

Recenti dinamiche della regolazione dei mercati segnalano una tendenza dell'ordinamento a ripristinare forme di governo pubblico dell'economia che sembravano definitivamente superate, e che restituiscono allo Stato strumenti di intervento particolarmente incisivi, affidati non più all'Esecutivo ma ad alcune Autorità amministrative indipendenti. Nel settore dei contratti pubblici e della trasparenza, le norme vigenti e gli indirizzi applicativi seguiti dall'ANAC realizzano una dilatazione del comparto pubblico sia in senso soggettivo, sia in senso oggettivo. Per altri versi, la disciplina della concorrenza modella la regolazione di taluni settori di mercato secondo "un approccio sostanzialmente statocentrico". Ne hanno fatto le spese le autonomie regionali, e più di recente le autonomie sociali: l'esercizio dei penetranti poteri sanzionatori dell'AGCM presenta connotati conformativi della regolazione dei servizi professionali in grado di comprimere fortemente l'autonomia deontologica delle categorie professionali. Altre forme e momenti di compressione delle autonomie possono essere osservati nel processo di riordino delle Camere di commercio, autonomie funzionali sacrificate alle esigenze di contenimento della finanza pubblica, e nella pur improrogabile riforma delle banche popolari, dove singolari poteri di regolazione "in deroga alla legge" sono espressamente attribuiti alla Banca d'Italia. Altri casi consentono di rilevare come, nel quadro di un dibattito pubblico superficiale, la crisi economica divenga, accanto alla trasparenza ed alla concorrenza, ulteriore fattore di legittimazione delle politiche di regolazione; anche a costo di condurre a soluzioni incoerenti rispetto alla necessità di garantire la libertà di iniziativa economica e l'autonomia delle imprese attraverso la tutela dell'affidamento in un quadro di regole chiaro e tendenzialmente stabile.

Giuseppe Colavitti è professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi dell'Aquila, dove insegna diritto pubblico dell'economia e diritto della concorrenza. Insegna altresì giustizia costituzionale nella Scuola di specializzazione in diritto amministrativo dell'Università degli studi di Teramo, e diritto dell'economia nell'Università LUISS-Guido Carli di Roma. È componente del Collegio di garanzie statutarie per la Regione Abruzzo. È coordinatore responsabile dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale forense. Fra i suoi scritti il volume *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi* (pubblicazioni del Dipartimento di Teoria dello Stato dell'Università degli studi di Roma "La Sapienza", Giuffrè 2005); e il volume *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Giappichelli 2012.

ISBN 978-88-6611-698-1



€ 30,00



Strumenti e modelli di diritto dell'economia

proposti da

G. Alpa - A. Antonucci - F. Capriglione

29

Giuseppe Colavitti

Concorrenza, trasparenza e autonomie

Giuseppe Colavitti

Concorrenza, trasparenza e autonomie

Regolazione dei mercati e nuove forme di governo pubblico dell'economia



CACUCCI  EDITORE
BARI

Strumenti e modelli di diritto dell'economia

proposti da

G. Alpa - A. Antonucci - F. Capriglione

29

Giuseppe Colavitti

Concorrenza, trasparenza e autonomie

**Regolazione dei mercati e nuove forme
di governo pubblico dell'economia**

CACUCCI  EDITORE
BARI

Volume realizzato con il contributo del DIIE - Dipartimento
di Ingegneria industriale e dell'informazione e di Economia,
Università degli studi dell'Aquila

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

S. Amorosino, E. Bani, P. Benigno, A. Blandini, C. Brescia Morra, E. Cardi, M. Clarich, A. Clarizia, F. Colombini, G. Conte, P.E. Corrias, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, F. Di Porto, G. Di Taranto, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, R. Lener, M. B. Magro, F. Maimerì, A. Mangione, G. Martina, M. Maugeri, R. Miccù, F. Moliterni, G. Niccolini, A. Niutta, P. Passalacqua, M. Pellegrini, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, C. Rossano, C. Russo, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

COMITATO EDITORIALE

F. Guarracino, V. Lemma, A. Miglionico, A. Minto, G. Montedoro, D. Rossano, I. Sabbatelli, A. Sacco Ginevri, I. Supino, A. Troisi

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le presenti regole:

1. Prima della pubblicazione, tutti i lavori sono portati all'attenzione di due membri del Comitato scientifico per la valutazione, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel contributo;
2. Il contributo è trasmesso in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai *referee* affinché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio;
3. Il giudizio che i due *referee* formulano sul volume, e gli eventuali suggerimenti, vengono trasmessi, sempre in forma anonima all'autore, secondo il sistema del doppio cieco (*double-blind*).

Collana di saggi e monografie

diretta da

G. ALPA - A. ANTONUCCI - F. CAPRIGLIONE

1. - **La trasparenza dei contratti bancari**, di GUIDO ALPA
2. - **Il credito di ultima istanza nell'età dell'euro**, di ANTONELLA ANTONUCCI
3. - **Il risparmio gestito**, di MARCO SEPE
4. - **Banche popolari. Metamorfosi di un modello**, di FRANCESCO CAPRIGLIONE
5. - **Banca Centrale Nazionale e Unione Monetaria Europea. Il caso italiano**, di MIRELLA PELLEGRINI
6. - **Gli intermediari finanziari non bancari. Attività, regole e controlli**, di LUCA CRISCUOLO
7. - **Etica della finanza mercato globalizzazione**, di FRANCESCO CAPRIGLIONE
8. - **La concorrenza tra regolazione e mercato. Ordine giuridico e processo economico**, di SIMONE MEZZACAPO
9. - **La costituzione di banche tra disciplina speciale e nuovo diritto societario**, di MARCO SEPE
10. - **Patti parasociali e governance nel mercato finanziario**, di ANDREA TUCCI
11. - **Controllo dei rischi bancari e supervisione creditizia**, di MARCELLO CONDEMI
12. - **Assicurazione del credito all'esportazione. Lo stato dell'arte**, di FRANCESCO MOLITERNI
13. - **Rischi e Garanzie nella Regolazione Finanziaria**, di GIUSEPPE BOCCUZZI
14. - **La mediazione creditizia. Soggetti, attività, controlli**, di GIUSEPPE GALLO
15. - **I Fondi Immobiliari tra Investimento e Gestione. Parte Generale**, di VALERIO LEMMA
16. - **La cessione dell'azienda bancaria**, di LEONARDO DI BRINA
17. - **Diritto e protagonismo della società civile** (a cura di), PAOLO DE CARLI
18. - **La struttura delle rivoluzioni economiche**, di SERGIO ORTINO
19. - **La commissione di massimo scoperto fra prassi e legge**, di FABRIZIO MAIMERI
20. - **Crisi d'impresa e attività bancaria. Analisi del rapporto tra diritto fallimentare e disciplina speciale delle banche**, di GIUSEPPE BOCCUZZI
21. - **Cassa depositi e prestiti e bancoposta identità giuridiche in evoluzione**, di MAVIE CARDI

22. - **Il conflitto di interessi nella gestione delle banche**, di ANDREA SACCO
GINEVRI
23. - **La riforma delle banche di credito cooperativo**, di ILLA SABBATELLI
24. - **Usura bancaria e determinazione del “tasso soglia”**, di CARMELA
ROBUSTELLA
25. - **Attività bancaria e impresa cooperativa**, di MARCO BODELLINI
26. - **Dati personali, rapporti economici e mercati finanziari**, di RAIMONDO
MOTRONI
27. - **Concorrenza e regolazione dei mercati**, di DAVIDE SICLARI
28. - **La trasparenza dei contratti e dei mercati bancari e finanziari**, di
GABRIELLA MAZZEI
29. - **Concorrenza, trasparenza e autonomie. *Regolazione dei mercati e
nuove forme di governo pubblico dell'economia***, di GIUSEPPE COLAVITTI

*A Rosanna e a Gerolamo,
i miei cari genitori*

Indice

INTRODUZIONE

Torsioni centraliste e ritorno al governo pubblico dell'economia	pag. 15
---	---------

CAPITOLO PRIMO

Trasparenza, espansione del settore pubblico, e principio di proporzionalità

1. Concorrenza e trasparenza come interessi pubblici interconnessi e fattori di legittimazione delle decisioni pubbliche	» 27
2. Trasparenza e controllo diffuso delle <i>élites</i> politiche e dell'uso delle risorse pubbliche; gli obblighi di pubblicazione dei dati personali patrimoniali	» 30
3. L'area delle pubbliche amministrazioni e le difficoltà di individuazione dei limiti soggettivi del comparto pubblico italiano	» 34
4. La definizione di pubbliche amministrazioni nel Testo unico del pubblico impiego e le relative criticità	» 40
5. Le disposizioni in materia di c.d. "spending review" ed il loro effetto sulla definizione di pubbliche amministrazioni nel Testo unico sul pubblico impiego	» 44
6. L'articolazione plurale del comparto delle pubbliche amministrazioni italiane	» 52
7. La giurisdizione contabile sugli enti pubblici	» 57

8. La trasparenza come principio generale dell'azione amministrativa privo di rango costituzionale	pag.	62
9. Criticità e difetto di proporzionalità nelle tendenze ad espandere il regime vincolistico in materia di trasparenza	»	68
10. Trasparenza e protezione dei dati personali tra principio di proporzionalità e principio di "minimizzazione"	»	78
11. Espansione del settore pubblico e prevenzione della corruzione	»	86

CAPITOLO SECONDO

Contratti pubblici, concorrenza e divieto di *gold plating*

1. L'ANAC e il codice dei contratti pubblici, tra vigilanza e regolazione	»	93
2. Le procedure ad evidenza pubblica tra interesse finanziario dello Stato e tutela della concorrenza	»	97
3. La delimitazione dell'area soggettiva della pubblica amministrazione ai fini dell'applicazione del codice dei contratti pubblici	»	101
4. La nozione di organismo di diritto pubblico	»	104
5. L'influenza pubblica dominante, e il principio europeo dell'"effetto utile"	»	110
6. Controllo pubblico sulla gestione e vigilanza ministeriale	»	114
7. Enti pubblici non economici e codice dei contratti pubblici: il divieto di <i>gold plating</i>	»	121
8. I settori esclusi. L'affidamento dei servizi legali nel quadro giuridico precedente al vigente codice dei contratti pubblici	»	128
9. Le direttive europee del 2014 e l'approccio più liberale nella individuazione dei settori esclusi	»	131

- | | |
|--|----------|
| 10. Le linee guida ANAC in materia di affidamento dei servizi legali | pag. 137 |
| 11. Gli incarichi legali tra principi generali dell'azione amministrativa e procedure ad evidenza pubblica | » 140 |

CAPITOLO TERZO

Concorrenza, regolazione dei mercati e compressione delle autonomie

- | | |
|---|-------|
| 1. Concorrenza, globalizzazione e dinamiche della regolazione pubblica dei mercati | » 149 |
| 2. Mercati finanziari, esigenze di comunicazione pubblica, e diritto dell'economia: il minotauro moderno | » 158 |
| 3. Concorrenza e liberalizzazioni nel mercato dei servizi professionali; il ruolo dell'AGCM nelle politiche normative di settore | » 166 |
| 4. Concorrenza e autonomia dei gruppi sociali; gli ordini professionali tra rappresentatività e strumentalità | » 175 |
| 5. La riforma delle professioni del 2012 e la compressione dell'autonomia nella prospettiva assorbente dell'ottica concorrenziale | » 184 |
| 6. Concorrenza e professioni: l'autonomia deontologica tra amministrazione e giurisdizione | » 190 |
| 7. I nodi problematici della giurisprudenza amministrativa: decoro professionale, ordini e associazioni di imprese, meccanismi sanzionatori, distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie | » 200 |
| 8. L'autonomia deontologica tra AGCM e Corte di cassazione; il codice deontologico come atto di natura negoziale o come vera e propria fonte del diritto | » 206 |
| 9. Codici deontologici e tutela della fiducia come bene giuridico necessario al mercato | » 212 |
| 10. Autonomia deontologica e pluralismo giuridico | » 218 |
| 11. Autorità indipendenti e torsioni stataliste | » 225 |

CAPITOLO QUARTO

**Intervento pubblico in economia,
autonomie funzionali e libertà di impresa**

1. Il riordino delle Camere di commercio tra sussidiarietà, autonomia regionale e autonomia funzionale pag. 231
 2. La riforma delle banche popolari ed i poteri di regolazione della Banca d'Italia "anche in deroga alla legge" » 240
 3. Intervento pubblico e tentativi di condizionare singole vicende di mercato » 254
 4. Libertà di impresa e tutela dell'affidamento nella stabilità del quadro regolatorio » 259
 5. Crisi economica ed aumento del tasso di discrezionalità politica nelle scelte di diritto pubblico dell'economia » 268
 6. Governo dell'economia, liberalizzazioni e dialogo sociale. » 274
- Alcune considerazioni conclusive* » 281

Torsioni centraliste e ritorno al governo pubblico dell'economia

Nel 1932 Antonio Gramsci segnalava come “(...) nei momenti di crisi (...) la coercizione statale sugli individui aumenta, aumenta la pressione e il controllo di una parte sul tutto e del tutto su ogni suo componente molecolare”¹.

Sembrano oggi confermare l'intuizione dell'Intellettuale sardo alcune vicende recenti relative alla regolazione pubblica dei mercati. In particolare, l'osservazione critica di alcune autorità indipendenti e del loro modo di esercitare i poteri conferiti da un legislatore sempre più frettoloso ed affannato da esigenze di comunicazione pubblica segnalano come lo Stato, forse proprio perché più debole nei suoi fattori tradizionali di legittimazione, espande la regolazione ad ambiti prima lasciati all'autonomia dei soggetti privati, e ripropone ancora una volta, seppur in nuove vesti e nuove forme, un alto livello di intervento pubblico nelle dinamiche di mercato. L'intervento pubblico in economia non passa più dunque solo per l'azione di Governo: al dato evidente dell'accentuazione del ruolo governativo nei processi normativi (e della correlata marginalizzazione del ruolo parlamentare), va accostata l'analisi della regolazione effettuata, direttamente o indirettamente, da istituzioni come l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (AGCM) e l'Autorità nazionale anti corruzione (ANAC). Tali Autorità, pur sottratte al circuito della responsabilità politica, sono sempre più spesso titolari di poteri particolarmente incisivi, che in diversi contesti conformano e modi-

¹ A. GRAMSCI, *Lettere dal carcere*, Einaudi ed., Torino 1947, lettera n. 101

ficano in profondità l'assetto e gli equilibri del delicato rapporto tra Stato e mercato, tra dimensione pubblica ed autonomia dei singoli e dei corpi intermedi. La direzione di senso che lo studio dei casi qui riportati presenta è inequivocabilmente quella di una torsione centralista dell'ordinamento, probabilmente legata anche alla crisi economica. Le esigenze di contenimento della spesa pubblica, tuttavia, spiegano solo in parte le dinamiche che qui si vogliono evidenziare.

Diversi sono gli esempi che, già in questa sede introduttiva, possono essere indicati. Il regime vincolistico della trasparenza viene esteso, sia per effetto di scelte del legislatore, sia, soprattutto, per effetto delle prassi applicative sviluppate dall'ANAC, ben oltre il comparto delle amministrazioni statali vere e proprie (vedi, *infra*, capitolo I). Il codice dei contratti pubblici viene applicato anche a soggetti non riconducibili al *genus* degli organismi di diritto pubblico, e a settori che pure, alla luce delle conferenti fonti europee, integrerebbero settori esclusi (vedi *infra*, capitolo II). In sede di adozione del nuovo codice delle assicurazioni private, il Governo ha consapevolmente ridotto, pur in mancanza di una previsione al riguardo nella legge delega ed invero anche nella direttiva europea che si andava a recepire, il ruolo della funzione attuariale indipendente, sopprimendo alcune riserve di attività previste dalla precedente normativa in favore degli iscritti ad un albo professionale, quello degli attuari, piccolo nei numeri ma particolarmente importante in una economia sempre più globalizzata dove di certo resta indispensabile assicurare, secondo le regole dei calcoli matematici-attuariali, gli equilibri di lungo periodo dei settori assicurativo, finanziario e previdenziale².

² A nulla è valso al riguardo il parere espressamente contrario della Commissione industria del Senato, ed il parere *pro veritate* di un illustre giurista, il prof. Franco Gallo. Il Ministero dello sviluppo economico non ha voluto al riguardo sentire ragioni. Nonostante l'ombra di incostituzionalità per eccesso di delega che inevitabilmente ora accompagna uno strumento giuridico di significativo rilievo generale quale appunto è il codice delle assicurazioni private. (Cfr. audizione del Consiglio nazionale degli attuari presso la Commissione X (Industria) del Senato del 26 marzo 2015. L'audizione aveva appunto ad oggetto lo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri il 10 febbraio 2015 riguardante il codice delle assicurazioni private novellato (atto di governo n. 146), in recepimento della Direttiva 2009/138/CE (c.d. *Solvency II*).

E, ancora, si considerino alcuni vicende del settore creditizio. Com'è noto, il Governo ha di recente disposto con decreto legge l'obbligo di trasformazione in società per azioni delle banche popolari, cioè di cooperative, imprese private soggette ad una particolare protezione, secondo l'articolo 45 della Costituzione³. Non vi è dubbio che si è trattato di un intervento motivato da esigenze di garanzia della stabilità del settore bancario, in una fase congiunturale ancora segnata da gravi incertezze nei mercati. E tuttavia non può non colpire l'osservatore sensibile al tema del rapporto tra Stato e mercato il ricorso ad una fonte come la decretazione d'urgenza per obbligare persone giuridiche di diritto privato a modificare la propria forma giuridica (vedi *infra*, capitolo IV).

Una pagina analoga è quella che riguarda le recenti vicende politico-normative che hanno interessato le Camere di commercio, industria e artigianato. Anche queste autonomie funzionali sono state oggetto di un *disfavor* evidente, che a più riprese le ha coinvolte in interventi normativi volti a ridurne il numero e la forza, anche incidendo direttamente sulla loro potestà impositiva. Si pensi al taglio lineare del diritto annuale operato con l'approvazione dell'art. 28 del decreto-legge n. 90/2014, convertito nella legge n. 114/2014⁴. E, più di recente al decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 219, che ha disposto la soppressione e l'accorpamento di molti di questi enti esponenziali di categorie economiche (vedi *infra*, capitolo IV).

Altre autonomie funzionali – gli ordini professionali, anch'essi enti esponenziali di comunità professionali, o, in altre parole, proiezioni istituzionali di formazioni sociali – soffrono un momento

³ Si tratta del decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3, recante “Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti”.

⁴ Tale norma, infatti, prevede un taglio del diritto annuale nella misura del 35% a partire dal 2015 fino al 50% a decorrere dal 2017. Tale taglio, secondo l'Unione delle Camere di commercio, “determinerebbe inevitabili ripercussioni sulla possibilità per buona parte delle Camere di commercio (...) di svolgere le attività amministrative obbligatorie, nonché sulla capacità dell'intero Sistema camerale di realizzare interventi per la promozione e il sostegno allo sviluppo competitivo dei territori” (Cfr. UNIONCAMERE, *Documento depositato in occasione dell'Audizione presso la I Commissione (Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) della Camera dei Deputati il 3 Giugno 2015*, nell'ambito della indagine conoscitiva per l'istruttoria legislativa sul disegno di legge n. 3098 in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).

di grave crisi, strette per un verso tra i vincoli di una veste formale pubblicistica, in base alla quale, secondo l'ANAC, dovrebbero essere soggette ai medesimi obblighi di trasparenza propri delle amministrazioni statali, nonché al codice dei contratti pubblici, e per altro verso tra le maglie dell'AGCM, che invece le qualifica associazioni di imprese e di conseguenza ne sanziona gli atti, compresi quelli ascrivibili all'autonomia deontologica, come intese restrittive della concorrenza al pari di ciò che accade per le imprese private (vedi *infra*, capitolo III).

In altri settori di mercato, come quello delle energie alternative, o della distribuzione commerciale, sono l'autonomia di impresa, e a ben vedere la stessa libertà di iniziativa economica privata, ad essere compromesse da quadri regolatori oggettivamente oscuri e suscettibili di interpretazioni applicative variabili, o, peggio ancora, ad essere messe a rischio dalle oscillazioni di un regolatore pubblico che muta repentinamente le regole di mercato, non esitando a ricorrere perfino alla decretazione di urgenza per modificare il codice civile, al fine dichiarato di tentare di influire su singole vicende societarie ed operazioni economiche (ci si riferisce al caso Parmalat, vedi *infra*, capitolo IV).

Quanto detto per il rapporto tra pubblico e privato, può forse a maggior ragione dirsi per il rapporto tra centro e periferia nell'ambito dell'articolazione dei rapporti tra i pubblici poteri.

La forte crisi di legittimazione delle Regioni è sotto gli occhi di tutti.

Il ripensamento del regionalismo italiano e la spinta verso la restituzione allo Stato di competenze e prerogative non ha animato solo il dibattito sulla revisione della Costituzione bocciata dal referendum del dicembre 2016, ma risulta evidente anche sul terreno delle politiche legislative ordinarie, all'esito di un consolidato (ed invero difficilmente non condivisibile) giudizio negativo circa la resa del titolo V della Costituzione dopo la riforma operata nel 2001.

Ricordando di recente Piero Alberto Capotosti, il giurista purtroppo prematuramente scomparso nell'estate del 2014, un altro illustre studioso segnalava il diritto della concorrenza come uno degli strumenti più incisivi di *“un approccio sostanzialmente statocentri-*

co”, idoneo a comprimere le esigenze di autonomia regionale fino a ricostruire addirittura veri e propri modelli di governo statale dell’economia che sembravano superati⁵. Passando in rassegna la conferente giurisprudenza costituzionale, Giuseppe Tesauro rifletteva sulla spinta centripeta del diritto della concorrenza individuando sia ragioni obiettive per l’inequivocabile “*favor* per il legislatore statale” che il richiamo alla concorrenza opera in tale giurisprudenza, sia “ragioni nascoste, per certi versi latenti”⁶. Riaffiorerebbe qui un’aspirazione mai venuta meno del tutto, e che consisterebbe – riprendendo le parole dell’autorevole Giurista – nel “riportare allo Stato le leve della politica economica generale, finalizzate a garantire lo sviluppo del Paese”. La concorrenza come variante contemporanea dell’aspirazione statale al governo pubblico dell’economia, anche fino ad alterare il riparto costituzionale di competenze legislative tra Stato e Regioni.

Questo filone della giurisprudenza costituzionale, presente fin dalle prime fondamentali decisioni relative alle materie trasversali all’indomani della riforma del titolo V della Costituzione, è stato temperato negli anni passati da un altro filone più consapevole della frequente insistenza, sullo stesso terreno materiale, di molteplici interessi, e dunque più attento alle esigenze di salvaguardia delle autonomie ed alla necessità di motivare comunque adeguatamente, in termini di ragionevolezza e proporzionalità, soluzioni idonee a comprimere gli spazi di autonomia regionale. E tuttavia è divenuto ormai preponderante negli ultimi tempi. La crisi economica ha infatti finito per giocare a sua volta un ruolo di spinta per un ritorno alla centralizzazione e si è tradotta nella clausola relativa alle esigenze di “coordinamento della finanza pubblica”, formidabile strumento di giustificazione di qualsiasi decisione, sollevando in taluni

⁵ G. TESAURO, *Intervento in occasione della giornata in ricordo di Piero Alberto Capotosti, Presidente emerito della Corte costituzionale*, Roma, Palazzo della Consulta, 9 luglio 2015, ora rinvenibile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, nel numero 3/2015 della relativa rivista. L’articolo, insieme con molti altri contributi dedicati alla figura di Piero Alberto Capotosti, è oggi pubblicato in AA.VV. *Liber Amicorum di Piero Alberto Capotosti*, Cacucci, Bari 2017.

⁶ G. TESAURO, *op. cit.*, 3.

casi più di un legittimo dubbio circa l'effettivo rispetto del riparto costituzionale delle competenze⁷.

Nel raffinato discorso del giurista partenopeo, le autonomie comprese dal diritto della concorrenza e da quei filoni giurisprudenziali che assumono la concorrenza “come criterio assoluto di riparto di competenze” sono quelle regionali. Nell'ipotesi ricostruttiva che in questo volume ci si sforza di delineare, il discorso si allarga alle autonomie funzionali, ma anche, più in generale, all'autonomia del mercato dallo Stato. Anche per questi ambiti, richiamando l'appello conclusivo dello scritto di Tesauro, sarebbe utile riflettere su quella giurisprudenza costituzionale “cui tanto ha contribuito Pier Alberto Capotosti” che “aveva saputo ... armonizzare le ragioni dell'unità con quelle dell'autonomia, di un'unità ed indivisibilità della Repubblica, che passa attraverso la promozione delle autonomie quali luogo di partecipazione, di “bilanciamento” del potere, in definitiva di democrazia”.

È del resto dato condiviso che il ruolo e la posizione sistemica delle autonomie sociali siano fattori decisivi per una buona resa della forma di Stato democratica e pluralista, e che a tal fine le autonomie funzionali non siano meno importanti delle autonomie regionali. A ben vedere, forse, in quanto espressione delle articolazioni autonome del corpo sociale, la loro importanza è ancor più cruciale, attenendo piuttosto che alla dislocazione del potere pubblico nei vari livelli di governo, all'assetto specifico del rapporto tra Stato e società, alla delicata e sempre mutevole relazione tra eteroregolazione pubblica e libertà individuali e collettive. Anche la relazione tra libertà economiche e regolazione pubblica, peraltro, è problema che attiene certamente agli assetti complessivi della forma di Stato.

Su queste problematiche aveva speso peraltro il proprio impegno scientifico e professionale l'illustre Giurista poco sopra evocato, negli ultimi mesi della sua operosa attività. Pochi mesi prima di venire

⁷ Rileva nelle dinamiche recenti di coordinamento della finanza pubblica una “concezione ancora statocentrica” G. RIVISECCHI. *Amministrazione, governo dell'economia, e vincoli di bilancio*, in G. DE MARTIN, D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia, Atti della giornata di studi per il ventennale del centro Vittorio Bachelet*, Cedam, Padova, 2013, 141 ss., 171.

prematuramente a mancare, infatti, il prof. Capotosti aveva riflettuto proprio sul tema della latitudine soggettiva ed oggettiva delle normative in materia di prevenzione della corruzione e in materia di trasparenza⁸, con particolare riferimento agli ordini professionali, autonomie funzionali che presentano indubbi profili di interesse per la presente indagine. La problematica di fondo incrocia uno dei nervi scoperti del sistema politico ed istituzionale italiano, nonché una delle più avvertite emergenze nazionali, quella della lotta alla corruzione, tema ad alto tasso di esposizione mediatica. Il prof. Capotosti percorse un'ipotesi ricostruttiva lontana da più facili (ma tautologiche) interpretazioni letterali (peraltro solo di alcuni) dei dati normativi conferenti, addivenendo a soluzioni inevitabilmente complesse, ma certamente più condivisibili nei risultati, anche se indubbiamente controcorrente, in questo sfortunato Paese che sembra passare da emergenza ad emergenza, sotto il peso della folata di vento del momento, cui si accodano diligentemente politici, *opinion makers*, e sistema mediatico. Premessa una ricostruzione sistemica della peculiare natura giuridica e della posizione ordinamentale degli ordini professionali, e valorizzatane il profilo autonomico in coerenza con il principio pluralista, Piero Alberto Capotosti ritenne che tali enti dovessero ritenersi esclusi dal campo di applicazione delle discipline in materia di trasparenza ed anticorruzione⁹. L'analitica trattazione – un piccolo e pregevole vero e proprio saggio di diritto pubblico generale, ad avviso di chi scrive – si snoda attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata della norma di cui al Testo unico del pubblico impiego che il legislatore spesso utilizza per individuare i destinatari delle discipline genericamente rivolte al comparto pubblico (l'art. 1, comma 2 del d. lgs. 165/2001). Come meglio vedremo in seguito, tale norma, alla luce della conferente

⁸ Trattasi della legge 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”; e del d.lgs. n. 33 del 2013 rubricato “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”.

⁹ P. A. CAPOTOSTI, *Parere pro veritate in ordine alla applicabilità agli ordini ed ai collegi professionali della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*, in data 29 gennaio 2014, reperibile nel sito del CUP www.cupprofessioni.it, area rapporti istituzionali.

giurisprudenza italiana di legittimità, e della recente innovazione normativa che precisa come lo stesso Testo unico sul pubblico impiego non sia applicabile agli ordini professionali – se non in via di principio e sulla base comunque di autonomi atti regolamentari¹⁰ – non è di per sé sufficiente a ritenere inclusi gli ordini professionali nel campo di applicazione delle discipline che la utilizzano ai fini della individuazione del comparto delle pubbliche amministrazioni. La risposta circa l'applicabilità o meno delle discipline rivolte a tale comparto va piuttosto ricercata caso per caso sulla base della valutazione degli obiettivi di tali discipline e del contenuto strutturale specifico di esse.

Tale esito appare coerente con i risultati largamente condivisi dell'elaborazione dottrinarica che già da tempo non ha mancato di osservare come in realtà non esista una pubblica amministrazione, bensì molte pubbliche amministrazioni connotate da discipline giuridiche e da posizioni ordinamentali anche molto differenziate tra loro¹¹. Ed è confermato peraltro dalla recente giurisprudenza europea che ha escluso gli ordini professionali dall'applicazione delle direttive in materia di appalti in ragione dell'autonomia di tali enti dallo Stato centrale¹², nonché dall'espressa esclusione degli ordini dal comparto delle pubbliche amministrazioni rilevanti ai fini delle norme europee sui vincoli ai bilanci statali consolidati¹³.

¹⁰ L'art. 2, comma 2-*bis*, D.L. n. 101/2013 prevede infatti che “Gli ordini, i collegi professionali, i relativi organismi nazionali e gli enti aventi natura associativa, con propri regolamenti, si adeguano, tenendo conto delle relative peculiarità, ai principi del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ad eccezione dell'articolo 4, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, ad eccezione dell'articolo 14 nonché delle disposizioni di cui al titolo III, e ai principi generali di razionalizzazione e contenimento della spesa, in quanto non gravanti sulla finanza pubblica”.

¹¹ Già Sandulli segnalava più di quarant'anni or sono “l'esigenza di parlare non più, come una volta, della pubblica amministrazione come di un'entità unitaria, bensì come di una molteplicità di pubbliche amministrazioni tra loro variamente distinte e coordinate” (A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli 1970, 5, in nota).

¹² Corte di giustizia 12 settembre 2013, in causa C-526/11.

¹³ Regolamento CE n. 2223 del Consiglio del 25 giugno 1996 relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità, par. 2.68.

Assai forzata – se non del tutto irragionevole e sproporzionata – appare l’opposta tesi della soggezione dei componenti dei Consigli locali e nazionali degli ordini professionali ai pervasivi obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali personali e dei familiari, al pari dei titolari di organi di indirizzo politico, atteso appunto che pare impossibile ravvisare in capo a tali organi la titolarità di funzioni di indirizzo politico, e che tali obblighi sono piuttosto previsti, nella *ratio* di una legislazione comunque obiettivamente frettolosa e poco chiara¹⁴, con riguardo a personalità politicamente esposte, collocate in relazione politica – diretta o indiretta – con il corpo elettorale. Non a caso il legislatore delegato, in sede di attuazione della c.d. riforma Madia della pubblica amministrazione, è tornato sulla questione ed ha proceduto ad una ridefinizione dell’ambito applicativo degli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali con esclusivo riferimento ai componenti gli organi di indirizzo politico di Stato, Regioni ed enti locali¹⁵.

Nonostante l’autorevole posizione espressa dal prof. Capotosti, la tesi della soggezione degli ordini professionali alle normative *de quibus* venne tuttavia fatta propria dall’ANAC con una delibera assunta nell’ottobre del 2014, solo poche settimane dopo la scomparsa del Giurista, con conseguenti inevitabili strascichi giudiziari. Merita peraltro di essere sottolineato che il Consiglio di Stato, nel sospendere l’efficacia della citata delibera ANAC, richiamò sì “gli sviluppi normativi attualmente in itinere” ma significativamente aggiunse trattarsi di sviluppi “aventi finalità chiarificatrici – per quel che qui rileva – riguardo alla portata applicativa soggettiva dell’attuale disciplina normativa in materia di contrasto alla corruzione”¹⁶.

¹⁴ Lo stesso Presidente ANAC Cantone lo ha ribadito più volte, anche in occasione di audizioni parlamentari (cfr. R. CANTONE, *audizione presso le Commissioni Riunite (I e XII) della Camera dei deputati*, XVII Legislatura, seduta di mercoledì 11 marzo 2015).

¹⁵ Sul c.d. decreto correttivo alla normativa anticorruzione, vedi, *amplius*, il capitolo I.

¹⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, ord. 1° aprile 2016, n. 1093, che ha sospeso l’efficacia della sentenza Tar Lazio, sez. III, n. 11392/2015, e con essa l’efficacia dell’atto impugnato in primo grado, cioè della delibera ANAC n. 145 del 21 ottobre 2014. In primo grado il giudice amministrativo aveva rigettato il ricorso proposto dal Consiglio nazionale forense e da una sessantina di ordini forensi circon-

Come a dire che le nuove norme chiariscono una portata applicativa probabilmente ricavabile *ab initio* nella trama della normativa, così come aveva appunto sostenuto Piero Alberto Capotosti.

È di tutta evidenza che la questione giuridica di fondo nella controversia qui richiamata non è tanto la soggezione degli ordini professionali, in quanto enti pubblici, ai doveri di trasparenza e la necessità – da nessuno contestata – di contribuire alla lotta alla corruzione. I bilanci di molti di questi enti erano da tempo reperibili in rete e/o pubblicati nelle riviste degli enti medesimi; nelle more del giudizio pendente, inoltre, la maggior parte degli ordini professionali hanno comunque cominciato a pubblicare molti altri dati, a nominare il responsabile anticorruzione e quindi ad applicare la normativa¹⁷. La questione giuridica di fondo è l'autonomia degli ordini professionali, e delle comunità professionali rappresentate, la loro posizione nell'ambito dell'ordinamento, ed il rapporto tra l'autonomia di tali corpi intermedi e la statualità, a fronte della indubbia peculiarità della loro qualificazione soggettiva pubblica, ma non statale.

Considerazioni analoghe potrebbero formularsi per le Camere di commercio, che infatti attenta dottrina ha definito “enti esponenziali di comunità parziali”¹⁸.

Si tratta in fondo di forme istituzionali coerenti con il rilievo costituzionale del principio autonomista, che trova consacrazione già tra principi fondamentali della Costituzione, all'articolo 5, dove l'autonomia diviene com'è noto una “esigenza” che impone alla Repubblica di adeguare “i principi e i metodi della sua legislazione”, e non si esaurisce certo solo nella valorizzazione degli enti territoriali¹⁹.

darioli. La linea motiva principale della sentenza correva lungo il riconoscimento della natura pubblica dell'ordine professionale, mai negata peraltro dai ricorrenti, che si erano limitati a predicarne la peculiare posizione di specialità nel comparto degli enti di diritto pubblico, anche in ragione della componente personalistica e della natura esponenziale di comunità professionali che li contraddistingue.

¹⁷ È pur vero che sicuro impulso a tale corso d'azione è venuto, a partire dall'ottobre 2015, dall'apertura di procedimenti sanzionatori da parte dell'ANAC a carico di alcuni ordini professionali.

¹⁸ A. D'ATENA, *Le Camere di commercio, tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, ora in ID., *L'Italia verso il “federalismo”*. *Taccuini di viaggio*, Milano, 2001, 391 e ss., 395.

¹⁹ Del resto il dibattito in Assemblea costituente dimostra inequivocabilmente come il tema delle autonomie fosse uno degli snodi centrali nella costru-

È forse improbabile che l'ANAC sia portatrice di una consapevole istanza di compressione della sfera di autonomia degli ordini professionali, o che sia sua intenzione mortificare enti rappresentativi di comunità che si autogovernano, secondo un modello non solo coerente ma in qualche modo necessario rispetto alla forma di Stato pluralista. La delibera che disattende la posizione del prof. Capotosti, come anche le altre decisioni che saranno segnalate nel presente volume, e che quasi sempre, in modo quasi ineluttabile, espandono i regimi vincolistici ed interpretano estensivamente i correlati poteri dell'Autorità, sono più probabilmente ispirate dalla preoccupazione di non ridurre l'ampiezza delle competenze di controllo e la "presa" dell'Autorità stessa su tutta l'amministrazione, anzi su tutti i soggetti che svolgono funzioni pubbliche o anche solo di interesse pubblico, anche se privati. Lo stesso indirizzo pare infatti animare l'ANAC nell'assunzione di delibere che assoggettano alla disciplina in questione Università private, o società private in mano pubblica²⁰.

Anche queste vicende possono essere inserite in un contesto più ampio caratterizzato da una crisi diffusa delle autonomie sociali. Nuove forme di intervento pubblico, per lo più affidate ad Autorità indipendenti, finiscono per ricollocare al centro competenze e poteri, deprimendo le periferie istituzionali, e comprimendo le autonomie sociali e i corpi intermedi.

Questo volume intende segnalare agli osservatori la delicatezza di una fase istituzionale nella quale l'ordinamento sembra subire una vera e propria torsione centripeta e statalista. Il caso più clamoroso è la crisi quasi esiziale dell'autonomia deontologica provocata dal dirit-

zione del nuovo ordine repubblicano: come segnalò l'on. Mancini nella seduta del 24 luglio 1946 "il problema delle autonomie è fondamentale e (...) investe tutti i problemi, sia quelli della prima Commissione, che quelli della seconda ed anche della terza", in AC, VI, 20. Per una efficace sintesi del dibattito sull'art. 5, vedi R. BIFULCO, Art. 5, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Milanofiori, Assago 2006, vol. I, 132 e ss.

²⁰ Sulla questione delle Università private, la posizione ANAC è stata peraltro smentita dalla sentenza del TAR Lazio 15 giugno 2015 n. 8376. In generale, sulla questione, vedi G. M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Cassazione penale*, n. 9/2015, 2980 e ss.

to della concorrenza, o, meglio, dall'applicazione che ne fa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (vedi infra, capitolo III). Una crisi che rischia di sacrificare una tradizione culturale e giuridica millenaria alle logiche autoreferenziali di una certa idea di mercato²¹. Ma anche gli altri casi considerati, taluni più diffusamente, altri più rapidamente – nell'ambito di una trattazione che non pretende di essere esaustiva ma si sforza piuttosto di cogliere linee di tendenza e punti di contatto tra vicende diverse – dimostrano, ad avviso di chi scrive, una crescente difficoltà nella conservazione di spazi di autonomia della società e delle sue articolazioni a fronte di pervasive ingerenze statali. Il quadro è complicato da una comunicazione pubblica spesso superficiale e semplificante, per cui a volte la rivendicazione del ruolo delle autonomie rischia di venire equivocata come anelito alla conservazione di privilegi, o intesa come una ingiustificata resistenza a riforme indispensabili per il benessere comune²².

²¹ Il primo codice deontologico può essere probabilmente considerato il giuramento di Ippocrate, le cui radici affondano nella storia della cultura occidentale.

²² Ne è un esempio il dibattito pubblico e mediatico in tema di prevenzione della corruzione e trasparenza. Chi sostiene la necessità di un approccio ragionevole al tema, che si faccia carico di un serio bilanciamento tra l'interesse alla trasparenza ed altri interessi pubblici meritevoli di tutela può correre il rischio di essere considerato indulgente rispetto ad opacità nella tenuta dei conti e nelle procedure di spesa. Non sono mancati perfino articoli di giornale che hanno stigmatizzato il fatto stesso dell'assunzione di un mandato difensivo nella causa promossa per far valere i vizi di legittimità della delibera ANAC sopra citata. Chi, da autorevole giurista, ha assunto in passato importanti responsabilità ai livelli più alti delle magistrature della Repubblica non dovrebbe, secondo i severi custodi della moralità pubblica, assumere un mandato difensivo contro l'ANAC. Se non si fosse di fronte ad opinionisti ritenuti tra i più influenti sul piano nazionale, ed a una delle testate giornalistiche più importanti del Paese, vi sarebbe da sorridere circa la scarsa consapevolezza che taluni *opinion makers* dimostrano del rilievo costituzionale del diritto di difesa e del diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi.