli atti e i comportamenti dei loro organi e dei loro agenti (49).

Questa logica induce a considerare tanto più desiderabili quelle rigidità procedurali che meno spazio concedono alla libertà valutativa dei funzionari e, quindi, alla possibilità di uno sfruttamento opportunistico del vantaggio informativo da essi detenuto, a danno dell'ente e della collettività.

Adottando il secondo e alternativo angolo visuale – sinora valorizzato dalla riflessione economica assai più che dalla dottrina giuridica - le procedure concorsuali si prestano a essere indagate non soltanto come meccanismi di controllo, ma anche come mezzi di allocazione efficiente di beni, cioè, se vogliamo, come dispositivi di emulazione controllata delle dinamiche concorrenziali.

Sforzandosi di distillare e di riprodurre artificialmente, all'interno del procedimento, le interazioni tipiche di un mercato competitivo, possono consentire alla committenza pubblica di sfruttare l'antagonismo tra gli aspiranti per mitigare un secondo problema di asimmetria informativa, qualitativamente diverso, nascente dalle debolezze conoscitive che, a potenziale discapito della collettività, concedono spazio all'opportunismo delle potenziali controparti e degli operatori privati, piuttosto dei funzionari pubblici (50).

Se il primo approccio induce un criterio di favore per l'abbattimento della discrezionalità, questo secondo punto di vista preme in una direzione contraria.

L'ormai solida letteratura specialistica in materia di aste, sviluppatasi al crocevia tra economia, matematica e teoria dei giochi, muovendo dalla pietra miliare costituita dal c.d. "teorema di equivalenza" di Vickrey, opportunamente richiamato dal contributo di Gianfrancesco Fidone sui partenariati, mostra che semplicemente non esiste un prototipo di gara invariabilmente capace di assicurare risultati efficienti (51).

---

(49) Cfr. I. RIZZO, *I contratti nella Pubblica amministrazione: considerazioni metodologiche per una verifica empirica*, in *Econ. pubbl.*, 1994, p. 7 ss.; N. DONI, P. A. MORI, *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, in AA.VV., *Le gare pubbliche*, cit., p. 41 ss.

(50) Tra i numerosissimi lavori, AA.VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, Cambridge University Press, 2006; AA.VV. *The Economic Theory of Auctions*, vol. I e II, a cura di P. KLEMPERER, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999; P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, Nuffield College, Oxford, feb. 2001 (<http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klempere/>); N. DONI, P. A. MORI, *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, cit.; K. M. SCHMIDT E M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, in H. GIERSCH (ed.), *Privatization at the End of the Century*, Berlino, 1997, p. 97 ss.; E. WOLFSTETTER, *Auctions: An Introduction*, in *Journal of Economic Surveys*, 1995, 10(4), p. 367 ss.; si consultino infine i saggi online all'indirizzo <http://www.market-design.com/library-general.html>.

(51) Nel famoso scritto intitolato *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, pubblicato sul *Journal of Finance*, 1961, 16(1), p. 8 ss., WILLIAM WICKREY, premio nobel per l'economia nel 1996, ha dimostrato col teorema che i quattro prototipi di asta maggiormente diffusi nella pratica, tanto pubblica quanto privata - cioè la gara a offerte palesi al rialzo, la gara a offerte palesi decrescenti, la gara in busta chiusa alla miglior offerta o al prezzo più conveniente, la gara in busta chiusa al secondo miglior prezzo – esemplificativi, nelle loro diversità, del gran-

La conveniente modellizzazione dei procedimenti selettivi richiede viceversa un malleabile adattamento delle regole d'interazione alle caratteristiche del banditore, dei partecipanti, delle transazioni in gioco, del mercato di riferimento.

Poiché l'obiettivo di innalzare efficienza e convenienza impone disegni procedurali flessibili e diversificati, ne discende l'invito a guardarsi dalla rigida standardizzazione.

Sfortunatamente, all'aumentare della complessità delle operazioni economiche cui le gare sono funzionali cresce anche l'idiosincrasia tra la chiave di lettura suggerita dal problema del controllo e la chiave di lettura suggerita dalla meta dell'efficienza.

Anche qui non è possibile dilungarsi quanto sarebbe necessario ad esaurire il tema.

Limitando il commento a qualche rapido cenno e rinviando agli scritti del gruppo dedicati a contratti e concessioni, per coerenti sviluppi e indicazioni bibliografiche, basti segnalare che gli automatismi propedeutici all'intensificazione del controllo degli organi pubblici si adattano poco al bisogno di apprendimento che caratterizza il perfezionamento di transazioni onerose, incerte e di lungo periodo (tali abitualmente sono, ad esempio, gli appalti complessi, le concessioni d'opera o la costituzione di società miste incaricate di gestire servizi pubblici) (52).

Le gare improntate all'automatismo che, soprattutto dopo i fatti di tangentopoli degli anni '90 dello scorso secolo, sono andate riscuotendo un favore crescente nella prassi e nella legislazione nazionale, in nome di un sedicente impegno a presidiare la fedeltà ai vincoli comunitari, obbligano i concorrenti a definire condizioni contrattuali e strategie competitive prima del confronto procedimentale, poiché l'offerta, una volta presentata, resta di regola anonima e non revisionabile, sino al giudizio finale dell'organo tecnico. Le committenze, dal canto loro, sono chiamate a preconstituire con dovizia sia le informazioni relative all'oggetto della comparazione, sia i criteri di scelta e il loro peso relativo.

I risultati di queste procedure vengono in breve a dipendere da calcoli e valutazioni in larga misura prefabbricati al confronto concorsuale, durante il quale non sono previsti stadi interlocutori, che permettano di affinare domanda e offerte.

La letteratura dedita all'argomento ha però mostrato che l'impossibilità di acquisire e di sfruttare nuova informazione, in corso di gara, e la conseguente soppressione di quei meccanismi correttivi che sono il propellente di ogni virtuosa strategia adattativa,

---

de assortimento di modelli cui il disegno delle procedure può attingere, generano risultati equivalenti, sul piano dell'efficienza e dei guadagni del banditore, a condizione che siano soddisfatti presupposti estremamente severi, al punto da risultare sostanzialmente irrealistici.

Tra i presupposti dell'equivalenza, la neutralità al rischio dei partecipanti alla gara, la loro "simmetria", sul piano della qualità delle informazioni possedute, la monodimensionalità dei criteri di confronto, la natura "comune" o "correlata" della procedura; per il chiarimento e l'approfondimento del significato dei vari presupposti, W. VICKREY, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, cit.; K. M. SCHMIDT e M. SCHNITZER, *Methods of Privatization*, cit.

Ma proprio l'implausibilità di queste condizioni teoriche eleva il teorema ad argomento dimostrativo che, nella pratica, le forme di gara non sono affatto equivalenti, sicché l'obiettivo dell'efficienza reclama elasticità, nel disegno dei concorsi. Amplius, P. MILGROM, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press, 2004.

(52) v. M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, cit., con ulteriori rimandi bibliografici *ivi*

possono costare molto, in termini di efficienza, quando in gioco sia il perfezionamento di rapporti economici contraddistinti da elevati investimenti e forte incertezza (53).

Teoria ed esperienza hanno anche insegnato che la disponibilità a concorrere di imprese ragionevolmente impensierite dalla rilevanza degli impegni associabili ad un'eventuale aggiudicazione viene facilmente compromessa dalla prospettiva di dover basare l'onerosa candidatura su congetture non emendabili, maturate al buio (54).

Viceversa, l'opportunità di aggiustare il tiro (55), alla luce delle strategie dei concorrenti e delle informazioni che esse lasciano trapelare, modera il timore di compiere errori irreversibili, nella formulazione delle offerte.

In breve, procedure fiscali e anonime, le quali tuttavia impediscano alle parti di apprendere le une dalle altre e di moderare incognite e rischi, quando in gioco siano transazioni non banali, possono suscitare faticose ritrosie a competere.

La disciplina europea del dialogo competitivo - sinora quasi ignorata dal diritto interno (56) - testimonia proprio che un malleabile coinvolgimento delle imprese, già in fase ideativa, risponde alla necessità di concedere spazio all'affinamento delle conoscenze, anche per spronare scoperte e innovazioni, in funzione del perfezionamento di contratti onerosi e incerti (57).

Sulla falsariga del celebre saggio che Oliver Williamson ha dedicato al tema della concorrenza per il mercato (58), in vista dell'affidamento di servizi in regime di monopolio naturale (59) vale la pena di aggiungere che, quando in gioco sia la conclusione di transazioni complesse, che presuppongono investimenti altamente idiosincratici e impegni assai durevoli, la rigidità delle gare promette di risolversi in misura inefficace, oltre che inefficiente (60).

(53) Sugli espedienti utili a mitigare il problema dell'incertezza, all'interno delle gare, anche attraverso procedure ibride e miste, che alternino fasi di competizione aperta a fasi di competizione anonima, P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, cit.; K. M. SCHMIDT E M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, cit. p. 97 ss.; N. DONI, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Pol. econ.*, 2005, p. 307 ss.

(54) Si vedano, tra i molti, P. MILGROM E R. WEBER, *A Theory of Auctions and Competitive Bidding*, in *Econometrica*, 1982, 50/5, p. 1089 ss.; P. BAJARI, S. TADELIS, *Incentives and award procedures: competitive tendering vs. negotiations*, in AA. VV., *Handbook of Procurement*, cit.; M. KLEIN, *Designing Auctions for Concessions - Guessing the Right Value to bid and the Winner's Curse*, in *Public Policy for the Private Sector, The World Bank Group*, 1998, n. 160; E. RASMUNSEN, *Teoria dei Giochi e informazione*, Hoepli, 1993, p. 275 ss.; P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, cit.

(55) Ad esempio consenta dalle aste cd *english*, a offerte palesi al rialzo, oppure da procedure competitive multilaterali e aperte; v. Klemperer, ult. cit.

(56) M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione*, cit.

(57) Cfr. D. MOSEY, *Early Contractor Involvement in Building Procurement: Contracts, Partnering and Project Management*, Wiley - Blackwell Publishing, 2009.

(58) Trattato nei contributi di G. COCCO, F. FRACCHIA, S. TORRICELLI

(59) Cfr. O.E. Williamson, *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, in *Le istituzioni economiche del capitalismo*, trad. it., Franco Angeli, 1986, p. 485 ss.

(60) Si legga anche il rapporto dell'AGCM su *Concorrenza e regolamentazione nei servizi di pubblica utilità*, AS026, del 1 luglio 1994, all'indirizzo <http://www.agcm.it/>, p. 26; si vedano poi K. J. CROCKER E S. E. MASTEN, *Mitigating Contractual Hazards: Unilateral Options and Contract Length*, in *Rand Journal of Economics* 1988, 19, p. 327 ss.; V. GOLDBERG, *Regolamentazione e contratti amministrati* (trad. it.), in AA.VV., *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, a cura di D. GRILLO, M. COSSUTTA, Il Mulino, 1997, p. 342 ss.; J. J. LAFFONT, J. TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, the M.I.T. Press, 1993; P. MILGROM - J. ROBERTS, *Economia, organizzazione e management*, Il Mulino, 1994, p. 200 ss.; A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Carocci, 2005, p. 195 ss.

Come giustamente ricorda G. Fidone, il rigore procedimentale non riesce ad azzerare il potere o la necessità di compiere scelte o valutazioni discrezionali ma, più semplicemente, finisce col procrastinarne l'esercizio al momento dell'esecuzione degli impegni convenuti, dislocando i problemi di controllo su un terreno persino più buio e accidentato (61).

Per giunta l'assortimento e la multidimensionalità dei parametri comparativi cui deve fatalmente rimettersi la stima di offerte preparatoria di contratti complessi rende nella sostanza impossibile annullare l'influenza di giudizi soggettivi e il pericolo di inconsistenze valutative, quale che sia il livello di puntigliosità delle commissioni aggiudicatrici (62).

Il profilo emerge con chiarezza nel lavoro che Gian Franco Cartei ha dedicato alla tormentata disciplina del *project financing*.

### c) Il gap tra diritto interno e diritto europeo

Di fronte all'attrito tra le istanze in cui si dirama l'obiettivo di salvaguardare il mercato e la libera circolazione, le tendenze che dagli anni '90 hanno preso il sopravvento nell'ordinamento nazionale, emblematicamente ritratte dalla legge quadro sui lavori pubblici, sono andate ispirandosi (almeno sulla carta) a un criterio di prevalenza degli obiettivi di controllo dei funzionari.

Su queste basi è andata diffondendosi l'idea che l'allentamento dei vincoli contemplati dalle direttive o dai Trattati fosse senza dubbio proibito, ma che l'irrigidimento e la moltiplicazione dei limiti procedurali utili ad abbattere la discrezionalità amministrativa costituissero garanzia di una più efficace protezione della concorrenza e di una più fedele trasposizione del diritto europeo.

Per capacitarsi della deriva (analizzata criticamente dalla riflessione di F. Fracchia) senza ripercorrere in dettaglio le varie fasi del recepimento della normativa dell'Unione o l'evoluzione della giurisprudenza e della prassi amministrative interne, è sufficiente posare lo sguardo sull'attuale sbocco di questo processo storico, cioè codice dei contratti pubblici e sull'annesso regolamento attuativo al momento vigenti (63), con la loro soffocante quantità di vincoli, disseminati in migliaia e migliaia di disposizioni, tra commi, articoli e allegati.

---

(61) La Relazione sulla lotta alla corruzione, da poco pubblicata dalla Commissione europea, COM (2014) 38 final, Annex 12 - allegato sull'Italia - p. 12., riferisce che, stando agli studi empirici e ai resoconti della Corte dei Conti, "in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione" e che spesso, dopo gare formalmente inattaccabili, "la qualità dei lavori viene intenzionalmente compromessa nella fase di esecuzione". In tema si legga anche il cosiddetto rapporto Cassese, Atti Parlamentari XIII Legislatura - Camera dei Deputati, *Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione*, presentato al Presidente della Camera il 23 ottobre 1996.

(62) V. parere del Comitato Economico e Sociale sul "Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato", del 19 ottobre 2000, par. 4.2.2.3; P. A. MORI, *Perché il metodo aggregativo compensatore è sconsigliabile per l'aggiudicazione dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Negoziazioni pubbliche*, cit., p. 356 ss.; ivi anche F. PATRONE, *Sulla manipolabilità del metodo aggregativo compensatore*, p. 381 ss.; P. A. MORI, *Quando l'offerta economicamente più vantaggiosa è davvero vantaggiosa?*, in *Economia Pubblica*, 1997, p. 5 ss.

(63) In attesa del recepimento delle direttive approvate nel 2014

Sennonché, il diritto europeo non ha mai avallato quest'ordine di priorità, anzi l'ha ripetutamente smentito.

Per prenderne atto, basti pensare alle regole di perfezionamento che il diritto europeo ha concepito per appalti complessi, partenariati istituzionali, rapporti concessori.

Queste fattispecie sono accomunate dalla caratteristica di mobilitare di regola risorse cospicue, non di rado conferiscono posizioni addirittura monopolistiche, dunque prospettano vantaggi mediamente più alti, hanno marcati effetti distributivi. L'innalzamento delle rendite attese ovviamente accentua il rischio che alligni la tentazione di condizionare indebitamente le scelte rimesse ai decisori pubblici (64).

Se il diritto europeo asseccasse l'idea che la prevenzione dei fenomeni di favoritismo o corruttela ha la priorità - come certi indirizzi nazionali parrebbero supporre - sarebbe ragionevole attendersi, in tutti questi casi, l'inasprimento dei vincoli procedimentali e l'ulteriore restringimento del potere discrezionale.

Invece il diritto europeo ha legittimato qui metodi duttili di selezione, che addirittura dilatano la discrezionalità.

Le riprove sono numerose.

Ripercorrendo a balzi la successione degli spunti di diritto positivo, è possibile constatare che la comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 2000 sulle concessioni (65) pur accreditando l'esistenza di un obbligo di "messa in concorrenza", nel rispetto di criteri trasparenti, non discriminatori, proporzionati, preventivamente stabiliti, ha comunque reputato "il concedente libero di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata, (...) in funzione delle caratteristiche del settore interessato" (66).

La più recente comunicazione interpretativa della Commissione sui PPP (67) ha apertamente proclamato che stando al diritto europeo "le amministrazioni aggiudicatrici possono *sempre* ricorrere alla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, per l'aggiudicazione di concessioni" (68).

In generale, una dichiarata propensione a rilanciare l'elasticità dei metodi selettivi ha preso ad informare le istituzioni europee sin dal programma di razionalizzazione della normativa contrattuale avviato con la comunicazione della Commissione del marzo 1998 su *gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, che esordiva con un moto di insoddisfazione per i frutti sino a quel momento raccolti, a causa della "complessità del quadro giuridico e del-

---

(64) Sulla relazione che lega effetti distributivi delle scelte contrattuali e cosiddetti "costi di influenza", P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economia, organizzazione e management*, Il Mulino, 1994, p. 399 s.; ID., *An Economic Approach to Influence Activities in Organizations*, in *American journal of sociology*, (supplemento), 1988, 94, p. 154 ss.

(65) Comunicazione sulle concessioni del 12 aprile 2000.

(66) Il Parere del Comitato economico e sociale "Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP)", del 19 ottobre 2000, ha commentato quel primo atto di indirizzo addirittura deprecando l'assenza di un esplicito invito a preferire le procedure negoziate competitive, giudicate più adatte a fronteggiare l'alto grado di incertezza che in genere distingue gli affidamenti concessori.

(67) Comunicazione in tema di "applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati", C (2007) 6661, Bruxelles, 5 febbraio 2008.

(68) paragrafo 2.3. del documento; in questa linea anche il comma 3 dell'art. 5 del regolamento CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, in materia dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

la rigidità delle sue procedure”, per poi annunciare l’intenzione di “semplificare il primo e rendere più flessibili le seconde” (69).

Il programma di revisione è avanzato dapprima con le norme di riordino del 2004 e, lo scorso anno, con il notevole scatto segnato dall’approvazione di tre nuove direttive sull’affidamento di concessioni e appalti, nei settori ordinari e nei settori speciali, che si distinguono proprio per il proclamato proposito di favorire la flessibilità e di concedere credito alla discrezionalità delle committenze (70).

Alla base di questa linea evolutiva sta la coscienza del fatto che procedure inadatte a fronteggiare la complessità e l’incertezza congenite alle transazioni non standardizzate valgono a deprimere la concorrenza e la libera circolazione ancor più della rinuncia a un controllo fiscale delle condotte pubbliche.

Il precedente giurisprudenziale con cui la Corte di Giustizia nel 2004 ha cassato l’art. 21 della legge Merloni (71) conferma chiaramente che questa è la filosofia sposata dalle istituzioni europee.

L’articolo censurato decise - al cospetto di una normativa comunitaria che, regolando le modalità di valutazione delle offerte, rimetteva alle stazioni appaltanti il compito di scegliere tra il criterio del prezzo più basso e quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa - di decretare una preferenza aprioristica per il primo metodo, in quanto per sua natura adatto a minimizzare la discrezionalità amministrativa.

Il giudice europeo ha disapprovato, chiarendo che la presunzione di trasformare le procedure competitive in una specie di camicia di forza, entro cui imprigionare stime e valutazioni economiche, in nome del bisogno di vigilare sulla burocrazia, non risponde affatto a genuini e apprezzabili obiettivi di salvaguardia del mercato (72).

Occorre aggiungere che il peso dell’assillante moltiplicazione di vincoli e di regole, il cui eccesso è ben esemplificato dall’attuale codice dei contratti, oltre ad immobilizzare l’amministrazione e a causare inefficienza, ha finito col fomentare una deprecabile propensione legislativa a moltiplicare ritrattazioni e vie di fuga, con eccezioni e deroghe le quali non soltanto hanno aggravato la confusione e l’instabilità della disciplina, ma per paradosso hanno in ultima analisi compromesso proprio quella capacità di supervisione

(69) Comunicazione della Commissione 11 marzo 1998, COM (98) 143.

(70) Il quarantaduesimo considerando della direttiva 2014/24/UE esordisce con l’affermazione secondo cui “è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d’appalto che prevede la negoziazione” ed è plausibile “che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri”. Coerentemente la nuova disciplina degli appalti nei settori ordinari estende notevolmente la possibilità di ricorso alla procedura negoziata competitiva (Si vedano gli artt. 26, in materia di “scelta delle procedure”, 29, per l’appunto dedicato alla procedura competitiva con negoziazione, nonché 30, sul dialogo competitivo).

Altra innovazione all’insegna della malleabilità dei concorsi, volta a facilitare la conduzione di transazioni originali e rischiose, è l’ideazione dell’istituto dei “partenariati per l’innovazione” (Art. 31 della direttiva 2014/24/UE).

La direttiva 2014/25/UE, regolante l’aggiudicazione degli appalti nei settori speciali, dal canto suo, ha confermato la preesistente libertà di utilizzo della procedura negoziata competitiva, aggiungendovi la più ampia possibilità di ricorso al dialogo competitivo e la simmetrica previsione dei partenariati per l’innovazione.

La direttiva 2014/23/UE, in materia di concessioni, ha infine decretato apertamente – con l’art. 37, dedicato alle “garanzie procedurali” – che, ai fini della cernita del concessionario, “l’amministrazione aggiudicatrice (...) può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti” fermo restando che “l’oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non sono modificati nel corso delle negoziazioni” (comma 6).

(71) Corte di Giustizia, Seconda Sezione, 7 ottobre 2004, procedimento C-247/02

(72) Cfr. par. 39 e ss. della motivazione della sentenza.

dei funzionari che, alla stregua delle intenzioni associate al disegno complessivo, avrebbe dovuto primeggiare.

Il punto è ben messo in evidenza dal contributo di Andrea Farì, il quale condivisibilmente osserva che la proliferazione di discipline speciali, approvate in nome della necessità di fronteggiare presunte emergenze o grandi eventi, certo non ha rafforzato le politiche di prevenzione degli arbitrii (indugiare a titolo esemplificativo sulle vicende Expo pare superfluo) ma nemmeno ha inaugurato quella politica di sfruttamento strategico dello strumento contrattuale da ultimo caldeggiata dall'Unione europea.

Alla luce del ragionamento critico condotto, è auspicabile che la legge di delega al recepimento delle tre nuove direttive, ormai giunta agli stadi conclusivi della gestazione parlamentare, segni un momento di svolta, nella disciplina dei contratti pubblici, introiettando una versione non impoverita della filosofia che realmente anima il diritto europeo.

L'esplicito richiamo del divieto di *gold plating* (73), tra i criteri direttivi del disegno di delega *in itinere*, il contestuale dibattito sull'opportunità di valorizzare gli strumenti di *soft law*, in luogo del pesante strumentario legislativo e regolamentare sinora privilegiato dalla tradizione italiana, all'occorrenza potenziando compiti e funzioni orientatrici di A.N.A.C. (74) (in tema F. Di Cristina, *infra*) sono indici dimostrativi dell'opportuno sforzo di elaborare nuovi registri, che si spera conducano ad una più equilibrata amalgama di vincoli e competenze amministrative.

#### d) *In house providing, imprese pubbliche, società miste*

Completato il ragionamento sui contratti, occorre ora spendere qualche considerazione sulla forma alternativa di gestione delle transazioni economiche consistente nell'impiego o nella creazione di strutture produttive pubbliche (75).

Il fenomeno interseca una moltitudine di materie e di argomenti – che vanno dalle liberalizzazioni, alle privatizzazioni, ai vari ambiti delle public utilities, alle società a capitale misto, alle società speciali, alle società strumentali, alle società singolari, alle società

(73) Esso, previsto in generale dall'art. 32 L. 234/2012 e dall'art. 14 c. 24-ter l. 246/2005 sulla semplificazione, in linea di principio ostacola la "introduzione di livelli regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie", cioè a: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive". Un invito alla declinazione prudente del divieto in G. MANTINI, *Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, relazione al Convegno organizzato dall'Università Bocconi il 14 maggio 2015, *Le nuove Direttive appalti e il loro recepimento*, ora pubblicata sul sito dell'Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti dell'Università degli studi di Trento, all'indirizzo <http://www.osservatorioappalti.unitn.it>.

(74) Esempi del tipo di prerogative dell'Autorità della cui espansione si va al momento discutendo sono la costruzione dei "bandi tipo" o l'esercizio della cosiddetta "vigilanza collaborativa", di cui all'art. 4 del regolamento in materia di "vigilanza e accertamenti ispettivi", approvato dall'Autorità il 9 dicembre 2014, entrato in vigore il successivo 30 dicembre, visionabile sul sito dell'Istituzione all'indirizzo <http://www.anticorruzione.it>, con relazione di accompagnamento.

(75) Per una riflessione generale sulle varie forme di governo delle transazioni economiche basti per tutti O. WILLIAMSON, *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transizione: concetti, strumenti, applicazioni* (trad. It.), Franco Angeli, 1998.

incaricate della gestione dei servizi locali – la cui inquieta e debordante disciplina, propensa a segmentarsi in comparti a tratti molto specialistici, sarebbe impossibile riprendere ora ordinatamente.

Il discorso procederà di nuovo prendendo spunto da questioni interpretative emblematiche, rinviando, per analisi più complete e strutturate, alle relazioni dei Colleghi, dedicate ai singoli argomenti.

Nella cerchia delle più accese dispute trasversali cade senz'altro la controversia sui limiti operativi del cosiddetto *in house providing*.

La relazione per l'anno 2015 su “gli organismi partecipati degli enti territoriali”, resa lo scorso luglio dalla Corte dei Conti (76) ha dato atto - sulla scorta di un'indagine che ha interessato 4.935 organismi – di un impiego degli affidamenti *in house* (o sedicenti tali) a dir poco sfrenato, nei fatti.

Il documento, illustrando la circostanza, ha riferito che, stando ai risultati acquisiti, “le gare con impresa terza risultano essere state soltanto 90 (su un totale di 26.324 rapporti tra ente ed organismo) e gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, si sono limitati a 366 casi” (77).

Sono numeri che colpiscono e che, insieme alle cifre che misurano i risultati gestionali (78), indicano un serio problema, registrato con condivisibile preoccupazione dagli scritti di Torricelli, Galetta e Carullo.

Tuttavia anche qui, com'è accaduto dopo la stagione degli scandali che sul finire dello scorso secolo hanno travolto la materia dei contratti, la presa di coscienza dei varchi che hanno favorito l'abuso ha poi suscitato risposte legislative e giurisprudenziali poco equilibrate, tendenti all'estremo opposto, come tutti gli eccessi fatalmente destinate all'inefficacia.

L'uso distorto dell'*in house* è stato per paradosso facilitato dall'instabilità dei rimedi apprestati per porvi freno, a sua volta ingenerata dall'oscillazione tra forzature e ripensamenti, secondo il processo di vicendevole amplificazione degli errori che è tipico del circolo vizioso.

Così (appuntando lo sguardo sui più recenti accadimenti) l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, nello sforzo di arginare il ricorso all'*in house providing* nella gestione dei servizi locali a rilevanza economica, ha delimitato l'ambito operativo dell'istituto molto più di quanto non autorizzasse una lettura obiettiva delle norme europee.

Come tutti sanno, la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012 ha cassato la norma.

Alcune decisioni del giudice amministrativo hanno ritenuto che il precedente segnasse l'avvio di una fase di normalizzazione dell'*in house* e hanno coerentemente opinato che la scelta di adoperare l'istituto dovesse limitarsi a esibire gli ingredienti richiesti al corretto esercizio del potere discrezionale, cioè “una valutazione comparativa di tutti gli

---

(76) Sezione Autonomie, deliberazione n. 24/SEZAUT/2015/FRG; il documento è redatto ai fini del referto al Parlamento, ex art. 7, co. 7, l. 5 giugno 2003, n. 131.

(77) P. 41 della relazione, che rimanda alla tabella 12; una situazione nella sostanza equivalente è fotografata dalla relazione relativa all'anno 2014, Corte dei Conti, Sezione Autonomi, deliberazione n. 15/sezaut/2014/frg

(78) P. 76 ss. della della deliberazione n. 15/sezaut/2014/frg, cit.

interessi pubblici e privati coinvolti, l'individuazione del modello più efficiente ed economico, l'adeguata istruttoria e motivazione”(79).

L'orientamento (condivisibile, per i motivi che vedremo tra breve) in realtà non trova solido supporto nella sentenza n. 199/2012 della Corte.

A ben vedere, infatti, la pronuncia ha stigmatizzato la riedizione, con norme tamponate, di disposizioni abrogate appena l'anno prima, all'esito di una consultazione referendaria, ma ha valutato il gap tra norma nazionale e disciplina europea secondo gli schemi della giurisprudenza costituzionale precedente, in linea di principio disposta ad ammettere la possibilità di norme interne più restrittive di quelle comunitarie (80).

Su queste basi, non può stupire che la legislazione successiva abbia avuto buon gioco nel perpetuare un criterio di sfavore per il modulo dell'autoproduzione, sia pure esprimendolo talora con disincentivi, piuttosto che con bruschi divieti (81).

In questa direzione si è ad esempio mosso il decreto “crescitalia” – con l'avallo della Corte Costituzionale (82) – nel regolare le premialità destinate alle politiche di contenimento dei costi, in materia di servizi pubblici (83).

Analoga finalità apertamente dissuasiva è rintracciabile nei vincoli di bilancio introdotti dalla legge di stabilità del 2015, a carico degli enti locali promotori di affidamenti *in house* di pubblici servizi (84).

Nel diverso settore della provvista di attività e beni strumentali, alcune recenti norme sulla *spending review* (85) hanno manifestato una chiusura anche più radicale, nei confronti dello schema dell'autoproduzione.

(79) Così T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 11/6/2013, n. 558; si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 762/2013. In dottrina, G. COCCO, *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 5 luglio 2013, [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

(80) In questo senso la sentenza della Corte 17.11.2010 n. 325, espressamente richiamata nella motivazione della sentenza n. 199 del 2012; su tutto ciò, approfonditamente, F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, n. 5, p. 723 ss.; in tema si veda anche V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi pubblici: dal monopolio alla concorrenza*, in AA.VV. *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M. SPASIANO, cit., p. 123 ss.; M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2013, p. 279 ss.

(81) Sulle ragioni del passaggio da una politica di divieti ad una politica di dissuasione, si vedano le considerazioni di R. CAMPORESI, *Il piano di razionalizzazione delle società partecipate locali nella legge di stabilità 2015*, *Diritto dei servizi pubblici*, gennaio 2015, <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/>

(82) V. sentenza del 20 marzo 2013, n. 46

(83) Art. 25, comma 1, lettera a), del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27, recante “disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”; ai sensi della disposizione “a decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.”; in tema G. COCCO, *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale*, cit..

(84) L'art. 1 comma 609, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, al dichiarato “fine di promuovere processi di aggregazione e di rafforzare la gestione industriale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica” ha apportato alcune modifiche all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148.

La lett. a) del comma 609 ha previsto, tra di esse, che “nel caso di affidamento *in house*, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*”.

Pochi mesi orsono la Terza sezione del Consiglio di Stato (86) ha tratto spunto da queste disposizioni per tornare ad affermare, sulle orme dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2008 (87), che l'istituto dell'*in house providing* integra, "prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante la gara".

Sul presupposto dell'eccezionalità, la sentenza ha desunto che "l'esistenza di una disciplina normativa che consente l'affidamento diretto a livello comunitario non obbliga i legislatori nazionali a disciplinarla, né impedisce loro di limitarla o escluderla in determinati ambiti".

Trattasi di indirizzi che riecheggiano la discutibile filosofia, vagliata criticamente qualche pagina sopra, che ha fuorviato la disciplina dei contratti.

Il diritto europeo non osteggia affatto l'opzione dell'autoproduzione pubblica, alla stregua di giudizi a priori.

Le amministrazioni, così come hanno facoltà di appellarsi al mercato, negoziando (buy), sono libere di optare per l'alternativa di autoprodurre, all'occorrenza assumendo le vesti di impresa (make) (88).

Il diritto europeo prescrive l'osservanza di vincoli di gara, nel primo caso, mentre pretende il rispetto dei principi generali a tutela della concorrenza, cui sottostanno le imprese private, nel secondo caso.

Il lavoro di Diana Galetta e di Gherardo Carullo, in linea con un persuasivo indirizzo teorico, giustamente insiste sul fatto che i due modelli economici e i corrispondenti regimi giuridici (negoziato e autorganizzazione) restano logicamente e formalmente distinti, nell'ordinamento dell'Unione (89).

In breve, le norme sovranazionali non prescrivono all'amministrazione di ricorrere al mercato; molto più semplicemente prescrivono l'espletamento di un concorso quando

(85) L'art. 4 c. 7 del D.L. 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni in legge 7 agosto 2012 n. 135, ha statuito che "al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale" le amministrazioni "acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante (...) procedure concorrenziali".

L'art. 1 c. 555 della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità 2014) ha peraltro statuito che "a decorrere dall'esercizio 2017, in caso di risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti" i soggetti titolari di affidamento diretto per una quota superiore all'80% del valore della produzione, ai sensi del comma 554, "diversi dalle società che svolgono servizi pubblici locali, sono posti in liquidazione entro sei mesi dalla data di approvazione del bilancio o rendiconto relativo all'ultimo esercizio".

(86) Consiglio di Stato, Sez. III, 7/5/2015 n. 2291; la sentenza è pubblicata sulla rivista online *Diritto dei servizi pubblici*, <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>, con note critiche di L. MANASSERO, *Vietati gli affidamenti in house alle società strumentali?*, giugno 2015

(87) ove appunto si trova affermato (punto 8 della motivazione) che "L'*in house*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara".

(88) Cfr. G. BROSIO, *Perché esistono le burocrazie pubbliche? Elementi per una teoria positiva dell'organizzazione del settore pubblico*, cit.; si consenta anche un rimando a M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in AA.VV. *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Giuffrè, 2007, Tomo III, p. 1205 ss.

(89) F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione* cit.; Id., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, cit.; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, *Giornale dir. Amm.*, 2013, 8;9, p. 855 ss.

l'amministrazione decida di ricorrere al mercato, il che per l'appunto non accade quando essa preferisca autoprodurre (90).

Si è giustamente osservato che la puntualizzazione legislativa e giurisprudenziale dei presupposti cui è subordinata la configurabilità dell'*in house*, compiuta dal legislatore e dalla giurisprudenza europei nei decenni compresi tra la celebre sentenza Teckal (91) e l'approvazione delle direttive del 2014 (92), non può essere letta come indice di prevenzione nei riguardi dell'istituto (o, simmetricamente, di preferenza per soluzioni alternative), essendo animata dal ben diverso scopo di tracciare la linea di confine che segna il passaggio dall'area del rapporto di scambio a quella dell'autoproduzione, onde moderare incertezze e prevenire elusioni, senza però intaccare affatto la libertà delle amministrazioni di scegliere (93).

La dottrina ha mostrato, con analisi convincenti, che, a dispetto di quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 325 del 2010, né l'analisi testuale e sistematica dell'art. 106 TFUE, né la pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia consentono di rinvenire nei dettami europei sulla protezione della concorrenza la consacrazione di un principio di supremazia del metodo della gara, atto a relegare l'alternativa dell'autoproduzione al ruolo di eccezione (94).

L'appello stereotipato agli imperativi dell'Europa sulla tutela della concorrenza, per confinare l'*in house*, finisce in questo modo per fungere da viatico a operazioni normative o giurisprudenziali che sono semmai espressione di sfiducia nelle capacità gestionali dell'amministrazione interna e dei suoi funzionari.

Speculare al vizio di prospettiva che nella materia dei contratti ha indotto a invocare la tutela della concorrenza per ingessare il potere di scelta degli amministratori, obliando il tema dell'efficienza, è il vizio di prospettiva che, in materia di servizi pubblici e di affidamenti *in house*, ha indotto alla pretesa di ergere la concorrenza a salvacondotto

---

(90) Lapidariamente Commissione europea, Comunicazione in tema di "applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati", C (2007) 6661, Bruxelles, 5 febbraio 2008, cit.: "nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia". Sul punto, C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, novembre 2014, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

(91) Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98.

(92) Si rimanda al lavoro di D.U. GALETTA E G. CARULLO, per un'analisi ravvicinata delle innovazioni introdotte dalla disciplina europea appena approvata; si veda anche C. CONTESSA, ult. cit.

(93) cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione* cit.

(94) In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, ult. cit., che criticando la sentenza della Corte Cost. 325/2010, osserva: "non si può convenire (...) là dove nella categoria delle regole di concorrenza eventualmente derogabili ex art. 106, c. 2 viene inclusa la «regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica». (...) Il giudice rinvia (...) alla giurisprudenza europea, che viene data per univoca al riguardo; in particolare vengono citate due pronunce su questioni pregiudiziali in tema di gestione *in house*. Nè nell'una nè nell'altra sentenza si trovano chiarimenti su ciò che deve intendersi per «regole di concorrenza» ai sensi dell'art. 106, c. 2, TFUE, e neppure vi si trova enunciata la regola della gestione a mezzo di terzi scelti con gara. (...) le stesse sentenze che la Corte costituzionale cita chiariscono anche che le amministrazioni sono libere di decidere se provvedere al servizio con l'organizzazione propria o ricorrendo a terzi, il che smentisce l'esistenza di una regola europea che prescrive di gestire i servizi a mezzo di terzi scelti con gara".

Si legga anche D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in AA. VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 10 ss. e 20 e ss.

di misure di contenimento della discrezionalità, finalizzate di reprimere il ricorso all'autoproduzione.

E' lecito opinare che - al cospetto di un ordinamento europeo che persino nelle direttive appena approvate enuncia quel "principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche" (95) accreditato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (96) e da importanti documenti interpretativi (97) - l'obiettivo di scongiurare il pericolo di abusi debba sostanziarsi in una più accurata sorveglianza del ricorso all'*in house*, in concreto, piuttosto che in preconcrete emarginazioni normative, dimentiche del fatto che ragioni obiettive di convenienza e di efficienza (come ad esempio difficoltà e costi di transazione dovuti all'incertezza, alla durata, alla specificità degli investimenti richiesti) possono rendere l'autoproduzione fisiologicamente preferibile alla contrattazione (98).

Allargando la visuale al panorama più ampio delle partecipazioni pubbliche, è possibile scorgere nell'inquieto e caotico vorticare della normativa e della giurisprudenza interne i segnali di una persistente difficoltà, anche su questo versante, a coniugare istanze di governo della discrezionalità e istanze di impiego efficiente dello strumento economico.

La materia è vasta e intricata e, poiché la tesi di fondo dovrebbe a questo punto risultare abbastanza nitida, converrà sorvolare sui dettagli per proporre alcune brevi considerazioni di sintesi.

La letteratura in materia segnala che il tramonto della stagione dell'interventismo in economia, con le sua vocazione al dirigismo politico e all'assistenzialismo, non ha affatto ridimensionato il fenomeno delle partecipazioni pubbliche.

Al contrario, a partire dagli anni '90 i variegati processi di liberalizzazione e di privatizzazione innescati su pressione del diritto europeo (99) sono andati incrociandosi con un fenomeno di proliferazione di società speciali o strumentali (100).

---

(95) L'articolo 2 della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, è precisamente intitolato "Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche" dispone:

"1. La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni.

2. La presente direttiva fa salvi i regimi di proprietà degli Stati membri. In particolare non richiede la privatizzazione di imprese pubbliche che forniscono servizi al pubblico".

(96) Ad es. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06, secondo cui "un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche"; conformi, tra i molti precedenti, Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, in causa C-410/04; Corte di giustizia, Sez. I, 11/1/2005 n. C-26/03

(97) Comunicazione in tema di "applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati", C (2007) 6661, Bruxelles, 5 febbraio 2008, cit.; Contessa, cit.

(98) Per tutti, O. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, cit.

(99) Si rinvia nuovamente ai lavori di G. COCCO E S. TORRICELLI

(100) Anche qui esiste una letteratura è vastissima; limitando i rimandi ad un primo parziale elenco, M.P. CHITI, *Carenza della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); M. CLARICH, *Società di mercato e quasi - amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253 ss., ID., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 1 ss.; M.

La sommatoria delle tendenze ha nel tempo incrementato sia il numero delle strutture partecipate (che, stando al rapporto Istat pubblicato nel dicembre 2014, risultavano ben 11.024 nel 2012) (101) che la loro varietà tipologica (102).

Lo studio che Assonime ha condotto nel 2008 sui “*Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*” ha individuato - alla stregua di una schematizzazione che certamente non rende giustizia alla lussureggiante varietà del fenomeno - almeno tre gruppi di mutazioni, *a latere* delle società in mano pubblica esercenti attività d’impresa: le società attributarie di vere e proprie funzioni pubbliche, le società che prestano servizi strumentali, le società *in house* (103).

E’ facile constatare che ogni gruppo ammette distinzioni e sottodistinzioni (società costituite ex lege, con una loro specifica missione e disciplina, società generaliste, società quotate, società non quotate, società a capitale interamente pubblico, società a capitale pubblico maggioritario o minoritario, società preposte all’erogazione di servizi a rete, distintamente regolati, e così via) cui corrispondono crescenti diversificazioni di regime.

Molti resoconti ufficiali – ad esempio la menzionata relazione della Corte dei Conti su “gli organismi partecipati degli enti territoriali” (104) – avvertono che in questa rugginosa propagazione di forme e di articolazioni organizzative lo strumento societario è stato spesso piegato all’obiettivo di forzare regole protettive della concorrenza o di eludere vincoli di finanza pubblica, soprattutto in ambito locale.

Spinto dal consueto riflesso, l’ordinamento ha tentato di contenere gli impulsi elusivi con ulteriori norme speciali o con soluzioni interpretative derogatorie alle comuni regole codicistiche.

---

G. DELLA SCALA, *Le società a partecipazione statale: “società – imprese” ed enti pubblici in forma societaria. profili di disciplina applicabile. Report annuale 2013 – Italia*, [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com); M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, cit.; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche* in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.; F. GOISIS, *Imprese pubbliche*, in *Diz. dir. pubbl.* Cassese, IV, Giuffrè, 2006, p. 2961 ss.; C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. IBBA, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le “società pubbliche”*, Torino, 2011, 1 ss.; F. LUCIANI, “Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, 2007; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2013; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e limiti*, Giuffrè, 2012

(101) ISTAT, *Le partecipate pubbliche in Italia*, 22 dicembre 2014, [www.istat.it](http://www.istat.it)

(102) V. A. MARCOVECCHIO, *Presenza e diffusione delle società pubbliche nell’ordinamento italiano*, in *Il diritto dell’economia*, vol. 25, n. 78 (2-2012) p. 104 ss.

(103) cfr. M. CLARICH, *Società di mercato e quasi - amministrazioni*, cit.; M.P. CHITI, *Carenza della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, cit.; si consulti anche il fascicolo della rivista *Il diritto dell’economia*, vol. 25, n. 78 (2-2012), interamente dedicato all’approfondimento del tema de “L’assetto delle società pubbliche”, con contributi di G. GRÜNER, *I. Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, p. 3; D. SICLARI, *Il guazzabuglio normativo in tema di costituzione e mantenimento delle società pubbliche*, p. 12; M. DE NADAI, *Poteri speciali, modelli di governance, e tutela del socio “privato” nelle società a partecipazione pubblica*, p. 24; S. CIMINI, *La responsabilità da reato delle società pubbliche*, p. 37; L. DE GREGORIS, *V. Corporate Governance e obbligo di adozione di assetti adeguati*, p. 47; D. SICLARI, *La responsabilità sociale di impresa e le società pubbliche*, p. 55; G. LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: tra regime privatistico e regime pubblicistico-contabile*, p. 64; A. GIUFFRIDA, *Indirizzo politico e nomina degli amministratori, dei sindaci e delle altre cariche sociali delle società partecipate dallo Stato e da enti pubblici*, p. 76; A. MARCOVECCHIO, *Presenza e diffusione delle società pubbliche nell’ordinamento italiano*, p. 104, cit.

(104) Deliberazione n. 24/SEZAUT/2015/FRG, cit.; si veda anche Servizio Studi - Dipartimento Bilancio, alla Camera dei Deputati, *Le società a partecipazione pubblica*, Dossier n. 337, 4 aprile 2012, al momento consultabile all’indirizzo <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/bi0506.htm>; ulteriori riferimenti e dati in A. MARCOVECCHIO, *Presenza e diffusione delle società pubbliche nell’ordinamento italiano*, cit.

In nome della necessità di prevenire arbitrii o sprechi – a dispetto della scarsa tolleranza del diritto europeo all’adulterazione della disciplina societaria, di cui sono espressione le pronunce della Corte di Giustizia in materia di golden share (105) - una frastornante successione di norme, spesso episodiche, emanate senza visione d’insieme, ha in varia misura e grado, a seconda dei casi, limitato l’autonomia di diritto privato degli enti pubblici soci o promotori, circoscritto l’ambito operativo delle società partecipate, assoggettato a regime concorsuale l’assunzione del personale, sottoposto gli amministratori della società alla giurisdizione della Corte dei Conti, contingentato i loro compensi, limitato il ricorso alle procedure arbitrali, premuto per la pubblicizzazione dei controlli.

Il caotico profluvio ha dato vita, secondo un pensiero critico non privo di argomenti, “a una legislazione la cui applicazione appare talvolta incerta, ricca di aporie, che ha diluito la catena delle responsabilità – come conseguenza soprattutto delle difficoltà che ha prodotto sul piano dell’interpretazione giuridica – nel momento esatto in cui intendeva ampliarle” (106).

Inutile indugiare sul fatto incontestabile che lo snaturamento del modello codicistico, l’affastellamento di vincoli legali su scelte che di norma dovrebbero ricadere nell’ambito dell’autonomia imprenditoriale, secondo valutazioni di mercato, l’incertezza ingenerata dalla frammentarietà e dalla confusione del quadro legislativo e giurisprudenziale, sono tutti motivi di grave ostacolo all’efficienza della gestione (107).

Non a caso la materia delle partecipazioni societarie, come pure quella dei servizi pubblici a rilevanza economica, sono ambedue destinate all’opera di riordino programmata dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, di riforma della pubblica amministrazione.

#### *e) Considerazioni conclusive*

Paiono mature le condizioni per qualche osservazione di sintesi, in chiusura della sezione.

Guardando a un passato più o meno remoto, l’analisi condotta, traendo spunto dai lavori del gruppo, ha inteso mettere a nudo l’incoerenza della pretesa di conformare l’intervento della p.a., in veste di attore economico, a logiche di supremazia degli obiettivi di contenimento della discrezionalità, senza riguardo per l’efficienza.

Quando in gioco siano operazioni economiche non banali, quando cioè sia superata una certa soglia di complessità, non v’è quantitativo di regole che possa fare da surrogato a un funzionario capace (108).

Il tentativo di sostituire competenze con istruzioni è operazione fallimentare, che il diritto europeo non incoraggia affatto.

(105) Per una panoramica aggiornata, con i pertinenti riferimenti giurisprudenziali, M. G. DELLA SCALA, *Le società a partecipazione statale*, cit.

(106) Così M. ANTONIOLI, F. GOISIS, A. MALTONI, L. R. PERFETTI, *Manifesto per una riforma di sistema delle società a partecipazione pubblica*, *Diritto dei servizi pubblici*, 9 marzo 2015, [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)

(107) Si vedano le valutazioni critiche di ASSONIME, *Principi di riordino*, cit.

(108) M. CAFAGNO, *Ricette diverse per situazioni diverse*, in AA.VV., *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, ITALIADECIDE, *Rapporto 2015*, il Mulino, 2015, p. 45 ss.

Come aveva ben chiaro la commissione Nigro, nel porgere l'inascoltata proposta di abbinare, all'interno della legge generale sul procedimento, il principio d'informalità dell'azione amministrativa alla seria valorizzazione dell'istituto del responsabile del procedimento, semplificazione e professionalizzazione sono due facce della stessa medaglia, due ingredienti di un'unica soluzione (109).

Specularmente, inflazione di norme o vincoli e deresponsabilizzazione dei funzionari sono due facce dello stesso problema.

Consapevole di questo nesso, il libro verde sulla modernizzazione degli appalti, che ha contribuito alla preparazione delle direttive approvate nel 2014 (110), ha giustamente ammonito che la valorizzazione delle procedure flessibili deve necessariamente accompagnarsi a un rafforzamento delle competenze e delle capacità negoziali dell'amministrazione (111).

Entro queste coordinate, la mitigazione dei fattori di debolezza e di frammentazione dell'intervento pubblico, nei settori economici indagati, passa per politiche d'investimento funzionali alla riqualificazione del personale amministrativo, a completezza e contrappeso dei tagli di spesa e delle aggregazioni organizzative.

Urge altresì un affinamento delle misure di prevenzione dei fenomeni di spreco o corruzione che non si risolve nell'abituale (quanto inefficace) addensamento di regole e costrizioni procedurali.

I lavori di F. Di Cristina, G. Tropea e D. Siclari mostrano che in questo scenario una funzione d'impulso e un ruolo determinante potrebbero spettare tanto all'A.N.A.C. quanto al sindacato del giudice amministrativo o della Corte dei Conti, opportunamente corretto e adeguato (112).

#### IV. Profili critici e ricostruttivi: l'oggetto della regolazione

##### a) Il fuggevole oggetto dello Stato regolatore

(109) Per l'approfondimento del retroterra ideale sul quale poggia il suggerimento, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966; in tema, si consenta ancora un rinvio a M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAIITA, 2012, p. 493 ss.

(110) COM(2011) 15 def,

(111) Il Comitato economico e sociale, nel parere reso il 13 luglio 2011 sullo stesso libro verde, ha a sua volta rimarcato (par. 3.6.4.) che "la negoziazione di appalti, soprattutto se complessi, richiede (...) che l'acquirente disponga di un considerevole bagaglio di competenze. L'introduzione di una procedura negoziata generale dovrà essere accompagnata da una serie di misure volte a garantire che gli acquirenti possano disporre di personale dotato delle competenze e dell'esperienza necessarie"

(112) Si consiglia vivamente la lettura di G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Luiss University Press., 2015; per un ragionamento vasto, che include il sindacato in materia economica, G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo*, in AA.VV. *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, cit., p. 293 ss; G. ROMEO, *Il paradosso della giustizia amministrativa*, cit.; ancora sui rapporti tra processo amministrativo e vicende economiche, A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, 2014, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it); con riferimento alla Corte dei Conti, G. CORSO, P. SAVONA, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006, f. 2, pt. 1, p. 197 ss.

Il secondo profilo trasversale che accomuna i lavori del gruppo di ricerca può individuarsi nella consapevolezza delle difficoltà in cui lo Stato regolatore si trova per la natura dell'oggetto trattato, cioè il mercato<sup>113</sup>.

Non si vuole qui riprendere la nota questione circa i rapporti tra diritto ed economia, su cui peraltro si è accennato nella parte storica. Oggetto della nostra attenzione è solo un segmento di questo aspetto, legato al tema precipuo dell'unificazione nell'ultimo cinquantennio di storia nazionale.

E' necessario prendere le mosse dalla costituzione del mercato unico europeo, nell'ambito di una più vasta globalizzazione dell'economia. Un'evoluzione così radicale determina il passaggio da uno Stato che regola un mercato nazionale ad *un mercato senza Stato*, nel duplice senso della sovrapposizione di un mercato di livello sovranazionale rispetto a quello nazionale e della conformazione di un' economia globale senza regole giuridiche, per l'inesistenza di un livello di governo mondiale. Ciò che accomuna i due fenomeni è la fuga dell'economia dalla regolazione nazionale e, di conseguenza, una modificazione delle strutture amministrative pubbliche.

Tuttavia, non si può trascurare, seppure entro questo quadro, la sopravvivenza di uno Stato, che, attraverso una varietà di soggetti pubblici (ministeri, agenzie ed autorità amministrative indipendenti) continua a regolare l'economia attraverso numerosi e variegati tipi di norme.

In sintesi, il rapporto tra regole giuridiche ed economia viene qui esaminato nel più recente sviluppo dello Stato cd. regolatore, al fine di individuare come si organizza un sistema multilivello, sempre allo scopo di verificare il modo in cui tali fenomeni influiscano sull'organizzazione amministrativa nazionale.

Tra tutte le partizioni possibili della materia, abbiamo perciò ritenuto utile – a meri fini espositivi – suddividere questo percorso in tre parti: a) l'anomia giuridica dell'economia globale; b) regole di un mercato sovranazionale; c) la settorializzazione della disciplina regolatoria a livello nazionale.

#### *b) L'anomia giuridica dell'economia globale*

La fuga dell'economia dalla regolazione è palese nel sistema istituzionale globalizzato. L'affascinante utopia di un diritto globale si frantuma di fronte alla debolezza delle istituzioni internazionali ed alla consapevolezza che ordinamenti giuridici differenziati – siano essi statali o sovranazionali sezionali – si confrontano e si sovrappongono senza regole unitarie. E così il diritto non può tener testa ad un'economia globalizzata.

E' un'economia senza Stato, nel senso che una regolazione è impossibile per la natura dell'oggetto trattato. E' il terreno proprio delle grandi transazioni finanziarie (e delle conseguenti bolle speculative), delle intese commerciali internazionali, delle diverse politiche fiscali che favoriscono o disincentivano gli investimenti industriali.

<sup>113</sup> G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, 2, 7 ss.

E finanche le grandi questioni relative alla sopravvivenza del pianeta, come la tutela dell'ambiente, finiscono per essere oggetto di accordi senza effettivo valore normativo, poiché prevalgono considerazioni economiche dei Paesi sottoscrittori<sup>114</sup>.

Dovremmo allora chiederci – ma si tratta di un interrogativo a cui non siamo in grado di rispondere – se in un'economia globale senza regole giuridiche possano esistere ordinamenti sovranazionali o statali in grado di regolare l'economia al proprio interno. In altri termini, se un'economia deterritorializzata possa essere poi contenuta e rinchiusa in limitati confini territoriali, siano anche sovranazionali.

Non si vuole ovviamente negare il valore della regolazione, ma solo segnalare che gli eventi globali che influenzano l'economia sono più rilevanti e determinanti delle regolazioni statali e sovranazionali. E non si tratta solo di influenze reciproche tra diversi fatti economici, ma anche di effetti dovuti a vicende di varia natura. Perciò, la crisi delle Borse occidentali può essere dovuta alla diminuita produzione cinese, ma anche a fatti apparentemente poco legati all'ambito economico: è stato, ad esempio, dimostrato come l'andamento di una partita di calcio internazionale possa influenzare il comportamento degli investitori sul mercato finanziario<sup>115</sup>.

### *c) La regolazione del mercato unico europeo*

Il secondo ambito regolativo è quello connesso allo sviluppo del mercato unico europeo. E' bene innanzitutto ribadire – come già rilevato in precedenza – che la trasformazione dello Stato da produttore a regolatore non è una necessità imposta dall'adesione all'Unione europea, poiché ciò che conta per il legislatore europeo è garantire la concorrenza ove anche vi sia un soggetto pubblico produttore di beni e servizi.

Detto questo, è opportuno rilevare come la creazione del mercato unico abbia attribuito sempre più alle istituzioni europee il compito di intervenire nell'economia.

Intanto, permane e si rafforza l'originaria convinzione di costruire un mercato unico dove possano liberamente circolare persone, beni e servizi in prospettiva di un'unità che diventi anche politica ed istituzionale. Garantire la concorrenza rimane la condizione essenziale di un mercato in cui soggetti privati e pubblici concorrono nella produzione di beni e servizi. L'indifferenza quanto al soggetto produttore o gestore non significa che la normativa europea non tenga conto delle asimmetrie a vantaggio di soggetti pubblici ex monopolisti o fittiziamente oggetto di privatizzazione. Infine, la supremazia del diritto comunitario conforma l'ordinamento nazionale, ma nel modo distonico che si è già esaminato nella parte II del presente lavoro.

Ciò che invece si vuole qui segnalare è un'ulteriore evoluzione del processo di unificazione del mercato europeo, che sottrae poteri e funzioni agli Stati nazionali con mo-

<sup>114</sup> Secondo M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 134, il diritto globale dell'economia non è un insieme omogeneo, costituito com'è da "produttori di regole e di decisioni e da intersezioni fra diversi ordinamenti giuridici, nazionali e ultranazionali

<sup>115</sup> A. EDMANS, D. GARCÍA, Ø. NORLI, *Sports Sentiment and Stock Returns*, in *The Journal of Finance*, 2007, 967 ss.

dificazioni degli apparati amministrativi statali<sup>116</sup>: anche in questo caso una regolazione senza lo Stato nel senso appena chiarito.

E' l'ultima e più recente evoluzione dell'Unione europea nel periodo della crisi economica: è vero che alcuni processi di unificazione sovranazionale con riduzione di poteri ed organi statali erano già stati avviati, ma eventi più recenti hanno accelerato tale processo, determinando un intervento qualitativamente diverso delle istituzioni comunitarie<sup>117</sup>.

Ne è una tra le più chiare espressioni – ce lo ricorda Domenico Siclari – la regolamentazione dei mercati finanziari e bancari, sempre più profonda dopo l'accordo di Basilea III, che prevede un progressivo passaggio all'ordinamento europeo della regolamentazione e della vigilanza bancaria, in attuazione del progetto di un'Unione bancaria europea<sup>118</sup>.

In questo ambito un ruolo determinante è svolto dalla Banca centrale europea, per la quale, secondo Filippo Zatti, “il proliferare di compiti, funzioni, poteri affidati alla BCE suscita questioni che non possono essere più sbrigativamente liquidate, a differenza di quanto avvenuto in passato, come infondate o legate a schemi istituzionali desueti”<sup>119</sup>.

Non si tratta più di ampliare poteri convenzionalmente attribuiti dal Trattato, quanto di creare nuove modalità di controllo sulle Banche centrali e, in fondo, sulle politiche di bilancio degli Stati nazionali. A parte i rilevanti profili attinenti alla democraticità di un organo tecnico che vincola assemblee parlamentari nazionali, anche solo dal punto di vista dei rapporti giuridici tra BCE ed organi amministrativi nazionali, le questioni appaiono complesse e non risolvibili con i tradizionali criteri giuridici. Cosicché “la funzione di controllo svolta dalla BCE risulta ambigua da declinare, sotto il profilo giuridico, per l'interessare soggetti giuridici che si dovrebbero trovare in una posizione di reciproca indipendenza nell'esercizio delle rispettive funzioni”<sup>120</sup>.

Si tratta di un trasferimento di funzioni ad un organo tecnico senza una reale opzione federale degli Stati che compongono l'Unione. E' prova che si tratti di una via sdruciolevole la preoccupazione espressa dalle Corti costituzionali nazionali e dalla dottrina costituzionalistica.

Rimane il fatto – quanto all'organizzazione amministrativa statale – che tale forma di regolazione comporta la riduzione di funzioni delle amministrazioni statali, come avviene nel caso specifico della Banca d'Italia.

In questa ottica di regolazione/controllo europeo sugli Stati nazionali si pone il controllo sulla spesa compiuto dalle Istituzioni superiori di controllo.

La crisi economica rafforza l'esigenza di un controllo sovranazionale sull'uso delle risorse – soprattutto di quelle europee – in un coordinamento tra Corte dei conti europea e Corti dei conti nazionali. Questo aspetto – invero poco indagato in dottrina – va invece attentamente considerato, poiché, secondo Domenico Siclari “con riguardo

<sup>116</sup> Tra i tanti: L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007

<sup>117</sup> Sulle autorità amministrative indipendenti nel contesto europeo: D. SORACE, *L'amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico*, 2013, 199

<sup>118</sup> D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in questo *Volume*

<sup>119</sup> F. ZATTI, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, in questo *Volume*

<sup>120</sup> Ancora F. ZATTI, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, cit.

all'osservanza dei vincoli di carattere sovranazionale, specie quelli derivanti dal Trattato, la previsione di un controllo di legittimità-regolarità e più in generale dell'*audit* finanziario hanno ben inteso rispondere all'esigenza di consentire il rispetto dei parametri finanziari dell'Unione e dell'equilibrio dei bilanci pubblici, che concorrono alla formazione del conto consolidato”<sup>121</sup>.

E' difficile giudicare quanto queste misure servano a concretizzare un mercato unico europeo e se ciò sia sufficiente a superare una crisi che appare sistemica e non solo economica<sup>122</sup>. Ciò che è certo è che ogni unificazione di sistemi differenti richiede il controllo del mercato e dei prezzi, che è possibile solo governando base monetaria, spesa pubblica, tasso di cambio (il cd. triangolo magico<sup>123</sup>). Nel caso dell'Unione è evidente che la sola leva della moneta unica – peraltro non adottata da tutti i Paesi dell'Unione - non abbia potuto garantire l'unificazione del mercato, essendo ancora l'Unione europea una serie di Stati che adottano una moneta unica pur avendo livello di indebitamento pubblico assai differenziato e diverso livello di pressione fiscale.

Tutto questo impedisce la costituzione di un vero mercato unico europeo. Il descritto rafforzamento della politica finanziaria e della moneta, nonché l'introduzione del fiscal compact e del principio di equilibrio di bilancio sono tasselli di un puzzle non ancora completo. Come osserva Giulio Napolitano “nonostante i molteplici interventi fin qui adottati, anche con meccanismi di tipo assicurativo su base intergovernativa, si è tuttavia ancora lontani da forme di mutualizzazione del debito simili a quelle adottate dagli Stati moderni al momento della loro costruzione unitaria”.

In conclusione, per i profili che attengono al presente lavoro, l'unificazione del mercato si trasferisce dal livello nazionale a quello europeo, benché manchino importanti segmenti per realizzare questa aspirazione.

E' tuttavia innegabile, quanto al profilo dell'organizzazione amministrativa nazionale, che il processo ascensionale delle funzioni abbia comportato riduzioni/soppressioni di funzioni e/o competenze di soggetti pubblici nazionali.

Ma sul rapporto tra effetto conformativo della normazione ed attuazione amministrativa si tornerà più oltre nelle conclusioni.

#### *d) La settorializzazione della disciplina regolatoria a livello nazionale*

Un terzo ambito da esaminare è quello relativo all'ampia attività di regolazione rimasta in capo all'amministrazione statale, attraverso un sistema di soggetti pubblici nazionali. Anche qui allo scopo di dimostrare quanto sia sfuggente l'oggetto da regolare.

Come è noto, proprio la categoria della regolazione caratterizza l'esperienza del nostro Stato nazionale dagli Anni Ottanta del Novecento. Tra le molteplici ragioni, ampiamente approfondite dalla dottrina, si vuole qui ricordare – tenendo conto del filo conduttore della nostra ricerca – una forzata interpretazione del diritto europeo che vedrebbe con sfavore uno Stato produttore. Invero, l'Unione europea intende garantire la

<sup>121</sup> D. SICLARI, *Corte dei conti e istituzioni superiori di controllo*, in questo *Volume*

<sup>122</sup> E. PICOZZA, *Diritto dell'economia strumento di unificazione*, cit.

<sup>123</sup> F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2012, 2 ss.

concorrenza per il mercato indipendentemente dalla natura giuridica, pubblica o privata, degli attori in campo.

La seconda suggestione da richiamare in questa sede attiene alla teoria dello Stato “leggero”, del “ritiro” dello Stato anche in nome di una sussidiarietà orizzontale<sup>124</sup> che relega l'intervento pubblico ai casi di insufficiente attività dei soggetti privati, analogamente per certi versi all'ipotesi dell'intervento pubblico a seguito del fallimento del mercato.

Invero non si tenterà neppure di definire cosa sia la regolazione<sup>125</sup>, rinviando all'ampia produzione dottrinale in materia. Su questo punto i contributi di Maria De Benedetto e Paolo Lazzara spiegano ampiamente le ragioni e le contraddizioni della regolazione. Per la prima “la nozione di regolazione è stata, peraltro, oggetto di una faticosa perimetrazione da parte della dottrina italiana che ha visto affermarsi ora una nozione più ampia (talvolta riguardante la stessa materia *antitrust*), ora una nozione più puntuale, volta a ricomprendere i soli e specifici interventi di quelle autorità indipendenti intitolate di funzioni regolatorie, di fatto la cd. regolazione tramite autorità di regolazione”, il secondo richiama il dubbio della dottrina “se ricomprendere nella regolazione l'attività *antitrust*, oppure, riservare tale qualificazione agli interventi di carattere *suppletivo* in ambiti economici dove il funzionamento del mercato debba essere *corretto*”.

Per distinguere la regolazione da situazioni analoghe come la programmazione, si afferma che, sebbene entrambe perseguano fini di interesse generale, la programmazione “oltre a stabilire gli obiettivi sociali, fissa il percorso e predispone (almeno in parte) i mezzi normativi e finanziari per raggiungerli”<sup>126</sup>. Inoltre, nell'incerto confine tra regolazione e legislazione, la prima sarebbe una modalità di perseguire politiche pubbliche, mentre la legislazione sarebbe una delle forme possibili di regolazione<sup>127</sup>.

Ad attenuare la indeterminatezza della regolazione ed al fine di migliorarne l'efficacia si potrebbe perciò prospettare — come fa Marco Sica nel suo contributo — una decisione interpretativa anticipata della pubblica amministrazione che, rispondendo ad un interpello preventivo del cittadino chiarisca i contenuti della regola, accelerando la decisione ed evitando successivi contenziosi<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> Non si avrebbe vera sussidiarietà orizzontale nel caso di gestione di alcuni servizi: F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 2013, 20, ritiene che “si ha così l'integrazione delle iniziative dei privati all'interno dell'organizzazione che le amministrazioni apprestano per assolvere i propri compiti, e attraverso questa integrazione le iniziative dei privati divengono strumento delle politiche pubbliche, perdendo così il carattere autonomo che dovrebbe caratterizzarle: i privati si fanno prestatori di servizi che sono pubblici nell'accezione *soggettiva* dell'espressione, cioè di servizi pertinenti alla sfera della responsabilità pubblica”. Sul punto, anche: F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 45 ss.

<sup>125</sup> Sulla natura permanente o transeunte della regolazione, si vedano le opposte tesi di F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit. 103-104 e di M. RAMAJOLI, *Liberalizzazione: una lettura giuridica*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*. Atti del XVII Convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012, Milano, 2013, 8. Per la prima il modello europeo di tutela della concorrenza, a differenza di quello statunitense, considera la regolamentazione come situazione transeunte, superabile grazie alle misure di liberalizzazione; per la seconda, l'osservazione della realtà concreta induce a ritenere che la regolazione sia costantemente necessaria.

<sup>126</sup> P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in questo *Volume*

<sup>127</sup> M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in questo *Volume*

<sup>128</sup> M. SICA, *Diritto all'informazione e (in)certezza del diritto nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. Contributo all'avvio di una discussione*, in questo *Volume*

Richiamati brevemente i contributi di ordine generale, ci limitiamo ad esaminare il fenomeno dal nostro più limitato angolo prospettico, al fine di verificare quale sia stato l'effetto più o meno unificante della disciplina regolativa e quali effetti abbia prodotto sul sistema amministrativo.

Nel novero delle numerose autorità amministrative indipendenti istituite nel nostro ordinamento<sup>129</sup>, alcune di esse assumono sempre più carattere di soggetto regolatore: è quanto avviene per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, secondo l'analisi di Fabio Cintioli<sup>130</sup>, per i poteri regolamentari e commendatori della Consob richiamati nel lavoro di Niccolò Pecchioli<sup>131</sup>, nonché per l'eccezionale forza regolatoria ora attribuita all'ANAC, secondo quanto approfondito nel lavoro di Fabio Di Cristina<sup>132</sup>.

La disciplina uniforme dettata dalle autorità amministrative negli ambiti economici oggetto di regolazione induce a ritenere che esse abbiano svolto un cospicuo ruolo di accentramento e di uniformità normativa<sup>133</sup>. A nostro avviso, esse hanno contribuito alla realizzazione di una nuova forma di unificazione nazionale, attraverso l'uniformità di una disciplina normativa.

Tuttavia si constata, per converso, un'evidente frammentazione sotto un duplice profilo. Innanzitutto, per un'esasperata settorializzazione delle Autorità, il cui numero è cresciuto in maniera esponenziale relativamente a singoli specifici settori o servizi. In secondo luogo, per la riforma costituzionale del 2001, che ha attribuito alle Regioni alcune competenze legislative in materia di reti e servizi<sup>134</sup>, frammentando la disciplina normativa sul finanziamento pubblico, come dimostra il lavoro di Gabriele Bottino<sup>135</sup>.

La regolazione posta in essere dalle Autorità indipendenti, come qualsiasi altra regola di condotta, può essere oggetto di valutazione giurisdizionale, benché il tipo di accertamento nel merito da parte del giudice amministrativo sia piuttosto "debole" a fronte della specialità della determinazione assunta dall'Autorità indipendente.

L'analisi sul punto svolta da Giuseppe Tropea mostra la "naturale" competenza del giudice amministrativo in materia di contenzioso sull'economia. La configurazione dell'attività delle Autorità indipendenti come potere ha consolidato la giurisdizione am-

<sup>129</sup> Per uno sguardo d'insieme, di recente: M. SANINO, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Milano, 2015.

<sup>130</sup> F. CINTIOLI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, in questo *Volume*, critica "[all]l'utilizzo massiccio dell'istituto degli impegni, che indeboliva notevolmente la forza sanzionatoria del *public enforcement*, esaltando una non sempre ben definita funzione negoziale dell'Autorità e conferendole, nel contempo, una inedita propensione regolatoria; mi riferisco, altresì, al lancio della nuova funzione di repressione delle pratiche commerciali scorrette, che, divulgando una nuova forma di consumerismo, sembrava sottrarre molte energie culturali e organizzative alla funzione di repressione antitrust".

<sup>131</sup> N. PECCHIOLI, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del mercato*, in questo *Volume*.

<sup>132</sup> F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione*, in questo *Volume*.

<sup>133</sup> F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il dir. dell'econ.*, 2010, 1, 23 ss.

<sup>134</sup> Secondo G. NAPOLITANO, *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*, "si sono così, forse inconsapevolmente, create le basi per una pericolosa frammentazione normativa delle regole di funzionamento di diversi mercati, soltanto in parte evitata anche grazie agli interventi mitigatori della giurisprudenza costituzionale".

<sup>135</sup> G. BOTTINO, *Il finanziamento pubblico dell'economia: possibilità, condizioni e limiti*, in questo *Volume*, rileva che l'ordinamento europeo ha costituito un ambito di unificazione ed accentramento in merito alla disciplina ed alle modalità del finanziamento pubblico delle attività economiche e produttive, mentre l'ordinamento interno è caratterizzato da frammentazione, disomogeneità ed autonomia.

ministrativa<sup>136</sup>, pur con le lacune – vere o presunte – oggi contestate ad un giudice amministrativo ritenuto colpevole dei ritardi amministrativi, soprattutto nelle realizzazione delle opere pubbliche.

Resta il dato di fatto di un elevato contenzioso giurisdizionale<sup>137</sup>, anche dovuto alla sostanziale sfiducia nella regolazione<sup>138</sup>.

#### *e) Considerazioni conclusive*

L'analisi condotta – nei limiti e per lo scopo del presente lavoro – dimostra come la regolazione del mercato costituisca ancora oggi la forma principale di strutturazione del rapporto tra soggetti pubblici ed iniziativa economica.

Essa, quanto alla struttura dell'organizzazione amministrativa nazionale - secondo la prospettata tripartizione - produce effetti differenziati, tra strutturazione sovranazionale con cessazione di soggetti nazionali, intersezioni tra soggetti nazionali e dell'Unione europea, accentuati compiti e funzioni di amministrazioni nazionali, prime fra tutte alcune autorità amministrative indipendenti<sup>139</sup>.

Sotto il profilo dell'unificazione, le diverse dimensioni territoriali dei fenomeni esaminati inducono a ritenere che la regolazione possa indifferentemente posizionarsi a qualsiasi livello della scala multilivello di governo, secondo le scelte delle politiche pubbliche da realizzare.

Ma in uno scritto che intende puntare l'attenzione sull'organizzazione amministrativa dell'intervento pubblico nell'economia non si può prescindere da una considerazione essenziale quanto all'effettiva attuazione delle differenti forme di intervento pubblico nell'economia.

L'errore prospettico pare chiaro ove si pensi a quanto sommariamente ricostruito, tenendo conto dei contributi del gruppo di lavoro: l'economia sfugge ad una disciplina normativa intesa come definizione di regole di condotta e dunque ciò che fa la differenza

<sup>136</sup> Secondo G. TROPEA, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in questo *Volume*, “la regolazione attraverso le autorità indipendenti si è configurata come esercizio del potere, sicché il giudice amministrativo, in quanto giudice per definizione del potere<sup>136</sup>, è divenuto giudice di ogni forma di regolazione economica, che abbia per oggetto sia la tutela della concorrenza che la risposta ai fallimenti del mercato, sia l'accesso alle misure volte a favorire lo sviluppo che quelle volte a dare risposta all'infrastrutturazione del Paese”

<sup>137</sup> Osserva G. NAPOLITANO, *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*, cit, che il contenzioso nel nostro Paese “non trova paragoni con quelli degli altri paesi europei, pure sottoposti alla medesima disciplina di riferimento, sia sostanziale, sia procedurale”.

<sup>138</sup> M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, cit.

<sup>139</sup> E' interessante notare che la recente legge di riforma della pubblica amministrazione n. 124 del 2015 prevede che il legislatore delegato possa procedere alla soppressione degli uffici ministeriali che svolgono funzioni analoghe a quelle delle autorità amministrative indipendenti o viceversa. E' possibile perciò una razionalizzazione delle funzioni duplicate o con soppressione di uffici ministeriali o con riduzione o soppressione di autorità amministrative indipendenti. In questa ultima ipotesi si tratterebbe di un vero e proprio *revirement* rispetto al *trend* degli ultimi venti anni.

in termini di effettività e di efficienza non è la determinazione delle regole, ma le modalità di attuazione di esse da parte delle strutture amministrative<sup>140</sup>.

Il rafforzamento dell'apparato normativo non è adeguata risposta alle esigenze di benessere e di crescita economica e sociale che sono alla base delle politiche pubbliche di intervento nell'economia. Ne è prova lampante l'inefficienza e la corruzione del settore degli appalti pubblici, pur in presenza di un migliaio di articoli contenuti nel Codice dei contratti pubblici e nel relativo regolamento.

Le diseguaglianze, le inefficienze, le illegalità trovano origine nella difforme attuazione delle medesime regole da parte di strutture amministrative troppo diverse sul territorio nazionale e su quello europeo.

Lo conferma anche Giulio Napolitano, quando afferma che “al di là del dato normativo, tuttavia, quel che è venuta sempre più chiaramente in evidenza è la disparità di capacità amministrativa sul territorio”, tanto che “questa disparità di capacità amministrativa inevitabilmente si riverbera sul funzionamento omogeneo del mercato e sulla competitività delle imprese”<sup>141</sup>.

Puntare solo sull'idea di una migliore e più puntuale regolazione non è sufficiente, poiché una visione normativistica non risolve la questione di una difforme ed asimmetrica attuazione di essa<sup>142</sup>.

Molto più necessario è un investimento consistente di risorse economiche per le strutture ed il personale delle amministrazioni pubbliche incaricate di gestire fatti economici in maniera professionale, realizzando interventi organizzativi che vadano dalla maggiore qualificazione e/o riduzione delle centrali di committenza fino al migliore uso dei finanziamenti europei spesso persi per insipienza progettuale o di gestione. L'unico investimento produttivo del Paese è una pubblica amministrazione in grado di essere motore dello sviluppo economico e sociale<sup>143</sup>.

## Note riassuntive

In sintesi, il presente lavoro, dovendo esplorare l'universo dell'intervento pubblico nell'economia nell'ultimo cinquantennio, si apre con una premessa di metodo ed una ricostruzione storica propedeutica all'esame di alcuni profili problematici, desunti dagli elaborati del gruppo di lavoro.

<sup>140</sup> Ne è un chiaro esempio l'incompiuta apertura alla concorrenza di settori pur oggetto di liberalizzazione, quali elettricità e gas, tanto da lasciare aperta la riflessione se sia sbagliato il modello o la sua attuazione: in questo senso: F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit. 108

<sup>141</sup> G. NAPOLITANO, *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*, cit.

<sup>142</sup> Sempre secondo S, *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*, cit., “il punto, però, è che il problema generale dei dislivelli di amministrazione non può essere affrontato soltanto dall'alto, con discipline uniformi a monte e l'intervento della Commissione in qualità di guardiano del diritto comunitario a valle, perché la questione non è tanto quella della costruzione o della violazione del diritto europeo, quanto quella della sua attuazione asimmetrica e sub-ottimale”

<sup>143</sup> E' l'auspicio che si rinnova innanzi all'ennesimo tentativo di riforma della pubblica amministrazione prevista dalla recente legge 7 agosto 2015, n. 124

Nella premessa di metodo, abbiamo perimetrato il campo della ricerca, indicando i macro-settori nei quali sono confluiti i contributi scientifici dei Colleghi. In questa parte si è anche precisato che il campo di osservazione del rapporto tra Stato (*rectius*: soggetti pubblici) e mercato avviene tenendo conto dei livelli sovranazionali di governo. Inoltre, una ricerca compiuta nell'ambito degli studi di Diritto amministrativo deve porsi quali modificazioni organizzative e non solo normative siano intervenute in questo torno di tempo.

La parte seconda ricostruisce in sintesi l'evoluzione storica del settore, selezionando tra gli innumerevoli profili possibili, quelli che più di altri mettono in evidenza le differenti modalità con cui diritto ed economia si sono confrontati nel tempo.

Si percepisce in questo *excursus* che il mercato agisce sempre in una necessaria cornice giuridica, ma che tutti i tentativi normativi si scontrano con la diversa natura della regolazione giuridica rispetto a quella economica.

Si guardi alla realtà attuale del cd. Stato regolatore. Sfuggita la leva della moneta, la cui gestione diventa sovranazionale<sup>144</sup> ed essendo limitata la manovra di indebitamento ora sottoposta al regime del fiscal compact e del nuovo principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio, l'intervento pubblico nell'economia vive una profonda contraddizione<sup>145</sup>: da una parte "insegue" l'economia nella convinzione che le regole giuridiche siano in grado di contenere gli effetti negativi della crisi, cercando di limitare la discrezionalità dell'organizzazione amministrativa che, nei casi migliori, appesantisce le iniziative economiche e nei casi peggiori la sottopone a fenomeni corruttivi.

D'altra parte, tuttavia, l'economia sfugge alla regolazione giuridica nazionale, che, soprattutto in forza della globalizzazione, trasferisce quote di sovranità ad entità sovranazionali, imponendo modifiche organizzative interne assai rilevanti, con la soppressione o la diversa utilizzazione di pezzi di amministrazioni nazionali.

Per questo nella parte terza e quarta si analizza la "fuga dal diritto" dell'economia sotto due profili speculari che intersecano tutti i lavori del gruppo: la prima linea di pensiero rileva come l'ordinamento interno, appellandosi alla tutela della concorrenza, abbia invero introdotto vincoli propedeutici al controllo dei funzionari amministrativi, che hanno finito con l'immobilizzare quelle dinamiche economiche che avrebbero preteso di salvaguardare. La seconda linea di pensiero mette in evidenza le difficoltà dell'amministrazione dovute alla natura dell'oggetto da regolare, sfuggibile "in alto" verso un'economia globalizzata o amministrazioni europee che vincolano gli Stati nazionali ed "in basso" in una miriade frammentata di settori.

<sup>144</sup> D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in questo Volume; F. ZATTI, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, in questo Volume

<sup>145</sup> Su questo aspetto, l'ipotesi di fondo formulata da G. DELLA CANANEA, *Disciplina di bilancio e ordinamento della spesa: concordanze e discordanze*, cit., è che "con l'avvento dello Stato dispensatore di beni, nell'evolversi della Costituzione intesa in senso materiale e *a fortiori* nella Costituzione del 1947 e nella legislazione volta ad attuarla, i dispositivi ereditati dalla tradizione hanno gradualmente esaurito la propria capacità di assicurare che le decisioni aventi ripercussioni per la finanza pubblica fossero adottate con modalità tali da renderne conoscibili e controllabili le implicazioni. .... Il problema non è se abbiano funzionato le misure di contenimento della spesa, spesso blande o con effetti differiti nel tempo, soprattutto nel settore della previdenza: è se i modi con cui la spesa pubblica è ordinata siano congrui rispetto alle finalità in vista delle quali il denaro è sottratto ai privati in via coattiva (imposte, tasse, contributi)".

Partendo da questi due profili differenti si giunge alla medesima conclusione secondo cui, quando si ragiona in termini di efficienza economica per il bene delle persone – che è il fine precipuo del nostro ordinamento costituzionale – la determinazione di regole di condotta non sempre conduce agli effetti sperati per la peculiare natura del mercato.

Il pur necessario miglioramento della qualità della regolazione non può prescindere dalle modalità asimmetriche e sub ottimali con cui le regole vengono applicate.

Non vi sono ovviamente rimedi taumaturgici, ma un'evoluzione continua che ha bisogno di continui interventi, soprattutto al fine di qualificare in maniera professionale amministrazioni che intervengono in ambito economico.

Versione provvisoria