

LE RAGIONI DI UNA RIFLESSIONE

Perché riflettere oggi, nuovamente, sul rapporto tra mercato e Costituzione?¹

La risposta è che ci troviamo in un momento che è adeguato per un primo consuntivo, data la profondità storica ormai raggiunta dalla riforma costituzionale del 2001, che inserì la “*tutela della concorrenza*” tra i compiti dello Stato, e già questa potrebbe essere una ragione sufficiente a giustificare la riflessione; se non che ci troviamo anche di fronte ad uno snodo importante in termini prospettici poiché la (tentata) riforma costituzionale del 2016, nel ridisegnare l’articolazione dei pubblici poteri, avrebbe modificato anche le modalità di protezione del mercato, nutrendosi delle elaborazioni di un quindicennio di giurisprudenza costituzionale. È importante, dunque, all’indomani dell’insuccesso referendario, fare il punto su quello che è successo, tracciare i lineamenti dell’equilibrio raggiunto e provare a cogliere l’eredità dell’esperienza vissuta, ragionando sui possibili sviluppi. Tanto più in una fase in cui concorrenza e mercato sono sottoposti a critiche crescenti, “*il tormentato equilibrio tra la sovranità e i mercati tende a spostarsi a favore della prima, e la spada torna a occupare spazi prima affidati alla mano invisibile*”².

Alle ragioni appena dette si aggiunge poi la circostanza che il periodo dal 2001 ad oggi è stato segnato nell’ordinamento da una “grande trasformazione”, con il varo di riforme legislative che hanno profondamente modificato il ruolo del mercato nelle relazioni economiche e il suo rapporto con i pubblici poteri, chiamando la Corte ad elaborare un quadro organico di principi e riferimenti concettuali in grado di orientare il sistema.

Tutto ciò ha comportato una duplice sfida per il Giudice costituzionale: da un lato, dare anima e linfa vitale a una riforma costituzionale, quella del 2001, destinata altrimenti a rimanere – come ogni *progetto* – un’opera astratta.

Dall’altro, giudicare sulla legittimità di riforme che hanno chiamato in causa la nozione stessa di concorrenza, il suo rapporto con altri interessi generali,

¹ Sul rilievo del mercato e della concorrenza nella Carta costituzionale, la bibliografia è sterminata. Per tutti, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 1, p. 1.

² Così G. PITRUZZELLA, *Presentazione della Relazione annuale sull’attività dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Camera dei Deputati, 16 maggio 2017, disponibile su www.agcm.it), p. 8.

come pure quello tra Stato e autonomie regionali: il tutto in un quadro costituzionale rimasto indefinito in alcuni aspetti centrali, che ha fatto sì che l'esatta determinazione del punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco – come già era accaduto per l'art. 41 Cost³. – sia scivolata via dal campo delle scelte giuridiche per riconnettersi a valutazioni politiche che la nuova Carta ha lasciate aperte e impregiudicate: con la conseguenza che le stesse sono divenute presto terreno di elaborazione e di dominio della Corte, sommo interprete del diritto costituzionale e sommo giudice del diritto legislativo⁴.

Né, in verità, avrebbe potuto essere diversamente. Se è vero, infatti, che nell'interpretazione si compendiano il compito e la responsabilità del giurista di ogni tempo e che in essa vi è un tasso ineliminabile di creatività, ciò vale ancora di più per l'interpretazione costituzionale, attraverso la quale il Giudice delle leggi è chiamato a tradurre l'astrattezza dei principi nella concretezza di specifiche norme di condotta e a dispiegare, nel concreto dell'ordinamento, le potenzialità precettive racchiuse nella previsione costituzionale⁵.

Nessuna norma, neppure costituzionale, del resto, vive in sé e per sé, bensì nel sistema del quale fa parte, ed ha un contenuto precettivo elastico capace di dilatarsi acquistando nuove e diverse dimensioni operative⁶: quando esse sono colte dal Giudice – e nel caso del mercato vedremo che esse sono state variamente colte – l'operazione ermeneutica le disvela e in questo senso l'attività interpretativa è creativa, in quanto contribuisce alla "costruzione" del sistema.

Tutto ciò avviene, peraltro, in un quadro in cui il Giudice delle leggi non vive in una torre eburnea, ma respira e risente del clima attorno, delle tendenze più generali dell'ordinamento come della cornice entro cui le singole leggi sono adottate. Di qui l'importanza di analizzare il rapporto tra mercato e Costituzione per come si è venuto concretamente delineando, perché è solo grazie all'azione interpretativa e, dunque, propulsiva della Corte che il diritto costituzionale non si mummifica, non resta immobile, ma evolve gradualmente nel tempo adeguandosi alle mutevoli esigenze economico-sociali.

³ Così E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, I, p. 300.

⁴ Sul funzionamento e sul ruolo nel sistema della Corte costituzionale italiana, v. S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015.

⁵ "Poiché il testo scritto della Costituzione del 1948 non è in grado di esprimere tutto lo spessore della dimensione costituzionale (...), il ruolo della Corte costituzionale si presenta complesso: consiste, infatti, non soltanto nella custodia dei valori espressi da 139 articoli, bensì anche nella invenzione (nel senso dell'etimo latino *invenire*, cioè cercare e trovare) dei valori inespressi ma viventi nel soggiacente ordine costituzionale": così P. GROSSI, *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, in *Giust. Civ.*, 2016, 2, p. 237.

⁶ Con riferimento all'ordinamento nazionale, cfr. ancora P. GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl.*, 2016, 3, p. 811 ss.

Chi volesse, dunque, comprendere come quel rapporto sia stato costruito e “ricostruito” nell’arco temporale che annoda le due riforme, non avrebbe che da guardare all’itinerario seguito dalla giurisprudenza, grazie alla quale l’ordinamento ha potuto evolversi, pur restando diviso tra la staticità del disegno costituzionale e il dinamismo dell’interpretazione giurisprudenziale.

Tutto ebbe inizio sul finire del 2001 quando la riforma del Titolo V Cost. consegnò alla Corte le chiavi della “*tutela della concorrenza*”. È cominciato allora un lungo, faticoso avvicinamento del Giudice costituzionale ad una materia fino a quel momento in larga parte estranea al suo raggio di intervento.

Come per ogni inizio, anche in questo caso, il Giudice ha proceduto per esplorazioni e approssimazioni successive, non sfuggendo a errori, correzioni di rotta, andamenti ondiviaggi, ripensamenti. E si è trattato di una sperimentazione non facile, di cui la Corte si è fatta integralmente carico senza poter confidare sulla sicura guida di espliciti criteri regolativi. L’avarizia della Carta nell’indicare la strada attraverso sia pur generali principi ha spinto così il Giudice a farsi da sé la propria giurisprudenza, forgiandone la capacità di costruire un sistema di riferimenti, che da quel momento in poi hanno provato a orientare l’intero ordinamento.

Avvengono ora i primi tentativi di dare una appagante forma giuridica alla nozione di concorrenza, di chiarire il significato della sua tutela, di tracciare una prima linea di demarcazione tra la competenza statale e le autonomie locali.

È una fase che conosce una prima importante prova (ma dovremmo, più correttamente, dire caduta) nella sentenza n. 14/2004 in materia di aiuti di Stato, con cui la Corte, alle prese con una materia ancora sconosciuta, va alla ricerca di solidi ancoraggi e crede di trovarli nell’ordinamento comunitario, con i cui postulati di fondo, però, quella pronuncia confligge apertamente; più promettente si rivela la successiva sentenza n. 272/2004 che porta la Corte a confrontarsi con i servizi pubblici locali, materia incandescente dove maggiormente si scaricherà negli anni a venire la tensione tra l’impronta federalista della riforma e le esigenze di una disciplina unitaria del mercato.

Sono queste le pronunce con le quali la Corte muove i suoi primi incerti passi, e i cui punti di approdo sono destinati ad essere travolti di lì a poco con il sopraggiungere di nuovi slanci e intuizioni nella giurisprudenza costituzionale. È insomma un’infanzia “breve” quella della Corte, chiamata presto a cimentarsi con scelte legislative che ampliano la riflessione del Giudice e lo portano ad affrontare questioni che si pongono direttamente al cuore del nuovo ordine costituzionale.

Siamo sul finire del 2006, agli esordi della stagione delle liberalizzazioni. In sintonia con il clima più generale di fiducia nel mercato e in un quadro economico ancora lontano dalle asprezze della crisi, prendono il sopravvento nella Corte una effervescenza e un vigore (che – non senza esagerare un po’ – po-

tremmo accostare a quelli dell'età giovanile), che smuovono le acque fin li placide della giurisprudenza: vengono definite ora nuove coordinate della materia, viene "dilatata" enormemente la competenza statale, vengono, di riflesso, creati più stringenti limiti all'autonomia regionale, anche al costo di mettere a dura prova l'ispirazione federalista della nuovo Titolo V. È questa la stagione in cui irrompono nel giudizio costituzionale i decreti di liberalizzazione, il codice dei contratti pubblici, le modalità di affidamento dei servizi pubblici, tutti rigorosamente ricondotti alla nuova competenza, e tutti giudicati sulla base di un approccio *self restraint* del Giudice che, abbandonato il criterio di ragionevolezza con cui è solito sottoporre la discrezionalità politica del legislatore al rispetto dei supremi principi giuridici, conduce a un avallo pressoché indiscriminato delle misure statali.

Come in ogni fase di questo tipo, però, accanto alla ventata di novità che investe la giurisprudenza della Corte, non mancano gli eccessi e le contraddizioni, accompagnata com'è da una visione forte e, a tratti, (finanche) baldanzosa del mercato, che tutto *contiene* e su tutto *prevale*.

Ne offrono riprova le tante sentenze in cui la nuova funzione viene declinata in un senso sempre più schiacciato sulle scelte del legislatore statale. O quelle in cui la Corte avalla una nozione di liberalizzazione (e, quindi, di concorrenza) intesa come eliminazione di qualsivoglia vincolo alla libera iniziativa privata. O ancora, quelle pronunce in cui si assiste a una vera e propria "caccia alle diversità, buone o cattive che siano"⁷, e all'affermazione di un'idea di fondo – il carattere valoriale (in sé) e non solo strumentale dell'uniformità normativa – che significa in molti casi rinunciare a valutare, distinguendoli, gli effetti concorrenziali delle norme, comprimendo comunque le diversità regionali anche quando queste potrebbero servire a spingere gli operatori verso una maggiore efficienza. E ciò – va detto – potrebbe apparire in contrasto con quanto affermato dalla stessa Corte rispetto all'ordinamento comunitario, dove le norme a tutela del mercato vengono considerate solo un minimo inderogabile e non ostano a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente le modalità di affidamento di un servizio (sentenza n. 325/2010). Ma qui, in realtà, il contrasto è più apparente che reale, perché questo approccio vale a "mettere in sintonia la Corte con il filo rosso della costruzione del mercato integrato europeo, che ha smantellato le diversità regolatorie su cui viveva la frammentazione dei mercati nazionali, proprio affidandosi all'uniformità che consegue all'applicazione dei principi antitrust"⁸.

Una impostazione in chiara controtendenza, in una stagione altrimenti con-

⁷ G. AMATO, *Postfazione*, in M. SALVATI-L. SCIOLLA (a cura di) *L'Italia e le sue regioni*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 2015.

⁸ Così G. AMATO, *Editoriale*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2015, n. 1, p. 3.

traddistinta da una visione “muscolare” del mercato e delle sue regole, è rinvenibile invece al fondo della sentenza Alitalia con cui si chiude il secondo lustro: la sentenza n. 270/2010 resta l’unico caso in cui interessi generali diversi dal mercato riescono a superare il test di bilanciamento e l’utilità sociale a sopravvivere nel confronto con le ragioni di quello, costrette a subire qui un brusco ridimensionamento. Ma sbaglierebbe chi credesse di ravvisarvi il segno di una cesura con il passato poiché la discontinuità è qui più apparente che reale: essa è infatti più del legislatore che del Giudice, il quale si limita ad avallare le scelte del primo, consentendogli in definitiva di procedere *ad libitum* nel suo approccio al mercato⁹.

È indubbio, ad ogni modo, che pur con i suoi limiti, incongruenze e forzature, la fase che arriva fino al 2011 ha il pregio di radicare maggiormente la tutela della concorrenza sul terreno costituzionale. Accade così che quella che solo pochi anni prima era apparsa come una nuova frontiera da conquistare, si consolida e si rafforza (fino a diventare diritto vivente) attraverso l’elaborazione di un *corpus* di principi e orientamenti che resisteranno per molti anni a seguire – in sostanza fino a oggi –, sorreggendo la Corte nella sua attività interpretativa e di risoluzione dei conflitti.

Quando il Giudice aveva acquisito ormai sufficiente dimestichezza con la materia, avendo costruito le basi su cui poggiare gli orientamenti interpretativi, ecco che giunge l’età della crisi. E, possiamo subito dire che fu una crisi di crescita: siamo nel 2011, la crisi economica divampa nel Paese; alla domanda di protezione che va emergendo dalla società si sforzano di dare risposta soprattutto i legislatori regionali, mentre il legislatore statale, in opposizione simmetrica, affida proprio all’iniezione di maggiori dosi di mercato la salvezza di uno Stato sull’orlo del precipizio: prende avvio così, in acque decisamente tempestose, la terza fase della giurisprudenza costituzionale.

Di fronte all’erompere della crisi e alla nuova ondata di liberalizzazioni, esplode un conflitto senza precedenti che costringe la Corte a misurarsi con istanze e interessi nuovi, che entrano in contrapposizione con le ragioni del mercato. È la prova del fuoco, nella quale domina lo sforzo del Giudice di mantenere saldi i principi già affermati, in una fase divenuta ora ben più difficile per il mercato, e nella quale la ricerca di un contemperamento di interessi viene invocato come urgente.

Questa prova, non facile bisogna dire, ha costituito l’occasione per riaffermare principi e statuizioni già enunciati, rafforzandone la solidità, ed ha consentito alla Corte, in una fase di rivisitazione critica del ruolo del mercato, di agire meritoriamente come supremo presidio contro i rischi di involuzione an-

⁹ V. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. e Soc.*, 2011, 4, p. 635 ss.

ti-competitiva: contrastando le tentazioni protezionistiche mostrate per lo più dai legislatori regionali e assecondando invariabilmente le scelte di *policy* del legislatore statale.

Ma non è un quadro di vere luci quello che emerge dal triennio, poiché, accanto alla positiva azione di contenimento delle spinte protezionistiche, che vale a mettere in sicurezza le liberalizzazioni, persiste un senso di inadeguatezza con riguardo a diversi profili dell'interpretazione giudiziale che, già presenti in passato, trovano nel periodo ulteriore accentuazione.

Basti considerare che: l'interpretazione della nozione di concorrenza continua ad essere ampia, generica e indeterminata; manca una definizione rigorosa del bene giuridico in oggetto, il più delle volte inteso quale sinonimo di uniformità normativa sul territorio nazionale e di massimo pluralismo del mercato; l'utilizzo della clausola di competenza per porre un freno alle misure protezionistiche non si riscontra con altrettanta inflessibilità quando si discuta di norme statali; continua a mancare, al di là delle affermazioni di principio, un'analisi del danno concorrenziale prodotto dalle norme scrutinate; infine, nel caso delle norme di liberalizzazione e del rapporto tra queste e gli interventi regionali, l'approccio del giudice si sostanzia non di rado nella verifica della mera esistenza di una norma statale nel settore che, laddove esistente, si erge quale barriera pressoché insuperabile, sottraendo alle regioni ogni spazio d'intervento.

Si tratta di rilevanti limiti e inadeguatezze per il cui superamento occorrerà attendere. Si può però, già ora, dire che l'intensa stagione vissuta, con i conflitti e i dilemmi che l'hanno attraversata, non è passata del tutto invano; ha gettato anzi il seme per addivenire, di lì a poco, ad un atteggiamento più riflessivo, aprendo alla Corte la prospettiva di posizioni più meditate ed equilibrate, in definitiva più mature, nell'approccio al tema: con l'accoglimento di una più ampia e luminosa nozione di concorrenza, con una maggiore disponibilità a valutare la pluralità e la ricchezza di interessi pubblici sottesi alle norme e con una maggiore apertura verso un sindacato che, abbandonato l'angusto orizzonte del riparto di competenze, guardi ai risultati prodotti dalla norma, restituendo spazio e voce alle autonomie regionali in tutti i casi in cui i loro interventi siano in grado di promuovere migliori esiti.

Un dato che emerge con chiarezza e va posto in luce sin d'ora è che questa, come ogni altra conquista giurisprudenziale, non spunta in modo fortuito nel 2016 e neanche (o, meglio, non solo) per l'estro inventivo di un singolo giudice, che pure risulta essenziale. Essa è il risultato di un processo interpretativo corale, che trae alimento dalla profondità della riflessione scientifica, che non ha mai smesso di seguire i pronunciamenti del Giudice, richiede poi la concretezza del dibattito forense e il *dictum* del giudice, per poter consolidarsi, infine, nella generale condivisione e divenire, appunto, diritto vivente.

Quando la Corte poteva iniziare a riflettere sul passato guardando con sufficiente profondità storica alla strada percorsa (alla luce di una maturità solo in parte conseguita), ecco il sopraggiungere di una nuova discontinuità a impegnare il Giudice costituzionale.

La riforma costituzionale approvata dal Parlamento nel 2016 rappresentava il punto di arrivo di una complessa elaborazione che ha portato all'evoluzione dell'ordinamento positivo secondo le linee tracciate nel 2001¹⁰.

Se tale è l'epilogo della vicenda, va osservato anzitutto che il suo lungo e tortuoso percorso è istruttivo sotto un duplice profilo. Esso dimostra, da un lato, che a pur urgenti riforme ordinamentali il legislatore provvede con ritardi di anni e anni, confermando così che il tempo della politica non sempre coincide con le ragioni del diritto; dall'altro, che il diritto resterebbe immobile se, nel frattempo, non operasse l'azione interpretativa, e dunque, propulsiva della giurisprudenza.

Detto ciò, la nuova riforma apriva prospettive, ma poneva anche problemi, tracciava un percorso, ma non indicava con chiarezza la destinazione.

A fortiori dopo l'esito referendario, spetterà alla Corte provvedere, dando risposta alle questioni rimaste fin qui aperte; dovrà essa attendere al gravoso compito di legare con un filo visibile e resistente la sua giurisprudenza di ieri e di oggi alle prospettive dell'evoluzione futura, affinché niente si perda, ma tutto possa essere utilizzato e messo al servizio delle molteplici e mutevoli esigenze della società e dell'ordinamento. Il tutto in un quadro generale divenuto nel frattempo ben più difficile, la cui cifra caratterizzante è l'incertezza e in cui *“si assiste, un po' dappertutto in Occidente, ad un “ritorno ad Hobbes”*¹¹.

Se questa è la nuova frontiera davanti alla quale si trova l'interpretazione della Corte, non ci vuole molto a capire che la giurisprudenza costituzionale si appresta a vivere una stagione di rinnovate sfide, in cui il bagaglio dei principi e degli orientamenti fin qui prodotti potranno solo in parte illuminare il sentiero da percorrere: di qui la necessità per il Giudice di apportare i necessari correttivi alla sua giurisprudenza e di aprirsi a nuovi sviluppi concettuali nella ricerca di un più accettabile equilibrio che possa rendere compatibile la funzione integratrice della giurisprudenza con il rispetto del dettato costituzionale.

¹⁰ Disegno di legge costituzionale approvato dalla Camera dei Deputati in data 12 aprile 2016 *“Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione”* in G.U. n. 88 del 15 aprile 2016 e sottoposto a referendum il 4 dicembre 2016.

¹¹ Così ancora G. PITRUZZELLA, *Presentazione*, cit., p. 8, il quale osserva *“se infatti il Leviatano è sorto per rispondere ad un bisogno di sicurezza, è allora naturale che una parte della società torni a rivolgersi allo Stato per trovare una soluzione all'attuale incertezza esistenziale”*.

Se queste sono le ragioni di una nuova riflessione oggi su mercato e Costituzione attraverso la chiave della giurisprudenza, alcune indicazioni di sintesi si rendono opportune.

Innanzitutto, nell'esplorare le accezioni e le tonalità con cui il mercato è stato inteso, accolto e tutelato nel periodo 2001-2017, si guarderà sia al modo in cui la previsione di cui all'art. 117, comma 2, e), Cost. è stata interpretata, sia alle linee prevalse nell'applicazione dell'art. 41 Cost. in materia di libera iniziativa economica e utilità sociale. Entrambi i percorsi risultano, infatti, essenziali a desumere elementi e indizi utili per ricostruire il rilievo assunto dal mercato nella giurisprudenza del periodo e individuare contenuti, linee di tendenza e problemi ancora aperti nel dialogo tra la suprema Corte e i legislatori.

L'occasione per il compimento dello studio è offerta dalla circostanza che lo scorso 18 ottobre è caduto il quindicennale della riforma del Titolo V della Costituzione¹², riforma che ebbe, tra i punti qualificanti, l'enunciazione formale della "*tutela della concorrenza*" nella Carta fondamentale. Al contempo, anzi, in concomitanza con la cadenza richiamata, è stata sottoposta a referendum una riforma costituzionale che, nel modificare molte norme della parte II della Carta, ridefiniva non solo il *nomen* della suddetta funzione, aggiungendo significativamente alla parola "tutela" la parola "promozione", ma ridisegnava anche i rapporti tra Stato e autonomie nella materia *de qua*, al fine di superare alcuni limiti della precedente riforma e tener conto dell'esperienza applicativa accumulata nel quindicennio.

I tempi appaiono maturi, dunque, per tentare una lettura "ragionata" delle pronunce adottate e compiere un primo complessivo bilancio sui termini in cui i principi concorrenziali sono stati inquadrati nella più ampia cornice costituzionale e sulle modalità con cui l'ispirazione federalista della riforma è stata coniugata con un sistema proteso a proteggere (anche) il corretto funzionamento del mercato. Ciò consentirà anche di comprendere se e quanta parte degli orientamenti interpretativi che si sono formati fin qui potrà conservare validità nella nuova stagione che si apre e in che misura, in definitiva, il mercato sia divenuto parte del patrimonio culturale della Corte.

Lo studio delle modalità con cui la Corte ha interpretato nel quindicennio la tutela e il ruolo del mercato non è dettato, peraltro, solo da ragioni di approfondimento giuridico. Per lo studioso attento anche ai risvolti applicativi dei processi riformatori, l'indagine riveste diretto interesse anche sul piano politico-istituzionale.

¹² Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 recante "*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*", in *G.U.* n. 248 del 24 ottobre 2001.

Sono molti anni che si è andata affermando una generale consapevolezza circa l'efficienza della regolazione quale fattore determinante del grado di competitività e delle possibilità di sviluppo dell'economia del Paese. In tale ottica, il legislatore ha previsto una serie di strumenti innovativi volti a promuovere l'evoluzione filo-concorrenziale del quadro regolatorio¹³. La stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha posto sempre più al centro della propria azione la lotta alle restrizioni pubbliche dei mercati, assegnando crescente centralità all'attività di *competition advocacy*¹⁴. In tale quadro, la legislazione emergenziale del 2011 e 2012 ha introdotto, infine, alcune ulteriori novità, attribuendo alla stessa Autorità il potere di segnalare al Governo le norme regionali restrittive della concorrenza ai fini dell'impugnativa dinanzi alla Corte costituzionale¹⁵ oltre ad una legittimazione straordinaria ad impugnare gli atti amministrativi in contrasto con le norme a tutela della concorrenza e del mercato¹⁶.

Anche guardando alla tematica da tale prospettiva, emerge il rilievo fondamentale che assume la giurisprudenza costituzionale sul tema. La ricostruzione e l'analisi degli indirizzi emergenti dalle pronunce della Corte può risultare, infatti, d'importante ausilio sia sul piano legislativo sia, di riflesso, per l'attività di *advocacy* dell'Autorità e per il giudice amministrativo.

Da un lato, infatti, è ovvio che il legislatore non può prescindere dalle indicazioni provenienti dal Giudice delle leggi nell'esercizio della propria discrezionalità politico-legislativa.

Dall'altro, nella misura in cui principi e statuizioni di rilievo risultino consolidati nella giurisprudenza della Corte, il loro pertinente utilizzo nell'ambito

¹³ Si fa riferimento all'introduzione della *legge annuale per il mercato e la concorrenza*, di cui all'art. 47, legge 23 luglio 2009, n. 99 recante "*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*", e al completamento del quadro normativo in tema di Analisi di impatto della regolamentazione (Air) e di Verifica di impatto della regolamentazione (Vir), avvenuto, rispettivamente, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 settembre 2008, n. 170 recante "*Disciplina attuativa dell'analisi di impatto della regolamentazione ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*", e decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 19 novembre 2009 n. 212, recante "*Disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*".

¹⁴ Per un quadro aggiornato sui nuovi poteri di *advocacy* e sui risultati raggiunti attraverso il loro esercizio, v. M. AINIS, *The Italian Competition Authority's maieutic role*, in *Italian Anti-trust Review*, 2016, 2.

¹⁵ Art. 4 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*", convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁶ Art. 35 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 "*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*", convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

degli interventi di segnalazione dell'Autorità può contribuire a rafforzarne la base giuridica, accrescendo la persuasività dei suggerimenti formulati. Da ultimo, l'individuazione delle linee interpretative e degli orientamenti prevalenti può offrire un'utile base di riferimento al giudice amministrativo, che a seguito dei decreti richiamati ha assunto il ruolo di principale "filtro" istituzionale delle norme lesive del mercato, attraverso la possibile promozione in via incidentale del giudizio di legittimità costituzionale.

Se queste sono le ragioni, anche operative, che ispirano lo studio, l'articolazione dell'analisi seguirà un criterio cronologico, muovendo da una periodizzazione della giurisprudenza in quattro fasi che corrispondono ad altrettanti capitoli del lavoro.

Nel primo capitolo "*La tutela del mercato dopo la riforma del Titolo V Cost. I primi incerti passi della Corte*" si darà conto delle questioni interpretative di carattere generale che la Corte si è trovata ad affrontare subito dopo la riforma del Titolo V dinanzi alla nuova previsione "tutela della concorrenza". È la fase che va dal 2001 al 2006, in cui il Giudice costituzionale muove i primi passi affrontando, non senza cedere a qualche audace sperimentazione e letture "impressionistiche" della materia, delicate questioni che hanno trovato risposte variabili nel tempo e ricevuto sistemazione definitiva solo negli anni successivi.

Nel secondo capitolo "*Il debole radicamento della tutela del mercato al tempo delle liberalizzazioni*", si analizzerà quella che resta la fase più ricca della giurisprudenza della Corte: una fase che, propiziata dalle liberalizzazioni del 2006-2007, inaugura un nuovo equilibrio e nuovi indirizzi interpretativi, con echi destinati a resistere nel tempo e a giungere fino ad oggi. Si focalizzerà così l'attenzione sulla diversa idea di concorrenza che prende corpo, sulla sua forza trasversale ed espansiva, sui filoni tematici di maggiore consistenza enucleabili dalla giurisprudenza della Corte. Sarà possibile così verificare anche se e in che misura il Giudice delle leggi, trascorsi quasi dieci anni dalla riforma costituzionale, sia disposto a sindacare anche da un punto di vista sostanziale (oltre che in termini di riparto di competenza) le misure sottoposte al suo scrutinio; parallelamente si guarderà alle sentenze *ex art. 41 Cost.* e ai principi in esse affermati per comprendere se una nuova stagione si sia aperta anche su tale versante.

Nel terzo capitolo "*La prova del fuoco. La Corte dinanzi alla crisi economica*", si analizzerà il triennio *horribilis*, ovvero gli anni che vanno dal 2011 al 2014 in cui la Corte si trova a giudicare una seconda ondata di misure di liberalizzazione, in una stagione che, però, non è più quella favorevole di un tempo. Le misure di apertura dei mercati non sono più le vitamine necessarie ad irrobustire un corpo giovane e in fase di sviluppo, ma divengono la medicina amara prescritta ad un paziente debilitato perché non soccomba sotto i colpi della malattia che morde.

Di fronte alla crescente esigenza di protezione che emerge dalla società e di cui si fanno carico i legislatori regionali, la giurisprudenza costituzionale come reagisce? I tempi di crisi, si sa, come autorevolmente ricordato, “*sono tempi di magra per l’Antitrust, costretto a piegarsi ai sussidi e al protezionismo, visti in genere come strumenti irrinunciabili per salvare il salvabile*”¹⁷. Sorprende allora che, malgrado ciò, nessuna esitazione sembri investire la Corte che, pretendendo il rispetto rigoroso delle regole sulla concorrenza, riesce a mantenere ben saldo il timone sulla rotta tracciata.

Ma nulla forse avviene senza lasciare traccia. Per quanto la crisi economica non abbia intaccato la fermezza dei principi affermati, nel frattempo un dubbio sembra iniziare a insinuarsi nella mente del Giudice, anche grazie agli stimoli di una riflessione scientifica che, con il rigore degli schemi concettuali e la ricchezza di intuizioni, non ha mai smesso di accompagnare i suoi pronunciamenti.

Siamo nel 2016, all’indomani della fase più acuta della crisi, quando la tempesta sembra ormai superata e la nave al riparo in acque sicure: fanno la loro comparsa all’orizzonte alcuni elementi di discontinuità nei quali è possibile cogliere il segno se non della definitiva maturazione di nuovi orientamenti, quantomeno dell’agitarsi di un’inquietudine di fondo, che mette in discussione taluni equilibri consolidati.

Da un lato, la Corte, con una pronuncia che segna un forte innovazione rispetto al passato (la n. 105/2016), salva una normativa regionale in tema di distribuzione di carburanti (giudicata restrittiva dalla stessa Autorità *antitrust*) in nome dell’efficienza ambientale, senza interessarsi troppo al profilo dell’invasione (o meno) della competenza statale, che fino a quel momento aveva dominato la scena.

È presto per dire se ci troviamo di fronte ad un cambio di guardia, anche perché una pronuncia di poco successiva (la n. 239/2016) si premura di ribadire in un caso pressoché identico la posizione più tradizionale, confinando la prima entro un ambito di eccezionalità.

Le due pronunce più recenti, tuttavia, sembrano rafforzare il solco aperto da quella, laddove la prima (n. 98/2017) ricorda in un *incipit* denso di significato, che “*il riferimento alla tutela della concorrenza non può essere così pervasivo da assorbire, aprioristicamente, le materie di competenza regionale*”; la seconda (la n. 125/2017) rileva che anche se l’uniformità e la semplificazione delle procedure hanno tra i propri esiti la promozione dell’iniziativa economica e della libera concorrenza “*questi non sono altro che effetti indiretti dell’intervento normativo*”.

Certamente, la scelta di fondo compiuta dalla sentenza n. 105/2016 è di

¹⁷ G. AMATO, *Editoriale*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2015, n. 1, p. 1.

grande momento perché le prescrizioni dettate dalla norma statale di liberalizzazione non fungono più da barriera insormontabile per le autonomie regionali, ma l'interesse della concorrenza (non dei concorrenti) diviene un obiettivo che può ben coesistere con la tutela di altri interessi accolti nella trama costituzionale, e di cui la Corte inizia a farsi consapevolmente carico.

Quella nozione *straniata ed asettica*¹⁸ di concorrenza intesa come area delle relazioni economiche immune da qualsivoglia vincolo lascia spazio così a un più appropriato bilanciamento di interessi e ad una valutazione più ariosa della norma sottoposta al suo vaglio. Con una Corte che, per la prima volta, appare decisa a raccogliere i frutti del lungo dibattito scientifico svoltosi e a utilizzare quell'apparato teorico per spingere in avanti le frontiere del giudizio costituzionale, ri-sintonizzandolo con le indicazioni della riforma del 2001.

Eccoci giunti, così, all'ultimo capitolo "*All'indomani della (tentata) riforma costituzionale. Verso un nuovo equilibrio nella giurisprudenza?*". La domanda si giustifica alla luce dei segnali ambivalenti che emergono dalla giurisprudenza più recente.

Da un lato, la Corte innova con una felice intuizione la propria giurisprudenza e pone al centro del giudizio i risultati che la norma è in grado di produrre sul funzionamento del mercato: con una valutazione che non riduce più la concorrenza alla mera uniformità normativa sul territorio nazionale e alla garanzia del massimo pluralismo possibile, facendo coincidere il beneficio del consumatore con il mercato più aperto che efficiente; con una valutazione, dunque, non più unilaterale e schiacciata sulle esigenze dei concorrenti, ma fondata su un'idea di concorrenza attenta all'efficienza del mercato, e non incompatibile con gli altri obiettivi di interesse pubblico perseguiti dalla norma, i quali cessano di essere "figli di un dio minore" per il sol fatto che la loro realizzazione sia da attribuire alle autonomie locali anziché al legislatore statale.

Vi sarebbe ragione di ritenere (o, quantomeno, di sperare) che, superate le incertezze e gli sbandamenti della fase iniziale, superati gli slanci e gli eccessi dell'età giovanile, superata la prova del fuoco imposta dalla crisi, la Corte stia entrando oggi nell'età della maturità: un'età in cui saggezza ed equilibrio dovrebbero contraddistinguere le sue analisi e le sue statuizioni. Ma non a caso si è utilizzato il condizionale perché, in realtà, i motivi di insoddisfazione e di inquietudine non mancano.

L'insoddisfazione deriva dal fatto che le tre pronunce richiamate rappresentano ad oggi soltanto poche gocce in un mare di enunciazioni generiche che poco dicono su cosa sia davvero la "tutela della concorrenza".

Sono ancora molti i profili dell'interpretazione giudiziale che richiedereb-

¹⁸ La definizione è ripresa da R. PARDOLESI, *Alla volta dell'Antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2016, n. 1, p. 144.

bero un affinamento, a partire dalla necessità di definire in modo più rigoroso e puntuale il modello di mercato da promuovere¹⁹.

Quanto poi ai contenuti della funzione statale, ferma l'intuizione iniziale che la stessa comprende, oltre alla disciplina *antitrust*, anche la promozione della concorrenza, l'unico approdo cui la Corte è stata fin qui capace di pervenire è che quest'ultima coincide sostanzialmente con la liberalizzazione dei mercati, con l'eliminazione cioè di barriere che precludono l'apertura dei mercati. Il che è corretto, ma insufficiente perché poco dice su ciò che sia restrittivo della concorrenza:

“– lo è qualunque misura che riduca il numero dei concorrenti, da quella che favorisce gli incumbent sui possibili nuovi entranti a quella che impone standard a beneficio degli utenti, tali da eliminare i concorrenti meno efficienti?

– lo è qualunque misura che limiti la libertà contrattuale, anche se la concorrenzialità nell'insieme non è scalfita?

– lo è in riferimento a un unico mercato nazionale o vi possono essere distinti e diversi mercati geografici locali?”²⁰

Su tutto ciò la Corte non solo non offre risposte, ma non si pone neppure le giuste domande, attenta e (dis)orientata, com'è, ad assicurare solo il massimo accesso al mercato e l'uniformità normativa perseguita dal legislatore statale.

A ciò si aggiunge, ed anzi, dalla mancata messa a fuoco dei profili citati deriva la mancanza tutt'oggi di una definizione rigorosa dei confini della potestà esclusiva dello Stato. Su tale versante, non mancano pronunce anche molto recenti che continuano ad allargare oltremisura i contenuti della competenza statale fino a diluirla e a farla scolorire del tutto nella disciplina del mercato, facendole perdere così ogni significato e contenuto normativo specifico (n. 30/2016).

Ci troviamo insomma in una fase di transizione e, come in tutte le fasi del genere, non vi è uno stacco netto tra presente e futuro, ma vecchio e nuovo convivono, sicché il quadro che ne emerge è assai poco omogeneo e lineare: tendenze opposte sembrano anzi ispirare le diverse pronunce, animate ora dal tradizionale rassicurante filo-centralismo del passato, ora da una visione più

¹⁹Nonostante la copiosa giurisprudenza sulla materia, relativamente ridotto appare il numero delle pronunce con cui la Corte si sforza di precisare “*sul piano assiologico ragioni, finalità e obiettivi della tutela della concorrenza*”: così M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Diritto – Annali III*, Milano, 2010, p. 195 ss., il quale osserva, tra l'altro, che “*qualche intervento in tal senso vi è pure stato, ma non può dirsi che, fino a questo momento, la Corte abbia dovuto impegnarsi in una definizione precisa della nozione di “concorrenza”, come bene giuridicamente tutelato*”.

²⁰Queste le parole di G. AMATO pronunciate in occasione dell'intervento al Seminario di studio su “*La Corte Costituzionale e la concorrenza*” svoltosi all'Università Cattolica, Milano, 4 maggio 2017.

ricca e feconda della concorrenza, che non riduce tutto alla tutela di concorrenti (anche di quelli meno efficienti), ma è capace di guardare più lontano, al risultato ultimo del processo concorrenziale, ora da una maggiore sensibilità verso le autonomie locali e dalla volontà di valorizzare la ricchezza di forme in cui l'interesse pubblico può esprimersi.

L'auspicio è che le discontinuità emerse più di recente possano giungere presto a compiuta maturazione e sfociare in una salutare rivisitazione di alcuni degli orientamenti pregressi, con l'approdo ad un equilibrio più aderente al dettato costituzionale. A ben vedere, la Corte si trova oggi davanti a un bivio cruciale e anche dalla via che sceglierà di intraprendere dipenderà il futuro della concorrenza nel Paese.

L'inquietudine di cui si diceva nasce invece dalla considerazione che l'età della saggezza (verso cui sembra *lento pede* avviato il Giudice) è anche l'età in cui emergono i segni che la forza e il vigore di un tempo iniziano a declinare.

E il terreno dove una qualche avvisaglia di questo tipo potrebbe essere colta è proprio nel rapporto del Giudice costituzionale con la politica, nel metro di giudizio utilizzato verso il legislatore: l'interrogativo in sostanza che si pone è se il maggiore utilizzo che il giudizio di ragionevolezza sembra trovare in alcune pronunce più recenti sia anch'esso manifestazione della raggiunta saggezza oppure non sia il segno di una incipiente debolezza che inizia a farsi largo nella nuova stagione. Fuor di metafora: il recupero di quel criterio è il riflesso di una nuova sensibilità che ispira oggi la giurisprudenza oppure cela un cedimento rispetto alla forza della politica?

Una risposta articolata al quesito porterebbe lontano, dipendendo dal modo in cui ciascuno intende il ruolo della Corte quale garante supremo della legalità costituzionale ed il ruolo del Parlamento quale istituzione depositaria della volontà popolare, e dove colloca il limite fino a cui può spingersi l'una e fin dove può arrivare l'altro.

Sembra di poter dire che il recupero di un criterio più equilibrato nel giudizio di legittimità costituzionale, più che l'infausto segnale di una parabola declinante, sia nulla più che il corollario della nuova idea di concorrenza che va facendosi strada e il riflesso, al contempo, di una visione plurale dell'ordinamento, che abbraccia con uno sguardo più ampio l'intero orizzonte dei valori in gioco, ne cura in modo più equilibrato i rapporti come pure quelli tra la pluralità dei soggetti chiamati ad attuarli secondo Costituzione.

Attraverso tale criterio, ci troviamo insomma di fronte ad un Giudice che sembra voler abbandonare quel sindacato ispirato ad un rigoroso *self restraint* che fin qui aveva dominato, deciso a riappropriarsi del ruolo di protagonista sulla scena: di quel ruolo cioè che un corposo filone minimalista prevalso per dieci anni aveva lasciato ad altri soggetti dell'ordinamento, con una Corte pronta ad avallare (quasi) ogni scelta del legislatore statale.

Se così è, possiamo allora dire che, con il recupero di quel criterio, il Giudice mostra oggi non soltanto di voler superare alcune delle “secche” in cui si è arenata l’interpretazione giurisprudenziale ma, indirettamente, anche di accedere ad una visione più “mite” del mercato, che non è valore soverchiante e prevalente su tutto il resto, ma valore da coordinare e conciliare, volta per volta, con gli altri interessi generali, sulla base di un principio di ragionevolezza, il cui pieno recupero nella giurisprudenza più recente disvela soltanto una più spiccata apertura verso una visione armonizzante e armonizzata dell’ordinamento, attenta a “creare ponti” e a conciliare secondo il dettato costituzionale piuttosto che ad alzare muri e a separare.

È un passaggio cruciale, in definitiva, quello che si profila all’indomani della mancata approvazione referendaria della riforma, in cui la Corte porta in eredità un *corpus* di principi e indirizzi applicativi che solo in parte potranno servire a fronteggiare le sfide del futuro.

A questi profili è dedicato l’ultimo capitolo che, muovendo dall’analisi della fase che si apre all’indomani della crisi e che vede – come detto – il Giudice introdurre alcuni elementi di discontinuità nei suoi orientamenti, si propone di approfondire gli sviluppi intervenuti più di recente fino ad esaminare nei suoi tratti essenziali la riforma costituzionale oggetto della consultazione referendaria. La domanda finale cui si cercherà di rispondere, volgendo lo sguardo al futuro, è quanta parte delle elaborazioni fin qui svolte potranno sorreggere e accompagnare la Corte nella nuova stagione che si apre, quale il lascito di una attività interpretativa che ha attraversato tre lustri e quali le lacune ancora da colmare, in modo da poter svolgere alcune osservazioni conclusive sulla cultura del mercato nel pensiero della Corte costituzionale di oggi.

Capitolo 1

LA TUTELA DEL MERCATO DOPO LA RIFORMA COSTITUZIONALE DEL 2001. I PRIMI (INCERTI) PASSI DELLA CORTE

1. Federalismo e mercato nell'art. 117 Cost.: richiami preliminari

La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, nel rovesciare il sistema dei rapporti tra fonti statali e fonti regionali¹, ha individuato tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato la “*tutela della concorrenza*”. Tale scelta trova la sua spiegazione, secondo una diffusa lettura, nell’esigenza di garantire un certo grado di unità e di uniformità della disciplina del mercato a livello nazionale, al fine di favorirne il funzionamento concorrenziale. Nell’ottica del legislatore della riforma, la frammentazione e l’eterogeneità della disciplina del mercato sarebbe stata, infatti, di per sé ostativa al suo corretto operare e, dunque allo sviluppo economico dell’intero Paese.

L’esplicita enunciazione della “*tutela della concorrenza*” all’art. 117 Cost. non significa, peraltro, che prima del 2001 la libera concorrenza non fosse entrata nei giudizi di costituzionalità delle leggi. Già prima della riforma del Titolo V, infatti, la libertà di concorrenza aveva trovato ampio spazio nelle pronunce della Consulta attraverso il percorso (indiretto) dell’art. 41 Cost. Ciò nondimeno, la materia era rimasta fino a quel momento confinata entro un ambito per lo più privatistico, assumendo rilievo soprattutto nella prospettiva (soggettiva) della tutela della libertà d’iniziativa economica privata.

¹ È noto che il nuovo art. 117, comma 2, Cost. enumera in modo tassativo le materie che spettano alla legislazione esclusiva dello Stato (fra cui appunto la “*tutela della concorrenza*”), e le materie affidate alla legislazione concorrente di Stato e regioni (es. porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia, professioni, ecc.), per poi stabilire che tutto il resto appartiene alla potestà legislativa esclusiva/residuale di quest’ultime. E, per esse, è altresì noto che non valgono i principi fondamentali stabiliti con legge dello Stato (invocabili solo per le materie rientranti nella potestà concorrente). Di qui il notevole ampliamento delle funzioni di regolazione economica attribuite alle regioni.

Con la riforma del Titolo V, il legislatore costituzionale ha per la prima volta enunciato la “*tutela della concorrenza*” e lo ha fatto inserendola nel novero delle materie affidate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Nel fare ciò, esso ha elevato un più robusto argine attorno alla tutela di tale bene, soprattutto contro le restrizioni ‘pubbliche’ dei mercati.

Come osservato, infatti, la “*tutela della concorrenza*” prevista in una norma costituzionale comporta che “*viene eretta una barriera anche contro le limitazioni della concorrenza determinate dai pubblici poteri, o conseguenti alla legge, statale o regionale. E tale aspetto costituisce una novità rilevantissima se solo si consideri che la legge n. 287/90, in difetto di una garanzia costituzionale della concorrenza, non avrebbe potuto impedire al Parlamento o ai Consigli regionali di restringere la concorrenza nell’esercizio dei poteri di regolazione in campo economico*”². Perché ci fosse questo effetto inibitorio, occorre una clausola costituzionale di garanzia della concorrenza³. In questo senso, dunque, la riforma costituisce un importante punto di svolta; un cambio di guardia che investe l’attività legislativa certo, ma prima ancora la stessa interpretazione della Costituzione: “*è la formale presa d’atto che c’è nel mercato non un pregiudiziale valore da contenere, ma un valore (certo non unico, né pervasivo) da lasciare sviluppare*”⁴.

In un’ottica di inquadramento iniziale, deve altresì ricordarsi che, con la citata riforma costituzionale, importanti settori economici sono stati attribuiti alla potestà legislativa, concorrente o esclusiva, delle regioni, e che tale regionalizzazione della competenza legislativa ha posto in termini quanto mai problematici la questione del rapporto tra “*tutela della concorrenza*” e potestà legislativa regionale⁵.

² Così G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.* 2002, 3, p. 985; ma anche M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, 2, p. 1429 ss. *Contra*, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 635 ss.

³ La forza di tale modifica costituzionale risulta poi corroborata dalla espressa indicazione dei principi di diritto dell’Unione europea a cui l’interpretazione delle norme di diritto interno deve uniformarsi ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost. V. M. LIBERTINI, *Libertà di iniziativa e concorrenza*, in *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, Tomo III, Napoli, 2007, p. 231 ss.

⁴ Così G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., p. 16.

⁵ V., per un approfondimento, B. CARAVITA DI TORITTO, *Tutela della concorrenza e regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, cit., p. 229 ss. Tale Autore osserva, in effetti, come “*La costituzionalizzazione, nell’art. 117, comma 2, del riferimento alla tutela della concorrenza, ha apparentemente colmato una lacuna, nel contempo aprendo un grave – e*

Il notevole ampliamento dei poteri di regolazione economica attribuiti alle regioni ha costretto così la Corte ad una delicata *actio finium regendorum*, in cui il Giudice delle leggi ha dovuto, da un lato, delimitare esattamente la nozione di “*tutela della concorrenza*”, dall’altro, affrontare il problema della interferenza della potestà legislativa statale in materia con ambiti economici affidati alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle regioni.

Richiamato sommariamente il quadro generale, due considerazioni possono svolgersi sin d’ora.

In primis, analizzando la giurisprudenza della Corte costituzionale avente ad oggetto esplicito la “*tutela della concorrenza*”, si constata subito la netta prevalenza numerica delle sentenze originate da ricorsi in via principale dello Stato contro leggi delle regioni o delle regioni contro leggi dello Stato, piuttosto che sentenze rese a seguito di questione di legittimità sollevata in via incidentale⁶.

Il dato riflette naturalmente il fatto che la “*tutela della concorrenza*” è stata concepita dalla riforma come una materia nel riparto di competenze legislative tra Stato e regioni⁷. E tuttavia, tale conflittualità, che peraltro è andata crescendo fino ad esplodere negli anni più recenti – appare l’indice anche di una perdurante, irrisolta tensione tra federalismo e concorrenza nel nostro sistema, su cui si tornerà nel capitolo finale.

L’altro dato, evidenziato dalla dottrina più autorevole, è che, a fronte del notevole sforzo profuso dalla Corte nel dirimere le controversie tra Stato e regioni definendo i rispettivi ambiti di intervento, relativamente ridotto appare sin dai primi anni successivi all’approvazione della riforma il numero delle pronunce con cui essa si è sforzata di precisare “*sul piano assiologico ragioni, finalità e obiettivi della tutela della concorrenza*”⁸, con la conseguenza che

tuttora – irrisolto conflitto. La lacuna colmata è quella della mancanza nel testo originario della Costituzione di qualsiasi riferimento alla concorrenza (...). In compenso, o per contrappeso, la previsione della tutela della concorrenza tra le materie di competenza statale, nel vuoto o nella genericità di altre previsioni competenziali, ha aperto un conflitto forte tra Stato e Regioni, che né la prassi né la giurisprudenza della Corte costituzionale sono riuscite a colmare”.

⁶ Si tratta di un rapporto destinato a mutare, almeno in parte, nel prossimo futuro, man mano che il giudice amministrativo verrà investito dei ricorsi *ex art. 21-bis*, legge n. 287/1990 con una più ampia possibilità di disporre il rinvio alla Corte. Va, altresì, tenuto conto che l’art. 4, d.l. n. 1/2012 ha rafforzato il compito di monitoraggio della Presidenza del Consiglio dei Ministri sulle norme regionali, coinvolgendo la stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato attraverso il rilascio di un parere ai fini dell’eventuale impugnativa. Di qui il parallelo incremento, già registratosi, dei ricorsi proposti dallo Stato in via principale. Cfr. in argomento M. AINIS, *Italian Competition Authority’s maieutic role*, cit.

⁷ Cfr. F. PIZZOLATO, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il Dir. Econ.*, 2010, 2-3, p. 507.

⁸ Così M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto – Annali III*, Milano,

tutt'oggi permangono rilevanti incertezze sull'oggetto normativo dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. Anche tale aspetto verrà ripreso in sede di osservazioni conclusive.

2. La “tutela della concorrenza” nelle prime declinazioni della Corte Costituzionale

La circostanza che la “*tutela della concorrenza*” sia stata configurata come oggetto di potestà legislativa esclusiva dello Stato trova fondamento secondo la lettura prevalente nell'avvertita esigenza di garantire un certo grado di unità e uniformità delle regole nell'ordinamento, indispensabile per conseguire condizioni omogenee di sviluppo sul territorio nazionale⁹. In questo campo, dunque, il valore della differenziazione, costituzionalizzato all'art. 118, ha ceduto il passo dinanzi all'esigenza di una disciplina unitaria del mercato e delle sue condizioni di funzionamento.

Se questa è la *ratio* ispiratrice della norma, come ha inteso la Corte la “*tutela della concorrenza*” nei primi anni successivi alla riforma? In dottrina – è noto – il dibattito, all'indomani della revisione, era stato molto acceso su cosa dovesse farsi rientrare nella nozione e, dunque, sui diversi tipi di intervento che il legislatore statale avrebbe potuto adottare ai sensi dell'art. 117 Cost.¹⁰.

2010, p. 192 ss., il quale osserva, tra l'altro, che “*qualche intervento in tal senso vi è pure stato, ma non può dirsi che, fino a questo momento, la Corte abbia dovuto impegnarsi in una definizione precisa della nozione di “concorrenza”, come bene giuridicamente tutelato*”.

⁹ Così G. TESAURO, Audizione del 5 dicembre 2001 presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento della revisione del Titolo V, Parte II, Cost., in www.senato.it.

¹⁰ Secondo una prima lettura, infatti, la materia avrebbe riguardato soltanto la disciplina *antitrust* in senso stretto e non anche la regolazione pubblica di settori sensibili del mercato. In tali ambiti – si osservava – “*la competenza statale o regionale a regolare i profili attinenti alla concorrenza dovrebbe essere individuata alla luce delle scelte del legislatore costituente circa le materie stesse, nel senso che l'attribuzione della potestà di emanare la disciplina sostanziale di settore attrarrebbe anche il potere di dettare regole in tema di concorrenza*” (L. CASSETTI, *Potestà legislativa esclusiva e tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, dicembre 2001, p. 8 ss.). Contro tale impostazione si era schierata altra parte della dottrina (es. L. AMMANNATI, *Concorrenza e regolazione tra Stato e Regioni*, in www.unisi.it, p. 5 s., L. BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del titolo V della Costituzione: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 3, p. 365), la quale aveva ritenuto artificiosa la contrapposizione tra tutela del mercato (disciplina *antitrust*) e regolazione del mercato e aveva osservato che, in entrambi i casi, obiettivo del legislatore era la tutela della concorrenza e che la portata del nuovo articolo 117 Cost. non stava solo nella preclusione alle Regioni del potere di adottare regole *antitrust* particolari per i mercati locali: