

DISEI - Università degli Studi di Firenze

Working Paper Series - Economics

L'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO IN
RECENTI SENTENZE DELLA CORTE
COSTITUZIONALE SULLE CONTROVERSIE
STATO-REGIONI

A. Petretto

Working Paper N. 22/2013

DISEI, Università degli Studi di Firenze
Via delle Pandette 9, 50127 Firenze, Italia
www.disei.unifi.it

The findings, interpretations, and conclusions expressed in the working paper series are those of the authors alone. They do not represent the view of Dipartimento di Scienze per l'Economia e l'Impresa, Università degli Studi di Firenze

Stampato in proprio in Firenze dal DISEI
(Via delle Pandette 9, 50127 Firenze) nel mese di Novembre 2013,
Esemplare Fuori Commercio Per il Deposito Legale
agli effetti della Legge 15 Aprile 2004, N.106

L'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO IN RECENTI SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLE CONTROVERSIE STATO-REGIONI¹

Alessandro Petretto

Università di Firenze, alessandro.petretto@unifi.it

1. Premessa

Dall'entrata in vigore del Nuovo Titolo V della Costituzione, Regioni e Stato si sono rivolte alla Corte Costituzionale 1647 volte per risolvere conflitti di legittimità. Il Governo ha visto riconoscere le proprie ragioni nel 52,5% dei casi, mentre le Regioni il 47,5%. Le controversie riguardano prevalentemente la materia delle "competenze concorrenti" che, in forza dell'art. 117, della Costituzione, ricomprendono grandi questioni di rilevanza economica, come il commercio, i trasporti, l'energia, i servizi pubblici locali e i diritti sociali connessi, ma che investono anche l'organizzazione del sistema economico, il ruolo del mercato e dell'intervento pubblico. Questa indeterminatezza delle competenze ha anche comportato un decentramento delle risorse che non ha certo favorito un uso razionale di queste. La Corte ha dovuto quindi accollarsi l'onere di considerare, nei suoi pronunciamenti, categorie tipiche della teoria economica, come la tutela e promozione della concorrenza, e della finanza pubblica, come la razionalizzazione e il controllo della spesa pubblica².

Cinque, tra le più recenti sentenze, si caratterizzano per questo approccio e per un ampliamento delle prospettive di riferimento in cui l'analisi economica, in particolare alla così detta analisi economica del diritto (AED)³, svolge un ruolo molto più pervasivo che nel passato. Si tratta delle sentenze:

- **n. 200/2012** che riguarda ricorsi, promossi da numerose Regioni di diverso colore politico, avversi all'art. 3 del D.L. 13/8/2011 n. 138,

¹ Ringrazio Andrea Simoncini per avermi, dapprima, convinto ad approfondire i temi di questa nota e poi per aver cercato di rimediare agli strafalcioni di diritto costituzionale che andavo commettendo. Alcuni di questi temi sono rimasti perché funzionali alle mie argomentazioni economiche. D'altra parte, quando gli economisti si avventurano in questi campi semplificano, generalizzano irritando non poco i giuristi, giustamente abituati ad uno scrupoloso rigore formale. Ma è proprio dalla paziente combinazione di metodologie eterogenee che derivano i maggiori risultati dell'interdisciplinarietà. Desidero infine ringraziare Gabriele Mazzantini per le preziose informazioni e gli acuti commenti.

² I nessi tra politiche della concorrenza e razionalizzazione della finanza pubblica sono esaminati a fondo nei moderni trattati di politica economica, come il recente Benassy-Quéré et al. (2012).

³ L'Analisi Economica del Diritto è ormai una specifica branca dell'economia pubblica. Utilizza categorie economiche, come razionalità, efficienza, contendibilità, requisiti delle forme di mercato, informazione imperfetta per analizzare gli effetti del diritto civile sulle performance dei sistemi economici avanzati. Esistono molte trattazioni riassuntive, ma rimane insuperata la rassegna di Kaplow e Shavell (2000). Vedi anche il successivo manuale dello stesso Shavell (2004).

convertito dalla L. n. 148/2011, (titolo dell'articolo: "Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche");

- **n. 299/2012**, che riguarda i ricorsi di numerose Regioni, di ogni colore politico, contro l'art. 31 del D.L. 6/12/2011, n.201, convertito dalla L. n. 214/2011. L'articolo in questione, al comma 1 e 2, allarga l'ambito di applicazione delle liberalizzazioni dell'orario di apertura degli esercizi commerciali;
- **n. 8/2013** che riguarda ricorsi avversi all'art. 1 del D.L. 24/1/2012 n.1, convertito dalla L. n. 27/2012 (titolo dell'articolo: "Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese"), promossi da Toscana e Veneto;
- **n. 41/2013** che riguarda il ricorso avverso all'art. 36 dello stesso D.L. di cui alla precedente sentenza, concernente "l'istituzione, la natura, la composizione e le funzioni dell'Autorità indipendente di regolazione dei trasporti", promosso dal Veneto;
- **n. 229/2013** riguardante i ricorsi, promossi da numerose Regioni, anche in tal caso di ogni colore politico, avversi all'art.4 del D.L. 6.7.2012, noto come il decreto sulla *Spending review*, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135. L'articolo ("Riduzioni di spesa, messa in liquidazione e privatizzazione delle società pubbliche") riguarda la disciplina e il ridimensionamento del fenomeno delle società strumentali delle amministrazioni pubbliche.

Si tratta dunque di sentenze che analizzano questioni di politica economica generale e industriale in tre aree specifiche:

1. La liberalizzazione dell'esercizio delle professioni e del commercio
2. La regolamentazione dei mercati dei servizi pubblici tramite Autorità indipendenti
3. Il contenimento della spesa pubblica sostenuta dalle società strumentali delle pubbliche amministrazioni

Queste sentenze si prestano, pur nella loro specificità, ad una lettura in qualche modo uniforme e appaiono emblematiche per i possibili risvolti sotto il profilo dell'AED. In questa nota selezioneremo una serie di aspetti cruciali, per poi tentare di fornire una logica unitaria che lascia, a giudizio di chi scrive, intravedere gli elementi di una teoria di riferimento.

2. Quale meccanismo di allocazione delle risorse è preferibile in un'economia industrializzata?

2.1 i benefici economici della liberalizzazione dei mercati e della concorrenza

L'art. 3 del D.L. 138/2011 impugnato, nel mentre stabilisce, al Comma 1, che "l'iniziativa privata e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge", sancisce un principio al quale si associa uno specifico meccanismo di allocazione delle risorse per conseguire obiettivi sociali: il meccanismo di allocazione basato su un sistema di scambi e contratti di diritto privato, in altre parole il mercato.

Tuttavia, non una qualunque forma di mercato, perché il medesimo Comma 1, elenca una serie di principi, beni e ambiti che possono giustificare eccezioni al principio stesso che prefigurano un significativo intervento pubblico correttivo. L'iniziativa e l'attività economica devono garantire il rispetto dei vincoli di tipo costituzionale (ordinamento comunitario e Carta Costituzionale), non devono arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana e non devono svolgersi *in contrasto con l'utilità sociale*. Devono inoltre garantire "la protezione della salute umana, la conservazione della specie animale e vegetale, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale [...]". Il riferimento agli obiettivi di utilità sociale indica che l'ordinamento giuridico non deve limitarsi, in una logica coasiana, ad agire semplicemente come lubrificante, contenendo i costi di transazione degli scambi, deve invece intervenire alterando la definizione e distribuzione dei diritti di proprietà che il mercato alloca⁴.

Non si accontenta di questo ruolo chi, come la Regione Puglia, contesta alle fondamenta il principio sancito dal Comma 1, sostenendo che introduce "un assetto decisamente sbilanciato a favore dell'iniziativa privata", naturalmente prefigurando un alternativo meccanismo di allocazione, che non viene precisato, ma che plausibilmente violerebbe un numero ben più cospicuo di principi costituzionali.

La Corte, nei suoi pronunciamenti, richiama anche un tema fondante dell'AED: i *benefici sociali della concorrenza in termini di sviluppo economico*. Il Comma 2 dell'art. 3 del D.L 138/2011 individua un nesso tra sviluppo economico e "tutela della concorrenza tra imprese". Invero, alla concorrenza, intesa nel senso ampio di rivalità e contendibilità delle posizioni assunte dai vari agenti economici, sono associabili requisiti certi di efficienza e di benessere della collettività (Motta e Polo 2005). La stessa Costituzione europea attribuisce alla promozione e tutela della concorrenza rango costituzionale, insieme a principi fondanti come, l'uguaglianza, la solidarietà tra individui e generazioni e la sussidiarietà. Peraltro, alcune ricerche empiriche mostrano come il ritardo nella crescita del PIL potenziale di alcuni paesi industrializzati, come l'Italia, sia proprio dovuto dalla scarsa apertura del sistema economico alla concorrenza, ossificato da posizioni dominanti e da rigidità nel sistema dei prezzi (Arnold et al. 2011).

L'economia italiana risulta nel suo complesso meno liberalizzata, rispetto a quasi tutti i paesi europei. I settori più carenti sono riscontrabili tra i servizi a rete (trasporto ferroviario e autostrade), nei servizi bancari e assicurativi, dove sussistono barriere all'entrata, e nei settori a entrata regolata o soggetta a autorizzazione, come i servizi professionali, le farmacie, i taxi e gran parte del commercio. I risultati migliori sono invece stati conseguiti nel mercato elettrico e in generale nei settori regolati da autorità indipendenti.

Secondo l'*indicatore di rigidità dei mercati* dell'OCSE⁵, l'Italia esibisce, negli anni in cui questa misura è stata calcolata (Woelfy et al 2009), un dato in media quasi tre volte quello della Gran Bretagna, due volte e mezzo quello degli

⁴ Vedi, ad esempio, S. Shavell (2004, cap. 1), Friedman (2004, cap. XVI), Petretto (2005).

⁵ L'indicatore contempla tre categorie di regole da contenere o eliminare: (i) *Controllo diretto dello stato sull'economia* (Partecipazione pubblica, Azionariato privilegiato (*golden share*), Controllo della normativa generale sulle imprese a partecipazione statale); (ii) *Barriere indotte dalla regolazione sull'attività imprenditoriale privata* (Licenze e permessi, Trasparenza sistema amministrativo, Limitazioni all'accesso al settore privato, Vincoli amministrativi per la costituzione di società); (iii) *Barriere relative al commercio e all'investimento internazionale* (Barriere e specifiche azioni discriminatrici, Tariffe discriminanti).

USA, una volta e mezzo la media europea. Questa rigidità è dovuta all'esistenza di vincoli amministrativi all'attività di impresa e a un controllo diretto dello Stato ancora troppo esteso.

Secondo invece l'indicatore "Doing business" della Banca Mondiale⁶, l'Italia rivaleggia con alcuni paesi africani ed è superata da gran parte degli asiatici, nonché da tutti gli europei, tranne la Grecia. Nel DB 2012 l'Italia occupava l'87esima posizione su 187 stati scrutinati. Tra le prime venti tra le europee ci erano al primo posto la Danimarca, poi la Norvegia, Il Regno unito e la Svezia. La Germania era 19esima⁷.

Le prescrizioni di politica economica della legge suggerite da OCSE e BM per l'Italia riguardano, principalmente:

- la disciplina di avvio di un'impresa (riduzione del numero di procedure, tempo richiesto, costi diretti e capitale minimo richiesto),
- la caratteristica ed efficienza della giustizia civile (numero di procedure, costo del processo, tempo richiesto) per assicurare la certezza dei contratti e, infine,
- le regole e l'efficienza delle procedure fallimentari (tasso di recupero, costo e tempo medio della procedura).

Si è stimato un guadagno di un oltre un punto e mezzo di PIL di crescita a seguito di un adeguamento del nostro paese almeno ai valori medi europei di questi indicatori. Solo con una riduzione per la metà dei giudizi pendenti in materia civile si avrebbe un punto in più. Da notare che questi aumenti di PIL, ascrivibili alle liberalizzazioni, e alla tutela dei contratti, sarebbero strutturali, quindi aumenterebbero il tasso di crescita potenziale, al netto del ciclo economico.

Liberalizzare, attraverso la promozione e la tutela della concorrenza, significa sostanzialmente erodere le rendite che si formano a seguito del potere di mercato e dei monopoli di vario tipo. Le rendite non sono necessariamente a carattere monetario, cioè quelle che si formano con le posizioni monopolistiche nei mercati dei beni, in quanto possono assumere anche la forma di potere burocratico, consenso politico e quindi voti. I requisiti di trasparenza, parità delle condizioni di partenza, imparzialità e anonimità costituiscono il riferimento delle politiche per la concorrenza, indirizzate anche a rendere competitivo il "mercato politico", come con la così detta *yardstick competition* (Besley 2007).

La contendibilità delle posizioni di mercato ha anche ricadute sull'organizzazione interna delle imprese e sugli incentivi. Poiché all'esistenza di potere di mercato è associato il "quieto vivere", con bassi livelli di sforzo imprenditoriale per il contenimento dei costi e il miglioramento della qualità, lo sviluppo della concorrenza tende, simmetricamente, a ridurre queste cause di inefficienza. La concorrenza ha, inoltre, vantaggi in termini di incentivi

⁶ Il DB aggrega indicatori su tre componenti: (i) "starting business" (disciplina di avvio di un'impresa (*start up*), numero di procedure, tempo richiesto, costi diretti e capitale minimo richiesto); (ii) "enforcing contracts" (caratteristica ed efficienza della giustizia civile per conferire certezza dei contratti; numero di procedure, costo del processo, tempo richiesto); (iii) "closing a business" (regole ed efficienza delle procedure fallimentari, tasso di recupero, costo, tempo medio della procedura). Il trend dell'indicatore e delle sue componenti nei nove anni dalla sua istituzione registra per l'Italia solo lievi miglioramenti e addirittura alcuni peggioramenti (The World Bank 2013).

⁷ Questa era la collocazione contemporanea alle misure prese dal Governo Monti con le disposizioni censurate. Il DB 2013 vede l'Italia risalire al 73esimo posto su 189.

all'innovazione, cioè in termini di efficienza dinamica. E' proprio la concorrenza sulla qualità e sulla tipologia dei nuovi prodotti, sulle nuove tecnologie produttive e organizzative che innesca meccanismi dinamici virtuosi, incentivanti l'innovazione⁸. Attraverso gli investimenti sono le imprese migliori a sopravvivere alla selezione, anche a costo di sempre minori margini di extra-profitto.

Questi evidenti nessi tra tutela e promozione della concorrenza e sviluppo economico sono implicitamente negati da chi sostiene, come le Regioni Calabria, Emilia Romagna e Umbria, la violazione, da parte del Comma 2 dell'art.3, delle competenze regionali cui spetterebbe, sotto forma di materia residuale, lo sviluppo economico stesso.

2.2. Le nozioni di "ri-regolamentazione" e di "tutela dinamica" della concorrenza nei pronunciamenti della Corte

Sostenere, come la Regione Lazio, che altre limitazioni alla libertà degli scambi, oltre a quelle indicate dalle eccezioni del Comma 1, non necessariamente nuocerebbero alla concorrenza dei mercati è discutibile, dal punto di vista economico, data l'estensione tematica delle eccezioni stesse; quanto meno l'onere della prova dovrebbe spettare a chi ricorre.

In linea generale, invece, non esiste *trade-off* tra autonomia regionale e promozione concorrenziale, a meno che le Regioni non ritengano loro stesse di rifiutare, in via di principio quindi ideologicamente, di attuare misure pro-concorrenziali. Infatti, la regolamentazione, tradizionalmente concepita come diretta a condizionare lo sviluppo dei processi di mercato, potrebbe efficacemente caratterizzarsi proprio come insieme di meccanismi che intendono riprodurre o approssimare le condizioni tipiche della concorrenza. Quella *nel mercato*, cioè con un numero adeguato di *competitors* nello stesso segmento di mercato, quando consentita dalla tecnologia, e quella *per il mercato*, con l'assegnazione dell'attività ad un unico operatore in base ad una gara, in caso di monopolio naturale. Nelle argomentazioni di risposta ai ricorsi, la Consulta sostiene un concetto economico fondamentale e cioè che le misure previste dall'art. 3 individuano la *liberalizzazione come razionalizzazione della regolamentazione*, usando, a questo scopo, l'efficace termine di *ri-regolazione*. Questa, aumentando "il livello di concorrenzialità dei mercati", consentendo un ampliamento del numero di *competitors*, ne valorizza risorse e competenze. Non solo, si asserisce anche un altro elemento ben noto in economia e cioè che l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono "della qualità della regolazione, quale condizione dell'agire degli operatori sul mercato" (sentenza n.200/2012).

Secondo questa interpretazione, la norma giuridica diviene quindi uno strumento di supporto all'economia, liberando gli scambi da inutili appesantimenti, come sostenuto dalle impostazioni più coerenti dell'AED. Si riconosce, in altre parole, che una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, "a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale", da qui l'intervento di ri-regolazione. Al riguardo, la Corte poi va oltre sostenendo che la materia "tutela della concorrenza" non ha un'estensione certa o delimitata ma è configurabile come trasversale" e quindi secondo un'accezione "dinamica", in

⁸ Questo ribaltamento della tradizionale tesi shumpeteriana, secondo cui l'innovazione va di pari passo con il potere di mercato, si trova esposto nei principali testi di economia industriale. Vedi ad esempio Bellaflamme e Peitz (2010).

grado di influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale delle Regioni. Pertanto, può ricomprendere anche le misure dirette a promuovere l'apertura di mercati e ad instaurare assetti concorrenziali, mediante la limitazione di vincoli, e alla disciplina degli orari degli esercizi commerciali (sentenza n.299/2012).

Qualcuno sostiene che questa conclusione prefiguri un filone giurisprudenziale più assertivo e schiacciato sull'idea di una mera, e quasi brutale, deregolamentazione in contrasto con il filone che, nella sentenza n.200/2012, ha dato origine all'idea più moderata e ragionevole di ri-regolazione (Onida 2013). In realtà l'accezione *dinamica* di tutela della concorrenza può rendere compatibili *ri-regolazione* e *deregolamentazione*, quando, in alcuni settori e mercati, disposizioni legislative eccessivamente vincolanti impediscono lo svilupparsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese. Su questo punto merita soffermarsi brevemente con riferimento all'area economica su cui insiste la normativa investita dalle sentenze.

2.3 Liberalizzazione delle professioni e del settore del commercio e crescita economica

La discussione sulla liberalizzazione delle professioni e del commercio prevista dai D.L. 13/8/2011, n.138 e 1/1/2012 n.1, si è sviluppata in modo convulso e non sempre rigoroso. Alcune precisazioni sembrano al riguardo utili.

a. La regolamentazione delle professioni

E', in Italia, tra le più pervasive d'Europa. Tuttavia, se si esclude la professione di notaio e di farmacista, per le quali esiste un vero e proprio numero chiuso, la regolamentazione elevata non ha tanto impedito l'entrata sul mercato dei professionisti quanto ne ha limitato la concorrenza interna, sfavorendo i giovani e ostacolando lo sviluppo di servizi nuovi e più complessi. In Italia la densità di addetti ai settori delle professioni liberali è semmai troppo elevata, ed è associata a più bassi livelli di sviluppo territoriale. Il settore dei servizi professionali è, inoltre, caratterizzato dalla più alta incidenza in Europa del lavoro autonomo e dalla più piccola dimensione media delle imprese⁹.

Questa peculiarità della struttura produttiva sembra essere associata ad una bassa produttività del lavoro. Troppi micro-studi, costituiti da uno due professionisti, intercettano una domanda di servizi minori quanto a qualità, fanno pochi investimenti e sostengono un basso costo del lavoro, anche grazie all'utilizzo dei praticanti. Anche per questo, a fronte di un basso livello di produttività, i profitti del settore appaiono, secondo elaborazioni su dati Eurostat, pur se depurati dei "salari" dei professionisti, tra i più elevati d'Europa¹⁰. Il dato costituito da un alto deflatore del valore aggiunto sembra confermare questa conclusione: il settore riesce a scaricare molto più di altri sui prezzi finali l'aumento dei prezzi dei beni e dei servizi intermedi. La formazione di sovra-profitti è favorita, da un lato, dalla rigidità del prezzo verso il basso (le tariffe minime), dall'altro dall'aumento della domanda di queste tipologie di servizio e dalla bassa elasticità al prezzo da parte delle imprese che richiedono servizi non sostituibili, in quanto spesso adempimenti nei confronti dello Stato.

Le misure di liberalizzazione contenute nelle norme contestate dalle Regioni sono dunque da apprezzare in quanto tendono a far crescere la concorrenza interna al

⁹ La Toscana, una delle ricorrenti, si situa al 211° posto su 231 regioni europee analizzate in una recente ricerca, con 1,5 addetti per unità locale, contro i 12 della regione londinese o i 7 di quella di Colonia. Vedi Il Progetto Toscana 2030, dell'Istituto Regionale per la Programmazione Economica della Toscana, la cui sintesi è in Casini Benvenuti e Maltinti (2012).

¹⁰ Vedi Casini Benvenuti e Maltinti (2012).

settore, la dimensione media degli studi professionali e la qualità dell'offerta, ma da sole non bastano. Ad esse vanno affiancate quelle misure, alcune delle quali presenti nel decreto stesso, che mirano ad eliminare il surplus di domanda di servizi professionali determinato dall'eccessivo peso normativo e burocratico, e dall'inefficienza delle istituzioni e delle amministrazioni pubbliche che si scarica sui cittadini e sul sistema delle imprese diminuendone la competitività.

b. La regolamentazione della distribuzione commerciale

Il settore in Italia, è stato attraversato, dalla metà degli anni '90, da un processo di cambiamento strutturale, favorito da normative liberalizzatrici europee e nazionali. Si è così potuto ridurre il gap rispetto ai paesi dell'Europa occidentale, dovuto ad un'insufficiente presenza della grande distribuzione commerciale e ad una presenza particolarmente pervasiva di piccoli e piccolissimi esercizi a bassa produttività, scarsamente dinamici sia in termini di investimenti innovativi che in termini creazione di occupazione stabile¹¹. Il cambiamento strutturale ha reso più forte, perché più articolata e equilibrata, la rete distributiva, soprattutto nel settore del dettaglio, contribuendo anche a una migliore risposta alla recessione, in particolare sul fronte della spesa delle famiglie.

Nonostante ciò, ancora oggi in Italia, la dimensione media delle imprese del settore appare la più piccola tra i paesi dell'Europa a 27 e caratterizzata dalla più alta quota di lavoro autonomo, il 45% circa. Dovrebbe quindi essere vista con favore un'ulteriore forma di liberalizzazione del settore che de-regolamenta in via definitiva e per tutti i comuni gli orari e i giorni di apertura e chiusura degli esercizi e ribadisce la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali. Tali provvedimenti favoriscono indubbiamente un'ulteriore diffusione della grande distribuzione, più capace per motivi organizzativi di avvalersi delle possibilità offerte dalla nuova normativa e favoriscono altresì la creazione di nuovi servizi, in precedenza non disponibili, a vantaggio dei cittadini consumatori.

È tuttavia necessario riconoscere che la diffusione della grande distribuzione commerciale porta con sé altri possibili effetti di segno non sempre positivo. In primo luogo, quelli di carattere urbanistico, tra i quali figurano gli effetti di congestione della rete infrastrutturale e l'incremento o la modifica dei flussi di traffico. In secondo luogo, un maggior consumo di suolo, con la ridefinizione dei caratteri del paesaggio e della qualità urbana. Si hanno poi, effetti di tipo socio-economico. Si pensi in particolare alla funzione di presidio sociale svolta dai piccoli negozi in alcuni contesti periferici o semiperiferici delle aree urbane maggiori, come in alcuni centri minori, che potrebbe venir meno a seguito di una troppo rapida e intensa diminuzione degli esercizi di vicinato. Si pensi, infine, alle particolari caratteristiche dei centri storici e alla funzione svolta da alcune categorie di negozi tradizionali anche a fini turistici. Se vogliamo attrarre un turismo di qualità, probabilmente dovremo valutare se è augurabile un tessuto commerciale costituito di negozi redditizi, ma privi di "storia" in pieno centro storico.

¹¹ Ciò ha portato in Toscana, tra il 2000 e il 2007, ad un aumento della dimensione (+ 15%) e della produttività media (+8%) delle imprese commerciali, cui si è accompagnata una crescita assoluta in termini di addetti e di valore aggiunto del comparto (+ 13% in termini reali), più elevata rispetto alle regioni settentrionali benchmark (Casini Benvenuti e Maltinti 2012).

In conclusione, la questione non è liberalizzazione sì o liberalizzazione no degli orari, ma fino a che punto è possibile e desiderabile, per una Regione, un'ulteriore evoluzione della propria rete distributiva. La risposta alla domanda non può prescindere dalla considerazione che modelli alternativi di distribuzione commerciale comportano diversi costi, benefici e assetti distributivi degli "onori" e degli "oneri". In caso di rifiuto delle liberalizzazioni in questione, si dovrebbe stabilire quanto la collettività sia disposta a pagare - e chi è giusto che paghi - per il maggior costo della distribuzione di vicinato, che comporta un minor consumo di suolo e che assicura un servizio altrimenti difficilmente erogabile alla popolazione anziana delle nostre aree urbane e dei centri minori.

Il dibattito dovrebbe quindi essere spostato sull'individuazione delle soglie di saturazione e sui limiti a una deregulation totale del settore. Non è quindi una questione di legittimità costituzionale, quanto di opportunità economica, da appurare in un contesto normativo che lasci la più ampia libertà. Occorrono, in altre parole, strumenti di pianificazione in grado di realizzare un equilibrio ottimale tra efficienza economica e sostenibilità complessiva, sul piano ambientale e sociale e quindi un equilibrio tra istanze del mercato e della regolamentazione, dando a entrambi lati il giusto rilievo. Cosa che non può accadere in presenza di normative rigide e vincolanti.

3. Liberalizzazioni dei mercati e controllo della finanza degli enti territoriali

Il raccordo tra questi due aspetti dell'intervento pubblico è trattato nella sentenza che discute dell'adeguamento al principio della liberalizzazione dell'attività economica come virtuosità premiante ai fini degli obblighi del Patto di stabilità interno. In particolare, il Comma 4 dell'art.1 del D.L. 1/2012 inserisce tra i criteri che consentono di individuare gli enti che ricevono un trattamento meno stringente nel rispetto del Patto quelli che hanno proceduto all'applicazione delle procedure di liberalizzazione e semplificazione previste nel medesimo articolo. L'individuazione dei comuni così detti "virtuosi" come criterio di alleggerimento del Patto ha avuto breve vita, dal momento che non è più ora considerato nella nuova disciplina per il 2014, e non è, in linea di principio, una buona notizia. Ad ogni modo, sono interessanti, ai nostri fini, le motivazioni delle ricorrenti e il contenuto dei pronunciamenti della Consulta.

Una ricorrente contro il Comma 4, la Regione Toscana, sostiene che considerare elemento di virtuosità ai fini dell'allentamento del Patto di stabilità interno l'adeguamento al principio costituisce un intervento normativo "del tutto estraneo alle finalità del coordinamento della finanza pubblica" che *coarta* (sic!) le Regioni nella disciplina dell'attività economica, violando anche il principio della "leale collaborazione". Una seconda ricorrente, la Regione Veneto, aggiunge al precedente un argomento che poi sarà ampiamente ripreso in altre censure e ricorsi. La disposizione impugnata conterrebbe "previsioni di dettaglio ed auto applicative che andrebbero oltre la potestà di individuare (solo) i principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica". Inoltre, la disposizione del Comma 4 imporrebbe alle Regioni di adottare interventi normativi e comportamenti in ambiti sia di competenza concorrente che regionale residuale.

Poiché un allentamento degli obblighi del Patto produce effetti equivalenti sui comportamenti delle Regioni di un aumento dei trasferimenti statali, l'accettazione dei due punti di vista espressi nei ricorsi, si configura come rifiuto del concetto di trasferimento intergovernativo tipo "*matching grant*", cioè

rivolto all'introduzione di incentivi che travalicano la semplice finalità di finanziamento della spesa pubblica locale. Invece, in tutti i paesi federali esistono meccanismi di finanziamento regolati per incentivare la produzione e offerta di servizi pubblici essenziali, incentivare l'attività economia locale, incentivare specifici investimenti infrastrutturali, ecc (Indriks e Myles 2013, cap. 19). Ancora una volta sembra però che la questione economica di fondo, che divide l'impostazione regionale ricorrente e quella del governo, in merito ai provvedimenti in questione, sia la relazione che sussiste tra liberalizzazione dell'attività economica e crescita economica e tra questa e miglioramento dei dati di finanza pubblica. Per le Regioni ricorrenti il provvedimento, che lega la virtuosità alla liberalizzazione, appare di fatto solo come un fastidioso adempimento, cui non si riconnette alcun significativo contributo allo sviluppo dell'attività economica del territorio.

Per la sentenza della Corte, che respinge come infondate le argomentazioni delle ricorrenti, il fatto che questa relazione sussista e sia positiva, come evidenziato da molte ricerche empiriche, spiega il motivo dell'incentivo introdotto e la forma prescelta. Si tratta in definitiva di favorire la crescita del denominatore, il PIL, di tutti gli indicatori finanziari esaminati nei Trattati europei di disciplina fiscale, dal deficit, all'avanzo primario, allo stock di debito, e per tale via migliorarli. E' vero che il Patto di stabilità interno è primariamente indirizzato al contenimento della spesa pubblica degli enti locali, cioè una componente del numeratore degli indicatori, ma, poiché ciò ha effetti depressivi, la possibilità di disciplinare lo stesso Patto per stimolare effetti compensativi è da considerarsi socialmente utile. Più in generale, delineare meccanismi di finanziamento, che possono anche non essere inseriti nel Patto di stabilità interno, peraltro in via di riforma, ma inseriti in appositi strumenti di decentramento finanziario può conseguire importanti risultati per l'economia nazionale. Se le Regioni, nello sviluppare le loro politiche industriali, non intravedono questi risvolti positivi, vanno *incentivate*, con l'assegnazione di spazi finanziari, che non significa *coartate*.

4. Natura e funzioni dell'Autorità indipendente di regolazione dei trasporti

La disposizione impugnata prevede, all'art. 36 del D.L. 1/2012, l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, con numerose competenze nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori. Prima di esaminare la disposizione contestata è opportuna una breve digressione per dar conto di cosa asserisce la teoria economica riguardo alla istituzione di autorità di regolazione. Facciamo riferimento a due recenti contributi particolarmente rilevanti.

4.1. Politici o tecnocrati per la regolazione dei mercati?

Maskin e Tirole (2004) da una parte, Alesina e Tabellini (2007, 2009) dall'altra¹², concepiscono il problema della scelta fra le forme di *governance* della regolazione dei mercati – rispettivamente attraverso un'agenzia indipendente, come un'Autorità di regolamentazione, o un ufficio politico, come un assessorato ai trasporti – in un contesto di asimmetria informativa. La scelta

¹² Alcune delle considerazioni precisate e formalizzate in questi due contributi si possono trovare anche Boitani e Petretto (1999), Laffont (2005) e Besley (2007).

fra un contratto «tecnocratico» ed uno «politico» dipende dalla *performance* relativa del tecnocrate e del politico, tenuto conto degli incentivi dati dal loro contratto.

Per Maskin e Tirole, il problema è quello dell'informazione dell'elettorato in merito alle decisioni economiche. Essi analizzano un modello a due periodi; in ciascuno di questi, due sono le decisioni possibili, (a) e (b), di cui una è quella ottimale. All'inizio, gli elettori sono incerti riguardo la buona politica, sebbene possano soltanto attribuire una probabilità p al fatto che questa sia (a) e una probabilità $1-p$ che sia invece (b). Alla fine del primo periodo, essi possono, con una probabilità q , scoprire quale fosse la buona politica, ma anche restare nell'incertezza, con probabilità $(1-q)$.

Gli elettori delegano dunque la decisione ad un responsabile che sarà informato della buona politica, ma avrà anche in merito le proprie preferenze, che possono differire da quelle degli elettori stessi. Per esempio, gli elettori non sanno se occorra, ad una certa data, dare priorità al rinnovo del parco mezzi di un'azienda di trasporto o alla riduzione delle tariffe. Essi possono delegare questa scelta, con il rischio che il responsabile sia più attratto dagli investimenti o più attratto da bassi prezzi di quanto non lo siano loro stessi. L'elettorato può soltanto assegnare una probabilità al fatto che le preferenze del responsabile coincidano con le sue. Una volta nominato, il tecnocrate sceglie la decisione che ritiene sia quella migliore, senza considerazione per le preferenze degli elettori. Il politico, invece, cerca di essere rieletto alla fine del periodo 1, il che può stimolarlo a comportarsi in maniera demagogica: nel caso in cui gli elettori si sbagliano sulla natura della decisione migliore, può, con perfetta cognizione di causa, compiere la scelta peggiore al fine di assicurarsi la rielezione. Ma può anche scommettere sul fatto che l'elettorato apprenderà quale sarà stata la decisione migliore e ricompensarlo per aver avuto abbastanza coraggio da sfidare l'opinione pubblica. Maskin e Tirole mostrano che il contratto tecnocratico è preferibile al contratto politico quando la probabilità q che ha l'elettorato di scoprire quale sia stata la decisione migliore è bassa. In tal caso, in effetti, il politico ha scarse possibilità di essere ricompensato per aver scelto l'opzione migliore e preferirà seguire gli elettori nell'errore. Invece, se con il tempo gli elettori riescono ad acquisire informazioni, la delega al politico attraverso le elezioni è preferibile a quella ad un tecnocrate, per cui si corre il rischio che egli segua le proprie preferenze. Questo modello suggerisce che la delega nei confronti dei tecnocrati è preferibile in contesti in cui l'elettorato sia male informato e abbia poche possibilità di acquisire informazioni, perché l'argomento è, per esempio, troppo tecnico oppure non abbastanza importante agli occhi dei cittadini, perché essi investano nella ricerca delle informazioni che lo riguardano.

Alesina e Tabellini, da parte loro, pongono l'accento sul tema delle motivazioni. La delega ad un tecnocrate e quella ad un uomo politico sarebbero due tipi diversi di contratto stilati con il popolo sovrano. La questione da stabilire diventa allora quale dei due contratti, quello del tecnocrate o quello del politico, sia quello più incentivante all'impegno. Ciascuno di questi due contratti approda dunque a un certo livello di impegno risultante dal comportamento di ottimizzazione dal responsabile. Il tecnocrate sceglie il proprio livello di impegno per massimizzare la sua utilità, che è la differenza fra la sua remunerazione e il costo indotto dal suo impegno. Il politico sceglie nello stesso modo il proprio livello di impegno, ma la sua remunerazione è di natura diversa: è la rielezione, che dipende dalla probabilità che il risultato sia superiore a una certa soglia. Nessuno dei due contratti domina l'altro da questo punto di vista.

In caso di incertezza sulle competenze, il contratto tecnocratico è preferibile, perché lo stimolo a dare prova delle proprie capacità è più forte, per cui sarebbe meglio delegare a dei tecnocrati i compiti per i quali è significativa la variabilità delle competenze non direttamente osservabili.

Lo stesso modello può essere utilizzato per decidere a chi affidare una responsabilità implicante un *trade-off* fra due diversi obiettivi (o due diversi compiti a cui l'impegno deve essere alternativamente assegnato), quando esiste un'incertezza sulle preferenze dell'elettorato. In questo caso, l'assegnazione degli impegni del tecnocrate è specificata *ex ante* ed egli vi si attiene, perché è il miglior modo di dimostrare la propria competenza. Il politico, invece, dà prova di flessibilità e si adatta ai cambiamenti di preferenza dell'elettorato. Questo tipo di contratto è dunque più appropriato. Si mostra, allo stesso modo, che il contratto tecnocratico è preferibile in caso di incoerenza temporale, il contratto politico quando è necessario risarcire i perdenti.

L'istituzione di un'Autorità nazionale di regolazione nel settore dei trasporti sottintende la scelta del contratto tecnocratico, che sembra trovare nei due modelli teorici fondamenti abbastanza robusti. Infatti, il settore ha significativi risvolti infrastrutturali, urbanistici e ambientali, per cui l'organizzazione del servizio investe gli interessi anche delle generazioni future, che in quanto tali non votano i politici *incumbent*: il contratto politico non riguarderebbe gli elettori futuri. Inoltre, il contratto politico soffrirebbe sicuramente della incoerenza temporale tra durata del mandato politico e effetti di lungo periodo di una razionalizzazione del settore industriale coinvolto.

4.2 Il ricorso e il pronunciamento della Corte

L'Autorità di regolazione dei trasporti è la prima *Authority* nazionale istituita dopo la modifica del Titolo V della Costituzione, per cui è la prima volta che si pone il tema della regolazione e concorrenza di una materia residuale, i Trasporti pubblici locali, a competenza regionale.

La Regione Veneto ha fatto ricorso contro il comma 1, lettera *a*) dell'art. 36 del D.L. 1/2012, laddove si specifica che l'Autorità è «[...] competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle Regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione». La Regione Veneto sostiene che la specificazione non consente di assicurare che l'Autorità eserciti la sua funzione regolatoria nel rispetto delle competenze delle autonomie territoriali in materia di trasporto pubblico locale. In questo ambito l'Autorità ha il potere di definire i criteri per la fissazione delle tariffe, canoni e pedaggi, nonché di stabilire, con particolare riferimento al settore autostradale, i sistemi tariffari di pedaggi basati sul metodo del *price cap* per le nuove concessioni¹³.

La Regione ricorrente sostiene che tali previsioni normative, pur riguardando aspetti relativi alla tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117,

¹³ L'Autorità si occupa altresì della definizione degli schemi sia dei bandi per le gare che assegnano servizi di trasporto in esclusiva, sia delle convenzioni da inserire nei capitolati di tali gare, sia, per il settore autostradale, delle concessioni (schemi da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione), sia dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni. La medesima Autorità, infine, stabilisce criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici in relazione alle gare che assegnano servizi di trasporto in esclusiva.

secondo comma, lettera e), della Costituzione, incidono nella materia del trasporto pubblico locale, rientrando nell'ambito delle competenze residuali regionali. Sono tre i profili indicati nel ricorso: l'inapplicabilità del principio della tutela della concorrenza in questo contesto, la violazione del principio della leale collaborazione e la violazione del principio dell'autonomia finanziaria. Ai fini di questa nota rileva soprattutto il primo.

L'attribuzione all'Autorità di regolazione dei trasporti della definizione dei criteri delle tariffe e l'assegnazione ad essa di competenze specifiche sugli schemi di bandi di gara e di concessione non risultano, a parere della ricorrente, proporzionate alle esigenze di apertura del mercato. Tali previsioni, infatti, si limiterebbero a demandare *a un soggetto estraneo alla logica della responsabilità politica e amministrativo-contabile, la determinazione di discipline di impatto macroeconomico rilevante, senza neppure vincolare tale soggetto a specifici parametri di indirizzo e controllo*. Il passo che abbiamo evidenziato in corsivo contiene un presupposto erroneo alla base di molte argomentazioni di chi contrasta la logica della regolamentazione pro-concorrenziale cui, come abbiamo visto, la Consulta fa riferimento col termine di ri-regolazione. Il presupposto è che solo ad organi politici e alle specifiche diramazioni amministrativo-contabile spetti la determinazione di discipline di impatto macroeconomico (sic!) rilevante. Il presupposto nega il contributo all'efficienza, in senso di massimo benessere, dell'applicazione al sistema dei servizi pubblici locali del principio della separazione tra organi di indirizzo politico e imprese gestori, separazione resa operativa e efficace grazie alla istituzione di agenzie indipendenti come le Autorità di regolamentazione. Come abbiamo specificato nella precedente sezione, la teoria economica fornisce convincenti elementi a sostegno di questa "separazione".

Al riguardo estremamente chiari sono anche i passi della sentenza secondo i quali " [...] il settore dei trasporti appare resistente più di altri all'ingresso di operatori privati, a causa di alcune peculiari caratteristiche, legate, tra l'altro, agli elevati costi, alla necessità di assicurare il servizio anche in tratte non remunerative e alla consolidata presenza di soggetti pubblici tanto nella gestione delle reti quanto nell'offerta dei servizi [...]". In questo contesto, continua la sentenza, "[...] è particolarmente avvertito il rischio che si creino o si consolidino posizioni dominanti e, pertanto, è opportuno che il passaggio a un sistema liberalizzato sia accompagnato, come già è avvenuto per altri pubblici servizi, da una regolazione affidata ad un'Autorità indipendente, che garantisca pari opportunità a tutti gli operatori del settore" e dunque "[...] l'istituzione di un'Autorità indipendente è tesa a ridurre le criticità che potrebbero derivare dalla commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili, introducendo una distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati". L'eliminazione di questi potenziali conflitti di interesse finalizza, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, la norma proprio all'apertura dei mercati e allo sviluppo della concorrenza per il mercato.

5. Aziende pubbliche strumentali, spending review e violazione della concorrenza

5.1 La galassia delle aziende partecipate delle Regioni e degli enti locali

Secondo il *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica* della Corte dei Conti del maggio 2012, "...il crescente utilizzo da parte degli EELL, Comuni e Province, di organismi societari per la gestione dei servizi e per l'esercizio delle attività pubbliche ha determinato l'esigenza di individuare strumenti di controllo e di contenimento della spesa sostenuta di fatto da tali enti, in forza di legami finanziari con le società partecipate". Sono oltre 5.000 gli organismi partecipati, sotto forma di aziende, consorzi, fondazioni, istituti, società nei 7200 enti locali censiti dalla CdC nelle Regioni a statuto ordinario. A queste si possono aggiungere altre quasi 2000 presenti nelle Regioni e Province a statuto speciale, non considerate in questa indagine.

Quasi la metà sono *local utilities* (acqua, energia, trasporti e rifiuti) sotto forma societaria. Oltre un terzo delle società rilevate ha chiuso in perdita uno degli esercizi tra il 2008 e il 2010. Nella grande maggioranza dei casi, le società hanno avuto l'affidamento diretto, per un valore di produzione di quasi 25 miliardi, che opera quindi al di fuori del mercato. Sono quindi società *in-house* per le quali la gestione è solo formalmente esternalizzata, considerato il rapporto che le lega con l'ente affidante. A tali soggetti, secondo la CdC, è riferibile un indebitamento di quasi 34 miliardi, certamente un dato non enorme in relazione al debito pubblico complessivo, ma in crescita nell'ultimo triennio dell'11%. L'indebitamento potrebbe essere rivolto a finanziare infrastrutture in servizi *capital-intensive*, come acqua e rifiuti, ma ciò non fa che aumentare la necessità di mantenere le società in equilibrio economico-finanziario in modo da garantirne la sostenibilità e impedire che il dirottamento surrettizio verso la copertura di disavanzi correnti.

Non più roseo è il quadro aggiornato delle società partecipate regionali che emerge dalla *Relazione sulla gestione finanziaria delle Regioni della Corte dei Conti*, del 2013, che ha analizzato le dimensioni e la dinamica negli ultimi anni del fenomeno. Nel 2013 il numero delle aziende di servizi in cui le Regioni detengono una quota, anche minoritaria, continua a salire: erano 394 nel 2012 e quest'anno 403. La Sicilia, da sola, ne conserva ben 33. La tendenza, quindi, non è certo alla razionalizzazione e alle dismissioni, eccetto l'Emilia Romagna che ha venduto quote per 8 milioni, le altre Regioni hanno tutte mantenuto o aumentato i propri investimenti, passando da 3,43 miliardi di quote detenute nel 2012 agli attuali 3,93 miliardi.

Le risorse che, secondo i bilanci 2011- 2012, le Regioni e Province autonome¹⁴ hanno trasferito alle loro aziende di servizi è pari a 2,6 miliardi di euro l'anno. Questo ammontare è andato quasi tutto alle 172 aziende che hanno ricevuto dalla Regione il servizio grazie a un affidamento diretto; mentre ammontano solo a 38 milioni le somme andate alle 22 aziende selezionate con gara. Tra le Regioni che hanno trasferito somme a società partecipate spicca la Campania, che da sola ha versato 731 milioni. Nonostante le difficoltà di bilancio, queste aziende hanno continuato ad assumere personale, passando dai 7.526 addetti del 2010 agli 8.603 del 2011¹⁵. L'incremento degli organici ha aumentato i costi della produzione, tanto che le partecipate regionali hanno aumentato del 26% in un anno i costi, arrivando a circa 2,4 miliardi.

Il giudizio complessivo della Corte dei Conti sul modo delle partecipate regionali è sostanzialmente negativo. In particolare «...le partecipate al 100% - si legge nella Relazione - a uno sguardo complessivo sono una fonte di perdite»,

¹⁴ Con l'assenza dei dati di Piemonte Liguria, Sardegna e Sicilia.

¹⁵ Anche sul personale, non hanno risposto alla Corte dei conti le regioni Sicilia, Piemonte, Liguria e Lombardia.

anche se il fenomeno è in via di contenimento. Nel 2010, infatti, le perdite totali di esercizio ammontavano a 92,6 milioni, ridotti a 50,3 l'anno successivo. Ma questo non vale per tutte le Regioni: il Lazio, per esempio, ha triplicato le perdite da 2,4 a 6,4 milioni. La Sicilia ha perso 22 milioni, il Trentino Alto Adige è passato da un utile di 9 a una perdita di 17 milioni.

In presenza di questo scenario, Il D.L. 6.7.2013 recante «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini», convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, noto come il decreto sulla *Spending review* (DL - SR), all'art.4, tenta di limitare l'espansione di questa galassia e di introdurre delle disposizioni per sottoporre alla disciplina della concorrenza una parte di queste aziende: quelle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (le così dette società strumentali). L'art. 4 è un testo molto nebuloso e quindi controverso non solo per i profili di anticostituzionalità che alcuni vi ravvedono, ma anche per le difficoltà interpretative che ha generato. A noi interessano le motivazioni addotte dalla Corte per confutare i ricorsi delle Regioni, indipendentemente dall'esito a cui sono pervenute.

5.2 I ricorsi delle Regioni aversi all'art.4

Con sette distinti ricorsi, le Regioni Lazio, Veneto, Campania e Puglia, nonché le Regioni autonome Friuli-Venezia Giulia, Sardegna e la Regione siciliana hanno promosso questioni di legittimità costituzionale di numerose norme del DL- SR, in particolare l'art.4. Ci soffermiamo sugli aspetti più rilevanti ai fini di questa nota.

Le ricorrenti impugnano questo articolo, nella parte in cui dispone, al Comma 1, lo scioglimento, entro il 31 dicembre 2013, delle aziende di proprietà delle amministrazioni pubbliche, e quindi anche delle Regioni e degli enti locali, che, nel corso dell'anno 2011, abbiano conseguito un fatturato da prestazione di servizi a favore delle pubbliche amministrazioni stesse superiore al 90 per cento dell'intero fatturato. L'articolo, sempre al comma 1, prescrive, in alternativa, l'alienazione, mediante procedure di evidenza pubblica, delle relative partecipazioni entro il 30 giugno 2013, prevedendo, al comma 2, in caso di mancato adeguamento, il divieto di nuovi affidamenti diretti di servizi e del rinnovo degli affidamenti di cui le predette società siano titolari. Ai commi 3 e 13 l'articolo prevede che le predette disposizioni non si applichino, oltre che ad una serie di società specificamente individuate, solo «qualora per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato», sottoponendo, peraltro, gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante¹⁶.

Al comma 7, l'articolo impone alle pubbliche amministrazioni coinvolte, a decorrere dal 1° gennaio 2014, di acquisire sul mercato i beni e i servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.... » e prevede, al comma 8, a decorrere dalla medesima data, la possibilità di affidamenti diretti

¹⁶ Sottopone anche al «previo parere favorevole» di un organo statale, e cioè del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, l'approvazione degli eventuali piani «di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate» che le Regioni abbiano predisposto entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (comma 3-sexies).

“solo a favore di società a capitale interamente pubblico - quando il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui» (inciso poi eliminato dalla L. 17/12/2012 n. 221) - nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*”¹⁷.

Le ricorrenti sostengono che la dettagliata disciplina dell'art. 4, nel suo complesso o anche solo con riguardo a specifici commi, impedendo o comunque condizionando la scelta delle Regioni in ordine alla forma giuridica da adottare per organizzare ed erogare i propri servizi, soprattutto con la previsione di una drastica riduzione delle ipotesi di ricorso all'affidamento *in house*, determinerebbe la violazione della competenza legislativa regionale residuale in materia di “organizzazione amministrativa regionale e degli enti pubblici regionali”, nonché in materia di “servizi pubblici locali”, della competenza statutaria in tema di determinazione dei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della Regione, dell'autonomia regolamentare e delle competenze amministrative degli enti locali, nonché dell'autonomia amministrativa e finanziaria regionale¹⁸. Le norme impugnate, inoltre, confliggerebbero con la competenza legislativa regionale concorrente in tema di coordinamento della finanza pubblica, non fissando principi di coordinamento della finanza pubblica, ma disposizioni dettagliate di immediata applicazione. Infine, impedendo alle Regioni di procedere ad affidamenti *in house*, a prescindere da qualsivoglia valutazione discrezionale della stessa, si porrebbero anche in contrasto con la normativa dell'Unione europea che consente la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale.

Le Regioni Campania, Sardegna e Puglia censurano il citato art. 4 in quanto, limitando le procedure di *way-out* dal mercato, riprodurrebbe, di fatto, una disciplina già eliminata dal referendum del 12-13 giugno 2011 (e poi per effetto della sentenza di questa Corte n. 199 del 2012, in violazione degli artt. 75 e 136 della Costituzione). Ancor più, secondo la Regione Puglia, i commi 1 ed 8 della norma in esame violerebbero gli artt. 41, 42 e 43 della Costituzione, in quanto “altererebbero irrimediabilmente l'equilibrio tra proprietà pubblica e proprietà privata, tra impresa pubblica ed impresa privata”.

5.3 L'economia delle aziende strumentali nel pronunciamento della Corte

La Consulta, nel fornire un'unica pronuncia data la sostanziale identità delle norme impugnate e dell'analogia delle censure proposte, attinge a due specifici principi economici, che come detto in precedenza si integrano: (i) la tutela della concorrenza e la salvaguardia dei suoi benefici sociali; (ii) l'utilità sociale del contenimento e della razionalizzazione della spesa pubblica, nel

¹⁷ Il medesimo art. 4 è inoltre censurato nella parte in cui detta disposizioni puntuali in ordine alla composizione ed al funzionamento dei consigli di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni come le Regioni e dagli enti locali; impone limitazioni in ordine all'assunzione di personale ed al relativo trattamento economico; vieta, a pena di nullità, di inserire clausole arbitrali in sede di stipulazione di contratti di servizio ovvero di atti convenzionali comunque denominati, intercorrenti tra società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, e amministrazioni statali e regionali.

¹⁸ L'articolo violerebbe anche la potestà legislativa regionale primaria spettante in svariate materie alle Regioni autonome.

contesto dei vincoli di finanza pubblica imposti dalla partecipazione all'UE e all'area dell'euro.

La Corte ricorda infatti che l'art. 4 contiene una serie di disposizioni volte primariamente a limitare il numero abnorme delle aziende pubbliche coinvolte e a realizzare, per le restanti, condizioni e procedure di mercato. Quindi il presupposto per confutare i ricorsi è ancora quello dei benefici sociali della concorrenza, valida in se e, in questo caso, come veicolo del contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica.

Essendo, secondo le argomentazioni della Corte, l'ambito di applicazione di tali disposizioni quello delle società "strumentali" all'attività degli enti pubblici, non investe l'oggetto del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 e della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 199/2012. Dunque non sussiste alcuna lesione costituzionale della volontà popolare espressa con il referendum, come sostenuto nel ricorso delle Regioni Campania, Puglia e Sardegna. L'oggetto delle disposizioni, sottolinea la Corte, è costituito la «messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche», per ridurre il numero e per questa via la spesa pubblica. La necessità di contenere la spesa delle Pubbliche amministrazioni riceve così un esplicito riconoscimento. La Corte dichiara inammissibili anche i rilievi della Puglia, di natura prevalentemente ideologica, sulla pretesa alterazione dell'«equilibrio tra proprietà pubblica e proprietà privata, tra impresa pubblica ed impresa privata», non sembrando credere alla valenza costituzionale dei caratteri di un simile equilibrio che peraltro sarebbe destinato a cambiare nel tempo con l'evoluzione del sistema economico, e certamente non nella direzione di ampliare la presenza pubblica nell'economia.

Il contenuto delle norme contenuto nell'art.4 è rivolto a dettare una disciplina puntuale delle società pubbliche strumentali, che si aggiunge ai numerosi interventi del legislatore statale sulle medesime società, i quali, negli anni più recenti, ne hanno accentuato i profili di specialità rispetto al regime generale delle società di diritto comune. Queste misure restrittive sono dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza. Le società pubbliche strumentali non devono essere nelle condizioni di approfittare del vantaggio che ad esse deriva dal particolare rapporto con le pubbliche amministrazioni operando sul mercato. Per cui debbono concentrarsi esclusivamente nell'«attività amministrativa svolta in forma privatistica» per le medesime amministrazioni pubbliche. E ciò in linea con la normativa dell'Unione europea, il cui primario obiettivo è quello di evitare che l'impresa pubblica goda di regimi privilegiati e di assicurare, per ammettere affidamenti diretti solo a servizi a società pubbliche, sulle quali l'ente affidante eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e che l'affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente controllante.

La coerenza delle disposizioni dell'art.4 con l'obiettivo della tutela della concorrenza è dunque incontrovertibile, mentre più controverso è il giudizio per quanto riguarda l'obiettivo del controllo della spesa pubblica attraverso queste disposizioni. In merito, a giudizio della Corte, è consentito imporre limiti alla spesa di enti pubblici regionali ai fini del riequilibrio della parte corrente senza, però, prevedere in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dell'obiettivo. Può essere, in altri termini, imposto alle Regioni un «limite globale, complessivo, al punto che ciascuna Regione deve ritenersi libera di darvi attuazione, nelle varie leggi di spesa, relativamente ai diversi comparti, in modo

graduato e differenziato, purché il risultato complessivo sia pari a quello indicato nella legge statale» (sentenze 36/2013 e 211/2012). La Corte conviene, pertanto, che le disposizioni di cui ai principali commi dell'art. 4, delineano, invece, una disciplina puntuale e dettagliata che vincola totalmente anche le amministrazioni regionali, senza lasciare alcun margine di adeguamento, anche a Regioni e Province autonome, con conseguente lesione dell'autonomia organizzativa, nonché della competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica. Di conseguenza, la Corte, pur convenendo sulla finalità economica delle suddette disposizioni, perviene alla conclusione di dichiararne l'*illegittimità costituzionale*.

Tuttavia, questa dichiarazione non si estende alla normativa e disposizioni partecipate degli enti locali, per i quali la Corte "afferma che spetta al legislatore statale disciplinare i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali". L'applicabilità delle disposizioni alle società *in house* degli enti locali e di tutte le società ricomprese nell'ambito di riferimenti (il DLgs 30.3. 2001, n. 165), tranne quelle regionali, è ribadita da un recente parere dell'Antitrust (Bollettino n.36 del settembre 2013).

Di parere opposto invece la sentenza della CdC, sezione regionale di controllo per l'Abruzzo, del 5 settembre 2013. Secondo tale orientamento interpretativo alle società strumentali *in house* deve applicarsi, anziché il Comma1, il comma 8 dell'art. 4. Questa norma, considerata "speciale" e alternativa, dai magistrati contabili, consentirebbe l'affidamento diretto di servizi a favore di società a capitale interamente pubblico nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*. Gli stessi giudici contabili sostengono che "una diversa interpretazione delle norme condurrebbe, d'altronde, ad una soluzione illogica sul piano ordinamentale, rendendo non solo inutile la disposizione di cui al comma 8 ma rendendo di fatto anche operativa la soppressione nell'ordinamento nazionale di un istituto quale la società *in house* che è di derivazione comunitaria"¹⁹.

Malgrado questa possa essere considerata una buona difesa dell'*in-house* nei confronti dei vincoli dell'art.4, è incontrovertibile che questa forma societaria sia stata riconosciuta, in definitiva anche dalla Corte, come fonte di squilibri finanziari, come strumento per eludere norme e vincoli rivolti alle amministrazioni pubbliche. D'altra parte, l'estensione della nozione di controllo analogo contenuta nella legislazione più recente²⁰, fa sì che l'*in-house providing* sia destinata a perdere ogni riferimento alle caratteristiche di impresa e a vedere così ridursi sempre più il suo ambito di applicazione nel nostro sistema economico.

In conclusione, la Consulta delinea un'economia delle società strumentali su questi punti:

- convalida i presupposti economici della tutela della concorrenza e del contenimento della spesa pubblica alla base dell'art. 4 del DI-SR, ma
- prende atto dell'inapplicabilità di queste disposizioni per le società regionali, che invece ammette per le altre amministrazioni pubbliche, compresi gli EELL.
- Al momento dunque, salvo una lettura del Comma 8 come quella proposta dalla CdC abruzzese, sono escluse dallo scioglimento o dalla vendita quelle società degli EELL per le quali siano accertate le peculiari

¹⁹ In senso difforme si segnala deliberazione Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Puglia, 19/9/2013 n. 141.

²⁰ Alcune di queste si trovano nella Legge di stabilità che, nel momento in cui scriviamo queste note, è in discussione al Parlamento.

caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento che impediscono “all’amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato”.

6. Conclusioni: La Corte e la teoria economica della legge

L’organicità delle controdeduzioni delle cinque sentenze lascia intendere che la Corte si stia avviando verso l’accoglimento di una teoria economica della concorrenza e della regolamentazione in linea con i principi fondanti della moderna AED. I punti su cui si basa questa teoria in fieri possiamo dire siano sinteticamente i seguenti.

1. il riconoscimento che i requisiti di trasparenza, parità delle condizioni di partenza, imparzialità e anonimità costituiscono il riferimento delle politiche per la concorrenza, indirizzate a eliminare, nelle attività economiche, le barriere all’entrata che non si giustificano in termini di effettivo benessere della collettività.
2. la concorrenza è concepita come un bene pubblico, disponendo delle classiche proprietà di non-rivalità e non-escludibilità, che diffonde esternalità al sistema economico producendo incentivi e stimoli alla crescita. Opera, in altre parole, come la giustizia o l’istruzione di cui beneficiano anche i non diretti utenti nella società. Ne consegue che la tutela della concorrenza, in quanto volta a fornire un bene pubblico nazionale e indivisibile, interseca ogni titolo di potestà territoriale, in particolare regionale.
3. La liberalizzazione dei mercati non è un valore in sé, ma può essere apprezzato come uno strumento di promozione della concorrenza, e quindi per sviluppare le esternalità menzionate in precedenza.
4. La tutela della concorrenza e la regolamentazione dei mercati non sono concetti antitetici, come tradizionalmente sostengono le tendenze liberiste delle scuole più ortodosse della AED, ma si integrano con la definizione precisa e coerente dei ruoli e delle funzioni delle Autorità antitrust e delle Autorità di regolamentazione di settore.
5. La tutela della concorrenza non ha un’estensione certa o delimitata ma ha, secondo un’accezione “dinamica”, un’efficacia “trasversale”, in grado quindi di influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale delle Regioni.
6. Al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, emerge l’intento generale di non consentire a soggetti dotati di privilegi di svolgere attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.
7. In particolare, le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni non debbono essere nelle condizioni di poter approfittare del vantaggio che ad esse deriva da questo particolare rapporto, operando sul mercato, ma debbono essere indotte a concentrarsi esclusivamente nell’attività amministrativa svolta in forma privatistica” per le medesime amministrazioni pubbliche.

Infine, la conseguenza forse più diretta per l’organizzazione del sistema economico che emerge dalle sentenze:

8. La tutela della concorrenza e la regolamentazione dei servizi pubblici devono essere svolti in condizioni di separazione tra organi politici, cui spettano in ogni caso gli indirizzi generali, e imprese titolari di concessioni e gestori, evitando la commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili, introducendo una precisa distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati. Questa commistione deve essere esclusivamente limitata ad un numero contenuto di società pubbliche soggette al controllo analogo a quello che le amministrazioni pubbliche effettuano al loro interno.

A fronte di questa impostazione teorica, che sembra emergere dalle sentenze della Corte, volta alla modernizzazione della nostra economia, si esprime una posizione delle Regioni, guidate, peraltro, da giunte tanto di centro-sinistra che di centro-destra, decisamente arroccata su concezioni diffidenti, se non proprio avverse, allo sviluppo dei mercati, alla semplificazione burocratica della pubblica amministrazione e, in definitiva, all'efficienza dell'intervento pubblico.

L'atteggiamento appare paradossale in quanto è evidente come sia proprio attraverso lo sviluppo della concorrenza, della contendibilità dei poteri di mercato e dell'*accountability* dei politici che l'autonomia e la libertà economica delle specificità regionali possano esaltarsi. Concorrenza nei mercati, competizione politica e federalismo sono elementi concomitanti dello sviluppo e della modernizzazione delle istituzioni nei paesi sviluppati.

Riferimenti bibliografici

A. Alesina e G. Tabellini (2007), "Bureaucrats or Politicians? Part I, A single policy task" *American Economic Review*, 97 (1), pp. 169-179.

A. Alesina e G. Tabellini (2009), "Bureaucrats or Politicians? Part II, Multiple policy tasks", *Journal of Public Economics*, 92 (3-4), pp. 426-447.

J. Arnold, G. Nicoletti e S. Scarpetta (2011), "Does anti-competitive regulation matter for productivity? Evidence from European Countries", *Institute for the Study of Labour (IZA)*, Discussion Paper n. 5511, February.

P. Bellaflamme e P. Peitz (2010), *Industrial organization: markets and strategies*, Cambridge University Press, Cambridge.

A. Benassy-Quéré, B. Coeuré, P. Jacquet e J. Pisan-Ferry (2012), *Politique Economique*, de Boeck, Paris.

T. Besley (2007), *Principled agents? The political economy of Good Government*, Oxford University Press, Oxford.

A. Boitani e A. Petretto (1999), "Privatizzazione e Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità: un'analisi Economica", *Politica economica*, n.3.

S. Casini Benvenuti e G. Maltinti (2012), *Il futuro della Toscana, tra inerzia e cambiamento-Sintesi di Toscana 2030*, Istituto Regionale per la Programmazione Economica Toscana, Progetto "Toscana 2030", Firenze.

D. D. Friedman (2004), *L'ordine del diritto: perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna.

J. Indriks e G. Myles (2013), *Intermediate Public Economics*, II edition, The MIT Press, Cambridge, Mass.

L. Kaplow e S. Shavell (2000), "Economic analysis of law", in A. J. Auerbach e M. Feldstein (a cura di), *Handbook of public economics*, North Holland, Amsterdam.

J. J. Laffont (2005), *Regulation and development*, Cambridge University Press, Cambridge, Mas.

E. Maskin e J. Tirole (2004), "The politician and the Judge: Accountability in the Government", *American Economic Review*, 94 (4), pp. 1034-1054.

M. Motta e M. Polo (2005), *Antitrust: Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, Bologna.

V. Onida (2013), "Quando la Corte smentisce se stessa", AIC, Rivista n. 1/2013.

A. Petretto (2005), "Tutela della concorrenza e disciplina dei contratti nell'Analisi economica del diritto", in G. Vettori (a cura di), *Concorrenza e mercato*, CEDAM, Padova.

S. Shavell (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap of Harvard University Press, Cambridge, Mas.

The World Bank (2013), *Doing business*, www.doingbusiness.org.

A. Woelfy, I. Wanner, T. Kozluc e G. Nicoletti (2009), "Ten years of product market reform in OECD countries – insights from al revised PMR indicator", *OECD Economics Department*, WP n. 695, OECD, Paris.