

**LA CORTE COSTITUZIONALE “SALVA” LE LIBERALIZZAZIONI DEL 2006:
DALLA TRASVERSALITÀ ALLA “PREVALENZA” DELLA COMPETENZA STATALE
IN MATERIA DI TUTELA DELLA CONCORRENZA**

di

Luisa Cassetti

*(Professore straordinario di Diritto costituzionale - Università degli Studi di
Perugia)*

30 aprile 2008

1. Le questioni di costituzionalità sollevate dalle regioni Veneto e Sicilia.

Alla fine del 2007 la Corte si è pronunciata sulle questioni di costituzionalità relative ad alcune delle più discusse e controverse misure di liberalizzazione di taluni settori produttivi introdotte con il decreto-legge n. 223 del 2006 ¹.

Con la [sentenza n. 430](#) i giudici costituzionali hanno dichiarato l'infondatezza delle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto l'art. 3 del d.l. n.223 del 2006, contenente misure di liberalizzazione degli orari e delle modalità di vendita degli esercizi commerciali, e l'art. 5 dello stesso decreto, nella parte in cui consente la vendita di medicinali da banco presso la grande distribuzione commerciale. Le regioni ricorrenti (Veneto e Sicilia) avevano lamentato l'illegittima compressione della potestà legislativa regionale piena in tema di commercio: le misure statali sulla liberalizzazione degli orari e le regole imposte alla grande

¹ Sui contenuti del decreto-legge 4.7.2006 n. 223, v. Cassetti, *La straordinaria necessità e urgenza delle liberalizzazioni* in [federalismi.it](#) n.15 del 2006. Per quanto riguarda le norme del decreto relative agli obiettivi di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica, ai fini del complessivo risanamento della finanza pubblica, con la sent. n. 412 del 2007 la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità degli artt. 30 e 34 del decreto-legge ed ha quindi affermato la costituzionalità delle sanzioni a carico degli enti locali che non rispettino il limite imposto alla spesa per il personale e dei criteri imposti dallo strato per l'individuazione dei trattamenti accessori massimi dovuti per gli incarichi dirigenziali di livello generale. Con riferimento alle norme destinate alle politiche sociali contenute nel medesimo decreto-legge la Corte, con la [sent. n. 453 del 2007](#), ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità relativa all'art. 19 del decreto-legge n. 223, norma con la quale sono state definite le politiche di sostegno finanziario per i nuclei familiari e sono state definite le condizioni per le politiche giovanili e delle politiche delle pari opportunità, in quanto la norma statale, essendosi limitata a definire obiettivi e finalità non può ritenersi lesiva di alcuna competenza regionale.

distribuzione per l'apertura di punti vendita per i farmaci da banco apparivano eccessivamente dettagliate e come tali in grado di frustrare qualunque intervento regionale sulla realtà economico-produttiva locale ².

La Corte giustifica l'intervento statale volto ad eliminare tutta una serie di vincoli e di limiti gravanti sia sulla fase di avvio (licenze, autorizzazioni, distanze minime tra esercizi dello stesso tipo, iscrizioni a registri), sia sullo svolgimento dell'attività commerciale (autorizzazioni per vendite promozionali delle attività commerciali e delle attività di somministrazione di alimenti e bevande) riconducendo la norma impugnata alla competenza statale esclusiva in tema di tutela della concorrenza in quanto espressamente rivolta a promuovere "la garanzia della libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità ed il corretto funzionamento del mercato". Per quanto riguarda poi le misure statali adottate in via d'urgenza al fine di consentire la vendita dei farmaci da banco presso le grandi superfici di vendita, il carattere dettagliato dell'art. 5 del decreto-legge si giustificerebbe in nome della "tutela della salute", materia attribuita alle regioni in regime di concorrenza con lo Stato all'interno della quale si deve far rientrare anche la disciplina dell'organizzazione del servizio farmaceutico. Nonostante quella disposizione si inserisse chiaramente nella strategia politica di promuovere la liberalizzazione nel mercato dei farmaci da banco, la Corte ha analizzato la relativa questione di costituzionalità ritenendo prevalente l'obiettivo di garantire condizioni di sicurezza e di adeguata assistenza nella somministrazione di questi farmaci.

Con la successiva [sentenza n. 443](#) la Corte risolve la questione di costituzionalità relativa alle misure del decreto-legge che avevano eliminato una serie di vincoli gravanti sull'esercizio delle professioni (minimi tariffari, divieto di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, il divieto di fornire all'utenza servizi interdisciplinari da parte di società di persone o di associazioni di professionisti) ³.

In particolare, la regione Veneto aveva lamentato nel ricorso la sproporzione dell'intervento statale in questione: l'estremo dettaglio di quella normativa non appariva compatibile con la definizione da parte dello Stato dei principi fondamentali in una materia (professioni) che il riformato art. 117 co. 3 Cost. annovera tra quelle oggetto di competenza concorrente. Secondo la difesa regionale, il carattere dettagliato della riforma non poteva neppure essere giustificato in nome della trasversalità della tutela della concorrenza, giacché la stessa Corte, fin dalla sentenza n. 14 del 2004, ha escluso che la trasversalità di quella

² Cfr. Regione Veneto, ricorsi nn. 96 e 103 depositati rispettivamente l'11 settembre e l'11 ottobre 2006, in G.U. 1° s.s., 4.1.2006, n. 40; Regione Sicilia, ricorso n. 104 depositato il 12 ottobre 2006, in G.U. 1° s.s., 29.11.2006, n. 47.

³ Cfr. art. 2 del d.l. n.223 del 2006, convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 4.8.2006, n.248, in G.U. 11.8.2006, n.186 S.O.

funzione statale possa arrivare a vanificare completamente lo schema del riparto di competenze definito dall'art. 117 Cost.

La Corte riconduce la norma che ha eliminato i minimi tariffari alla competenza esclusiva statale in materia di “tutela della concorrenza”, evidenziando la coerenza di questa riforma con gli orientamenti politici e giurisprudenziali elaborati in seno all'ordinamento comunitario che ha in diverse occasioni ricordato l'assoluta necessità di favorire l'apertura del mercato italiano dei servizi professionali legali. Il ragionamento dei giudici costituzionali è stato, quindi, esteso anche alla liberalizzazione della pubblicità informativa sui titoli e sulle specializzazioni professionali, sulla base del presupposto che siffatte misure inducono e stimolano la concorrenza tra gli operatori; analogamente, l'eliminazione del divieto di costituire società per fornire servizi multidisciplinari è stata ritenuta dalla Corte legittima nella misura in cui “aumenta e diversifica l'offerta sul mercato”. In linea con queste conclusioni, la Corte ha altresì ritenuto conforme a Costituzione la norma del decreto-legge (art. 2, co.3) che prescrive la sanzione della nullità delle norme deontologiche nell'ipotesi in cui le stesse non siano state adeguate alle novità sopra richiamate.

Con la [sentenza n. 452](#) la Corte ha ritenuto conforme a Costituzione una delle disposizioni più controverse del decreto-legge n. 223 del 2006: gli interventi statali adottati in via d'urgenza per il potenziamento dei servizi taxi, mediante il rilascio di nuove licenze e mediante l'espressa previsione della facoltà riconosciuta ai Comuni di consentire il trasporto di linea di passeggeri ad operatori in possesso dei necessari requisiti tecnico professionali, sono stati ritenuti legittimi in quanto finalizzati all'aumento dell'offerta del trasporto pubblico locale e come tali rivolti al potenziamento delle condizioni di concorrenzialità nel settore interessato. I ricorsi regionali avevano in realtà ancora una volta censurato il carattere dettagliato ed autoapplicativo delle misure di liberalizzazione sopra descritte. Questo rilievo si fondava del resto sulla necessaria valutazione in ordine alla ragionevolezza dell'intervento statale che promuove la concorrenza secondo lo schema inaugurato con la sentenza n. 14 del 2004⁴ in cui la Corte, a fronte della natura trasversale delle misure volte a promuovere la concorrenza adottate sotto la copertura dell'art.117, co.2 lett.e), aveva opportunamente precisato che le inevitabili interferenze con le competenze legislative regionali insite nella trasversalità della funzione statale in questione non avrebbero potuto annullare il riparto costituzionale delle competenze.

Nelle sentenze sopra richiamate la Corte non “misura” la proporzionalità e l'adequatezza dell'intervento statale a difesa della competitività dei settori produttivi

⁴ In *Giur.cost.* 2004, 237 ss. con note di A.Pace, G.P.Dolso e C.Buzzacchi.

interessati dalle misure di liberalizzazione in relazione al loro (più o meno esteso) impatto sugli equilibri dell'economia nazionale, al fine di “contenere” la trasversalità della competenza statale in tema di “tutela della concorrenza”, ma si limita ad argomentare la riconducibilità delle norme censurate alla funzione statale di “promozione della concorrenza”.

Vediamo ora le ragioni ed i passaggi logici che hanno portato la Corte ad allontanarsi dal complesso schema argomentativo introdotto nel 2004 e ad utilizzare nelle decisioni ora richiamate un diverso modello di ponderazione dei confini dell' intervento statale a difesa della concorrenzialità del mercato.

2. Il labirinto della giurisprudenza costituzionale sulla “tutela della concorrenza”: dalla sentenza n.14 del 2004 alla sentenza n.401 del 2007

Con la [sentenza n. 14 del 2004](#), la Corte aveva fissato alcuni principi che è bene richiamare in sintesi:

a) la “tutela della concorrenza” non è una materia il cui oggetto sia identificabile a priori, ma è piuttosto una finalità che si atteggia in modo diverso a seconda del settore rispetto al quale si applica l'intervento statale;

b) tale funzione comprende “interventi regolativi, la disciplina *antitrust* e le misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza”: accanto agli interventi volti a ripristinare un equilibrio perduto (concorrenza in senso statico) la Corte individua l'accezione dinamica di tale funzione che legittima “misure pubbliche volte a ridurre squilibrio, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali” ;

c) da questa premessa interpretativa deriva la natura trasversale della competenza statale a difesa della concorrenza e quindi la potenziale capacità dell'intervento pubblico di coinvolgere, contrarre ovvero ritagliare, direttamente o indirettamente, settori di competenza legislativa concorrente ovvero residuale regionale;

d) tale modo di operare della funzione statale a difesa della concorrenza induce la Corte a “costruire” un meccanismo per la valutazione, caso per caso, della effettiva legittimità dell'intervento statale, legittimità che deriva dalla previa valutazione in ordine alla proporzionalità, congruità, ragionevolezza della misura statale valutata in relazione alla sua

“rilevanza macroeconomica” ovverosia all’effettiva capacità di incidere sugli equilibri economici nazionali.

Tale ricostruzione interpretativa si fonda, in realtà, sull'estensione della nozione che ricomprende sia gli interventi statali a tutela della concorrenza in senso statico, sia le misure volte a promuovere la concorrenza in senso dinamico: come è noto, alla base di questa soluzione interpretativa ha giocato un ruolo determinante il fatto di aver considerato parte integrante della suddetta funzione anche gli interventi statali diretti finalizzati al sostegno, riqualificazione e sovvenzione alle imprese, sulla base dell’erronea convinzione che nel modello comunitario la disciplina sugli aiuti di Stato alle imprese rappresentino una forma di tutela della concorrenza da porre sullo stesso piano delle regole *antitrust* (intese vietate e abuso di posizione dominante) contenute nel Trattato CE ⁵.

Negli anni immediatamente successivi, l’ampiezza della funzione relativa alla “tutela della concorrenza”, fondata sulla discutibile (per l’ordinamento comunitario come anche per l’ordinamento interno) equiparazione tra le misure *antitrust*, finalizzate al ripristino di condizioni di concorrenzialità all’interno di mercati che funzionano in senso concorrenziale, e l’intervento pubblico che prende forma attraverso meccanismi di sostegno, sovvenzioni e finanziamenti alle imprese, ha guidato la Corte nel sindacato sulla proporzionalità-ragionevolezza di una serie di normative statali che avrebbero dovuto essere piuttosto considerate misure di regolazione in senso lato⁶. Tali misure hanno, infatti, consentito allo Stato di operare nei rapporti economici al fine di realizzare una serie di obiettivi (sostegno alle imprese in aree depresse, incentivi per l’occupazione, incentivi alla produttività e sostegni a determinate categorie di imprese etc.) talora assai lontani, se non addirittura in contrasto, con quello del mantenimento di condizioni di effettiva concorrenzialità nel mercato nazionale⁷.

⁵ L’erroneità di questo passaggio argomentativo è stata evidenziata fin dai primi commenti alla sentenza n. 14 del 2004: v. L. Casseti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell’intervento statale a tutela della concorrenza* (4.3.2004), in federalismi.it, n.5/2004; R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le regioni*, 2004, 990 ss.; F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n.14 del 2004*, ivi, 1014 ss.; A. Pace, *Gli aiuti di Stato sono forme di “tutela” della concorrenza?* in *Giur.cost.* 2004, 259 ss.; il rilievo è stato poi sviluppato nel saggio di A. Terrasi, *Regioni italiane e tutela della concorrenza: tra dimensione nazionale e comunitaria*, in *Riv.Ital.Dir. Pubbl.Comunitario* 2006, 423 ss. 426.

⁶ Sulla sostanziale inutilizzabilità della nozione ampia di regolazione v. N. Rangone, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, vol. V, 5057 ss.

⁷ Nella recentissima giurisprudenza costituzionale emerge in verità un atteggiamento decisamente più corretto e selettivo nella qualificazione delle misure statali di sostegno alle imprese, misure che indirettamente possono alterare la concorrenzialità di un determinato mercato: v. in particolare la sentenza n.63 del 2008, con la quale la Corte ha escluso che l’intervento dello Stato per garantire il sostegno e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà potesse considerarsi una forma di tutela della concorrenza e quindi ha analizzato la normativa

Rispetto a questo tipo di misure, la Corte si è mossa con una certa “disinvoltura” nell’ammettere ovvero, più raramente, nell’escludere il rilievo “macroeconomico” dell’intervento pubblico al fine di “salvare” ovvero censurare la normativa statale impugnata dalle regioni ricorrenti ⁸.

In particolare, il carattere settoriale ovvero la modesta entità finanziaria dell’intervento pubblico, solitamente invocato dalla regione ricorrente per escludere la proporzionalità della misura statale adottata in nome della tutela della concorrenza, è stato valutato in modo contraddittorio dal giudice costituzionale che, pur affermando in via di principio l’estraneità del giudizio di ragionevolezza impostato dalla sent. 14 del 2004 a qualunque valutazione in ordine alla entità dell’intervento statale, talora ha invece fondato sull’esiguità del finanziamento l’illegittimità della norma statale censurata⁹. L’argomento relativo all’entità della misura di sostegno è stato determinante anche per escludere la possibilità di invocare la competenza statale a tutela della concorrenza, in quanto l’esiguità del finanziamento ed il fatto di essere rivolto ad un settore economico circoscritto ha portato la Corte ad escludere che quell’intervento avesse un impatto sull’equilibrio economico generale ¹⁰. In altri casi, però, l’effetto solo indiretto sulla concorrenzialità delle imprese¹¹ ovvero l’entità ridotta del finanziamento ¹² hanno indotto la Corte a “ripiegare” sul sindacato relativo alla eventuale sussistenza dei presupposti per la “chiamata in sussidiarietà” da parte dello Stato di una funzione, sulla carta spettante alle regioni, in nome dell’unità dello sviluppo economico.

In altre parole, l’intervento statale che appariva difficilmente giustificabile utilizzando il giudizio sulla ragionevolezza/proporzionalità dello stesso, giudizio necessario per verificare

impugnata come misura di intervento in via sussidiaria da ritenersi incostituzionale perché adottata in assenza di un’ intesa con la Conferenza permanente Stato-Regioni-province autonome. Analoga attenzione agli interventi statali che, al di là del *nomen* utilizzato dal legislatore, nascondono misure in grado di alterare la concorrenza e quindi non possono essere salvati in nome della competenza esclusiva di cui all’art.117, co.2, lett.e) Cost. si riscontra nella sent. n.1 del 2008, con la quale la Corte ha escluso che la norma statale recante la proroga di dieci anni delle concessioni idroelettriche potesse essere ricondotta alla funzione statale a tutela della concorrenza in quanto quella misura “anziché aprire gradualmente il mercato interno dell’energia seguendo le scadenze naturali delle diverse concessioni di grandi derivazioni di acque pubbliche, proroga irragionevolmente queste ultime” e quindi contraddice apertamente il fine (tutela della concorrenza) che pure nominalmente si propone di realizzare (punto 8.5 del Cons. in diritto).

⁸ Cfr. Corte cost., [sent. n.134 del 6 aprile 2005](#), in *Giur. cost.* 2005, 119 ss., con nota di L. Cassetti, *La programmazione negoziata come strumento di politica economica e la tutela della concorrenza*, *ibid.*, 1126 ss.; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur.cost.* 2005, 1429 ss. evidenzia come in più occasioni la Corte abbia confuso la tutela della concorrenza con qualunque forma di regolazione della medesima, errore che potrebbe portare a salvare qualunque misura di intervento statale che, magari a fini protezionistici di determinati mercati, comprime e non tutela la concorrenzialità del mercato nazionale.

⁹ Così Corte cost. Sent. n.107 del 2005.

¹⁰ Così Corte cost. sent. n.77 del 2005 e 162 del 2005.

¹¹ Cfr. Corte cost. sent. n.242 del 2005.

¹² Corte cost. sent. n.160 del 2005, in *Giur.cost.* 2005, 1297 ss. con oss. di C. Pinelli, *ivi*, 1302.

la eventuale “copertura” della competenza statale trasversale di cui all’art.117, co.2 lett.e), è stato comunque “salvato” grazie all’applicazione del principio di sussidiarietà verticale ¹³.

Le contraddizioni sopra rilevate evidenziano chiaramente i limiti di una ricostruzione giurisprudenziale della funzione statale a tutela della concorrenza che non ha tenuto conto delle distinzioni, peraltro ormai consolidate nel diritto dell’economia, tra le diverse tipologie di regolazione pubblica. In effetti, all’interno delle funzioni di regolazione dei mercati le misure realmente pro-concorrenziali sono quelle che inducono, favoriscono e provocano l’apertura alla concorrenza di settori in cui la concorrenza non opera affatto ovvero fatica a penetrare magari per l’esistenza di barriere legislative e regolamentari che impediscono il libero accesso al mercato da parte di nuovi operatori economici.

La prima volta in cui la Corte si è occupata di misure realmente pro-concorrenziali, ovverosia di quelle misure che promuovono l’assetto concorrenziale del mercato all’interno di settori in via di liberalizzazione, è stato possibile verificare l’impatto delle soluzioni legislative statali in tema di servizi pubblici locali e quindi “misurare” la legittimità dell’interferenza con la competenza legislativa piena/residuale delle regioni in tema di disciplina dei servizi pubblici locali.

Come è noto, nella [sentenza n. 272 del 2004](#)¹⁴ la Corte ha applicato il *test* sulla ragionevolezza della normativa statale che imponeva regole per la partecipazione delle imprese pubbliche alle gare: l’iter argomentativo seguito dalla Corte nella valutazione della irragionevolezza della normativa statale illegittima in quanto auto applicativa, eccessivamente dettagliata e quindi ingiustificatamente lesiva delle competenze regionali in tema di servizi pubblici locali.

In verità, quando a distanza di due anni da quella decisione, fu lo Stato ad impugnare una legge regionale che aveva introdotto regole in materia dei servizi pubblici locali in grado di produrre indirettamente effetti ancor più positivi per la concorrenzialità delle imprese nella partecipazione alle gare per la gestione di taluni servizi pubblici la Corte censurò la scelta del

¹³ E’ totalmente condivisibile il richiamo alla prudenza nell’uso di grandezze e concetti economici da parte del giudice delle leggi formulato da M.Libertini, *La tutela*, cit.,1439; sul rapporto tra le incertezze derivanti dall’applicazione ormai frequente del giudizio sulla ragionevolezza dell’intervento statale nel giudizio sulle leggi in via principale e la possibilità (non sfruttata) di conoscere in modo appropriato ed esaustivo gli elementi di fatto attraverso il ricorso da parte della Corte alle ordinanze istruttorie si rinvia a L. Casseti, *I poteri regolamentari della Corte e la disciplina del l’istruttoria nel processo costituzionale: le prospettive delle ordinanze istruttorie nel giudizio sulle leggi in via principale*, in F. Cerrone e M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, Jovene, 2007, 217 ss.

¹⁴ In *Giur.cost.* 2004, 2749 ss.

legislatore regionale considerando la norma statale transitoria necessaria per garantire condizioni uniformi di concorrenzialità su tutto il territorio nazionale ¹⁵.

Nonostante queste incertezze in ordine allo spazio normativo che residuerebbe in concreto alle regioni con riferimento alla disciplina delle procedure di gara nell'ambito dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali, lo schema del giudizio di ragionevolezza è stato utilizzato al fine di verificare il grado di interferenza ed i possibili limiti dell'intreccio tra la funzione statale trasversale a difesa della concorrenza e le materie di competenza regionale coinvolte. Nella [sentenza n. 345 del 2004](#) la Corte ha rigettato la questione di costituzionalità della norma che imponeva procedure di evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni in quanto quel vincolo deve considerarsi strumentale all'obiettivo della tutela della concorrenza tra gli operatori economici interessati alle commesse pubbliche: l'interpretazione accolta dalla Corte tiene però conto della necessità di considerare le regole sulle gare come norme di principio e di coordinamento per gli enti autonomi in quanto solo in questi termini l'intervento statale a tutela della concorrenza appare conforme ai principi di proporzionalità e di adeguatezza dei mezzi usati rispetto al fine (promozione di condizioni concorrenziali tra gli operatori interessati alle commesse pubbliche) ¹⁶.

Quando però la Corte, con la [sentenza 401 del 2007](#), è tornata ad occuparsi delle scelte statali volte a favorire la concorrenza nelle procedure di evidenza pubblica nell'ambito delle regole sui contratti pubblici di appalto per la fornitura di beni e servizi, la natura trasversale della competenza statale di cui all'art.117, co.2, lett.e) finisce per assumere un nuovo profilo, nonostante l'esplicita "rassicurazione" in ordine alla validità del sindacato sulla ragionevolezza inaugurato dalla sentenza n.14 del 2004. La Corte si sforza infatti di precisare ulteriormente il ruolo di questo sindacato, chiarendo che esso consente un duplice livello di indagine: il primo livello riguarda l'astratta riconducibilità dell'intervento statale alla materia/funzione trasversale "tutela della concorrenza", mentre con il secondo livello di analisi si valuta l'effettiva proporzionalità/adequatezza della misura medesima.

Il primo ostacolo all'applicazione corretta e coerente di questo modello di giudizio deriva dalla natura peculiare della norma del Codice relativa al riparto delle competenze Stato-regioni in materia di appalti.

¹⁵ Cfr. Corte cost. sent. n.80 del 2006, in *Giur.cost.* 2006, 849; critica le argomentazioni utilizzate dalla Corte per censurare le scelte regionali C.Buzzacchi, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale* (10 giugno 2006) in www.forumcostituzionale.it.

¹⁶ Cfr. sent. n.345 del 2004, in *Giur.cost.* 2004, 3857.

Essendo i lavori pubblici una non-materia, i cui ambiti si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e quindi potendo essere, per taluni profili, ascritti alla legislazione esclusiva statale ovvero, per altri aspetti, ricondotti a potestà legislative concorrenti in linea con quanto chiarito dalla Corte nella [sent. 303 del 2003](#), i redattori del Codice hanno analiticamente riepilogato, nell'art. 4, co. 3, i settori e gli ambiti delle procedure nei quali è preclusa la competenza legislativa regionale e quindi dominano le competenze legislative statali, senza aver specificato di norma in norma il grado di vincolatività delle singole prescrizioni per le regioni ¹⁷. Dinanzi ad una formula di questo tipo i giudici costituzionali si sono inevitabilmente fermati al primo livello di valutazione relativo alla riconducibilità della prescrizione alla funzione statale a tutela della concorrenza.

In realtà, però, la difficoltà “argomentativa” di applicare ad una norma sulla competenza le due fasi del giudizio di ragionevolezza, non riguarda solo la norma generale contenuta nell'art.4, ma anche altre norme specifiche settoriali censurate dalle regioni ricorrenti per la loro invasività rispetto agli spazi di regolamentazione amministrativa e contabile regionale ¹⁸.

Nel valutare la legittimità costituzionale della norma sulla progettazione per gli appalti e per le concessioni dei lavori (art.93) e della norma che analiticamente descrive i criteri per la formazione dei piani di sicurezza (art.112, co.5 lett.b) e art.131), la Corte si limita a ricostruire le finalità di queste disposizioni e quindi a ricondurle alla garanzia dell'uniformità di trattamento dei partecipanti alla gara e quindi quella disciplina normativa deve essere ricondotta “in via prevalente” nell'ambito della tutela della concorrenza. Tale conclusione riproduce l'affermazione sopra richiamata in ordine alla specificità della trasversalità della tutela della concorrenza nel settore degli appalti in virtù della quale non residuano spazi per l'intreccio e le interferenze con le competenze legislative regionali: ciò significa che anche nelle norme contenenti una regolazione specifica delle procedure la Corte si ferma al primo livello di verifica non diversamente da quanto era accaduto per la dimostrazione della legittimità della norma sul riparto delle competenze Stato-regioni.

Analogo è il percorso argomentativo che conduce la Corte a salvare la norma che disciplina la fase di scelta del contraente (art.48), in quanto la prescrizione in ordine al

¹⁷ Per una ricostruzione di questa scelta sottesa alla redazione dell'art.4 del Codice, v. G.Fares, *L'assetto delle competenze normative Stato-regioni nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 1141 ss.

¹⁸ Cfr. F.Ghera, *Il riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di appalti pubblici*, in federalismi.it, n.2/ 2008, 5

possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi dei concorrenti è una forma di tutela della concorrenza ottenuta mediante la definizione di condizioni uniformi sul territorio nazionale, condizioni essenziali per garantire la parità di accesso e la non discriminazione degli offerenti (punto 10 del Cons. diritto).

Anche quando è in gioco il carattere eccessivamente dettagliato del procedimento di verifica e di esclusione delle offerte “anormalmente basse”, censurata dalla regione per la lesione dei profili attinenti all’organizzazione regionale per i contratti della regione, la Corte richiama la fedeltà della norma rispetto alla direttiva comunitaria recepita e quindi la coerenza con la regola europea che impone il contraddittorio con l’impresa che ha presentato un’offerta molto bassa, contraddittorio che consente di verificare se in ipotesi l’impresa non sia effettivamente in grado di garantire il risultato sperato dall’amministrazione ad un prezzo più basso ed al tempo stesso consente la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara.

Per giustificare la normativa sugli appalti sotto la soglia comunitaria (artt.122 e 124), ai quali il Codice estende una serie di norme sui contratti sopra soglia, la Corte richiama ancora una volta la *ratio* della direttiva recepita nella parte in cui ha previsto per tutti gli appalti che l’aggiudicazione negli stati membri deve essere subordinata al rispetto dei principi del trattato e in particolare delle libertà economiche di circolazione e dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento.

Sembra dunque evidente che il sindacato sulla ragionevolezza delle specifiche norme impugnate dalle regioni per il loro carattere eccessivamente analitico ruota attorno ad una verifica sommaria in ordine alla coerenza delle soluzioni adottate dal legislatore statale rispetto agli obiettivi delle direttive oggetto di recepimento. In questo percorso argomentativo manca la verifica in ordine al “tipo” ed alle “modalità” della disciplina normativa utilizzata dal Codice per garantire l’obiettivo della tutela della concorrenza, in quanto la Corte si limita a ribadire che l’esistenza di sole norme di principio non è elemento indefettibile di identificazione della materia tutela della concorrenza e che la valutazione in ordine alla proporzionalità e alla adeguatezza dell’intervento legislativo dello Stato “ha una portata più ampia, che trascende il mero dato della analiticità delle norme censurate” (punto 17.2 del Cons. diritto). In realtà, non v’è traccia di questa conclamata “ampiezza” nel sindacato sulla proporzionalità della norma censurata, sindacato che si traduce piuttosto in una sintetica e

generica verifica del rapporto tra la scelta statale e gli obiettivi generali della direttiva recepita

19

In definitiva, anche nel giudizio sulle singole disposizioni statali operanti nelle diverse fasi della competizione che precede la stipula dei contratti pubblici di appalto, la logica interpretativa che fa ricadere in via prevalente quelle disposizioni nell'ambito materiale della tutela della concorrenza annulla la specificità della trasversalità di questa competenza statale ovvero la possibilità di interferire e di intrecciarsi con ambiti di competenza legislativa regionale, possibilità che ha indotto i giudici costituzionali ad immaginare un controllo sulla ragionevolezza/proporzionalità dell'intervento statale rispetto all'obiettivo di garantire il mantenimento ovvero la creazione di condizioni di concorrenzialità all'interno di un determinato settore (sent. 14 del 2004).

Una volta adottata la logica della "prevalenza" del titolo di competenza statale a tutela della concorrenza in nome della quale sono perfettamente legittimi interventi normativi dettagliati ed autoapplicativi si può solo constatare la lontananza di questo approccio rispetto alle argomentazioni ed alle conclusioni elaborate dalla Corte in ordine alla normativa statale sulle procedure di gara per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, normativa che mira a garantire condizioni omogenee agli operatori per l'ingresso nel mercato in via di liberalizzazione della gestione dei servizi locali.

La sentenza n. 401 del 2007 non contiene dunque solo una "variante" rispetto al modello argomentativo della sent. 14 del 2004, così come applicato alle procedure di gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali dalla sent. 272 dello stesso anno, ma inaugura piuttosto un chiaro mutamento giurisprudenziale che ha poi condizionato le scelte della Corte sulla legittimità costituzionale delle più discusse norme di liberalizzazione introdotte nel 2006.

¹⁹ Peraltro, le lacune del Codice appalti proprio sotto il profilo della parziale o incompleta attuazione delle direttive europee oggetto di recepimento, sono state messe in luce non solo da tutti i commentatori, ma si sono materializzate nella "Costituzione in mora" dello Stato italiano da parte della Commissione CE (nota 30 gennaio 2008, n.2007/2309, C(2008) 0108) con riferimento alle incompatibilità di talune norme del Codice con le direttive oggetto di recepimento: sul punto v. M.A. Sandulli, *L'eterna incertezza della disciplina dei contratti pubblici: quale diritto per le stazioni appaltanti e quali prospettive per la competitività del paese?* in federalismi.it, n.5/2008

3. Il rapporto tra la sent. 401 del 2007 e le soluzioni adottate dalla Corte per dichiarare la legittimità costituzionale delle liberalizzazioni introdotte dal decreto-legge n.223 del 2006: promozione della concorrenza e commercio.

Il legame tra la soluzione accolta nella sent. 401 e l'argomentazione utilizzata nella successiva sent. 430 con cui la Corte "salva" la scelta del decreto legge di dettare regole pro-concorrenziali in tema di commercio, materia di competenza piena/residuale delle regioni, è assolutamente chiaro ed esplicito. Nella motivazione in diritto i giudici costituzionali riproducono infatti lo schema del giudizio di ragionevolezza nella "nuova" versione accolta dalla sentenza n.401.

La dimostrazione in ordine alla appartenenza dell'art. 3 del decreto-legge alle misure di promozione della concorrenza si fonda sull'analisi dei presupposti e del quadro normativo in cui si inserisce la norma censurata: non solo il titolo del decreto-legge recava esplicitamente il richiamo a codesta funzione, ma quel tipo di liberalizzazione del commercio (eliminazione di regimi autorizzatori, di regole sulla gestione dell'attività commerciale e superamento del contingentamento dell'offerta) affondava le sue radici in un processo riformatore che a partire dal 1998 ha progressivamente abbandonato il modello di rigida regolazione dell'accesso alla distribuzione commerciale attraverso il meccanismo della preventiva autorizzazione. In questo tipo di argomentazione la volontà del legislatore, così come sintetizzata nel titolo del decreto-legge, è stata ricostruita dalla Corte attraverso il richiamo ai diversi passaggi della riforma legislativa in tema di distribuzione commerciale dai quali emerge il passaggio dal regime autorizzatorio introdotto dalla legge n.426 del 1971 fino alla progressiva eliminazione delle barriere all'ingresso e della programmazione autoritativa ad opera del decreto legislativo n.114 del 1998.

Una volta ricollegata, alla luce del percorso riformatore sopra descritto, la misura pro-competitiva alla "tutela della concorrenza" emerge però "sia l'inderogabilità delle disposizioni nelle quali si esprime", sia il dato secondo cui "queste legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti che di esse sono proprie, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano" (punto 3.2.1 del diritto).

E' evidente che l'"inderogabilità" implica la naturale strumentalità delle misure di dettaglio adottate dal decreto-legge per raggiungere l'obiettivo della liberalizzazione del commercio: questo assunto impedisce logicamente il passaggio al secondo livello di analisi sulla effettiva congruenza/proporzionalità dell'intervento statale pro-competitivo rispetto alle (inevitabili) interferenze con le competenze legislative regionali. Questo secondo livello di analisi era però opportuno e doveroso, trattandosi di interferenza con la materia del

commercio, materia di competenza piena residuale regionale ²⁰. Di ciò la Corte è consapevole poiché tenta di recuperare al contempo lo schema originario del giudizio di ragionevolezza (sent. 14 del 2004) ammettendo che le misure adottate dallo Stato in funzione della “tutela della concorrenza” possono trasversalmente interferire con le scelte delle regioni che, nell’ambito delle proprie competenze legislative (di tipo concorrente ovvero residuale), hanno la potestà di adottare provvedimenti in grado di favorire la concorrenza. Siffatte iniziative regionali sono però ammissibili a condizione che gli effetti delle stesse siano “marginali e indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza” .

Alla luce di questa affermazione si potrebbe pensare che gli spazi regionali pro-competitivi negati alle regioni quando la Corte ha censurato le scelte regionali sulla disciplina della gara per i servizi pubblici locali si siano ora materializzati. In realtà, trattasi di una mera illusione poiché è assai arduo immaginare spazi normativi per il legislatore regionale che può solo “indirettamente” favorire con le sue politiche dinamiche favorevoli al funzionamento concorrenziale del mercato di riferimento²¹.

Questa implicita compressione degli spazi legislativi regionali è tale da inibire qualunque intervento volto a ridefinire nella specifica realtà locale le condizioni migliori per favorire la più ampia apertura alla concorrenza nel settore della distribuzione commerciale, nonostante che questi spazi non siano stati mai esclusi in radice dalla stessa Autorità *antitrust* che in una segnalazione del 1999 ha invocato il rispetto di alcuni principi che le regioni avrebbero dovuto seguire nel dare attuazione al decreto legislativo n.114 del 1998, senza mai negare in radice la possibilità per le stesse di interpretare in termini diversi la logica della sussidiarietà e quindi adattare alla specifica realtà regionale il raccordo con le funzioni degli enti locali ²².

Per quanto riguarda poi la liberalizzazione del mercato dei farmaci da banco derivante dalla possibilità di distribuire tali medicinali presso la grande distribuzione commerciale, la

²⁰ Sulla portata delle interferenze della tutela della concorrenza rispetto al settore del commercio e, più in generale rispetto alle competenze legislative regionali residuali, v. L. Cassetti, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza* (10 dicembre 2001), in federalismi.it ; L. Buffoni, *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, 383; G. Corso, *La tutela della concorrenza*, in G. Corso e V. Lopilato, *Il diritto amministrativo dopo la riforma costituzionale*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2006, 3 ss.

²¹ G. Fares, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali: ancora da decifrare gli spazi per l'intervento normativo delle regioni*. Nota a [Corte cost. n. 431 del 2007](#), in www.giurcost.org nel commentare questo principio, ribadito dalla sent. n. 431 del 2007 (in materia di contratti pubblici e procedure di appalto) parla di “generosità” della Corte, non senza però rilevare la difficoltà oggettiva di rinvenire spazi concreti all’intervento del legislatore regionale.

²² Sulle modalità di attuazione da parte delle regioni del d.lgs. n.114 del 1998, v. AGCM, *Misure regionali di attuazione del decreto legislativo n.114/1998 in materia di distribuzione commerciale* (AS 165), Segnalazione del 4.3.1999, in Boll. n.9/1999.

Corte evita di sindacare la congruità/proporzionalità delle prescrizioni contenute nell'art. 5 del d.l. n. 223 (vendita dei farmaci nei medesimi orari di apertura dell'esercizio commerciale, obbligo della presenza di un farmacista che assista i consumatori, divieto di concorsi a premio o vendite sotto costo etc.) in quanto valuta quelle misure in relazione ad un parametro diverso da quello della "tutela della concorrenza". In altre parole, i giudici costituzionali reputano "prevalente" in questa materia la competenza relativa alla "tutela della salute" che ricomprende, secondo una giurisprudenza consolidata, le regole che disciplinano aspetti dell'organizzazione del servizio farmaceutico nazionale. Sulla base di questa premessa interpretativa la Corte esclude che il carattere dettagliato della norma impugnata violi il limite dei principi fondamentali, limite che si impone allo Stato nell'ambito delle competenze concorrenti tra le quali l'art.117 co.3 Cost. annovera appunto la tutela della salute, in quanto la specificità delle prescrizioni è legata ai principi da un "evidente rapporto di coesistenzialità e di necessaria integrazione" (punto 4.2. del Consid. in diritto).

3.1 Promozione della concorrenza e professioni: l'abolizione dei minimi tariffari.

Nella [sentenza n. 443](#) la Corte chiarisce che l'abolizione dell'obbligatorietà dei minimi tariffari (art.2, co.1, lett.a) del d.l. n.223) persegue l'obiettivo di stimolare maggiore concorrenzialità nell'ambito delle attività libero-professionali e intellettuali, nel senso che tende a favorire l' ampliamento delle possibilità di scelta per gli utenti tra le diverse offerte (sui costi e sulla determinazione dei compensi). Per confermare questa conclusione i giudici costituzionali ricostruiscono il quadro normativo interno nonché l'evoluzione delle regole e della giurisprudenza comunitaria, muovendo proprio dall'orientamento politico della Commissione UE che nella Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali elaborata nel 2004 aveva suggerito agli Stati l'avvio di un processo di revisione delle regole interne al fine di eliminare quelle barriere (limiti nella determinazione delle tariffe e vincoli in tema di pubblicità) che di fatto impediscono la libera circolazione dei professionisti e quindi generano un'illegittima restrizione alla libertà di stabilimento (art.49 TCE) ²³. Il quadro tracciato dalla Corte comprende anche una Risoluzione con la quale il Parlamento europeo nel 2006 invitava la Commissione ad analizzare le differenze esistenti tra le diverse categorie professionali di ciascuno Stato membro ed al tempo stesso si invitavano gli stessi ad adottare misure meno restrittive rispetto a quelle che impongono, tra l'altro, l'obbligatorietà delle tariffe fisse o minime. In particolare, con riferimento alle tariffe forensi la Corte ricorda che il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione con cui ha stabilito che le tariffe obbligatorie

²³ Così Corte cost. sent. n. 443 del 2007 cit., punto 6.2. del Consid. in diritto.

non violano il principio della libera concorrenza, a condizione che la loro adozione sia giustificata dal perseguimento di un legittimo interesse pubblico. Ad ulteriore conferma di questa linea interpretativa la Corte costituzionale ricorda anche la fondamentale sentenza della Corte di Giustizia CE che nel 2006, confermando un orientamento ormai costante in materia, ha stabilito che “il divieto di derogare in via convenzionale ai minimi tariffari, come nel caso della legislazione italiana, può rendere più difficile l’accesso degli avvocati stabiliti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana al mercato dei servizi legali ed è quindi in grado di ostacolare l’esercizio delle loro attività di prestazione dei servizi in quest’ultimo Stato membro”²⁴.

Una volta ricondotto, sulla base di questa ricostruzione del quadro europeo, l’art. 2 del d.l. n.223 agli interventi statali di “promozione della concorrenza”, in quanto norma volta a superare la logica dei minimi tariffari inderogabili in via convenzionale e quindi a favorire la concorrenza nei mercati dei servizi professionali, la Corte precisa, richiamando le sentenze nn. 401 e 430, che è del tutto superfluo indagare sul carattere dettagliato della norma in questione.

Infatti, anche una norma con queste caratteristiche “purché orientata alla tutela della concorrenza si pone come legittima esplicazione della potestà legislativa esclusiva dello Stato in subiecta materia”. L’eventuale illegittima invasione delle competenze costituzionalmente garantire alle regioni, derivante dall’agire trasversale della materia-obiettivo avente ad oggetto la promozione della concorrenza, non può essere imperniata sulla natura, dettagliata o meno, delle norme statali impugnate, quanto piuttosto sulla “rigorosa verifica della effettiva funzionalità delle norme a tutela della concorrenza”²⁵ (punto 6.3. del Cons. diritto).

In realtà, nonostante il formale richiamo al “rigore” nella valutazione del primo livello di indagine, i giudici costituzionali eludono questa premessa interpretativa: ricondurre l’abolizione dei minimi i tariffari all’interno della tutela della concorrenza sulla base del quadro comunitario che da tempo invoca misure di liberalizzazioni nelle professioni non rappresenta certo una verifica rigorosa (così come non convince, nella sent. n.401, il

²⁴ In realtà, la citazione di questo frammento della sentenza della Corte di Giustizia CE, grande sezione, 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04 non deve far ritenere che in quella fondamentale decisione i giudici comunitari si siano pronunciati nel senso della incompatibilità delle norme italiane sulle tariffe obbligatorie: infatti, la Corte di Giustizia ha in definitiva riservato al giudice del rinvio il compito di accertare se il sistema delle tariffe minime obbligatorie sia proporzionato ovvero giustificato in nome di un interesse pubblico prevalente (mantenimento della qualità elevata nei servizi professionali, tutela dei consumatori e buona amministrazione della giustizia): la sentenza è stata pubblicata anche in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 17 ss.

²⁵ Cfr. Corte cost. sent. n.443 del 2007 cit., punto 6.3 del Consid. In diritto.

sindacato sulle diverse norme del Codice appalti condotto alla luce dei principi generali dettati dalle direttive comunitarie oggetto di recepimento).

In altre parole, il confronto con il quadro comunitario delle liberalizzazioni nei settori sopra richiamati rappresenta un elemento importante per accertare l'eventuale natura pro-competitiva della norma censurata e quindi per ricondurre la medesima sotto la "copertura" della tutela della concorrenza: tale operazione non è però sufficiente per analizzare rigorosamente il *quomodo* del recepimento statale di quelle regole e quindi l'eventuale congruenza/proporzionalità delle scelte del legislatore statale rispetto all'obiettivo di tutelare la concorrenzialità del mercato di riferimento. Solo attraverso questo secondo livello di analisi si sarebbe potuto addurre argomenti a favore della proporzionalità della norma censurata al fine di superare l'obiezione sollevata dalla difesa regionale in merito al carattere eccessivamente dettagliato della norma statale e quindi escludere la lamentata compressione delle competenze legislative regionali coinvolte dall'agire "trasversale" degli interventi statali a tutela della concorrenza.

In verità, un effettivo sindacato sulla proporzionalità delle regole sui minimi tariffari introdotte dal decreto legge n.223 avrebbe potuto evidenziare piuttosto che il "famigerato" superamento della logica fondata sulla tariffa minima obbligatoria in funzione dell'apertura verso una reale concorrenza nei servizi professionali ha subito alcune consistenti restrizioni per le tariffe forensi: infatti, a seguito delle integrazioni operate in sede di conversione in legge, l'art.2 del decreto legge prevede che i compensi professionali per il gratuito patrocinio sono liquidati dal giudice in base alle tariffe professionali (co.2) e che sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali (co. 2 bis). In realtà, questo "regime speciale" introdotto per le tariffe forensi è tutt'altro che indolore, al punto che è stato giudicato in grado di vanificare l'obiettivo liberalizzatore della norma, dal momento che, nella scelta della forma scritta (richiesta *ad substantiam*) per la clausola che deroga al divieto, l'avvocato, per le sue competenze e conoscenze tecniche, è in una posizione "dominante" rispetto al consumatore/cliente ²⁶. Siamo dunque in presenza di una liberalizzazione "ambigua" ²⁷ che, con riferimento alle tariffe forensi, ben potrebbe dare vita ad una prassi non certo in linea con l'obiettivo pro-competitivo che la Corte ha, un po' sbrigativamente, riconosciuto alla norma in questione.

²⁶ Così A. Mari, Commento alla sentenza della Corte di Giustizia CE, grande sezione, 5 dicembre 2006, cit., in *Giornale di diritto amministrativo*, n.1/2008, 21.

²⁷ Cf. A. Cossiri, *Un'opinione sulla liberalizzazione delle professioni nel decreto Bersani*, in *Quad.cost.*, 2007, 144 ss.

3.2 Promozione della concorrenza e trasporto pubblico locale

Queste carenze nei passaggi argomentativi emergono anche con riferimento al rapporto tra la tutela della concorrenza e le misure del decreto legge n.223 (artt. 6 e 12, co.1) introdotte per favorire la concorrenza nell'offerta del servizio taxi e nell'aumento dell'offerta del trasporto pubblico locale mediante l'apertura agli autoservizi pubblici non di linea.

Con la [sentenza n.452 del 2007](#) la Corte ha infatti dichiarato la piena legittimità di queste norme con riferimento al parametro della tutela della concorrenza richiamando gli obiettivi perseguiti dalla normativa censurata: accrescere l'offerta del trasporto pubblico locale, rispettivamente di linea e non di linea, implementando la platea degli operatori attivi sul mercato, tramite il rilascio di licenze ovvero di titoli autorizzatori temporanei o stagionali ovvero riconoscendo ai comuni la facoltà di autorizzare al trasporto di linea di passeggeri chi sia in possesso dei necessari requisiti tecnico-professionali.

In verità, se i giudici costituzionali fossero andati un po' oltre la lettera della norma e quindi oltre l'autoqualificazione del legislatore avrebbero potuto magari rendersi conto del fatto che il Parlamento in sede di conversione, sotto la pressione delle pesanti contestazioni organizzate dalle categorie interessate, ha "ammorbidito" la natura precettiva e l'operatività effettiva di quelle nuove regole: il compromesso raggiunto in Parlamento ha infatti lasciato ai Comuni ampi spazi per decidere in ordine al *quomodo* (e, soprattutto, al *quando...*) dell'adozione dei provvedimenti di liberalizzazione in quei delicati settori. In questo percorso la normativa che consente il rilascio di nuove licenze si è arricchita di una serie di clausole che mirano in realtà a rendere più *soft* l'impatto dell'eventuale rilascio di nuove licenze sul margine di guadagno degli operatori economici già presenti sul mercato del servizio taxi in ambito comunale. Sembra infatti andare in questa direzione la previsione secondo la quale i ricavi delle nuove licenze sono ripartiti in misura non inferiore all'80% tra i titolari di licenza di taxi del medesimo comune, mentre la parte residua è destinata ad iniziative che mirano al miglioramento della qualità degli autoservizi pubblici non di linea ed alla sicurezza dei conducenti e dei passeggeri (art.6, co.1, lett.b).

Anche in questa circostanza però la Corte non valuta la proporzionalità di queste previsioni rispetto all'obiettivo dell'incremento della concorrenzialità dell'intero mercato del trasporto di competenza dell'ente locale, ma supera l'argomento dell'estremo dettaglio di quelle previsioni ribadendo, coerentemente con i principi enucleati nella sent. 401 del 2007, che una volta ricondotta la normativa impugnata all'interno di una funzione trasversale (tutela della concorrenza) non rileva in alcun modo il fatto che l'intervento statale abbia un contenuto analitico.

4. La “peculiarità” della tutela della concorrenza come materia-obiettivo di natura trasversale e le incertezze del sindacato sulla ragionevolezza dell'intervento statale che coinvolge settori cruciali per lo sviluppo economico.

E' evidente che dopo la sentenza n. 401 si è aperta una nuova stagione nell'interpretazione della funzione statale a tutela della concorrenza: la possibilità di individuare un “nocciolo duro” ovvero un complesso di regole “inderogabili” nelle norme statali a tutela della concorrenza in grado di prevalere sull'esercizio di eventuali competenze regionali coinvolte dall'agire trasversale delle prime non riguarda solo la “peculiarità” della disciplina codicistica dei contratti pubblici.

Come abbiamo sottolineato, infatti, lo schema interpretativo della sent. 401 del 2007 è stato riproposto dai giudici costituzionali nel sindacato sulle norme statali recanti misure di liberalizzazione destinate ad aprire alla concorrenza alcuni specifici ambiti di mercato.

A fronte delle incertezze e delle applicazioni ondivaghe del giudizio di ragionevolezza introdotto con la sentenza n. 14 del 2004, difficoltà in larga parte derivanti dalla necessità di fondare l'argomentazione anche su dati fattuali in grado di giustificare l'eventuale portata macroeconomica dell'intervento statale a difesa della concorrenza, la giurisprudenza costituzionale del 2007 propone un' applicazione parziale e insoddisfacente del giudizio di ragionevolezza/ proporzionalità dell' intervento statale, giudizio che fu immaginato come contrappeso indispensabile per “mitigare” la trasversalità della funzione statale a difesa della concorrenza e quindi evitare il sostanziale svilimento delle competenze legislative regionali di volta in volta coinvolte.

Le argomentazioni utilizzate nelle sentenze sopra esaminate lasciano intravedere un giudice costituzionale completamente schiacciato sulle scelte del legislatore statale, nel senso che le motivazioni di quelle decisioni si fondano in larga parte sul “riassunto” del quadro normativo: è in tal senso emblematica la descrizione delle tappe normative della liberalizzazione nel settore della distribuzione commerciale. Negli altri casi il sindacato si è limitato ad una verifica sulla coerenza con il quadro comunitario delle liberalizzazioni (servizi professionali) ovvero all'accertamento della coerenza della normativa nazionale rispetto alle linee programmatiche delle direttive europee oggetto di recepimento (nel caso degli appalti).

In sostanza, la logica della “prevalenza” dell'interesse statale alla difesa della concorrenza, logica che sostiene la legittimità dell'esercizio della relativa funzione da parte dello Stato, è destinata ad allontanare la possibilità di svolgere uno *screening* coerente ed

esaustivo sulla ragionevolezza della norma censurata, al fine di verificare l'eventuale sproporzione dell'intervento statale rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza.

Coerentemente con la premessa della “prevalenza” delle norme statali introdotte per promuovere la concorrenza la Corte ha altresì escluso in radice la necessità di forme di leale collaborazione con il livello regionale. Infatti, alle obiezioni sollevate dalle regioni ricorrenti relativamente all'opportunità di sottoporre alla previa intesa in sede di Conferenza unificata la procedura di adozione del regolamento statale (per l'esecuzione e l'attuazione delle regole codicistiche in tema di contratti pubblici) quando si versi nell'ambito di una competenza statale riconducibile alla tutela della concorrenza in quanto la sua trasversalità implica l'interferenza con una serie di competenze regionali, la Corte ha risposto negando la sussistenza di qualsiasi obbligo di coinvolgimento delle regioni interessate nella fase di esercizio della competenza regolamentare nelle materie riservate alla sua competenza legislativa e che questo principio si applica anche alla tutela della concorrenza “in ragione proprio del peculiare modo di atteggiarsi della sua trasversalità”²⁸.

La logica della prevalenza che “taglia le ali” alla possibilità di impostare un effettivo sindacato sulla ragionevolezza/proporzionalità della scelta statale e può fare a meno di meccanismi di coinvolgimento delle regioni in presenza di competenze legislative coinvolte dal (“peculiare”) agire trasversale della funzione di tutela della concorrenza disegnano un nuovo profilo di questa funzione che sta diventando un “unicum” nel panorama delle funzioni trasversali.

La tutela della concorrenza è stata, fin dai primi commenti alla riforma del titolo V, parte II della Costituzione, opportunamente inserita all'interno di una categoria omogenea rappresentata dalle cd. materie-obiettivo caratterizzate dal loro agire trasversale²⁹: oggi, alla luce della giurisprudenza sopra esaminata, tale funzione si colloca in posizione “speciale”

²⁸ Così Corte cost. sent. n.401 del 2007, cit., punto 7.5. del Cons. in diritto: in pratica la Corte, dopo aver sottolineato il carattere inderogabile e prevalente delle regole statali poste nel Codice appalti a tutela della concorrenza ed aver quindi indirettamente negato spazi per l'intervento legislativo regionale non considera il fatto che questo comporta una parallela compressione anche della potestà regolamentare regionale (art.117 co.6 Cost.) e si rifugia piuttosto nella logica (formalistica) della separazione delle competenze statali e competenze regionali “che non richiede, salvo le peculiarità di determinate fattispecie, particolari forme di leale collaborazione nella fase di esercizio della potestà regolamentare”. Sui limiti di questo passaggio interpretativo si rinvia a L. Cassetti, *Appalti e concorrenza: quante sono le anime della competenza esclusiva statale in materia di “tutela della concorrenza”?*, in corso di pubblicazione in *Giur.cost.* 2007, 1008 ss..

²⁹ Sulla categoria generale delle materie trasversali, costruite cioè in termini finalistici, v. A. D'Atena, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad.cost.* 2003, 15 ss., in part. 21; L. Buffoni, *La “tutela della concorrenza”*, cit., 377, sottolinea che la tutela della concorrenza non rappresenta un unicum nel panorama delle funzioni statali trasversali, fra le quali si annoverano le competenze-funzioni di cui all'art.117, co.2 lett.m) livelli essenziali , lett. b) immigrazione, lett.l) ordinamento civile , lett. n)norme generali sull'istruzione, lett.o) previdenza sociale,lett.s) tutela dell'ambiente, lett. p) funzioni fondamentali di Comuni, province e città metropolitane.

nella misura in cui può legittimare interventi statali che sono in grado di “superare” un vero ed approfondito scrutinio di proporzionalità e che, per di più, non hanno “bisogno” di rispettare la condizione della leale cooperazione, condizione che in passato la stessa Corte ha invece imposto all’agire trasversale di altre competenze statali, come è accaduto, ad esempio, nell’ambito della determinazione da parte dello Stato delle norme generali sull’istruzione (art. 117, co.2 lett.n)³⁰.

Se questo è il risultato “finale” della de-materializzazione che ha riguardato in particolare la competenza statale a tutela della concorrenza (qualificabile appunto in termini di obiettivo e non di materia in senso stretto) non si può però dimenticare che nella logica del regionalismo riformato nel 2001 quel processo “deve” convivere con meccanismi di “compensazione” fondati sulla cooperazione tra diversi livelli che compongono la Repubblica, meccanismi che sono ben distanti dalla logica, ampiamente sperimentata sotto la vigenza del vecchio Titolo V, della prevalenza gerarchica dello Stato.

Del resto proprio all’interno di questi meccanismi elaborati in larga misura dal giudice delle leggi è stato fondamentale il giudizio di ragionevolezza/proporzionalità (degli interventi di rilievo macroeconomico dello Stato) inaugurato proprio con la sentenza n. 14 del 2004, al fine di salvaguardare un equo bilanciamento tra una nozione ampia di tutela della concorrenza e lo svolgimento di competenze legislative regionali attinenti direttamente o indirettamente allo sviluppo economico³¹.

L’allontanamento progressivo da quel modello, così evidente a partire dalla sent. n. 401 del 2007 e chiaramente riproposto dalla giurisprudenza successiva qui esaminata, non può non riflettersi sulla tenuta e sulla razionalità dell’intero sistema dei rapporti tra lo Stato e le autonomie in quanto ha coinvolto l’interpretazione di ambiti di competenza determinanti per lo sviluppo economico del paese.

La ricerca di un equilibrio diverso dalla logica della “prevalenza” e dell’inderogabilità della scelta statale potrebbe rivelarsi decisamente più fruttuosa anche perché eviterebbe l’acuirsi della conflittualità in un sistema che, soprattutto alla luce del quadro politico emerso dalla consultazione elettorale del 13-14 aprile, deve ormai necessariamente procedere sul versante dell’armonizzazione tra le responsabilità economiche dello Stato e le richieste

³⁰ Sulla necessità di rispettare il principio della leale cooperazione in sede di definizione da parte dello Stato delle norme generali sull’istruzione, funzione trasversale che interseca la competenza concorrente in tema di istruzione, v. la sent. n.279 del 2005, con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale la norma statale che nell’ambito della funzione esclusiva sopra richiamata aveva dettato regole per la sull’anticipazione dell’accesso alla scuola primaria senza prevedere l’obbligo di sentire la Conferenza unificata Stato-regioni.

³¹ Come sottolinea R.Bin, *“Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale”*.Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, vol. I, 318-20.

sempre più pressanti di coinvolgimento provenienti dalle aree regionali che svolgono una funzione di traino per la crescita del PIL in una congiuntura economica internazionale caratterizzata da segnali di recessione e di incertezza.