

LA TUTELA DELLA CONCORRENZA COME PRINCIPIO E COME MATERIA. LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 2004-2013**

1. *Ragioni e propositi dell'indagine.* – 2. *Auspici di una disciplina a tutela della concorrenza.* – 3. *Il primo decennio successivo all'approvazione della legge n. 287 del 1990.* – 4. *La giurisprudenza sulla tutela della concorrenza come materia trasversale alle competenze Stato-Regioni.* – 4.1. *Aiuti di Stato.* – 4.2. *Appalti.* – 4.3. *Servizi pubblici locali.* – 4.4. *Proroghe di concessioni.* – 4.5. *Commercio.* – 4.6. *Liberalizzazione di attività produttive.* – 5. *La giurisprudenza sulla tutela della concorrenza come principio.* – 5.1. *Legge-provvedimento sul "salvataggio dell'Alitalia" in deroga alla disciplina antitrust.* – 5.2. *Separazione fra "organismi di certificazione" e "organismi di attestazione" dei requisiti per l'affidamento dei lavori pubblici.* – 6. *Qualche valutazione.*

1. Ragioni e propositi dell'indagine

All'indomani dell'approvazione del nuovo Titolo V della Seconda Parte della Costituzione, non pochi studiosi videro nell'attribuzione della "tutela della concorrenza" alla potestà legislativa esclusiva dello Stato il fondamento costituzionale del principio della concorrenza, oltre che un complemento indispensabile della legge istitutiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Se ne parlò ad esempio come di una "barriera *anche* contro le limitazioni della concorrenza determinate dai pubblici poteri, o conseguenti alla legge, statale o regionale. La legge n. 287 del 1990 al pari di ogni altra legge ordinaria, in difetto di una garanzia costituzionale della concorrenza, non potrà mai impedire al Parlamento o ai consigli regionali di restringere la concorrenza. Perché ci sia questo effetto inibitorio occorre una clausola costituzionale di garanzia della concorrenza¹. E un favore simile investiva l'esplicito richiamo ai "vincoli comunitari" (art. 117, primo comma), anche in vista di una sua sinergica utilizzazione con quella clausola².

Tuttavia la convinzione che l'art. 41 garantisse solo l'iniziativa economica privata, e non anche la concorrenza, era meno diffusa di un tempo in sede scientifica e smentita dalla Corte costituzionale, senza contare il suo risalente consolidato indirizzo che aveva individuato nell'art. 11 il fondamento dei vincoli comunitari. Né mancava chi obiettava che l'iscrizione alla clausola costituzionale della concorrenza del riconoscimento del relativo principio equivaleva a modificare surrettiziamente il Titolo III della Prima Parte attraverso norme di riparto di competenze³.

La distinzione fra le due posizioni non meriterebbe oggi di venire segnalata, se non influisse tuttora nelle indagini sulla giurisprudenza costituzionale formatasi sulla tutela della concorrenza: la prima l'avrebbe ricostruita come se per la Corte si trattasse di una novità assoluta; l'altra, muovendo dalla opposta premessa che l'art. 41 era già stato interpretato nel senso di ricomprendervi la tutela della concorrenza anche sotto il profilo oggettivo, avrebbe piuttosto ricercato se e in quali termini la nuova clausola contribuisse alla effettiva garanzia degli assetti concorrenziali.

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma.

** Il presente contributo è destinato agli Studi in onore di Mario Libertini.

¹ G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir.Pub.*, 2002, 985.

² L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1203, e G. CORSO, *Tutela della concorrenza*, in G. CORSO e V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, Volume I, Milano, Giuffrè, 2006, 19.

³ L. BUFFON, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 366.

Prima di procedere nell'indagine, occorrerà dare conto di alcuni elementi necessari a chiarirne la prospettiva. Anzitutto, il vistoso squilibrio fra la mole del contenzioso Stato-Regioni generato dall'incidenza della spettanza statale della materia "tutela della concorrenza" sulle attribuzioni regionali, e l'assai più contenuto numero di giudizi in via incidentale promossi al fine di denunciare una violazione dell'art. 41 Cost., con la conseguente possibile attivazione di bilanciamenti o comunque di raffronti con la clausola dell'utilità sociale. Il dato non è meramente quantitativo, nella misura in cui tanto la tipologia del giudizio quanto le modalità di prospettazione delle censure incidono sulla direzione delle risposte della Corte. Ma converrà pure anticipare che in tanto la Corte ha annoverato la materia in esame fra quelle "trasversali", in quanto vi ha colto una dimensione teleologica che ne consentiva un diretto raccordo all'interpretazione già ricordata dell'art. 41.

Ciò posto, distinte le accezioni della tutela della concorrenza a seconda che venga anzitutto in rilievo come materia ovvero come principio negli scrutini di costituzionalità, si avrà modo di verificare se e come la Corte abbia apprezzato il collegamento dell'una all'altra. Condizione necessaria non solo a contenere il rischio di una composizione erratica delle controversie sulla spettanza del potere legislativo, ma soprattutto a individuare i margini di effettiva garanzia di quel bene giuridico: esigenza più volte segnalata dal giurista cui lo scritto è dedicato, e grande studioso del tema anche nelle sue implicazioni strettamente costituzionalistiche⁴.

2. Auspici di una disciplina a tutela della concorrenza

Nella fase anteriore all'approvazione della l. n. 287 del 1990, due pronunce esprimono ad un tempo, e senza contraddizione, la cautela, se non la deferenza, della Corte verso il legislatore, e l'auspicio via via più pressante di una legislazione a tutela della concorrenza.

Occupandosi dei patti limitativi della concorrenza previsti dall'art. 2596 cod.civ., la Corte osservava che "La libertà di concorrenza tra imprese ha, com'è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi", e dopo aver ritenuto che gli accordi contemplati dal codice non turbavano necessariamente il gioco della libera concorrenza e potevano anzi agevolarlo in caso di "di accordi intesi ad evitare l'emarginazione di imprese più deboli", precisava: "Diverso e ben distinto problema è quello riguardante l'idoneità della disciplina vigente nell'ordinamento giuridico italiano ad assicurare la effettiva tutela del mercato, oggettivamente considerato, sotto il profilo concorrenziale e a soddisfare così le esigenze della moderna vita economica. In proposito, com'è noto, si sono susseguiti numerosi studi e progetti che generalmente muovono dalla insufficienza dell'attuale normativa e tendono ad una più incisiva e sostanziale tutela del mercato stesso. Ma l'auspicata regolamentazione – è appena il caso di osservarlo – esula dai poteri di questa Corte e costituisce compito esclusivo del legislatore, a cui spetta disciplinare la materia con l'emanazione di un'opportuna normativa (cioè di una legislazione antimonopolio o antitrust)" (sent. n. 223 del 1982).

Ad esito non troppo diverso la Corte giungeva nel definire una questione di costituzionalità riguardante la legge sul diritto d'autore nella parte in cui attribuisce alla SIAE l'esclusiva nella gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere ivi tutelate. Trattandosi di un'esclusiva legale, la Corte ritenne applicabile nei confronti della S.I.A.E. l'obbligo di contrattare con il divieto di discriminazioni arbitrarie sancito dall'art. 2597 cod. civ., come inteso alla tutela dell'utente e del consumatore nei confronti dell'esercizio abusivo del proprio potere da parte del soggetto monopolista, alla luce dell'utilità sociale di cui all'art. 41, cpv., Cost. (sent. n. 241 del 1990).

Il giudizio si concludeva dunque con una pronuncia interpretativa di rigetto, pur se la portata dell'auspicio di una disciplina a tutela della concorrenza andava ben oltre il rilievo che solo una normativa sull'abuso di posizione dominante avrebbe consentito "interventi di una apposita Autorità pubblica non concepiti in chiave meramente risarcitoria ma idonei a soddisfare i bisogni della parte che subisce l'abuso".

Rimarcando tutta la distanza della Costituzione dall'impostazione codicistica, la Corte rinveniva infatti nell'utilità sociale e nei controlli previsti dal terzo comma dell'art. 41 i limiti dell'autonomia contrattuale, e aggiungeva che, "in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo...non solo può essere vanificata o distor-

⁴ M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur.cost.*, 2005, 1439 ss.

ta la libertà di concorrenza – che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori – ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale”. Infine, con una connessione sistematica che i costituzionalisti fermi alla contrapposizione irriducibile fra mercato concorrenziale e Stato si guarderanno dal valorizzare⁵, si spingeva ad affermare che l’esercizio abusivo di posizioni di supremazia nel mercato “ostacola...il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall’art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l’altro controlli sull’economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie”. Da cui il seguente auspicio: “Di tali pressanti esigenze, nonché della già rilevata insufficienza della sola normativa comunitaria, vi è una crescente presa di coscienza - pur se con ritardo rispetto agli altri Paesi economicamente avanzati- tanto che sono stati apprestati progetti contenenti norme per la tutela della concorrenza e del mercato (cfr., in particolare, il disegno di legge n. 37S5 atti Camera, X Legislatura, già approvato dal Senato), *dei quali è auspicabile la definitiva approvazione, in quanto necessaria ai fini del rispetto dei suddetti principi costituzionali*”.

Il fatto che la legge n. 287 del 1990, intitolata “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”, esordisse autoqualificandosi “In attuazione dell’art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica” (art. 1, primo comma), ben poteva collegarsi a quelle contestuali enunciazioni di principio⁶, in un clima che anche culturalmente sembrava volgere in senso favorevole⁷. Ma vi avrebbe la Corte stessa dato seguito? La risposta consentirà di verificare se nella giurisprudenza del decennio successivo fosse già maturata una *doctrine* capace di inquadrare una normativa costituzionale come quella sopravvenuta nel 2001.

3. Il primo decennio successivo all’approvazione della legge n. 287 del 1990

Nella fase in esame, l’affermazione di un filone giurisprudenziale volto ad abbattere privilegi contrattuali spettanti ai gestori di pubblici servizi in concessione in base a discipline di settore⁸, convive con orientamenti più oscillanti non appena si tratta di individuare la nozione di utilità sociale.

È vero che, di fronte a limitazioni all’uso dei trattori idonei al traino di veicoli quali rimorchi e semirimorchi da parte di soggetti diversi da quelli aventi la disponibilità del trattore, che secondo il giudice remittente limitava il potere dell’imprenditore di realizzare l’equilibrio ottimale dei fattori della produzione in contrasto con l’utilità sociale, la Corte obietta che la individuazione da parte del legislatore dell’utilità sociale “può sostanzialmente di valutazioni attinenti alla situazione del mercato anche per quel che concerne fenomeni di concentrazione o no delle imprese”, a condizione che non appaia arbitraria o palesemente incongrua, o comunque “tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell’attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l’oggetto delle stesse scelte organizzative” (sent. n. 548 del 1990). Sembrava così tracciarsi uno spartiacque rispetto a una fase del dibattito sull’iniziativa economica privata incentrata intorno a se il limite dell’utilità sociale potesse corrispondere a obiettivi diversi dal perseguimento di principi costituzionali.

Lo spartiacque viene rispettato allorché il divieto di esportazione dei materiali di risulta provenienti dalla escavazione delle vasche non pare alla Corte incongruo, perché si limita a regolare l’esercizio dell’attività di acquacoltura, “ponendo condizioni che, finalizzate come sono alla tutela dell’ambiente, non appaiono irragionevoli”: se è vero che il legislatore avrebbe potuto avvalersi di altri mezzi, ciò che conta in sede di scrutinio di costituzionalità è che “il mezzo prescelto non sia palesemente sproporzionato” (sent. n. 190 del 2001). Pur muovendosi sull’usuale terreno della ragionevolezza⁹, il richiamo a un principio costitu-

⁵ Per una ricostruzione dei termini del dibattito costituzionalistico in quella fase, C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell’incertezza*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna, il Mulino, 2000, 195 ss.

⁶ Sulla coincidenza della sentenza della Corte col varo della legge antitrust, A. PACE, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 180 l.n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà d’impresa*, Oss. a sent. n. 241 del 1990, in *Giur.cost.*, 1990, 1487, R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, Cedam 1994, 97-98, e S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004, 347 ss.

⁷ Cfr. G. AMATO, *Il gusto della libertà. L’Italia e l’Antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

⁸ M. LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano. Un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287*, in *Riv.dir.comm.*, 2000, 515. Il riferimento è alle sentt.nn. 15 del 1991, 74 del 1992, 40 del 1993, 456 del 1994, 187 del 1995, 463 del 1997, 4 del 1999.

⁹ A. MORRONE, *Libertà d’impresa nell’ottica del controllo sull’utilità sociale*, Oss. a sent. n. 190 del 2001, in *Giur.cost.*, 2001, 1476 ss.

zionale appare in grado di circoscrivere l'intervento legislativo. In uno scrutinio sulla predeterminazione di attività commerciali incompatibili con la tutela di tradizioni locali e delle aree di particolare interesse sotto il profilo socio-ambientale, il bilanciamento della libertà di iniziativa economica privata viene del pari operato in riferimento all'art. 9 Cost., così come simile è l'affermazione che "Per quanto riguarda la utilità sociale, il potere della Corte concerne solo la rilevanza dell'intento legislativo di perseguire quel determinato fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo" (sent. n. 388 del 1992).

Ma in altre pronunce la latitudine degli obiettivi che il legislatore può perseguire torna ad ampliarsi. In un giudizio sulla disciplina della cassa integrazione, si osserva: "Posto che il legislatore, nella sua discrezionalità, per i fini e gli obiettivi che si è posto, ha qualificato la situazione temporanea di mercato come causa integrabile, non rileva che l'imprenditore sia stato sollevato dal rischio che normalmente cade su di lui. L'intervento statale rimane sempre determinato dalle finalità socio-economiche e, quindi, da un interesse pubblico, anche se si è posto a carico dell'imprenditore un contributo addizionale il cui ammontare varia a seconda del numero dei dipendenti impiegati". E la violazione dell'art. 41, commi 1 e 2, è esclusa perché l'accesso alla integrazione salariale "mira a salvaguardare le condizioni della loro efficienza, della loro potenzialità e competitività; in genere, a garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema produttivo vigente" (sent. n. 439 del 1991).

Ancora, in un giudizio sul divieto di stipulare contratti di autotrasporto di cose per conto di terzi a prezzi o condizioni tariffarie derogativi rispetto a quelli stabiliti con legge, la denunciata compressione della libertà di iniziativa economica privata che deriverebbe dall'applicazione a contratti che comportano costi maggiori le tariffe determinate per quelli che implicano costi minori, viene esclusa facendo leva sugli obiettivi, propri del sistema pubblicistico delle tariffe a forcella, "di garantire alle imprese un margine di utile, evitando situazioni di concorrenza sleale che, deprimendo i noli, costringano le imprese stesse ad operare in condizioni di difficoltà, sì da non procedere ad ammortamenti e da non garantire ai lavoratori il dovuto trattamento economico e normativo", nonché "di realizzare la trasparenza del mercato, e cioè la conoscenza dei prezzi sia da parte delle imprese di autotrasporto che dell'utenza" (sent. n. 386 del 1996). L'orientamento non è dissimile dai due prima citati, e per giunta basato su argomenti "di natura prettamente corporativa"¹⁰.

A finalità differenti sembra invece riconducibile la soluzione della questione delle "discriminazioni a rovescio" che venivano a colpire i produttori nazionali rispetto a quelli degli Stati membri dell'Unione europea, in forza del divieto, imposto ai primi da una legge nazionale, di produzione di paste alimentari di grano tenero. Rilevata l'assenza di una regolamentazione uniforme in ambito comunitario, la Corte si era richiamata al principio di non discriminazione tra imprese che agiscono sullo stesso mercato in rapporto di concorrenza (artt. 30 e seguenti TCE) come tramite per far valere il principio costituzionale di eguaglianza nei confronti della denunciata disparità di trattamento tra imprese nazionali e imprese comunitarie (sent. n. 443 del 1997). Veniva così assorbita l'ulteriore censura di violazione dell'art. 41 Cost., nonostante la disciplina impugnata configurasse un contrasto radicale con la libertà di mercato¹¹. Ma proprio il fatto che essa si prestasse a venire caducata per quella via senza dover ricorrere al complicato intreccio fra parametri costituzionale e comunitario operato nella specie, lasciava ipotizzare che la decisione muovesse dall'intento di adeguare al diritto comunitario il diritto costituzionale dell'economia, anche a costo di lambire il monopolio della Corte di giustizia nell'interpretazione del primo¹².

Non si può dire, in definitiva, che al momento dell'approvazione del nuovo Titolo V, Il Parte, Cost., la Corte avesse maturato orientamenti consolidati sul principio di tutela della concorrenza. Ne aveva bensì rinvenuto da tempo il fondamento nell'art. 41 Cost., ma era ancora lontana dall'averne apprezzato l'effettiva operatività soprattutto nei vari possibili collegamenti con l'utilità sociale, a sua volta non di rado risolta in una clausola di rinvio alla discrezionalità legislativa.

¹⁰ M. LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust*, cit., 517.

¹¹ M. LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust*, cit., 518, e C. PINELLI, *Adeguamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, Oss. a sent. n. 443 del 1997, in *Giur.cost.*, 1997, 3916.

¹² C. PINELLI, *Adeguamento al diritto comunitario*, cit., 3919.

4. La giurisprudenza sulla tutela della concorrenza come materia trasversale alle competenze Stato-Regioni

Il notevole contenzioso fra Stato e Regioni determinatosi a partire dal 2004 a seguito dell'incidenza sulle competenze regionali dell'attribuzione alla potestà legislativa esclusiva statale della "tutela della concorrenza" in quanto materia trasversale ha costretto la Corte ad affrontare per la prima volta il tema nella peculiare prospettiva della risoluzione dei giudizi in via di azione. E che la circostanza abbia inciso fortemente sulla sua visione della tutela della concorrenza, è confermato dalle ricostruzioni della giurisprudenza in esame, che rinunciando a un discorso generale ne distinguono i filoni in ragione delle materie oggetto di competenza regionale¹³.

4.1. Aiuti di Stato

Nella prima importante pronuncia sul punto (n. 14 del 2004), erano in gioco "politiche statali di sostegno del mercato", dunque "aiuti di Stato" dal punto di vista del diritto comunitario, in ambiti materiali di spettanza regionale: la specifica conformazione del caso costringeva la Corte a destreggiarsi sul fronte dei rapporti fra Stato e UE non meno che su quello del riparto interno di competenze.

La premessa è costituita da una forte dilatazione della nozione di concorrenza, nonostante il richiamo al diritto comunitario. Essa è ritenuta comprensiva di "interventi regolativi, la disciplina *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza" e, come dimostrerebbe la sua collocazione al fianco degli altri ambiti materiali elencati nell'art. 117, secondo comma, lettera e), "costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali". Senonché la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato non presuppone alcuna funzione di promozione dello sviluppo, consistendo piuttosto in un divieto di aiuti idonei a incidere sugli scambi fra Stati membri, accompagnato da eccezioni e da meccanismi per individuarle¹⁴. A questa forzatura del diritto comunitario si aggiunge la riconduzione della tutela della concorrenza al *genus* "politica economica statale". Ambedue le operazioni riflettono un estremo pragmatismo, finalizzato a preconstituire una posizione di forza nel confronto con la Corte di giustizia non meno che a dirimere la questione specifica¹⁵.

Il secondo passaggio della sentenza mirava invece a temperare il dichiarato carattere trasversale della materia, per non vanificare le competenze legislative residuali e concorrenti delle Regioni tutte le volte che discipline statali rivolte a "lo sviluppo economico" (e non più alla tutela della concorrenza, quindi) incidessero su di esse. Allo scopo la Corte poneva il discrimine nella "rilevanza macroeconomica" dell'intervento pubblico, che ne giustifica la spettanza statale, a fronte degli "interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale" e non vietati dall'art. 120, primo comma, Cost.

La dottrina noterà un "uso impressionistico e addirittura arbitrario" di termini tecnici del linguaggio economico – da "concorrenza in senso dinamico" a "macroeconomico" – tale da "nuocere alla efficacia comunicativa e alla possibilità di controllo razionale delle decisioni"¹⁶, che nel caso in questione consentiva di ricomprendere nella tutela della concorrenza interventi mossi da obiettivi ben diversi, come appunto gli aiuti di Stato¹⁷. Inoltre, le conclusioni contrastavano con la prescritta limitazione a determinati enti territoriali di interventi statali finalizzati allo sviluppo (art. 119, quinto comma, Cost.), nonostante la stessa Corte avesse già cominciato a chiarire che il nuovo testo non consente allo Stato la preconstituzione di generalizzati fondi a destinazione vincolata (sent. n. 370 del 2003). Infine, lo sforzo di delimitare l'area di operatività degli interventi statali non era tale da fugare la diffusa impressione che l'ampia versione di "tutela della concorrenza"

¹³ V. ad es. A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, AGCM, Roma, 2011, 16.

¹⁴ R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 998.

¹⁵ In questo senso la pronuncia si potrebbe collegare a quella sulle discriminazioni a rovescio, nonché alle considerazioni sulla "impredicibilità" degli sviluppi dei rapporti con l'Unione europea contenute nella sent. n. 106 del 2002. Le motivazioni delle tre pronunce risultano stese dallo stesso Relatore, Carlo Mezzanotte.

¹⁶ M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza*, cit., 1441.

¹⁷ A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di 'tutela' della concorrenza?*, Oss. a sent. n. 14 del 2004, in *Giur.cost.*, 2004, 263 ss.

quale materia trasversale rischiasse comunque di legittimare ogni intromissione statale nella disciplina di aspetti dell'economia di competenza regionale¹⁸.

L'indirizzo sarà, comunque, espressamente abbandonato allorché la Corte osserverà correttamente che un intervento legislativo statale su materie oggetto di competenze regionali non può giustificarsi quando si tratti di aiuti di Stato, "i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza" (sent. n. 63 del 2008).

4.2. Appalti

Che, nonostante l'ambizione della Corte, il caso risolto con sent. n. 14 del 2004 fosse troppo eccentrico per poter tracciare linee direttrici sulla tutela della concorrenza, è dimostrato anzitutto dalla pronuncia n. 401 del 2007.

Le impugnative regionali della compiuta disciplina contenuta nel nuovo Codice dei contratti pubblici della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento, dei criteri di aggiudicazione e del subappalto inducono la Corte a precisare subito che, a differenza che nella sent. n. 14 del 2004, nella specie viene in rilievo "l'aspetto della tutela della concorrenza che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi". Tale nozione comunitaria di concorrenza, corrispondente a quella dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., "è definita come concorrenza 'per' il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati", pur senza escludere "concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza 'nel' mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi".

La Corte aggiunge due ulteriori rilievi. Il primo, che riferisce al settore specifico degli appalti, è che la interferenza con competenze regionali è tale da comportare "la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa", l'altro concerne la natura della materia 'tutela della concorrenza', la quale "non ha un ambito definito, ma si caratterizza per le specifiche finalità perseguite". Su queste premesse, essa annuncia il ricorso a uno scrutinio di proporzionalità articolato in un doppio livello: verificare l'astratta riconducibilità dell'intervento statale "ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato o ad entrambi", e "accertare se lo strumento utilizzato sia congruente rispetto al fine perseguito alla luce dei criteri della proporzionalità e della adeguatezza", i quali, aggiunge la Corte, "non si misurano avendo riguardo esclusivamente al livello di dettaglio che connota quella specifica normativa", perché ciò confonderebbe una materia trasversale di competenza esclusiva con una materia concorrente.

Più che la specificità del settore degli appalti, è dunque la dimensione teleologica riconosciuta alla 'tutela della concorrenza' a giustificare il ricorso allo scrutinio di proporzionalità. Il quale, però, verificata l'astratta riconducibilità della disciplina in esame ai principi suddetti, si interrompe: "non è, però, possibile, sulla base del contenuto precettivo della norma impugnata, svolgere il secondo livello di verifica, volto a stabilire se siano stati rispettati i limiti interni alla materia stessa, e dunque se l'intervento statale sia effettivamente proporzionato ed adeguato rispetto all'obiettivo perseguito", poiché la disciplina in questione "ha soltanto una valenza di carattere generale, limitandosi ad affermare che i singoli ambiti da essa richiamati attingono alla competenza legislativa esclusiva statale, con implicito rinvio poi alla specifica disciplina contenuta nelle disposizioni che riguardano, appunto, i settori soltanto indicati dalla norma censurata".

In realtà, la difficoltà argomentativa di applicare ad una norma sulla competenza le due fasi del giudizio di proporzionalità riguarderà anche altre norme censurate dalle Regioni, per cui la Corte arresta il suo sindacato alla verifica della coerenza delle soluzioni adottate rispetto agli obiettivi delle direttive europee, senza ricercare ulteriormente se esse risultino congrue a quello di tutelare la concorrenza¹⁹. Ciò dimostra come l'affermazione della dimensione teleologica della materia 'tutela della concorrenza' non basta a rendere operativi gli scrutini di proporzionalità, che nei giudizi in via principale non sono praticabili tutte le volte in cui le norme impugnate si limitino ad affermare la competenza dell'uno o dell'altro ente territoriale. A meno che, naturalmente, la Corte non disponga di propri orientamenti sulla concorrenza in senso oggettivo che vadano al di là di quanto testualmente desumibile dal diritto europeo.

¹⁸ V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, Oss. a sent. n. 299 del 2012, in *Giur.cost.*, 2012, 4699.

¹⁹ L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le "anime" della competenza esclusiva statale in materia di "tutela della concorrenza"?*, Oss. a sent. n. 401 del 2007, in *Giur.cost.*, 2007, 4565.

Nel settore degli appalti, l'indirizzo inaugurato dalla sentenza n. 401 del 2007 sarà seguito là dove ci si limita ad affermare che "La competenza statale in materia di tutela della concorrenza ricomprende anche la disciplina delle procedure negoziate. La indicazione dei rigorosi presupposti che autorizzano il ricorso a tali procedure si inserisce in un ambito di disciplina unitario finalizzato ad assicurare un sistema di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, che consente la deroga ai normali metodi di gara soltanto in presenza delle condizioni puntualmente individuate dal legislatore statale" (sentt.nn. 430 del 2007, 160 e 314 del 2009). Lo stesso orientamento prevale con riguardo alla disciplina della qualificazione e selezione delle imprese (sent. n. 52 del 2012), anche quando sia dettata con legge di una Regione ad autonomia differenziata (sentt. nn. 411 del 2008, 328 del 2011).

Emerge casomai un contrasto su scala minore: fra l'ammettere norme regionali produttive di "effetti proconcorrenziali", purché "siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza", onde "evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni" (sentt. nn. 431 del 2007, 322 del 2008 e 160 del 2009, 274 del 2012), e l'escludere tali norme anche quando garantiscano un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale, dal momento che "L'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali", e la tutela della concorrenza "per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia» (sentt.nn. 443 del 2007 e 283 del 2009).

Che, comunque, questo filone giurisprudenziale derivi dal rispetto della normativa europea, è confermato in un giudizio su una legge della Provincia di Trento, titolare di potestà legislativa primaria in materia (cfr. sent. n. 45 del 2010). È alla stregua del diritto europeo che la Corte comprende nella nozione di concorrenza "misure legislative di tutela in senso proprio", o antitrust, "disposizioni legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata", ossia volte ad assicurare la concorrenza "nel mercato", e infine disposizioni legislative che strutturano le procedure concorsuali di garanzia in modo da assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici, ossia miranti a garantire la concorrenza "per il mercato": per cui la Provincia autonoma di Trento deve rispettare, con riferimento soprattutto alla disciplina della fase del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, "le disposizioni del Codice degli appalti che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo".

Allo stesso filone sono da ascrivere due recenti pronunce. Una legge regionale che configura l'utilizzo dei prodotti agricoli di origine regionale quale titolo preferenziale per l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi o di forniture di prodotti alimentari ed agroalimentari destinati alla ristorazione collettiva, impone all'amministrazione appaltante un criterio di scelta del contraente diverso da quelli previsti dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione di direttive comunitarie, che "non solo non favorisce la concorrenza, ma chiaramente la altera, risolvendosi in un favor per gli imprenditori che impiegano prodotti provenienti da una certa area territoriale (quella lucana), così da poter vantare il titolo preferenziale in questione" (sent. n. 209 del 2013). Ancora, una legge regionale che include tra i prodotti la cui utilizzazione garantisce priorità, nell'affidamento dei servizi di ristorazione collettiva da parte degli enti pubblici, anche i prodotti trasportati all'interno del territorio regionale, a prescindere dal livello delle emissioni di anidride carbonica equivalente connesse a tale trasporto, configura un aiuto di Stato vietato dal TFUE, poiché "il mero riferimento al trasporto all'interno della Regione e, dunque, alla provenienza locale dei prodotti agricoli, a prescindere dalla quantità di emissioni prodotte, non soddisfa nessuna delle esigenze oggetto del regime derogatorio, ma si risolve in un incentivo per gli imprenditori ad impiegare determinati beni solo perché provenienti da una certa area territoriale, così da poter vantare l'anzidetto titolo preferenziale" (sent. n. 292 del 2013).

In definitiva nel settore degli appalti il motivo ricorrente che, ai fini della tutela della concorrenza, "L'uniformità rappresenta un valore in sé" e non tollera "dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali" trova essenzialmente il proprio fondamento nella estesa disciplina dell'Unione europea del settore, di cui la clausola sulla tutela della concorrenza costituisce una traduzione specifica sul piano costituzionale. Non stupisce che la portata dell'art 41 ne risulti nella specie assorbita. Peraltro l'indirizzo non tiene nemmeno conto che dal 1948 vige per le regioni il divieto costituzionale di "adottare provvedimenti che *ostacolino in qualsiasi modo* la libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni (art. 120, primo comma). Un divieto dimenticato, nonostante sia destinato esattamente ad impedire "dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali".

4.3. Servizi pubblici locali

La distribuzione di potestà normativa fra Stato e Regioni nel settore dei servizi pubblici locali, oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni, risulta del pari condizionata dall'incombenza della normativa a tutela della concorrenza, oltre che dagli standard fissati in sede nazionale a tutela dell'ambiente. L'individuazione di un'unica Autorità d'ambito, che superando la frammentazione della gestione delle risorse idriche razionalizzi il mercato "con la determinazione della tariffa del servizio secondo un meccanismo di *price cap*, diretto a garantire la concorrenzialità e l'efficienza delle prestazioni", nonché l'uso delle risorse idriche e le interazioni e gli equilibri fra le diverse componenti della "biosfera", induce per es. la Corte a rinvenire nella tutela della concorrenza e dell'ambiente "materie che hanno prevalenza su eventuali titoli competenziali regionali ed, in particolare, su quello dei servizi pubblici locali" (sent. n. 246 del 2009).

Sempre a proposito di tariffe a corrispettivo del servizio idrico integrato, una uniforme e dettagliata disciplina statale non può essere derogata da una Regione con la previsione di una specifica componente di costo, la quale risulta "potenzialmente idonea ad influire sulla domanda del servizio stesso, così da porla in contrasto con il parametro interposto e con la indicata ratio di garantire la concorrenza anche attraverso l'uniforme individuazione su tutto il territorio dello Stato delle componenti di costo della tariffa. La disposizione censurata viola, perciò, l'evocato art. 117, secondo comma, lettera e), Cost." (sent. n. 29 del 2010).

Affiora però anche qui la questione, densa di equivoci, dell'ammissibilità di leggi regionali "che tutelano più intensamente la concorrenza, rispetto a quelle poste dallo Stato". Così, una legge regionale che integra quella statale in materia di affidamento della gestione di un servizio pubblico a rilevanza economica non viene giudicata incostituzionale poiché, "versandosi pur sempre in materia riservata alla competenza residuale delle Regioni, nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che le Regioni, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato" (sent. n. 26 del 2006). Ancora, in presenza di una disciplina regionale che consenta solo l'affidamento mediante gara pubblica, la Corte osserva che "la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza, e si deve, pertanto, ritenere che le norme impugnate, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai 'servizi pubblici locali', non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione" (sent. n. 307 del 2009).

Il problema della differenziazione dei gradi di tutela della concorrenza si ripresenta nella pronuncia n. 325 del 2010, dove però coinvolge anzitutto una normativa nazionale che restringe ulteriormente – rispetto al diritto comunitario – i casi di affidamento diretto *in house*. Osserva la Corte che in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici l'ordinamento comunitario costituisce solo "un minimo inderogabile" e pertanto "non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento. Pertanto, il legislatore nazionale ha piena libertà di scelta tra una pluralità di discipline ugualmente legittime". D'altro lato, soggiunge, la normativa censurata dalle Regioni ricorrenti "non impedisce del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio locale di rilevanza economica, negandogli ogni possibilità di svolgere la sua 'speciale missione pubblica (come si esprime il diritto comunitario), ma trova, tra i molti possibili, un punto di equilibrio rispetto ai diversi interessi operanti nella materia in esame". Essa avrebbe ponderato la tutela della concorrenza, consentendo alle società a capitale pubblico di partecipare alle gare al pari di ogni altro imprenditore o società, con l'interesse degli enti locali "a gestire il SPL (tramite l'affidamento *in house*) nell'ipotesi in cui sia 'efficace ed utile il ricorso al mercato e non solo quando esso non sia possibile".

Quanto alla esclusiva spettanza statale del potere di indicare le condizioni per le quali debba ritenersi sussistente detta 'rilevanza economica', premesso che la nozione di 'servizio pubblico locale di rilevanza economica' rimanda a quella, più ampia, di 'servizio di interesse economico generale' (SIEG) impiegata nell'ordinamento comunitario, la Corte osserva che "gli indici empirici di tale interesse – come lo scopo lucrativo, l'assunzione dei rischi dell'attività, l'incidenza del finanziamento pubblico – possono essere utili solo con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato; quando invece si debba immettere nel mercato un servizio pubblico, occorre considerare la obiettiva possibilità dell'apertura di un mercato a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente al riguardo, dal momento che lo stesso potere degli Stati membri di derogare alle regole del Trattato relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato presuppone la sussistenza dell'interesse economico del servizio stesso.....E, ai fini della determinazione della nozione di 'rilevanza economica, le disposizioni censurate, in armonia con quella comunitaria di 'interesse economico', richiedono che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, e che l'esercizio

dell'attività avvenga con metodo economico, ossia "in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici)". La Corte ne desume che "la rilevanza economica sussiste pure quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un 'mercato a monté'".

Non si tratta dunque di una soggettiva, discrezionale decisione dell'ente locale di finanziare il servizio con gli utili ricavati dall'esercizio di impresa in quel mercato. E se la suddetta nozione oggettiva di 'rilevanza economica', va utilizzata, nell'ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discrezionale per l'applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi, essa va riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato sulla tutela della concorrenza.

La decisione appare criticabile anzitutto quando immagina un bilanciamento fra "la regola della massima tutela della concorrenza" e l'interesse degli enti locali a gestire il servizio pubblico locale tramite l'affidamento *in house*, dal momento che le condizioni di tale affidamento sono esse stesse espressione della "regola della massima tutela della concorrenza", e nello stesso tempo risultano fissate in termini talmente restrittivi, che, chiamata a giudicare della legittimità di una disposizione in buona parte riproduttiva di quella qui considerata, la Corte stessa osserverà che la disposizione riproduttiva impugnata "rende ancor più remote le condizioni per l'affidamento del servizio" (sent. n. 199 del 2012).

In secondo luogo è stato da più parti criticato il tentativo di accostare il più possibile la nozione di "servizio pubblico locale di rilevanza economica" a quella di "servizio di interesse economico generale" impiegata nel diritto UE, nonostante nella prima la regola della concorrenza rappresenti il principio dominante, mentre nell'altra risulti subordinata a principi, obiettivi e limiti di natura sociale²⁰, a seguito di un'ibridazione del modello classico di servizio pubblico di stampo francese con quello liberale anglosassone della "*public utility regulation*"²¹.

L'orientamento della sent. n. 325 del 2010, confermato in occasioni successive (sentt.n. 128 del 2011 e 62 del 2012), induce a interrogarsi sulla tendenza della Corte a ricorrere al diritto dell'Unione come punto di riferimento obbligato dei suoi scrutini, anche a costo di indebite forzature. Può costituirne una prima spiegazione la particolare disinvoltura con cui il legislatore, nazionale e regionale, ha continuamente modificato la disciplina dei servizi idrici²². Ma giuoca soprattutto una più ampia incertezza circa la consistenza della clausola costituzionale della "tutela della concorrenza". Quando infatti l'ancoraggio europeo manchi, o non consenta di configurare la legge nazionale in termini di parametro interposto, si cerca comunque di evocarlo con le forzature notate dai commentatori, e col risultato di configurare di fatto in quei termini la stessa clausola costituzionale, la quale perde così la possibilità di venire utilizzata e interpretata in quanto tale anche quando sarebbe necessario.

4.4. Proroghe di concessioni

I casi di proroghe di concessioni presentano minori difficoltà, e vengono risolti secondo un indirizzo più lineare.

Di fronte a una disposizione di legge statale che proroga di dieci anni diverse concessioni di grandi derivazioni di acque pubbliche nonostante l'autoqualificazione come rivolta a tutelare la concorrenza, la Corte osserva che, anziché aprire gradualmente il mercato interno dell'energia seguendo le scadenze naturali

²⁰ A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, Oss. a sent. n. 325 del 2010, in *Giur.cost.*, 2010, 4646. S. MAROTTA, *La depubblicizzazione dei servizi idrici. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in *Munus*, 2011, 185 ss. Sulla differenza fra le due nozioni v. già F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv.it.pub.com.*, 2008, 1073 ss.

²¹ D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, 236 ss. V. pure L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la "concorrenza limitata": Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, Jovene, 2010, 112 ss. Sul profilo costituzionalistico, con una lettura che tiene già conto della nozione comunitaria, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir.pub.*, 1999, 418 ss.

²² A. SANDULLI, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza*, Oss. a sent. n. 62 del 2012, in *Giur.cost.*, 2012, 830, anche per una ricostruzione dell'itinerario giurisprudenziale.

delle concessioni, la disposizione impugnata le proroga irragionevolmente in contrasto “coi principi comunitari e col fine (la tutela della concorrenza), che pur afferma di voler perseguire”. Essa dunque non si giustifica in base all’art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., e, ricondotta alla competenza concorrente in materia di ‘produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia’, viene a tale stregua ritenuta lesiva delle attribuzioni regionali (sent. n. 1 del 2008 e, analogamente, sent. n. 205 del 2011).

In altre occasioni vengono giudicate incostituzionali disposizioni di legge regionale che consentono il rinnovo automatico della concessione a favore del soggetto che già la possedeva per violazione dei vincoli comunitari in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza, stante la “disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti”, e senza che possa ragionarsi di un affidamento da tutelare, trattandosi di proroga di concessione già scaduta (sent. n. 180 del 2010, e, in senso analogo, sentt. nn. 233 e 340 del 2010, 213 e 235 del 2011).

Rispetto ad altri filoni, la ponderazione e prima ancora l’allocazione effettiva degli interessi costituzionali dei soggetti coinvolti appaiono qui meno filtrate o distorte dalla necessità di dirimere il contenzioso sulla spettanza del potere legislativo: le regole sono abbastanza univoche da fornire risposte definite e soddisfacenti.

4.5. Commercio

Negli indirizzi sulla competenza residuale delle Regioni in materia di commercio, l’incidenza della tutela della concorrenza risulta così forte da paralizzarne in taluni ambiti l’esercizio, nonostante il peso della normativa europea risulti minore che nei settori fin qui considerati.

In un primo gruppo di casi il richiamo a una normativa nazionale attuativa di una direttiva comunitaria sui limiti alla libera circolazione dei servizi, che individua il limite dell’utilità sociale in “ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell’ambiente”, serve a circoscrivere l’ambito di competenza regionale sull’apertura di un’attività commerciale (sent. n. 18 del 2012). E viola del pari la tutela della concorrenza una legge regionale che limita il commercio su aree pubbliche per “motivi imperativi d’interesse generale” secondo quanto previsto in sede comunitaria, ma escludendo l’applicazione dei requisiti che specificano tali motivi previsti da normativa statale (sent. n. 291 del 2012).

Dove invece manca una disciplina europea, viene fatto valere il precedente secondo cui la competenza statale esclusiva sulla tutela della concorrenza può concretizzarsi anche in misure di estremo dettaglio, purché se ne dimostri la strumentalità ad eliminare limiti e barriere all’accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale (sent. n. 430 del 2007). Solo che una tale dimostrazione non sempre viene compiuta, come nello scrutinio su una legge regionale che estende il divieto di vendite promozionali a un periodo antecedente alle vendite di fine stagione o saldi, applicato alla generalità dei prodotti merceologici (sent. n. 232 del 2010).

L’orientamento generale è comunque restrittivo: l’attinenza di una norma regionale alla materia del commercio non basta ad escluderne l’illegittimità quando introduca “nuovi o ulteriori limiti o barriere all’accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale” (sentt. nn. 150 del 2011 e 18 del 2012).

In una prima fase si era bensì affermato l’indirizzo secondo cui la disciplina nazionale del commercio dettata anteriormente all’entrata in vigore della legge di revisione del Titolo V, Il Parte, Cost. (d.lgs. n. 114 del 1998), sebbene preordinata alla tutela della concorrenza, non continuasse a condizionare l’autonomia legislativa delle Regioni in una materia riservata alla loro competenza residuale (sent. n. 1 del 2004; ord. n. 199 del 2006; sent. n. 247 del 2010).

Ma in seguito l’indirizzo viene smentito. In particolare, la legittimità delle discipline regionali dell’orario di apertura degli esercizi commerciali viene apprezzata proprio alla stregua del d.lgs. n. 114 del 1998, configurato come norma interposta: vengono così rigettate le questioni relative a leggi regionali volte alla liberalizzazione degli orari e delle giornate di chiusura obbligatoria (sent. n. 288 del 2010), come vengono accolte quelle concernenti discipline viceversa più restrittive (sent. n. 150 del 2011). E dopo una nuova riforma nazionale del settore (d.l. n. 223 del 2006, conv. in l.n. 248 del 2006) che, nel porre al centro la realizzazione della libertà di mercato senza più bilanciarla con gli altri principi richiamati dal d.lgs. n. 114 del

1998²³, ha liberalizzato anche gli orari degli esercizi commerciali, il pur limitato spazio potenzialmente riservato alle Regioni in tale ambito viene totalmente misconosciuto in nome di quell'accezione "dinamica", ossia di promozione, della concorrenza già affermata nella sent. n. 14 del 2004 (cfr. sentt.nn. 292 del 2012, 27 e 65 del 2013). Queste pronunce risentono peraltro fortemente di un orientamento affermatosi di recente intorno al più ampio tema della liberalizzazione delle attività economiche, che si passa ad esaminare.

4.6. Liberalizzazione di attività produttive

Occorre premettere che in data 7 marzo 2011 veniva presentato alla Camera un disegno di legge di revisione degli artt. 41, 97 e 118, quarto comma, Cost., che in particolare sostituiva il primo comma dell'art 41 con il seguente: "L'iniziativa economica e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge" (XVI Legislatura, AC 4144). A distanza di qualche mese, dopo aver compreso che il tentativo non avrebbe avuto seguito, il Governo adottava il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che in sede di conversione (avvenuta con l.n. 148 del 2011) riproduceva esattamente il testo ora riportato, accompagnandolo con una lunga serie di principi, beni e ambiti suscettibili di porsi quali eccezioni al principio così enunciato (art. 3, primo comma), qualificava le disposizioni del primo comma come "principio fondamentale per lo sviluppo economico" e "attuazione della piena tutela della concorrenza tra le imprese" (art. 3, secondo comma), e prevedeva la soppressione delle disposizioni normative statali incompatibili con quanto disposto al primo comma e la corrispondente adozione di regolamenti di delegificazione entro il termine ivi fissato (art. 3, terzo comma).

Chiamata da alcune Regioni a giudicare la legittimità di tale disciplina, la Corte osservava che l'art. 3, primo comma, "non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009 e n. 388 del 1992)", e inquadrava l'intervento statale censurato nel campo delle competenze statali di portata trasversale relative alla tutela della concorrenza, con l'argomento che "la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di 'ri-regolazione' tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze". D'altra parte, soggiungeva, il legislatore statale non ha dettato "una propria compiuta disciplina delle attività economiche", bensì "disposizioni di principio, le quali, per ottenere piena applicazione, richiedono ulteriori sviluppi normativi, da parte sia del legislatore statale, sia di quello regionale, ciascuno nel proprio ambito di competenza".

Venivano invece accolte le questioni aventi ad oggetto l'art. 3, comma 3, che col prevedere una "soppressione generalizzata delle normative statali con esso incompatibili appare indeterminata e potenzialmente invasiva delle competenze legislative regionali", potendo "riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali" (sent. n. 200 del 2012).

In questo modo i commi 1 e 2, pur formalmente non dichiarati incostituzionali, venivano resi privi di ogni effetto sulla legislazione vigente²⁴. Ciò basta tuttavia a mostrare il carattere anomalo del "principio" enunciato dal comma 1, che oltre a pretendere di riformulare inammissibilmente l'art. 41 con una disposizione di legge ordinaria²⁵, aveva appunto bisogno, come un principio di rango costituzionale, di una serie di attuazioni legislative anche statali per poter dispiegare efficacia (peraltro col rischio che un indiscriminato processo di delegificazione concernesse materie coperte da riserva di legge).

L'origine di tale pretesa muoveva in realtà dal fallimento del ricordato tentativo di introdurre in via di revisione costituzionale il principio "è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge", e dal

²³ Cfr. G. MORBIDELLI, *Commercio e distribuzione*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, II, Milano, Giuffrè, 2007, 776 ss., e F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*, in P.F. LOTITO e O. ROSELLI (a cura di), *Il commercio tra regolazione giuridica e rilancio economico*, Giappichelli, Torino, 2012, 104 ss.

²⁴ G.U. RESCIGNO, *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione e come la Corte ha risposto in modo debole e inadeguato*, Oss. a Corte cost. n. 200 del 2012, in *Giur.cost.*, 2012, 2945.

²⁵ G.U. RESCIGNO, *Come i governanti*, cit., 2943.

conseguente intento di imporlo nell'ordinamento a costo di aggirare la Costituzione. La Corte poteva certo ignorare simile circostanza fattuale, ma non che il principio era stato introdotto nell'ambito di una integrale riscrittura dell'art. 41, né la contestuale operazione di sovraordinarne la portata a quella della legislazione in vigore. Essa si concentra invece esclusivamente sul principio, come se fosse destinato ad agire quale parametro interposto. Ma conferma così la portata costituzionale delle disposizioni impugnate, dal momento che, seguendo una simile argomentazione, l'eliminazione degli "ostacoli inutili o sproporzionati" sarebbe stata dovuta ad esse, ove fossero rimaste efficaci, non certo all'art. 41 Cost.

La Corte finiva con l'accettare il postulato dell'insufficienza del disposto costituzionale ai fini della rimozione di ostacoli "inutili o sproporzionati" a quella visione "dinamica" e "promozionale" della concorrenza su cui aveva leva fin dalla sentenza n. 14 del 2004: come se fossero frutto di una normativa costituzionale deficitaria, in quanto priva della formula magica "è permesso ciò che non è vietato", anziché di una legislazione e ancor più di una prassi amministrativa degenerata, da eliminare o da correggere settore per settore e con estrema attenzione alla fase di attuazione delle riforme di semplificazione²⁶.

Per altro verso la pronuncia confermava, paradossalmente, il ruolo cruciale, ma anche distortivo, giuocato dal riparto costituzionale di competenze Stato-Regioni nella giurisprudenza sulla tutela della concorrenza. Dopotutto, solo l'indiscriminata ripercussione sulle attribuzioni legislative regionali delle misure di delegificazione ha scongiurato i rischi di una spregiudicata e improvvida riscrittura con legge ordinaria di un articolo della Costituzione.

La Corte si richiamerà alle sue enunciazioni di principio sulle liberalizzazioni per rigettare censure regionali avverso una legge statale che prevede un'integrale eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali (sent. n. 299 del 2012). Dove, più che il surrettizio passaggio dal favore per una liberalizzazione intesa come "razionalizzazione della regolazione" ad uno per la semplice deregolamentazione, con conseguente abbandono di ogni rispetto per le competenze regionali sul commercio²⁷, appare criticabile l'inavvertita estensione alla concorrenza fra operatori commerciali di un indirizzo maturato a proposito di ostacoli amministrativi ingiustificati alla concorrenza.

Più tardi si respingono questioni sollevate dalle Regioni avverso un nuovo intervento di liberalizzazione delle attività economiche, che prevedeva misure di delegificazione miranti all'abrogazione di norme che ostacolano l'iniziativa economica o frenano l'ingresso nei mercati di nuovi operatori, salvo quelle giustificate da interessi costituzionali e compatibili con l'ordinamento comunitario, nonché proporzionate alle finalità pubbliche perseguite. Qui la Corte si muove nel solco della pronuncia prima riportata, osservando che "i principi di liberalizzazione" indicati dal legislatore statale "presuppongono che le Regioni seguitino ad esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche" (sent. n. 8 del 2013)²⁸.

Quanto agli ostacoli amministrativi alla concorrenza, si può aggiungere che la pronuncia n. 200 del 2012 si era richiamata a giurisprudenza pregressa (sentt. nn. 247 e 152 del 2010, 167 del 2009) per dire che "una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – 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". Per quanto gli esempi addotti risultino inconferenti, ora perché non richiedono indagini così penetranti (limiti posti dal legislatore regionale all'estensione delle tartufoie controllate (sent. n. 167 del 2009); divieto di somministrazione di bevande alcoliche nei locali notturni dopo un certo orario (sent. n. 152 del 2010)), ora perché la questione concerne il riparto di competenze Stato-Regioni (sent. n. 247 del 2010), una tale enunciazione di principio parrebbe evocare scrutini stretti su misure restrittive della concorrenza (e della libertà di iniziativa) in ipotesi lesive anche dell'utilità sociale, apparendo in questo senso foriera di sviluppi significativi.

²⁶ Per altre critiche al richiamato d.d.l.cost., G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione* (2011), in www.amministrazioneincammino.it e C. PINELLI, *Attualità dell'art. 41 Cost., con particolare riferimento alla "utilità sociale"*, in *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Editore Scientifica, 2012, 435.

²⁷ V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, cit., 4700.

²⁸ Anche se l'adeguamento delle Regioni alle misure di delegificazione era affermato "fermi restando i poteri sostitutivi dello Stato ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione", a prescindere dall'ulteriore previsione di incentivi finanziari a favore delle Regioni "virtuose" (art. 1, quarto comma, d.l. n. 1 del 2012 conv. in l.n. 27 del 2012).

5. La giurisprudenza sulla tutela della concorrenza come principio

Fra i giudizi in via incidentale promossi per pretesa violazione dell'art. 41 Cost., comunque assai meno numerosi di quelli sollevati in via di azione e concernenti la clausola della tutela della concorrenza, se ne segnalano due di particolare portata e significato.

5.1. Legge-provvedimento sul "salvataggio dell'Alitalia" in deroga alla disciplina antitrust

La sentenza n. 270 del 2010 spicca fra tutte quelle del decennio considerato, in primo luogo sotto il profilo della conformazione del caso: una legge-provvedimento statale dettata per il "salvataggio dell'Alitalia", impugnata per pretesa violazione degli artt. 3 e 41 Cost. nella parte in cui introduceva una deroga ai poteri dell'Autorità antitrust sul controllo delle concentrazioni.

Accertata la natura provvedimentale della disposizione impugnata secondo i consueti canoni interpretativi, con la conseguente promessa di scrutinio stretto, la Corte ripercorre la propria giurisprudenza per giungere all'ammissione che finora "questa Corte ha affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza". Il che spiega perché nella motivazione non si richiameranno altri precedenti.

Premesso che la valutazione di un'Autorità antitrust su un progetto di concentrazione, che è valutazione di tipo economico, "finisce per avvicinarsi e toccare il confine tra tutela della concorrenza e regolazione del mercato", la Corte ricostruisce dettagliatamente la normativa europea e quella dei maggiori Stati membri, compreso l'art. 25 l. n. 287 del 1990, rinvenendovi costantemente la possibilità di sottrarre all'Autorità antitrust il potere di autorizzare una determinata concentrazione onde soddisfare interessi diversi dall'obiettivo di garantire un assetto competitivo del mercato, che viene "demandato normalmente all'autorità politica, eventualmente in aggiunta o in sostituzione dell'Autorità indipendente preposta al controllo antitrust".

Ciò posto, e una volta escluso il contenuto costituzionalmente vincolato della legge n. 287 del 1990, potendo il legislatore ordinario "prevedere la possibilità di autorizzare operazioni di concentrazione in vista del temperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, diversi da quelli inerenti all'assetto concorrenziale del mercato", si svolge uno scrutinio stretto sul se dalla norma-provvedimento impugnata "siano identificabili interessi in grado di giustificarla, desumibili anche in via interpretativa, e se sia stata realizzata una scelta proporzionata ed adeguata", ad eccezione di un'autonoma valutazione degli elementi di fatto.

La prima verifica ha esito positivo in base al preminente argomento della necessità di fronteggiare la "gravissima crisi di un'impresa...che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità...peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti. Il legislatore ordinario ha dunque inteso realizzare un intervento diretto a garantirne la continuità ed a permettere la conservazione del rilevante valore dell'azienda (costituita da una pluralità di beni e rapporti, di varia natura), al fine di scongiurare, in tal modo, anche una grave crisi occupazionale". Gli interessi coinvolti vengono a questo punto ricondotti "alle ragioni di 'utilità sociale' ed ai 'fini sociali' (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente", che per la sua connotazione di politica economica e di regolazione del mercato rende non irragionevole il ricorso a un atto legislativo.

Quanto alla proporzionalità dell'intervento, la Corte ne adduce il carattere limitato e transitorio. Esso tiene infatti ferma la possibilità per l'Autorità di colpire *ex post* l'eventuale abuso di posizione dominante che seguisse alla concentrazione, nonché il potere di stabilire le misure comportamentali idonee a garantire i consumatori e di adottarle in tempi diversi, tenendo conto dell'evoluzione del mercato e dell'incidenza di questa sugli interessi dei consumatori. La deroga al potere dell'Autorità è inoltre accompagnata dall'attribuzione ad essa del potere di fissare un termine non inferiore a tre anni "entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare", in linea con il regolamento UE che individua in "un pregiudizio durevole per la concorrenza" il limite invalicabile di una favorevole valutazione delle concentrazioni.

A differenza di molte altre occasioni²⁹, qui la Corte prende sul serio lo scrutinio stretto³⁰, e lo impernia per la prima volta su quel bilanciamento fra tutela della concorrenza e regolazione del mercato che aveva finora “affrontato solo indirettamente”. Non a caso la sentenza è stata subito oggetto di giudizi drasticamente opposti, e derivanti da opposte precomprensioni circa la portata e i termini in cui il principio di tutela della concorrenza è riconosciuto nel nostro ordinamento³¹. Probabilmente, si tratta solo della coda della disputa di venti anni prima. È invece certo, e più importante ai nostri fini, che nessuna pronuncia sulla tutela della concorrenza come materia aveva attirato attenzioni del genere.

5.2. Separazione fra “organismi di certificazione” e “organismi di attestazione” dei requisiti per l’affidamento dei lavori pubblici

La sentenza n. 94 del 2013 definisce una controversia in cui la Corte era stata chiamata a giudicare del preteso contrasto con l’art. 41 Cost. del divieto posto dal “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” in capo agli “organismi di certificazione” di possedere partecipazioni nelle Società organismo attestazione (SOA), e della contestuale prescrizione che lo statuto delle SOA “deve prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell’attività di attestazione”, con l’argomento che la neutralità ed imparzialità dei soggetti tenuti ad accertare l’esistenza dei requisiti per l’affidamento dell’esecuzione dei lavori pubblici potrebbero essere pregiudicate soltanto dal contemporaneo svolgimento delle attività di certificazione e di attestazione nei confronti della medesima impresa, ma non anche dal possibile svolgimento di entrambe le attività da parte di una stessa società. La separazione imposta dalla disposizione impugnata sarebbe sotto questo profilo incongrua e lesiva dell’art. 41 Cost.

La Corte osserva subito che la censura si riferisce all’art. 41 esclusivamente sotto il profilo della libertà d’iniziativa economica, non considerando che la norma costituzionale “ha un contenuto più ampio, poiché enuclea la ‘concorrenza’ quale bene giuridico distinto dalla libertà di concorrenza, *in virtù di un’interpretazione che ha ricevuto conferma* dalla previsione della ‘tutela della concorrenza’ come materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.) e dalla circostanza che la relativa nozione riflette quella posta dall’ordinamento comunitario”. Ciò detto, essa giustifica i divieti oggetto dell’impugnativa osservando come la scelta legislativa di “allocare all’esterno della P.A. i controlli per qualificare gli esecutori di lavori pubblici, articolandoli in due fasi distinte, di differente ambito ed oggetto e attribuite a soggetti diversi”, mira a scongiurare “situazioni che, nonostante il formale rispetto del principio della diversità dei soggetti che esercitano le due fasi del controllo, possono comportarne la sostanziale elusione”, nonché “situazioni di conflitto anche meramente potenziali che possano determinare comportamenti non imparziali o discriminatori”. Il possesso da parte di un organismo di certificazione di partecipazioni sociali in una SOA potrebbe infatti “favorire la concentrazione delle due distinte verifiche in capo a soggetti sostanzialmente unitari”, laddove l’assetto concorrenziale del mercato “richiede l’eliminazione di ogni possibile contesto o pratica facilitante la collusione o anche la semplice confusione di interessi; ed in tali ipotesi rientra sicuramente anche la partecipazione azionaria di una società operante in un mercato in una diversa società attiva nel mercato contiguo o a valle. Tale partecipazione può almeno favorire quello scambio di informazioni tra operatori dello stesso mercato o di mercati contigui che si trova spesso alla base di condotte anticoncorrenziali in funzione della fonte, del tasso di elaborazione, del vantaggio per gli operatori e per gli utenti e che pertanto può di per sé costituire un cartello illecito, per il suo oggetto o per i suoi effetti”.

La pronuncia conferma l’impegno della Corte a cogliere la dimensione di principio della tutela della concorrenza, che dal bilanciamento con l’utilità sociale in sede di scrutinio stretto (sent. n. 270 del 2010) si

²⁹ Richiamate in C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, Oss.a sent. n. 289 del 2010, in *Giur.cost.*, 2010, 3739.

³⁰ In questo senso anche M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del “decreto Alitalia”*, Oss. a sent. n. 270 del 2010, in *Giur.cost.*, 2010, 3296 ss., sia pure con alcune riserve circa la sufficienza dello scrutinio in riferimento alle condizioni richieste dal diritto vivente europeo per ammettere come extrema ratio l’acquisizione di un’impresa insolvente da parte di un concorrente più forte.

³¹ Tanto da venir considerata “un passo indietro” (L. STECCHETTI e G. AMERETTI, *Il ventennale dell’antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2010, 459; nello stesso senso R. PARDOLESI e A. PALMIERI, *L’incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza*, in *Foro.it.*, 2010, 2912 ss.), o all’opposto fondata sull’equivoco di bilanciare un mezzo (la concorrenza) con “ciò che non sta nemmeno fra gli scopi ma addirittura li trascende, in quando sfondo assiologico degli scopi medesimi” (l’utilità sociale) (così M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. Le prospettive della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno AIC, Torino, 27-29 ottobre 2011, in *Riv.giur.telematica AIC*, 2011, 54). Per una valutazione più equilibrata, e interna alla struttura argomentativa della decisione, oltre a M. LIBERTINI, *I fini sociali*, cit., cfr. G. SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, in *Riv.dir.comm.*, 2011, II, 217 ss.

sposta alla ricerca delle condizioni di un assetto rigorosamente concorrenziale³². Impegno che non a caso si accompagna alla cruciale puntualizzazione che il bene giuridico della concorrenza era già riconosciuto dall'art. 41, e ha trovato solo una conferma nell'art. 117 e una corrispondenza nell'ordinamento comunitario³³. Né appare un caso che ambedue le pronunce definiscano giudizi in via incidentale.

6. Qualche valutazione

Nella risoluzione delle controversie Stato-Regioni, la ritenuta dimensione teleologica della materia 'tutela della concorrenza' rimane allo stadio dell'enunciazione di principio senza dare luogo ad effettivi scrutini di proporzionalità, come si può notare particolarmente nella giurisprudenza formatasi nel settore degli appalti e ogni volta che si tratti di giudicare disposizioni generali che si limitino ad assegnare una competenza. Oppure quella dimensione forma oggetto di equivoci, magari per lasciare spazio al legislatore regionale a guisa di composizione bonaria del conflitto, come a proposito degli effetti "proconcorrenziali" purché "indiretti e marginali". O ancora, viene postulata senza ulteriori argomentazioni, come nella ormai inflessibile giurisprudenza sugli orari degli esercizi commerciali. Quando gli standard di tutela della concorrenza risultino differenziati in ragione dei livelli di disciplina, la normativa europea diventa per la Corte una ciambella di salvataggio. Ma quando la nozione su cui si basa, è il caso dei "servizi di interesse economico generale", appresta uno standard di tutela della concorrenza minore della nozione impiegata dalla legge nazionale, si tenta di omologare questa a quella europea, salvo però ad affermare in altre occasioni che il diritto dell'Unione costituisce solo "un minimo inderogabile" di tutela della concorrenza. Per giunta il legislatore nazionale, allorché non sia tenuto ad attuare direttive europee, appare di recente tentato (come nei servizi pubblici locali, nel commercio, nelle attività produttive in generale) dall'assumere indirizzi di generalizzata "liberalizzazione", di fronte ai quali la Corte tende a inchinarsi, senza così fornire una sua visione della materia 'tutela della concorrenza'.

Il risultato è che, se da un lato si ha un'evidente compressione degli spazi di legislazione regionale, dall'altro la logica del caso per caso continua a dominare un contenzioso la cui soluzione dovrebbe non solo individuare la spettanza del potere legislativo, ma garantire regole certe degli assetti concorrenziali. D'altra parte, nel giudizio in via di azione le classificazioni di tali assetti ("per il mercato" e "nel mercato") restano troppo remote dall'allocatione effettiva di interessi costituzionali eventualmente coinvolti per dare luogo a bilanciamenti che consentano di avviare una *doctrine* autenticamente giurisprudenziale sulla tutela della concorrenza.

La ricostruzione dovrebbe aver mostrato come questa possa più agevolmente formarsi nei giudizi in via incidentale, nei quali è in gioco direttamente quell'art. 41 in cui da tempo la Corte ha saputo distinguere la concorrenza come bene giuridico dalla libertà di concorrenza, secondo un'interpretazione che essa ritiene solo confermata dalla clausola costituzionale introdotta nel 2001 e corrispondente alla nozione del diritto dell'Unione (sent. n. 94 del 2013). Eppure, in proposito, giuoca una risalente e non ancora del tutto superata difficoltà della Corte nel fare i conti con l'utilità sociale.

È vero che già gli auspici di un'introduzione di una normativa antitrust muovevano dalla convinzione che essa sarebbe servita anche all'utilità sociale, e perfino, in quanto limitativa di abusi di posizioni dominanti nel mercato, all'eguaglianza sostanziale. Nondimeno, è piuttosto con riguardo ad aree esterne all'ambito oggi coperto dall'Autorità antitrust e dalla normativa europea che ci si attenderebbero risposte dalla Corte. Soprattutto nel vasto campo della regolazione delle attività economiche, più l'individuazione dell'utilità socia-

³² Cfr. M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, Oss. a sent. n. 94 del 2013, in *Giur.cost.*, 2013, 1665.

³³ A differenza di quanto ancora presupposto da una parte della dottrina, che obliterando l'art. 41 Cost. cerca di cogliere nell'art. 117, primo comma, e secondo comma lett. e), "virtualità interpretative ancora non del tutto esplorate, che potrebbero condurre a considerare rilevante anche nei confronti del legislatore statale il limite alla regolazione che ostacola il corretto funzionamento del mercato" (A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, 432, e nello stesso senso A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza"*, cit., 41). F. SAITTO, *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il "principio generale" della liberalizzazione tra Stato e Regioni*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2012, 3, nota invece che le sentt.nn. 270 del 2010 e 200 del 2012 presuppongono "la possibilità di rinvenire nell'art. 41, comma 1, la sede del principio di concorrenza in senso oggettivo come interesse di rango costituzionale", e che in nessuno dei due casi vi è "un contenuto di valore nell'art. 117, comma 2, lett. e), come pure in un primo tempo la Corte costituzionale aveva lasciato intendere (cfr. sent. n. 14 del 2004) e la dottrina aveva preconizzato".

le si risolve nella mera ragionevolezza delle scelte legislative, meno si chiarisce quando la regolazione si giustifica alla sua stregua, e quando un assetto concorrenziale contrasti con essa, o viceversa sia funzionale al suo perseguimento.

Appare in questo senso preziosa l'enunciazione di principio che "una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – 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" (sent. n. 200 del 2012). Essa sollecita scrutini conseguenti, che tuttavia ancora non si sono visti. E, quanto ai bilanciamenti dell'utilità sociale e dei fini sociali con la concorrenza, è la stessa Corte ad aver detto di recente che finora essi sono stati operati "solo indirettamente" (sent. n. 270 del 2010).

È come se la complessa trama dei principi dell'art. 41 sia stata disegnata, ma non ancora intessuta, e perciò colta nelle sue implicazioni più significative. Poiché la Corte ne appare consapevole, si resta in fiduciosa attesa. Anche perché, fino ad allora, ci sarà poco da attendersi dalla giurisprudenza sul contenzioso Stato-Regioni.