

LA REGOLAZIONE PRO-CONCORRENZIALE DEL GOVERNO MONTI ALLA PROVA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UNA TRIPLICE CONVERGENZA?

Gabriele Mazzantini*

Keywords: Economic Regulation, Economic Constitution, Better Regulation, Multi Level Governance, Liberalization

Abstract: *In response to the international financial crisis, in 2011 and 2012, at the request of international institutions such as the European Central Bank, the Monti Government issued some decree laws intended to liberalize markets and simplify economic regulations, introducing some international principles of better regulation. At the same time, these decrees introduced a strengthening of the Italian Competition Authority's advocacy powers as well as the Transport Regulation Authority. It seemed as if the promotion of competition had returned to the forefront of our economic policy.*

These laws have several original elements. First of all, contrary to what has happened in recent years, liberalizations did not concern only some particular industrial sectors, but the Monti Government chose to issue pro-competitive rules concerning economic regulations as a whole. Secondly, incentives to encourage Regions, Provinces and Municipalities to adopt this kind of regulation were introduced. It has been claimed that these rules introduced a new interpretation of art. 41 of the Italian Constitution.

Regions considered their own legislative power limited by these new rules and decided to submit them to the Constitutional Court.

The aim of this work is to describe the most innovative aspects of these rules and, especially, to illustrate the Constitutional Court's related judgments, which pronounced that almost all these rules were legitimate, even resorting to some elements of economic law.

1. INTRODUZIONE

L'attuale crisi economica internazionale che ha investito numerosi Paesi, tra cui l'Italia, ha avuto fra i suoi effetti anche quello di risvegliare un dibattito su quali fossero le politiche economiche più idonee a fronteggiare la recessione; da un lato, si è fatta sempre più pressante l'esigenza di individuare quali siano i modi migliori per impiegare le sempre più scarse risorse pubbliche, oggetto costante di politiche di *spending review*; dall'altro, è diventato parimenti cruciale regolare in modo efficiente l'impiego di quelle private¹.

In particolare, una delle questioni più controverse è stata quella relativa a quale fosse

¹ M. De Benedetto (2014), *Diritto amministrativo e crescita economica*, in «Il diritto dell'economia», n. 1/2014, pp. 189-207; U. Morera, N. Rangone (2013), *Sistema regolatorio e crisi economica*, in «Analisi giuridica dell'economia», n. 2/2013, pp. 383-394; M. Clarich, B.G. Mattarella (2013), *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in «Analisi giuridica dell'economia», n. 2/2013, pp. 363-381.

* ICA/Italian Constitutional Court

il giusto grado di apertura dei mercati alla concorrenza o, in altre parole, quale fosse il modello di capitalismo più idoneo a fronteggiare gli effetti della crisi². Secondo alcuni, infatti, in tempi di crisi economica lo Stato deve intervenire di più e in modo più diretto sui mercati, fino ad arrivare a difendere le principali aziende del Paese – i cosiddetti “campioni nazionali” – da un’eccessiva concorrenza con altre imprese straniere; secondo altri, invece, è solo aprendo i mercati ad una maggiore concorrenza che si può aumentare il grado di competitività del sistema Paese e rilanciare l’economia nazionale, migliorando le *performance* delle imprese.

Semplificando, si può affermare che la prima prospettiva ha prevalso nel periodo 2008-2011, trovando forse la sua sublimazione nel decreto legge n. 134 del 2008 (il cosiddetto decreto legge “Alitalia – CAI”), poi convertito nella legge n. 166 del 2008, il quale ha sospeso per tre anni i poteri di controllo dell’Antitrust sulle concentrazioni fra imprese che si trovano in determinate condizioni³. La seconda prospettiva ha invece caratterizzato – anche se,

² A. Somma (2013), *Scontro tra capitalismo, crisi del debito e diritti fondamentali*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», n. 2/2013, pp. 451-466.

³ In sintesi, il decreto ha introdotto il comma 4-*quinquies* all’art. 4 del decreto legislativo n. 347 del 2003, il quale ha disposto l’esenzione dall’autorizzazione dell’Antitrust per tutte quelle concentrazioni riguardanti imprese in stato di insolvenza, che esercitano la propria attività nel settore dei servizi pubblici essenziali e che sono ammesse a procedure di amministrazione straordinaria. Tale decreto è stato oggetto, come vedremo in seguito, di una sentenza della Corte costituzionale che, nel 2010, ne ha decretato la legittimità costituzionale. Per un commento in ottica Antitrust si rimanda a L. Stecchetti, G. Anaretti (2010), *Il ventennale dell’antitrust e la Corte costituzionale*, in «Mercato concorrenza regole», n. 3/2010, pp. 459-468.

va detto, in modo disorganico⁴ – la politica economica del periodo 2011-2012, soprattutto in seguito all’avvento del governo Monti che, nel novembre 2011, ha sostituito il precedente governo Berlusconi.

Proprio il governo Monti ha dedicato un intero provvedimento alle liberalizzazioni, il c.d. decreto “Cresci Italia” (decreto legge n. 1 del 2012), ed ha inserito altri singoli articoli e disposizioni in altri decreti, a partire dal c.d. decreto “Salva Italia” (decreto legge n. 201 del 2011), anche se le prime disposizioni miranti a raggiungere una maggiore apertura dei mercati sono da ricercare nella c.d. “Manovra di Ferragosto” (decreto legge n. 138 del 2011), emanata sotto il governo Berlusconi, in risposta alla lettera inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri dai due presidenti (uscente ed entrante) della BCE, Trichet e Draghi, il 5 agosto 2011.

È indubbio che questa missiva, richiamando l’attenzione su alcuni temi considerati fondamentali per la tenuta dei conti pubblici dell’Italia, abbia costituito una specie di spartiacque nella recente politica italiana; e, tra le richieste fatte al governo italiano, è stata messa al primo posto l’introduzione di una maggiore liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici locali e di una maggiore concorrenza nei servizi professionali. Solo in questo modo, infatti – secondo la prospettiva dei due presidenti della BCE – sarebbe stato possibile dare il via a quella crescita economica che avrebbe dovuto accompagnare rigorose e

⁴ Si veda sul punto l’articolo di W. Giulietti (2012), *Crisi economica e liberalizzazioni*, in «Il diritto dell’economia», n. 1/2012, pp. 113-127, in particolare le pagine 120 e ss..

stringenti politiche di taglio della spesa pubblica e del debito.

Per ottemperare a tali richieste, diversi decreti legge emanati nei mesi successivi hanno introdotto disposizioni volte ad accelerare la liberalizzazione ed incrementare la concorrenza in numerosi settori e attività economiche. A prescindere dalla valutazione della reale portata che questi provvedimenti hanno avuto e avranno nei prossimi anni, che esorbita dallo scopo del presente lavoro⁵, è possibile individuare due sentieri paralleli: da un lato, si è tentato di alleggerire la regolazione dell'attività economica (regolazione proconcorrenziale) e ad incentivare l'iniziativa economica privata (liberalizzazioni); dall'altro, si sono attribuiti nuovi poteri all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche AGCM o semplicemente Antitrust), da utilizzare soprattutto nel campo della promozione della concorrenza.

L'uso dei decreti è stato dettato da un'effettiva situazione di urgenza in cui si è venuta a

trovare in quel periodo l'Italia, ma, a ben vedere, gli obiettivi perseguiti appaiono andare ben oltre una temporanea maggiore apertura dei mercati alla concorrenza, mirando piuttosto ad instillare una nuova lettura dell'art. 41 della Costituzione⁶.

In questo lavoro, come detto, trascureremo i reali effetti prodotti sull'economia nazionale dalle norme prima ricordate e ci concentreremo piuttosto sulle novità introdotte a livello di principi. In questa prospettiva, risulta interessante compiere anche una disamina delle pronunce della Corte costituzionale, la quale è stata chiamata da alcune Regioni a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di tali disposizioni di legge.

Il lavoro si suddivide nel modo seguente: nel paragrafo successivo saranno descritte le disposizioni introdotte dal Governo Monti che hanno contribuito ad una maggiore apertura dei mercati, suddivise in tre sottogruppi: norme che hanno introdotto una regolazione dei mercati maggiormente pro-concorrenziale; norme che hanno attribuito nuovi poteri all'Antitrust; infine, norme che hanno liberalizzato (ulteriormente) il comparto della distribuzione commerciale, da sempre uno dei

⁵ Vale comunque la pena segnalare che secondo Angel Gurrià, Segretario Generale dell'OCSE, le riforme intraprese dal Governo Monti avrebbero garantito all'Italia un incremento del PIL del 4% in dieci anni, pari ad un +0,4% medio annuo (si veda il suo discorso tenuto in occasione della Conferenza internazionale sulle riforme strutturali in Italia il 24 settembre 2012, a Roma). Per un commento sulla "reale" portata di tali interventi normativi, probabilmente piuttosto contenuta, si veda L. Fiorentino, L. Saltari (2012), *Le politiche di concorrenza: dallo stallo al rilancio*, in *Uscire dalla crisi*, a cura di G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, pp. 251-291; la stessa AGCM, del resto, non ha mancato di sottolineare come il decreto Cresci Italia, "in mancanza dei regolamenti governativi previsti, è destinata a rimanere priva di ogni concreto effetto". Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2013), *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2012*, p. 18; da ultimo, si veda anche la *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2013*, p. 11.

⁶ M. De Benedetto (2013), *Le liberalizzazioni e la costituzione*, in *La regolazione intelligente*, a cura di B. G. Mattarella, A. Natalini, Passigli editore, Bango a Ripoli, pp. 39-51. Si coglie l'occasione per rilevare come liberalizzare l'economia attraverso norme di portata generale anziché settoriali, come nel caso dei provvedimenti presi in esame in questo lavoro, è stato da taluni Autori considerato in maniera negativa (M. Clarich, B.G. Mattarella (2013), *op. cit.*, p. 367) mentre è stato salutato da altri in modo decisamente positivo (M. Grillo (2012), *Il decreto "Cresci Italia" tra disegno "alto" e difficoltà di attuazione*, articolo del 27 gennaio 2012 consultabile sul sito www.nelmerito.it).

più economicamente rilevanti e dei più critici per la questione relativa alla competenza della sua regolazione (Stato o Regioni?); Il paragrafo finale contiene invece alcune considerazioni di sintesi.

2. LE NOVITÀ LEGISLATIVE IN TEMA DI CONCORRENZA E LE RELATIVE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

3.4 Le norme relative alla regolazione pro-concorrenziale dei mercati

3.4.1 L'art. 3 del d.l. 138/2011

La nostra rassegna inizia citando un decreto che non è stato emanato durante il governo Monti, bensì negli ultimi mesi del precedente governo Berlusconi; alcune norme contenute in questo decreto rappresentano tuttavia “il prologo” ad altre norme emanate nei mesi successivi e che a quelle, evidentemente, si ispirano. La disposizione in questione, che ha dato il via ad una nuova stagione di liberalizzazioni, è, in particolare, l'art. 3 del d.l. 138/2011, la già citata “Manovra di Ferragosto”, la quale rappresenta una prima risposta del governo italiano ai rilievi contenuti nella già ricordata lettera dei presidenti della BCE.

Tale lettera, come detto, metteva in evidenza il costante peggioramento dei conti pubblici italiani i quali, in seguito alla crisi economica internazionale, stavano lentamente, ma progressivamente, peggiorando, mettendo a rischio, secondo gli autori, la solvibilità del Paese; si auspicava perciò di attuare nel più

breve tempo possibile un programma di riforme che incentivassero la crescita economica.

Ecco che nel giro di poco più di una settimana viene approvato il d.l. 138/2011, il quale contiene prevalentemente misure economiche e finanziarie volte al risanamento dei conti pubblici, che si sommano a quelle contenute nella manovra finanziaria del luglio 2011 (il decreto legge n. 98 del 2011). Il decreto contiene però anche alcuni articoli che introducono misure volte ad una maggiore liberalizzazione dei mercati (art. 3) e, in particolare, dei servizi pubblici locali (art. 4)⁷, considerate un passaggio chiave ed obbligato per incentivare la ripresa e la crescita dell'economia nazionale.

Nello specifico, la disposizione contenuta all'art. 3, commi 1 e 2, del decreto stabilisce che lo Stato, le Regioni, le Province ed i Comuni devono adeguare, entro il 30 settembre 2012, i propri ordinamenti al principio in base al quale l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è vietato da disposizioni di legge, le quali possono limitare la concorrenza, considerata un principio fondamentale per lo sviluppo economico, solo nei casi di *a*) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; *b*) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; *c*) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; *d*) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e

⁷ L'art. 4 è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza n. 199 del 2012.

vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comportino effetti sulla finanza pubblica⁸.

L'art. 3, comma 3, prevede che siano soppresse, alla scadenza del termine di cui al comma 1 (il 30 settembre 2012), le disposizioni normative statali incompatibili con quanto disposto nel medesimo comma, con conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio di attività e dell'autocertificazione con controlli successivi, e consente al Governo, nelle more della decorrenza di detto termine, di adottare strumenti di semplificazione normativa attraverso provvedimenti di natura regolamentare. A questo scopo si autorizza il Governo ad adottare, entro il 31 dicembre 2012, uno o più regolamenti con i quali vengono individuate le disposizioni abrogate per effetto di quanto disposto in quello stesso comma.

Il comma 4 stabiliva, infine, che l'adeguamento di Comuni, Province e Regioni all'obbligo di cui al comma 1 avrebbe costituito elemento di valutazione della virtuosità dei predetti enti ai sensi dell'art. 20, comma 3, del decreto legge n. 98 del 2011, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ma tale comma è stato poi successivamente abrogato dall'articolo 30, comma 6, della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di Stabilità 2012), a decorrere dal 1° gennaio 2012.

⁸ Il testo cui si fa riferimento è quello che risulta in seguito all'approvazione della legge di conversione (legge 14 settembre 2011, n. 148).

L'art. 3 del d.l. 138/2011, in primo luogo, eleva la concorrenza a principio fondamentale per lo sviluppo economico in virtù degli effetti benefici che una larga parte della letteratura economica attribuisce a questo modello di mercato⁹; in secondo luogo, impone a Stato, Regioni ed Enti locali di adeguare i propri ordinamenti al principio della liberalizzazione, via maestra per aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati; in terzo luogo, introduce una serie di possibili limitazioni a tale politica economica, attraverso l'elencazione di una serie di vincoli e valori da tutelare che possono giustificare il sacrificio di una

⁹ Copiosa è la produzione scientifica di lavori e ricerche che mettono in relazione la crescita del PIL con le politiche di liberalizzazione e deregolazione dei mercati. Qui di seguito ne ricorderemo alcuni a titolo di esempio: Banca d'Italia (2012), *Concorrenza e regolazione in Italia*, in «Occasional papers», n. 123; Mazzantini G., Oliva G. (2007), *Qualità della regolazione e performance economiche a livello regionale: il caso della distribuzione commerciale in Italia*, in «Collana Studi e Ricerche», disponibile sul sito www.agcm.it; G. Pitruzzella (2012), *Osservazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato al disegno di legge AS3110 di conversione in legge del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, dell'8 febbraio 2012; F. Schivardi, E. Viviano (2010), *Entry barriers in retail trade*, in «The Economic Journal», n. 121, pp. 145 e ss.; L. Forni, A. Gerali e M. Pisani (2009), *Macroeconomic effects of greater competition in the service sector: the case of Italy*, in «Temi di discussione. Working paper», Banca d'Italia, n. 706, marzo 2009, disponibile su www.bancaditalia.it; OCSE (2010), *Italia: una migliore regolamentazione per rafforzare le dinamiche dei mercati*, OECD, Paris; P. Buccirossi, L. Ciari, T. Duso, G. Spagnolo, C. Vitale (2011), *Competition policy and productivity growth: an empirical assessment*, «Düsseldorf Institute for Competition Economics Working Paper», n. 22/2011, consultabile alla pagina <http://www.econstor.eu/bitstream/10419/48605/1/663605695.pdf>; F. Decarolis, C. Giorgiantonio (2014), *Concorrenza e specificità territoriali negli appalti di lavori pubblici*, in «Mercato Concorrenza Regole», pp. 25-67.

maggior apertura dei mercati¹⁰. Tale elenco, se, da un lato, appare tassativo, dall'altro risulta difficilmente delimitabile vista la presenza, al suo interno, di voci indefinite e generiche quali, ad esempio, i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali e il contrasto con i principi fondamentali della Costituzione.

In base a questa norma, quindi, gli unici vincoli che, ad ogni livello amministrativo, possono essere contrapposti ad una politica di liberalizzazione dei mercati sono quelli contenuti nella lista introdotta al comma 1 dell'art. 3 del decreto, mentre tutti gli altri sono da considerarsi ingiustificati: in questo senso, si assiste ad una tipizzazione degli interessi che giustificano una restrizione della libertà economica¹¹. In altre parole, è come se avvenisse «un'inversione dell'onere della prova» a carico del legislatore, il quale è chiamato a giustificare l'introduzione di eventuali restrizioni alla concorrenza dimostrando la loro connessione con l'elenco presente al comma 2.

¹⁰ Tale modello si ispira evidentemente a quello di economia sociale di mercato, la quale è stata definita da uno dei suoi padri, Müller-Armack, «un'economia di mercato che, oltre a non rinunciare al tema della responsabilità sociale, lo assume come proprio presupposto. Ciò si traduce nel concepire l'economia sociale di mercato come uno stile economico, il quale dovrà mostrare di essere in grado di sapersi adattare ai mutamenti delle condizioni sociali, sebbene tale duttilità non debba contraddire il suo principio fondamentale che per Müller-Armack consiste nella coesistenza del principio di libera concorrenza con le necessarie compensazioni sociali». F. Felice, C. Forte, F. Forte (2012), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Rubettino editore, Soveria Mannelli, p. 205.

¹¹ G. Corso (2013), *La liberalizzazione dell'attività economica non piace alle Regioni. Nota alla sentenza della Corte cost. 200/2012*, in «Giurisprudenza italiana», n. 3/2013, p. 678.

Da questo punto di vista, l'applicazione di tale norma dovrebbe quanto meno aumentare la trasparenza nei processi di formazione dei testi di legge, richiedendo al legislatore di esplicitare quali sono i motivi (vale a dire, gli interessi e i principi degni di tutela) che hanno portato alla riduzione o all'annullamento della concorrenza in un certo settore.

Come si accennava in precedenza, questa disposizione mira probabilmente a qualcosa di più della semplice introduzione di una norma emergenziale in materia di politica economica e, come è stato notato, ambisce piuttosto a far diventare regola l'eccezione¹². Non è infatti difficile rinvenire nel primo comma della disposizione un richiamo letterale a quello che avrebbe dovuto essere il nuovo testo dell'art. 41 della Costituzione («L'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge») in base ad un disegno di legge costituzionale del Governo, presentato il 7 marzo 2011 (A.C. 4144) e finalizzato a rafforzare la garanzia costituzionale della libertà economica, il cui *iter* si è poi interrotto presso la Commissione Affari costituzionali della Camera.

E, del resto, è noto che lo stesso comma 1 contenesse un esplicito richiamo all'art. 41 della

¹² «La norma impugnata appare in questo quadro chiaramente di taglio "congiunturale" con la sua ansia di de-regolazione che, una volta posta in essere, tuttavia, avrà esaurito la sua spinta, ma ha al contempo un'ambizione di durata che travalica l'immediato con l'idea di ispirare anche la legislazione successiva, in una fase in cui l'eccezione si dovrà far regola». F. Saitto (2012), *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e regioni*, in «Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», n. 4/2012., p. 11.

Costituzione, anticipandone, con una formula «inedita», la sua revisione¹³; tale inciso è stato poi cancellato in sede di conversione in legge, risolvendo alla radice il (paradossale) problema della legittimità di una legge che si ispirava ad un testo costituzionale non ancora entrato in vigore¹⁴.

Un altro elemento che tradisce l'intenzione del legislatore di introdurre, attraverso le disposizioni contenute nell'art. 3 del d.l. 138/2011, un cambio di paradigma nella regolazione economica nazionale è il richiamo, implicito o esplicito, fatto a quella norma da alcuni decreti ad essa successivi, come ad

esempio l'art. 34 del decreto legge n. 201 del 2011 e, soprattutto, l'art. 1 del decreto legge n. 1 del 2012, di cui parleremo nel prossimo paragrafo.

3.4.2 L'art. 34 del d.l. 201/2011 e gli artt. 1 e 4 del d.l. 1/2012

L'art. 34 del d.l. 201/2011 e l'art. 1 del d.l. 1/2012 continuano la politica di liberalizzazione e semplificazione iniziata dal d.l. 138/2011, essendo accumulate dall'introduzione o dal richiamo di norme che mirano a favorire, da un lato, una maggiore apertura dei mercati alla concorrenza e, dall'altro, la riduzione degli oneri amministrativi e burocratici gravanti sulle imprese e, più in generale, sull'iniziativa economica.

In particolare, l'art. 34 del d.l. 201/2011, comma 1, precisa che le disposizioni contenute nei commi successivi sono adottate allo scopo di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché per assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai beni e servizi sul territorio nazionale.

Il comma 2 sembra invece ispirarsi al già ricordato art. 3 del d.l. 138/2011, affermando, in primo luogo, che la disciplina delle attività economiche è basata sul principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, e che, in secondo luogo, previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo sono giustificati – nel rispetto del principio di proporzionalità – solo in presenza di imperative esigenze di interesse generale,

¹³ F. Angelini (2012), *L'iniziativa economica privata*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti, Jovene Editore, p. 132.

¹⁴ Su questo punto è stato sottolineato: “Come se fosse consentito al legislatore ordinario normare in armonia con paradigmi non ancora adottati dal legislatore costituzionale (e per definizione diversi da quelli vigenti, ché altrimenti non avrebbe senso antevederne il cambiamento). La legge di conversione ha pietosamente cancellato questa stravaganza”. M. Luciani (2012), *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione Repubblicana*, p. 56. Saggio presentato il 28 ottobre 2011 al Convegno annuale AIC tenutosi a Torino su *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, e disponibile all'indirizzo <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/bgic/relazione-luciani>. Tra l'altro, come è stato sottolineato, “Le liberalizzazioni (...) non sembrano essere state ostacolate dall'attuale testo dell'art. 41, che anzi nella sua originaria formulazione ha mostrato una buona adattabilità ad accogliere concezioni diverse di intervento pubblico nell'economia, pur sempre espressive di una «terza via» tra collettivismo e liberismo. Piuttosto, i processi di liberalizzazione hanno incontrato ostacoli in fattori di «Costituzione materiale»: tra questi, la mancanza di coerenza nella filiera di regolazione ai diversi livelli di governo (statale, regionale, locale); la mancata utilizzazione di strumenti di valutazione prognostica degli effetti della regolazione; la resistenza opposta dai gruppi d'interesse, pubblici e privati”. M. De Benedetto (2013), *op. cit.*, p. 47.

costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario.

Il comma 3 dettaglia quali sono le restrizioni alla concorrenza contenute in norme vigenti che devono ritenersi abrogate dall'entrata del d.l.: *a)* il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area; *b)* l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica; *c)* il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche; *d)* la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti; *e)* la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore; *f)* l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi; *g)* l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta.

Il comma 4, infine, specifica che l'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Il d.l. 1/2012 completa, per così dire, il processo iniziato dall'art. 3 del d.l. 138/2011 – espressamente richiamato all'art. 1, comma 1 – e proseguito con l'appena ricordato art. 34 del d.l. 201/2011, introducendo numerose disposizioni volte a liberalizzare i mercati e a

rimuovere ostacoli e restrizioni alla concorrenza¹⁵.

In particolare, l'art. 1 introduce dei principi che saranno poi declinati, settore per settore, negli articoli successivi e costituisce un tentativo di introdurre una rapida liberalizzazione dell'economia a tutti i livelli amministrativi. Al comma 1, lettera, *a)*, infatti, si dispone l'abrogazione, dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 3 dello stesso articolo, delle norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità.

In base alla lettera *b)* dello stesso comma, sono poi abrogate le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico,

¹⁵ Come è stato sottolineato, “la recente normazione in materia riproduce continuamente i medesimi contenuti dispositivi, in forma quasi «litania», rischiando di determinare più di un dubbio sulla propria portata prescrittiva. Se si pensa (solo per portare un esempio) proprio alla libertà di iniziativa economica, questa è, nel corso degli ultimi due anni, continuamente evocata da leggi e decreti legge. Questa litania normativa può costituire una *deminutio* di credibilità per le politiche di liberalizzazione e al fondo rende palese la realtà di un legislatore che sembra dubitare di se stesso. Dunque, sarebbe opportuno che il legislatore fosse al contempo più convinto e più convincente”. M. De Benedetto (2013), *op. cit.*, p. 49.

che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti.

Il comma 2 precisa che le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica.

Il comma 3 stabilisce che il Governo è autorizzato ad adottare entro il 31 dicembre 2012 uno o più regolamenti, ai sensi

dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, per individuare le attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione, e disciplinare i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, individuando le disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che, ai sensi del comma 1, vengono abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è chiamata a rendere parere obbligatorio, nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione degli schemi di regolamento, anche in merito al rispetto del principio di proporzionalità. In mancanza del parere nel termine, lo stesso si intende rilasciato positivamente.

Il comma 4, infine, reintroduce una forma di incentivo per le amministrazioni locali già contenuta al comma 4 dell'art. 3 del d.l. 138/2011 e successivamente abrogata, in modo che i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni si adeguino ai principi e alle regole di cui ai commi 1, 2 e 3 entro il 31 dicembre 2012, fermi restando i poteri sostitutivi dello Stato ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione. Si prevede infatti che, a decorrere dall'anno 2013, il predetto adeguamento costituisca elemento di valutazione della virtuosità degli stessi enti ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del decreto legge n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine la Presidenza del Consiglio dei Ministri comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze l'elenco degli enti che hanno provveduto all'applicazione delle

procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità.

Il contenuto di questo articolo, che si ispira a molte raccomandazioni dell'OCSE e della Commissione europea in tema di *better regulation*, rappresenta una sorta di "linee guida" emanate dal governo per una corretta regolazione economica e si rivolge a tutti i diversi livelli amministrativi: sono infatti elencati, anche se in modo sommario, i principali ostacoli alla liberalizzazione dei mercati introdotti da leggi e regolamenti che finiscono spesso per essere oggetto di segnalazione da parte dell'Antitrust.

Inoltre, è interessante notare come la disposizione non intenda abrogare tutte le restrizioni che un'amministrazione può opporre alla liberalizzazione dei mercati, ma solo i limiti "non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità": in altre parole, non si persegue una deregolazione assoluta dell'economia, ma si intende specificare a chiare lettere che, in primo luogo, le restrizioni ammesse sono soltanto quelle che mirano a tutelare un interesse generale e costituzionalmente rilevante e che, in secondo luogo, le restrizioni devono comunque essere strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità perseguite dall'amministrazione¹⁶, nel

rispetto, appunto, del principio di proporzionalità, richiamato più volte anche dalla Corte di Giustizia europea nelle proprie sentenze¹⁷.

Il testo iniziale del decreto legge n. 1 del 2012 aveva affiancato alle disposizioni contenute all'art. 1 quelle contenute all'art. 4, in base al quale venivano attribuite alla Presidenza del Consiglio dei Ministri alcune funzioni per il rispetto della normativa dell'Unione europea e la tutela dell'unità giuridica e dell'unità economica dell'ordinamento, vale a dire: *a*) monitorare la normativa regionale e locale e individuare, anche su segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, le disposizioni contrastanti con la tutela o la promozione della concorrenza; *b*) assegnare all'ente interessato un congruo termine per rimuovere i limiti alla concorrenza; *c*) decorso inutilmente il termine di cui alla lettera *b*), proporre al Consiglio dei Ministri l'esercizio dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Nell'esercizio di tali funzioni, alla Presidenza del Consiglio era anche attribuita la possibilità di formulare

necessario per conseguire obiettivi di interesse generale", ossia le regolazione "non indirizzata al perseguimento di obiettivi di interesse generale" o che, pur perseguendo tali obiettivi, "imponga vincoli non necessari o comunque eccessivi". G. Bruzzone, *La regolazione intrusiva oggi*, in «Mercato concorrenza regole», n. 3/2002, p. 468.

¹⁷ La Corte di Giustizia ha utilizzato fin dal 1974 il principio di proporzionalità con riguardo, ad esempio, all'art. 86 del trattato ora (106) per le imprese pubbliche stabilendo che la deroga alla concorrenza è legittima solo qualora "quel comportamento, nella sua specifica manifestazione in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata, risulti l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità dell'ente" (Corte di giustizia CE, 30 aprile 1974 n.155/73).

¹⁶ Da questo punto di vista, il decreto si rivolge in modo inequivocabile alla regolazione cosiddetta intrusiva, vale a dire "quella che, sostituendosi all'autodeterminazione dei soggetti, interferisce nell'attività privata più di quanto

richieste di informazioni a privati e enti pubblici.

Tali poteri avevano evidentemente lo scopo di dotare il Governo di strumenti atti a garantire un maggior rispetto dei principi introdotti all'art. 1 anche da parte delle Regioni e degli Enti locali, ma sono stati giudicati sproporzionati e troppo sbilanciati a favore dell'amministrazione centrale, tanto che in sede di conversione il testo è stato modificato ed ha attribuito alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il (più circoscritto) potere di raccogliere le segnalazioni delle autorità indipendenti aventi ad oggetto restrizioni alla concorrenza e impedimenti al corretto funzionamento dei mercati, così da poter predisporre le opportune iniziative di coordinamento amministrativo dell'azione dei Ministeri e normative in attuazione degli articoli 41, 117, 120 e 127 della Costituzione.

In estrema sintesi, si può dire che fra la fine del 2011 e gli inizi del 2012 in Italia i principi della libera concorrenza e della tutela del mercato sono tornati di nuovo al centro dell'agenda politico-economica. Dopo alcuni anni in cui si è tentato di rispondere alla crisi finanziaria attraverso un intervento più marcato dello Stato nell'economia e una espansione delle regolazioni delle attività economiche e, soprattutto, finanziarie¹⁸, il governo Monti ha tentato di invertire la rotta avviando una nuova fase in cui il rilancio dell'economia è (o dovrebbe essere) affidato alla libera iniziativa dei privati e ad una ri-regolazione volta a fare

salve solo le norme "necessarie" nel senso sopra descritto. Appare infatti evidente che, se, da un lato, i comportamenti dei soggetti privati possono ridurre o annullare del tutto la concorrenza, dall'altro non meno importanti appaiono gli interventi nel mercato dei soggetti pubblici e le norme qui richiamate hanno come scopo proprio quello di incentivare il ricorso a principi di *better regulation* a tutti i livelli amministrativi.

3.4.3 La sentenza n. 200 del 2012: la liberalizzazione come razionalizzazione della regolazione

Il percorso di rilancio dell'economia nazionale basato su una maggiore liberalizzazione dei mercati deciso a livello di governo centrale ha dovuto fronteggiare l'opposizione di diverse Regioni: già la manovra di Ferragosto del 2011 è stata infatti impugnata di fronte alla Corte costituzionale, così come i successivi decreti *Salva Italia* e *Cresci Italia*.

Riguardo alla prima, e senza affrontare dettagliatamente le doglianze di tutte le Regioni ricorrenti, alcune delle quali dichiarate, per vari motivi, inammissibili, ma limitandoci ai profili che risultano essere di maggiore interesse per la prospettiva assunta da questo lavoro, ci si limiterà qui ad evidenziare alcuni presunti profili di incostituzionalità rilevati dalle Regioni ricorrenti.

In particolare, le Regioni Calabria, Emilia-Romagna e Umbria hanno rilevato che il legislatore statale, evocando le esigenze della «piena tutela della concorrenza», intenderebbe giustificare l'imposizione da parte dello Stato del principio della liberalizzazione anche in

¹⁸ Si veda, *ex multis*, V. Giglio (2010), *La crisi e il rapporto tra stabilità e concorrenza*, in «Mercato concorrenza regole», n. 2/2010, pp. 279-293.

ambiti di competenza regionale; a ciò si aggiunga che la qualifica del medesimo principio come attinente allo «sviluppo economico» appaleserebbe l'invasione delle competenze regionali, in quanto la materia «sviluppo economico» apparterebbe ai titoli di competenza residuale regionale. Più in particolare, la regione Lazio ha sottolineato l'incidenza della normativa impugnata nelle materie del commercio e attività produttive, che sarebbero riservate alle Regioni a titolo di competenza legislativa residuale, mentre la regione Calabria teme che, per conformarsi al principio di liberalizzazione introdotto dal legislatore statale, l'organizzazione del sistema sanitario regionale debba essere radicalmente modificata, dal momento che il principio contenuto nell'art. 3 del d.l. 138/2011 imporrebbe di accogliere «senza alcun filtro tutte le istanze di autorizzazione e accreditamento» presentate dagli operatori sanitari, in violazione delle competenze regionali in materia di tutela della salute.

In estrema sintesi, i ricorsi presentati dalla Regioni si fondavano principalmente sul fatto che le norme oggetto di ricorso, disciplinando la regolazione dell'attività economica (in generale), e non di una particolare attività economica di competenza statale (ad esempio, la regolazione dei mercati finanziari) o concorrente, avrebbero interferito con moltissime competenze regionali – sia concorrenti che esclusive – riducendo di molto gli spazi di intervento normativo delle Regioni.

È innegabile che una peculiarità delle norme impuginate è quella di regolare l'espansione e l'ambito di applicazione dei principi della concorrenza, di cui cercano di delimitare i

confini: se, di solito, il legislatore liberalizza e regola un singolo settore, talvolta spingendosi ad individuare gli ambiti di competenza esclusivi dello Stato (tra i quali ci sono, appunto, gli aspetti legati alla tutela della concorrenza), quelli delle Regioni e quelli concorrenti (è il caso, ad esempio, delle leggi che in passato hanno liberalizzato il settore idrico o il trasporto pubblico locale), in questo caso lo scopo della norma è proprio la liberalizzazione «simultanea» di tutti i settori e le attività economiche.

La Corte, quindi, non ha dovuto verificare, come nei casi precedenti, se le funzioni attribuite ai vari livelli amministrativi da una certa regolazione settoriale rispettassero o meno il riparto delle competenze ex art. 117 Cost., ma piuttosto valutare la legittimità costituzionale della regolazione della stessa concorrenza. Per la prima volta dalla riforma del titolo V° della Costituzione, le sentenze non hanno affrontato il tema della concorrenza declinato in un certo ambito settoriale¹⁹, ma la regolazione delle politiche di liberalizzazione *tout court*.

In particolare, con la sentenza n. 200 del 2012, ripresa successivamente anche dalla sentenza n. 46 del 2013, la Corte ha affermato che l'art. 3 del d.l. 138/2011 «non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in

¹⁹ Per un'analisi delle sentenze in tema di concorrenza della Corte costituzionale, suddivise per settori, si veda A. Argentati (2011), *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, AGCM, Roma, consultabile sul sito www.agcm.it; M. Bellocchi (2013), *La giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della concorrenza nel Titolo V della Parte II della Costituzione*, ASTRID, Roma.

quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale". Inoltre, continua la Corte, "la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di «ri-regolazione» tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (...) – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale".

Inoltre, riguardo alla sovrapposizione delle competenze statali e regionali, e al rapporto fra regolazione statale e regolazione regionale, la Corte afferma che il legislatore statale non si è

sovrapposto ai legislatori regionali, poiché "l'atto impugnato non stabilisce regole, ma piuttosto introduce disposizioni di principio, le quali, per ottenere piena applicazione, richiedono ulteriori sviluppi normativi, da parte sia del legislatore statale, sia di quello regionale, ciascuno nel proprio ambito di competenza. In virtù della tecnica normativa utilizzata, basata su principi e non su regole, il legislatore nazionale non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo invece che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale"²⁰.

La Corte ha invece accolto le censure presentate da Emilia-Romagna e Umbria relativamente all'art. 3, comma 3, il quale, lo ricordiamo, dispone che siano «soppresse» entro il 30 settembre 2012 le «normative statali incompatibili» con i principi disposti al comma 1 del medesimo art. 3, con conseguente applicazione diretta degli istituti di segnalazione di inizio attività e dell'autocertificazione e autorizza il Governo ad adottare uno o più

²⁰ Continua la Corte: "L'intervento del legislatore, statale e regionale, di attuazione del principio della liberalizzazione è tanto più necessario alla luce della considerazione che tale principio non è stato affermato in termini assoluti, né avrebbe potuto esserlo in virtù dei vincoli costituzionali, ma richiede di essere modulato per perseguire gli altri principi indicati dallo stesso legislatore, in attuazione delle previsioni costituzionali. Di conseguenza, per rispondere ad alcune precise osservazioni delle ricorrenti, le discipline della vendita al pubblico di farmaci da banco o automedicazione, dell'apertura di strutture di media e grande distribuzione, o dell'organizzazione sanitaria, non vengono assorbite nella competenza legislativa dello Stato relativa alla concorrenza, ma richiedono di essere regolate dal legislatore regionale, tenendo conto dei principi indicati nel censurato art. 3, comma 1, del decreto-legge n. 138 del 2011".

regolamenti ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge n. 23 agosto 1988, n. 400, individuando le disposizioni abrogate e definendo la disciplina regolamentare ai fini dell'adeguamento al principio di cui al comma 1.

Il giudice delle leggi, facendo proprie alcune doglianze dei ricorrenti, ha infatti riconosciuto che alla luce del "tenore normativo dell'art. 3, comma 1, che contiene disposizioni di principio, e non prescrizioni di carattere specifico e puntuale, la soppressione generalizzata delle normative statali con esso incompatibili appare indeterminata e potenzialmente invasiva delle competenze legislative regionali. Infatti, sebbene la disposizione abbia ad oggetto le sole normative statali, la «soppressione» di queste per incompatibilità con principi così ampi e generali come quelli enunciati all'art. 3, comma 1, e che richiedono una delicata opera di bilanciamento e ponderazione reciproca, a parte ogni considerazione sulla sua praticabilità in concreto, non appare suscettibile di esplicare effetti confinati ai soli ambiti di competenza statale".

Secondo la Corte, infatti, un conto è prevedere l'abrogazione di normative statali, un altro è asserire che gli effetti dell'abrogazione di tali normative restino circoscritti ad ambiti di competenza statale. "Vi sono infatti normative statali che interessano direttamente o indirettamente materie di competenza regionale, come accade nel caso delle leggi dello Stato relative a materie di competenza concorrente, o di competenza statale di carattere trasversale, che di necessità s'intrecciano con le competenze legislative regionali. L'effetto della soppressione

automatica e generalizzata delle normative statali contrarie ai principi di cui all'art. 3, comma 1, oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, potrebbe riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali".

In conclusione, "poiché la previsione censurata dispone la soppressione per incompatibilità, senza individuare puntualmente quali normative risultino abrogate, essa pone le Regioni in una condizione di obiettiva incertezza, nella misura in cui queste debbano adeguare le loro normative ai mutamenti dell'ordinamento statale²¹. (...) Di conseguenza, l'art. 3, comma 3, appare viziato sotto il profilo della ragionevolezza, determinando una violazione che si ripercuote sull'autonomia legislativa regionale garantita dall'art. 117 Cost., perché, anziché favorire la tutela della concorrenza, finisce per ostacolarla, ingenerando grave incertezza fra i legislatori regionali e fra gli operatori economici".

Questo ultimo passaggio appare di particolare rilevanza dato che, in sostanza, si afferma che

²¹ "Infatti, le singole Regioni, stando alla norma censurata, dovrebbero ricostruire se le singole disposizioni statali, che presentano profili per esse rilevanti, risultino ancora in vigore a seguito degli effetti dell'art. 3, comma 3, primo periodo. La valutazione sulla perdurante vigenza di normative statali incidenti su ambiti di competenza regionale spetterebbe a ciascun legislatore regionale, e potrebbe dare esiti disomogenei, se non addirittura divergenti. Una tale prospettiva determinerebbe ambiguità, incoerenza e opacità su quale sia la regolazione vigente per le varie attività economiche, che potrebbe inoltre variare da Regione a Regione, con ricadute dannose anche per gli operatori economici".

la liberalizzazione dei mercati non coincide necessariamente con la loro completa deregolazione ma, anzi, non può prescindere dall'esistenza di un quadro normativo chiaro e definito – condizione a sua volta necessaria per raggiungere una maggiore certezza del diritto²². Se ancora ce ne fosse bisogno, si ribadisce che un mercato non è maggiormente concorrenziale perché senza regole, ma perché, quelle che ci sono, sono chiare e indispensabili e danno “agli operatori economici diritti univoci e permanentemente prevedibili nel loro spazio economico”²³.

3.4.4 *La sentenza n. 8 del 2013: concorrenza come presupposto per lo sviluppo economico e il risanamento dei conti pubblici*

Nel gennaio 2013, con la sentenza n. 8, la Corte si è pronunciata anche sull'art. 1 del d.l. 1/2012, il quale, come già visto, ripropone, ai commi 1, 2 e 3, gli stessi principi dell'art. 3 del d.l. 138/2011, anche se con una precisione ed un dettaglio maggiore.

Il vero elemento di novità presente nel primo articolo del decreto Cresci Italia è però quello contenuto al comma 4, il quale dispone che l'adeguamento delle Regioni, delle Province, delle Città metropolitane e dei Comuni ai principi di liberalizzazione dei mercati

introdotti ai commi precedenti costituisce un nuovo parametro di valutazione della virtuosità dei suddetti enti ai fini del rispetto del Patto di Stabilità interno e che il soggetto chiamato a compiere tale valutazione, entro il 31 gennaio di ciascun anno, è la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Proprio il comma 4 è stato oggetto di ricorso presso la Corte costituzionale da parte di Toscana e Veneto.

In particolare, la Toscana nel suo ricorso sostiene che il legislatore abbia individuato, attraverso la norma impugnata, quale ulteriore parametro di virtuosità, un elemento del tutto estraneo alle finalità di coordinamento della finanza pubblica ed abbia quindi esorbitato dai limiti che il legislatore statale incontra in tale materia, in violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 119 della Costituzione.

La valutazione della virtuosità effettuata sulla base del parametro introdotto con la disposizione censurata costituirebbe, infatti, uno strumento di coartazione della volontà delle Regioni in ambiti legislativi del tutto estranei alle finalità di coordinamento della finanza pubblica, poste alla base della valutazione della virtuosità. Con la disposizione in oggetto si avrebbe dunque l'effetto di vincolare l'esercizio della potestà legislativa regionale per finalità del tutto estranee all'obiettivo di contenimento della spesa.

Anche il ricorso della regione Veneto evoca, tra gli altri motivi di doglianza, la violazione dell'art. 117, terzo e quarto comma, Cost.: la norma impugnata sarebbe infatti illegittima in relazione all'obbligo di adeguamento ai principi di liberalizzazione delle attività economiche dettato per le Regioni.

²² “Il mercato difficilmente può essere considerato un “ordine spontaneo”, piuttosto – come sottolineava Natalino Irti – è una creazione del diritto. Perciò le politiche di liberalizzazione non sono politiche di degiurificazione, ma sono volte a sostituire regole anti-competitive, con regole pro-concorrenziali”. G. Pitruzzella (2012), *op. cit.*, p. 4.

²³ G. Amato (1998), *La nuova costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di G. della Cananea e G. Napolitano, Il Mulino, Bologna, p. 18.

Dal momento che la norma prevede per gli enti territoriali l'adempimento di un obbligo cui si ricollegano importanti conseguenze circa la cogenza degli obiettivi di finanza pubblica e la determinazione della contribuzione degli enti stessi alla manovra annuale, essa sembrerebbe riguardare il coordinamento della finanza pubblica; tuttavia, la medesima disposizione impugnata contiene previsioni di dettaglio ed autoapplicative, che andrebbero oltre la potestà di individuare i principi fondamentali della disciplina ex art. 117, terzo comma, Cost., consentita allo Stato in materia di coordinamento della finanza pubblica. Secondo la prospettazione della ricorrente, il senso della disciplina complessiva sarebbe dunque quello di imporre alle Regioni di adottare interventi normativi o comportamenti in ambiti sia di competenza concorrente, come il governo del territorio, sia di potestà regionale residuale come il commercio, di cui all'art. 117, terzo e quarto comma, Cost.

In sintesi, le questioni poste dalle due Regioni possono essere riassunte nei seguenti quesiti: è legittimo disciplinare la finanza pubblica attraverso norme che hanno ad oggetto la liberalizzazione dei mercati e la tutela della concorrenza o lo Stato "spaccia" per interventi a tutela della concorrenza normative che mirano in realtà a condizionare la finanza regionale? Quale legame esiste fra finanza pubblica e concorrenza?

Il tema appare strettamente legato a quello già trattato nella sentenza n. 200 del 2012, che peraltro viene esplicitamente richiamata dalla sentenza n. 8 del 2013: la Corte ribadisce infatti che "in vista di una progressiva e ordinata liberalizzazione delle attività economiche, l'art.

1 del decreto legge n. 1 del 2012 prevede un procedimento di ri-regolazione delle attività economiche a livello statale, da realizzarsi attraverso strumenti di delegificazione, che mira all'abrogazione delle norme che, a vario titolo e in diverso modo, prevedono limitazioni o pongono condizioni o divieti che ostacolano l'iniziativa economica o frenano l'ingresso nei mercati di nuovi operatori, fatte salve le regolamentazioni giustificate da «un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario» (art. 1, comma 1, lettera a), e che siano adeguate e proporzionate alle finalità pubbliche perseguite (art. 1, comma 1, lettera b) (...).

In questo quadro, l'art. 1, comma 4, estende all'intero sistema delle autonomie il compito di attuare i principi di liberalizzazione, come sopra delineati. Del resto, affinché l'obiettivo perseguito dal legislatore possa ottenere gli effetti sperati, in termini di snellimento degli oneri gravanti sull'esercizio dell'iniziativa economica, occorre che l'azione di tutte le pubbliche amministrazioni – centrali, regionali e locali – sia improntata ai medesimi principi, per evitare che le riforme introdotte ad un determinato livello di governo siano, nei fatti, vanificate dal diverso orientamento dell'uno o dell'altro degli ulteriori enti che compongono l'articolato sistema delle autonomie. Quest'ultimo, infatti, risponde ad una logica che esige il concorso di tutti gli enti territoriali all'attuazione dei principi di simili riforme (...). Per queste ragioni, il principio di liberalizzazione delle attività economiche – adeguatamente temperato dalle esigenze di tutela di altri beni di valore costituzionale – si rivolge tanto al governo centrale (art. 1, commi 1, 2 e 3), quanto a Comuni, Province, Città

Metropolitane e Regioni (art. 1, comma 4), perché solo con la convergenza dell'azione di tutti i soggetti pubblici esso può conseguire risultati apprezzabili”.

In altre parole, la Corte in questo passaggio afferma che in un sistema *multilevel governance* come quello italiano, le politiche pubbliche per essere efficaci hanno bisogno di essere condivise a tutti i livelli amministrativi e le politiche economiche che mirano a liberalizzare i mercati non fanno ovviamente eccezione²⁴. In questa ottica, la disposizioni contenute nell'art. 1 del d.l. 1 del 2012 ribadiscono quanto già contenuto, almeno in linea di principio, nell'art. 3 del d.l. 138/2011, introducendo però al comma 4 un incentivo che, almeno nell'intenzioni del legislatore, dovrebbe essere in grado di coinvolgere attivamente le amministrazioni regionali e locali, chiamate a rimuovere tutti quegli ostacoli regolamentari e amministrativi che limitano la concorrenza nei vari settori economici.

²⁴ In questo senso si è più volte espressa anche l'Antitrust. Si veda, ad esempio, la relazione sull'attività svolta nel 2009, nella quale si afferma che “si può evidenziare che, in molti ambiti economici, le normative regionali contrastano con gli interventi nazionali di liberalizzazione. Emblematici sono i casi della distribuzione commerciale, farmaceutica, editoriale, di quella dei carburanti, della gestione del servizio idrico, di molti servizi professionali. L'esercizio della potestà legislativa esclusiva o concorrente delle Regioni rischia di compromettere l'efficacia dei processi di apertura avviati a livello nazionale o, quantomeno, di impedirne una omogenea applicazione nelle diverse aree geografiche del Paese, con effetti discriminatori per le imprese a seconda della localizzazione sul territorio e con grave pregiudizio per lo sviluppo dell'economia nazionale”. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2010), *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2009*, p. 9, disponibile all'indirizzo www.agcm.it.

La sentenza affronta poi nel merito questo tipo di incentivo, ossia il punto di vera novità rispetto alla sentenza n. 200 del 2012, il quale mette in stretta connessione le politiche di liberalizzazione e gli obiettivi di finanza pubblica; in base ai ricorsi presentati da Veneto e Toscana, infatti, il raccordo che, secondo lo Stato, sussisterebbe tra attuazione dei principi di razionalizzazione delle attività economiche e implicazioni di natura finanziaria a carico delle autonomie territoriali violerebbe l'art. 117, terzo comma, e l'art. 119 Cost., rispettivamente in materia di coordinamento della finanza pubblica e autonomia finanziaria regionale.

La Corte ha rigettato sul punto i ricorsi, affermando che “non è difficile cogliere la *ratio* del legame tracciato dal legislatore fra le politiche economiche di liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, e le implicazioni finanziarie delle stesse. Secondo l'impostazione di fondo della normativa – ispirata a quelle evidenze economiche empiriche che individuano una significativa relazione fra liberalizzazioni e crescita economica, su cui poggiano anche molti interventi delle istituzioni europee – è ragionevole ritenere che le politiche economiche volte ad alleggerire la regolazione, liberandola dagli oneri inutili e sproporzionati, perseguano lo scopo di sostenere lo sviluppo dell'economia nazionale. Questa relazione tra liberalizzazione e crescita economica appare ulteriormente rilevante in quanto, da un lato, la crescita economica è uno dei fattori che può contribuire all'aumento del gettito tributario, che, a sua volta, concorre alla riduzione del disavanzo della finanza pubblica; dall'altro, non si può trascurare il fatto che il Patto europeo di stabilità e crescita – che è alla base del Patto di

stabilità interno – esige il rispetto di alcuni indici che mettono in relazione il prodotto interno lordo, solitamente preso a riferimento quale misura della crescita economica di un Paese, con il debito delle amministrazioni pubbliche e con il deficit pubblico. Il rispetto di tali indici può essere raggiunto, sia attraverso la crescita del prodotto interno lordo, sia attraverso il contenimento e la riduzione del debito delle amministrazioni pubbliche e del deficit pubblico. In questa prospettiva, è ragionevole che la norma impugnata consenta di valutare l'adeguamento di ciascun ente territoriale ai principi della razionalizzazione della regolazione, anche al fine di stabilire le modalità con cui questo debba partecipare al risanamento della finanza pubblica. L'attuazione di politiche economiche locali e regionali volte alla liberalizzazione ordinata e ragionevole e allo sviluppo dei mercati, infatti, produce dei riflessi sul piano nazionale, sia quanto alla crescita, sia quanto alle entrate tributarie, sia, infine, quanto al rispetto delle condizioni dettate dal Patto europeo di stabilità e crescita. Complessivamente, dunque, non è irragionevole che il legislatore abbia previsto un trattamento differenziato fra enti che decidono di perseguire un maggiore sviluppo economico attraverso politiche di ri-regolazione dei mercati ed enti che, al contrario, non lo fanno (...). Introdurre un regime finanziario più favorevole per le Regioni che sviluppano adeguate politiche di crescita economica costituisce, dunque, una misura premiale non incoerente rispetto alle politiche economiche che si intendono, in tal modo, incentivare”.

Il ragionamento della Corte può essere così schematizzato. In primo luogo, si è riconosciuto che l'attuazione di politiche

economiche diverse porta a risultati macroeconomici nel complesso differenti, ragion per cui non sarebbe corretto affermare l'indifferenza delle varie politiche industriali, come in un gioco a somma zero; in secondo luogo, la Corte ha fatto proprie le considerazioni del legislatore (basate, a sua volta, su studi empirici prodotti, fra gli altri, da Banca d'Italia e Antitrust, come emerge dalla relazione che accompagna il d.l. 1 del 2012²⁵) riguardo ai legami che sussistono fra regolazione dei mercati e loro performance economiche e, più in particolare, agli effetti positivi prodotti sul PIL dalle politiche di liberalizzazione dei mercati, considerandole ragionevoli; in terzo luogo, e a corollario di quanto detto prima, la maggiore crescita economica raggiunta attraverso l'attuazione di tali politiche permette un allentamento dei vincoli sui conti pubblici introdotti con il Patto di stabilità interno, che devono invece essere tanto più stringenti in periodi a “crescita zero” o, addirittura, negativa.

Tali vincoli, vale la pena ricordarlo, sono anche oggetto di monitoraggio da parte della Commissione europea: in applicazione del Protocollo sulla Procedura per i Deficit Eccessivi (PDE) annesso al Trattato di Maastricht, infatti, i Paesi europei devono comunicare due volte all'anno (entro il 31 Marzo e 30 Settembre) i propri livelli di indebitamento netto, del debito pubblico e di altre grandezze di finanza pubblica relative ai quattro anni precedenti, nonché le previsioni

²⁵ Si veda la relazione al disegno di legge AS3110 di conversione in legge del decreto legge n. 1 del 2014, con particolare riferimento alle pp. 3-10, consultabile sul sito del Senato.

degli stessi per l'anno in corso. In particolare, l'indebitamento netto e il debito delle amministrazioni pubbliche rappresentano le principali grandezze di riferimento per le politiche di convergenza per l'Unione Monetaria Europea e, in ciascun Paese, dovrebbero essere inferiori, rispettivamente, al 3% e al 60% del PIL²⁶.

Il PDE fissa dunque un parametro che è il rapporto fra due grandezze, l'indebitamento netto della PA e il PIL. Per rispettare questo parametro si può agire perciò sul numeratore (riducendo l'indebitamento netto) o sul denominatore (aumentando il PIL).

Il decreto Monti sulle liberalizzazioni pone quindi gli Enti locali e le Regioni di fronte ad una scelta: ridurre il proprio livello di indebitamento attraverso il rispetto del patto di stabilità interno o aumentare il PIL attraverso le liberalizzazioni. L'assunto di base è che la liberalizzazione dei mercati porti, almeno nel medio periodo, ad una crescita e ad uno sviluppo dell'economia e del PIL.

²⁶ Il PDE, in attuazione dell'art. 104 C del Trattato, fissa i valori limite che possono assumere l'indebitamento e il debito pubblico:

- il 3% per il rapporto tra indebitamento pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato (PIL);

- il 60% per il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato.

Nel 2012 l'indebitamento netto delle Amministrazioni Pubbliche (-47.633 milioni di euro) è stato pari al 3% del PIL, in diminuzione rispetto al 3,8% del 2011 (-60.016 milioni di euro); secondo le previsioni, per il 2013 l'indebitamento netto dovrebbe collocarsi al 2,9% del PIL. Fonte: Istat (2013), *Notifica dell'indebitamento netto e del debito delle amministrazioni pubbliche secondo il Trattato di Maastricht*, nota informativa del 22 aprile 2013.

Lo stesso governo ha dimostrato, attraverso i provvedimenti contenuti nel decreto legge n. 1 del 2012 di voler ottenere degli effetti benefici sull'economia attraverso una politica economica ispirata alla tutela della concorrenza e alla liberalizzazione dei mercati. In un sistema di governo multilivello, quale quello italiano, l'iniziativa di un solo livello di governo rischia però di produrre effetti molto contenuti se non è condivisa e accompagnata da misure simili da parte degli altri livelli di governo; da qui, il tentativo di incentivare Regioni, Province e Comuni ad attuare una politica economica che si ispiri a quella del governo centrale.

Tale incentivo si è reso necessario in quanto le politiche di apertura dei mercati alla concorrenza hanno sempre come effetto implicito quello di ridurre o azzerare le rendite di posizione dei soggetti economici che già operano, in condizioni privilegiate, su tali mercati: questi ultimi tenderanno quindi ad avviare un'attività lobbistica per fare pressione sul legislatore ed interrompere il processo di liberalizzazione, com'è del resto avvenuto anche in occasione della stesura dello stesso Cresci Italia²⁷. Tale attività sarà esercitata a

²⁷ "L'esito dell'iter legislativo del decreto-legge «cresci-Italia» offre altre interessanti indicazioni per quanto riguarda l'efficacia della procedura parlamentare. Le lobby, che legittimamente cercano di influire sul processo legislativo fuori e dentro il Parlamento, hanno confermato una consistente forza d'interdizione. Pertanto il successo di una proposta legislativa dipende non solo, né forse principalmente, dalla bontà del disegno legislativo, ma anche dalla capacità di sottrarre tale proposta a modifiche, dettate dai gruppi di pressione, che ne snaturino i contenuti. Questa capacità è risultata piuttosto debole e l'esperienza suggerirebbe l'urgenza di una riforma che imponesse ai lobbisti quanto meno regole e trasparenza". F. Silva (2013), *Liberalizzare è un processo politico e sociale, prim'ancora che economico*, in *La*

maggior ragione anche sugli amministratori locali, i quali sono maggiormente esposti, rispetto a quelli nazionali, al fenomeno della “cattura” del regolatore da parte del regolato²⁸. Da qui, la necessità di introdurre un incentivo che induca le Regioni e gli Enti locali a superare le pressioni degli operatori economici locali contrari alle politiche di liberalizzazione.

In particolare, l’incentivo introdotto dal governo è, come detto, relativo ad un allentamento dei vincoli imposti dal patto di stabilità sui conti degli Enti locali e delle Regioni: in primo luogo, riduce i trasferimenti del governo centrale e, in secondo luogo, impone agli enti territoriali di ridurre la propria spesa corrente di una certa percentuale, calcolata sulla media della spesa corrente totale registrata a bilancio negli anni 2006-2007-2008.

Le Regioni e gli enti che, in base ai parametri introdotti, risultano essere virtuosi hanno un doppio vantaggio: da un lato, vedono ridursi il taglio ai trasferimenti dal governo centrale e, dall’altro, possono permettersi un ammontare di spesa corrente totale pari a quello medio del triennio 2006-2008, vedendosi azzerata la percentuale di spesa da ridurre (questo significa che il saldo di competenza mista debba essere pari a zero).

regolazione intelligente, a cura di B. G. Mattarella e A. Natalini, ASTRID, Passigli editore, Bagno a Ripoli, p. 68.

²⁸ Per una rassegna delle teorie socio-economiche che hanno analizzato gli effetti di una politica di regolazione si rimanda al saggio di M. Ghertman (2009), *The puzzle of regulation, deregulation and reregulation*, in *Regulation, deregulation, reregulation. Institutional Perspectives*, a cura di C. Ménard e M. Ghertman, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, pp. 351 e ss.

Il parametro di valutazione della virtuosità introdotto dal d.l. 1/2012 si aggiunge perciò a quelli già indicati dall’art. 20, comma 2, del d.l. 98/2011, pur con una differenza sostanziale, che la Corte non dimentica di evidenziare. I parametri di valutazione della virtuosità degli enti originariamente introdotti dal d.l. 98/2011 sono infatti tutti indici che mettono in relazione fra loro grandezze contabili o, comunque, quantitativamente misurabili e verificabili²⁹, mentre il parametro introdotto dal comma 4 dell’art. 1 del dl. 1/2012, vale a dire l’adeguamento di Regioni ed Enti locali ai

²⁹ In particolare, i parametri originariamente previsti erano i seguenti:

- a) rispetto del patto di stabilità interno nel triennio precedente;
- b) rapporto tra spesa in conto capitale, finanziata con risorse proprie, e spesa corrente;
- c) incidenza della spesa del personale sulla spesa complessiva dell’ente e numero dei dipendenti in rapporto alla popolazione residente;
- d) situazione finanziaria dell’ente, anche in riferimento all’evoluzione della stessa nell’ultimo triennio;
- e) misura del ricorso alle anticipazioni del proprio tesoriere;
- f) livello della spesa per auto di servizio nel triennio precedente;
- g) numero di sedi e uffici di rappresentanza in Italia e all’estero;
- h) autonomia finanziaria;
- i) tasso di copertura dei costi dei servizi a domanda individuale;
- l) rapporto di corrispondenza tra trasferimenti statali o quote di gettito devoluto e maggiori entrate da effettiva partecipazione all’azione di contrasto all’evasione fiscale”.

Da notare che il comma 3, dell’art. 30 della legge 183 del 2011 ha posticipato al 2013 cinque dei nove parametri di virtuosità complessivi previsti in origine: pertanto, nel 2012 si sono applicati i soli parametri riferiti al rispetto del patto di stabilità interno, all’autonomia finanziaria, all’equilibrio di parte corrente e alla capacità di riscossione. L’art. 31 della legge n. 183 del 2011, come modificato dall’ art. 9, comma 6, lett. a) del decreto legge n. 102 del 2013, ha ulteriormente sospeso l’applicazione dei parametri per il 2014.

principi di liberalizzazione introdotti ai commi 1,2 e 3 non è quantificabile e la sua verifica presenta grandi margini di soggettività. Inoltre, mentre il valore dei primi parametri è verificato dal Ministero delle Finanze, la verifica di quest'ultimo è affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, la quale “comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo”: anche tralasciando di sottolineare come il compito attribuito al governo, vale a dire l'analisi della produzione normativa annuale di migliaia di enti allo scopo di valutare se si ispira o meno ai principi pro-concorrenziali introdotti dal decreto Cresci Italia, appaia quanto meno improbo, non si può non evidenziare come il risultato di tale analisi sia fortemente permeato da elementi di soggettività. Non a caso, la stessa Corte in un passaggio della sentenza, afferma che “non è irragionevole che il legislatore abbia previsto un trattamento differenziato fra enti che decidono di perseguire un maggiore sviluppo economico attraverso politiche di ri-regolazione dei mercati ed enti che, al contrario, non lo fanno, purché, naturalmente, lo Stato operi tale valutazione attraverso strumenti dotati di un certo grado di oggettività e comparabilità, che precisino *ex ante* i criteri per apprezzare il grado di adeguamento raggiunto da ciascun ente nell'ambito del processo complessivo di razionalizzazione della regolazione, all'interno dei diversi mercati singolarmente individuati”.

E, forse, non è un caso neppure il fatto che l'art. 20, comma 2, del d.l. 98/2011, che contiene appunto i parametri di virtuosità con cui valutare gli Enti e le Regioni, sia stato

successivamente modificato dall'art. 1, comma 428, legge n. 228 del 2012, entrato in vigore il 1° gennaio 2013, il quale ha aggiunto che “al fine della definizione della virtuosità non sono considerati parametri diversi da quelli elencati nel presente comma”, rendendo di fatto lettera morta il parametro introdotto agli inizi del 2012 dal decreto Cresci Italia.

3.4.5 *L'art. 36 del d.l. 1/2012 e la sentenza n. 41 del 2013: aspetti tecnici e aspetti politici nella regolazione dei servizi pubblici locali*

Un'importante novità in tema di regolazione dei mercati è stata rappresentata anche dall'istituzione di un'Autorità dei Trasporti, disciplinata dall'art. 36 del d.l. 1 del 2012. L'idea di affiancare alle autorità di regolazione settoriale già esistenti un'autorità dei trasporti non è recente, ma risale addirittura alla metà degli anni '90 e la sua istituzione arriva dunque dopo un percorso lungo e tormentato³⁰.

I settori su cui avrà potere di regolazione sono numerosi, così come varie e differenziate sono le competenze attribuitele dalla legge; fra queste, in generale, garantire condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali; il compito di definire, anche nell'ambito dei servizi di trasporto locale, i criteri per la fissazione, da parte dei soggetti competenti, delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di

³⁰ A. Tonetti (2012), *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in « Giornale di Diritto Amministrativo », n. 6/2012, pp. 589-604; G. Napolitano (2012), *Il decreto “Salva Italia”. La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in « Giornale di Diritto Amministrativo », n. 6/2012, in particolare le pp. 233-235.

assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori; a stabilire, con particolare riferimento al settore autostradale, per le nuove concessioni, sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del *price cap*; a definire, ancora nel settore autostradale, gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione e gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni; a definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; per ciò che concerne il settore ferroviario, l'Autorità assume le funzioni dell'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (organismo di regolamentazione) e ha il compito di fissare "i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura", nonché di vigilare sulla corretta applicazione da parte del gestore dell'infrastruttura dei criteri per la determinazione dei pedaggi e per l'assegnazione delle tracce e delle capacità.

La principale novità che ha accompagnato l'istituzione di questa Autorità è dovuta al fatto che, per la prima volta dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, si attribuiscono ad un regolatore nazionale dei poteri di regolazione di una materia la cui potestà legislativa è invece attribuita dall'art. 117 Cost., comma 3, in via esclusiva alle Regioni.

E proprio su questa presunta lesione di competenze si fondava gran parte del ricorso

presentato alla Corte costituzionale dalla regione Veneto, la quale, in particolare, ha contestato l'attribuzione a tale Autorità del potere di definire i criteri per la fissazione delle tariffe, canoni e pedaggi (compresi quelli autostradali, per le nuove tratte in concessione); la possibilità di definire gli schemi dei bandi per le gare che assegnano servizi di trasporto in esclusiva, delle convenzioni da inserire nei capitolati di tali gare, nonché, per il settore autostradale, gli schemi delle concessioni (da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione) e dei bandi relativi alle gare per le nuove concessioni; infine, il potere di stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici in relazione alle gare che assegnano servizi di trasporto in esclusiva.

La Corte ha rigettato il ricorso con la sentenza n. 41 del 2013, nella quale ha precisato, prima di tutto, che la nuova Autorità ha il compito principale di aprire il mercato alla concorrenza, visto che "il settore dei trasporti appare resistente più di altri all'ingresso di operatori privati, a causa di alcune peculiari caratteristiche, legate, tra l'altro, agli elevati costi, alla necessità di assicurare il servizio anche in tratte non remunerative e alla consolidata presenza di soggetti pubblici tanto nella gestione delle reti quanto nell'offerta dei servizi. In questo contesto, è particolarmente avvertito il rischio che si creino o si consolidino posizioni dominanti e, pertanto, è opportuno che il passaggio a un sistema liberalizzato sia accompagnato, come già è avvenuto per altri pubblici servizi, da una regolazione affidata ad un'Autorità indipendente, che garantisca pari opportunità a tutti gli operatori del settore. In particolare, per quanto rileva nel presente giudizio, l'istituzione di un'Autorità

indipendente è tesa a ridurre le criticità che potrebbero derivare dalla commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili, introducendo una distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati”. I poteri ad essa attribuiti dalla legge rientrano perciò nella materia “tutela della concorrenza”, a competenza esclusiva statale, e la norma risulta pertanto costituzionalmente legittima.

In secondo luogo, la Corte ha affermato che “le funzioni conferite all’Autorità di regolazione dei trasporti, se intese correttamente alla luce della *ratio* che ne ha ispirato l’istituzione, non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale, ma le presuppongono e le supportano. Valgono anche in questo caso i principi affermati dalla Corte in una fattispecie analoga: «le attribuzioni dell’Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l’indipendenza dell’organo» (sentenza n. 482 del 1995). Compito dell’Autorità dei trasporti è, infatti, dettare una cornice di regolazione economica, all’interno della quale Governo, Regioni e Enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito”.

In altre parole, la presenza dell’Autorità di regolazione dei trasporti non si sostituisce a quella delle amministrazioni regionali e locali ma, piuttosto, questi soggetti sono chiamati ad operare integrando le proprie competenze e funzioni: in un settore come quello del trasporto pubblico locale, ad esempio, dove si richiedono competenze economiche,

giuridiche, ma anche ingegneristiche e tecniche, l’Autorità ha il compito di ridurre le asimmetrie informative fra gestore del servizio ed ente locale fornendo a quest’ultimo un importante supporto, ad esempio, nella stesura dei bandi di gara o nella determinazione di tariffe eque e congrue. Tali indicazioni, inoltre, contribuiscono ad uniformare tali bandi a livello nazionale e riducono il rischio che alcuni bandi siano fatti “su misura” o tendano comunque a favorire il soggetto *incumbent*. L’attività dell’Autorità, che potremmo definire “tecnica”, si pone quindi in posizione sussidiaria a quella più prettamente “politica” delle amministrazioni territoriali: in questo senso, le funzioni attribuite alla prima *presuppongono* e *supportano* quelle esercitate dalle seconde³¹.

3.5 I nuovi poteri dell’Antitrust

3.5.1 L’art. 35 del d.l. 201/2011

Lo stesso decreto legge n. 201 del 2011, oltre a ridurre l’eccesso di regolazione nella distribuzione commerciale, mira anche a rafforzare i poteri dell’istituzione chiamata, per vocazione, alla tutela dei mercati stessi; all’art. 35, commi 1 e 2, attribuisce infatti un nuovo potere all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che viene legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i

³¹ Sulla necessità di prevedere strumenti e luoghi di collaborazione fra Regioni e Autorità di regolazione, così come già esistono quelli in cui si incontrano Stato e Regioni, si veda G. Sirianni, A. Valastro (2010), *Autorità indipendenti di regolazione e regioni*, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, a cura di M. D’Alberti, A. Pajno, Il Mulino, Bologna, pp. 195-228.

regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che siano in contrasto con le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Tale potere, che secondo alcuni Autori espliciterebbe un potere di cui l'Autorità di fatto già dispone³², le viene attribuito attraverso l'introduzione dell'art. 21-*bis* nella l. 287/1990.

In particolare, in base al comma 2 dell'art. 35 prima citato, l'AGCM, qualora ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. La pubblica amministrazione ha quindi sessanta giorni di tempo per conformarsi al parere; in caso contrario, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. Non sembra invece possibile presentare il ricorso al giudice amministrativo senza prima aver inviato all'amministrazione un primo

parere motivato, come puntualizzato da una recente pronuncia del Tar Lazio³³.

Questa norma attribuisce quindi all'Antitrust il potere di ricorrere al giudice amministrativo in tutti quei casi in cui le segnalazioni aventi ad oggetto atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti che determinano distorsioni della concorrenza restino inascoltate, e rappresenta un potenziamento di quei poteri di *advocacy* contenuti negli artt. 21 e 22 della l. 287/1990 (potere di emettere, rispettivamente, segnalazioni e pareri al Parlamento e al Governo) che negli anni hanno dimostrato un'efficacia assai limitata, tanto da portare l'Autorità a richiedere espressamente in una segnalazione del 2010 di poter disporre di strumenti che le consentissero una più efficace applicazione delle regole a tutela della

³² «Non è raro che i pareri dell'Antitrust costituiscano un pezzo importante del percorso politico-istituzionale che porta alla contestazione e al superamento della legislazione regionale che contraddice la tutela della concorrenza. E, in concreto, è effettivamente accaduto che un parere *ex art.* 23 del legge del 1990 venga posto a fondamento di un ricorso davanti al giudice amministrativo avverso atti applicativi di una legge regionale contraria alla concorrenza, che il giudice adito sollevi la questione di legittimità per violazione dell'art. 41 e, oggi, dell'art. 117, comma 2, e che – talvolta – la Corte costituzionale accolga la questione di costituzionalità dell'indubbiata legge regionale. B. Caravita (2010), *Tutela della concorrenza e regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *20 anni di antitrust*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Giappichelli editore, Torino, p. 232.

³³ Secondo il giudice amministrativo l'Autorità non può intentare un ricorso se prima non ha emesso un parere motivato in quanto «la scelta normativa di condizionare la proposizione del ricorso giurisdizionale al previo espletamento della procedura di cui al comma secondo sia (è) espressione della volontà di assicurare un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto anticoncorrenziale, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento della fattispecie ai principi in materia di libertà di concorrenza. In altri termini, la configurazione della legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone, nell'attuale dato normativo, come *extrema ratio*, anche in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio fra pubbliche amministrazioni; privilegiando piuttosto il legislatore modalità preventive di perseguimento dell'obiettivo di garanzia della libertà concorrenziale riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni». Tar Lazio, sentenza n. 2720 del 15 marzo 2013. In questo senso, anche A. Argentati (2012), *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in «Rivista trimestrale di diritto dell'economia», n.1/2012, p. 37.

concorrenza e del consumatore³⁴. In particolare, come alcuni studi relativi sia ai primi anni dell'Autorità³⁵, che più recenti³⁶, hanno messo in evidenza, le segnalazioni dell'Autorità restano spesso senza effetto, soprattutto quando hanno ad oggetto normative regionali o locali, e fino all'introduzione di questa norma l'Antitrust risultava essere sostanzialmente inerme di fronte alla perseveranza del legislatore. Non è un caso che nel primo anno dall'entrata in vigore del decreto, i pareri dell'Autorità *ex art. 21-bis* si siano rivolti prevalentemente a Regioni, Province e Comuni e abbiano avuto ad oggetto prevalentemente restrizioni e ostacoli alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali³⁷.

L'entrata in vigore di questa norma, quindi, dovrebbe incentivare gli Enti locali e le Regioni (e, secondo alcuni Autori, perfino le Autorità di

regolazione settoriale³⁸) a mettere una certa cura nella redazione di atti che regolano l'attività dei vari settori economici, ponendo una particolare attenzione agli effetti prodotti sulla concorrenza. In questo modo si dovrebbero ridurre al minimo i vincoli e le restrizioni concorrenziali del tutto ingiustificate (che potremmo sinteticamente chiamare *X-regulation*³⁹) e, conseguentemente, i rischi di veder avviato un ricorso *ex art. 21-bis* da parte dell'Autorità⁴⁰.

Ci si è interrogati su quali siano, esattamente, le norme a tutela della concorrenza e del mercato che non dovrebbero essere violate dagli atti amministrativi, visto che la legge n. 287/90 contiene disposizioni (artt. 2 e 3) che si rivolgano sostanzialmente alle imprese, e lo stesso dicasi per gli artt. 101 e 102 del TFUE⁴¹:

³⁴ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2010), *Segnalazione AS 659 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, Roma, 9 febbraio 2010.

³⁵ P. L. Parcu (1996), *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, in «Temi e problemi», n° 4, disponibile sul sito www.agcm.it.

³⁶ E. Arisi, F. M. Esposito (2008), *Un bilancio dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in «Economia e politica industriale», n° 2, pp. 140-154; G. Mazzantini (2011), *Concorrenza e Mezzogiorno; un'analisi territoriale dell'attività dell'Antitrust*, in «Studi e Ricerche» n° 3, disponibile sul sito www.agcm.it.

³⁷ S. Rebecchini (2012), *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge 287/90*, consultabile all'indirizzo http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3417-milanoset2012.html.

³⁸ F. Cintioli (2013), *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in «Concorrenza e mercato», 2013, p. 131.

³⁹ F. Arena (2012), *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Autorità antitrust italiana*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, atti del convegno, Treviso, 17-18 maggio 2012, a cura di E. A. Raffaelli, ed. Bruylant, p. 424.

⁴⁰ «La previsione di tale legittimazione in capo all'Autorità può contribuire (...), in modo decisivo a far evolvere il sistema amministrativo nazionale, e ancor più quello locale, verso una maggiore coerenza con i principi concorrenziali. Alla luce dell'avversione frequentemente manifestata dalle amministrazioni pubbliche verso una piena apertura alla logica del confronto competitivo, e a fronte della limitata efficacia degli interventi consultivi dell'Autorità, la possibilità per essa di ricorrere al giudice può agevolare lo sviluppo e il radicamento di una cultura del mercato che stenta ancora oggi ad affermarsi sul piano amministrativo». Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2012), *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2011*, Roma, p. 24.

⁴¹ È stato ad esempio suggerito che una soluzione potrebbe essere quella di considerare l'Autorità

la risposta a questa domanda potrebbe venire dal contenuto dell'art. 34 dello stesso d.l. 201/2011 e all'art. 1, comma 1, del decreto Cresci Italia, i quali, come visto in precedenza, elencano una serie di possibili restrizioni all'attività economica che contrastano apertamente con i principi di liberalizzazioni dei mercati introdotti dalle due disposizioni; la presenza di tali restrizioni in un atto amministrativo potrebbe quindi essere motivo sufficiente per giustificare l'emissione di un parere *ex art. 21-bis* da parte dell'AGCM⁴²; secondo altri, tale strumento potrebbe essere utilizzato addirittura nei casi di "mancata emanazione di provvedimenti volti ad aprire determinati mercati alla concorrenza prevista dalle varie leggi recenti di liberalizzazione"⁴³.

3.5.2 *La sentenza n. 20 del 2013: i nuovi poteri dell'AGCM non rappresentano un nuovo e generalizzato controllo di legittimità*

La regione Veneto ha impugnato l'art. 35 del d.l. 201/2011 in quanto tale articolo introdurrebbe un nuovo controllo di legittimità da parte di un'autorità statale, sulla falsa riga di quanto previsto dall'art. 125 della Costituzione abrogato con legge costituzionale n. 3 del 2001. In secondo luogo, si sarebbe operata una

legittimata ad agire in giudizio contro "atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti che impongano suggeriscano alle imprese beneficiare di violare le norme a tutela della concorrenza e del mercato". A. Heimler (2012), *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i decreti del Governo Monti*, in «Mercato concorrenza regole», n. 2/2012, p. 372.

⁴² In questo senso anche F. Arena (2012), *op. cit.*, p. 421.

⁴³ M. Clarich (2013), *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della L. n. 287/1990*, in «Concorrenza e mercato», 2013, p. 869.

surrettizia introduzione della figura del pubblico ministero nel processo amministrativo, in contrasto con la sua natura strutturale di giurisdizione soggettiva. Infine, la disposizione conterrebbe vari elementi sintomatici di irragionevolezza e di lesione del principio di certezza del diritto, tra cui la mancanza di una disciplina del termine di decorrenza dei sessanta giorni entro i quali l'Autorità può formulare il proprio parere motivato e l'incongruenza che si determinerebbe quando l'Autorità, tenuta ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato, impugni atti di un'amministrazione statale tenuta anch'essa ad avvalersi della medesima Avvocatura generale.

La Corte, nella sentenza citata, ha dichiarato il ricorso, nel suo complesso, inammissibile. Il motivo principale⁴⁴ che sta alla base di questo giudizio è da ritrovarsi nel fatto che è inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», là dove la norma – integrando i poteri conoscitivi e consultivi dell'Autorità garante previsti agli artt. 21 e 22 della legge n. 287 del 1990 – prevede “un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1). (...) La detta disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia

⁴⁴ Per gli altri, più di dettaglio, si rimanda al testo della sentenza.

appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, primo periodo, Cost.

La ricorrente non tiene conto di tali aspetti, non indica gli atti amministrativi regionali sottoposti al (preteso) «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», non chiarisce quale sarebbe la materia di competenza concorrente o residuale, cui dovrebbe essere correlata la potestà regolamentare e legislativa regionale che si assume lesa dalla norma censurata”. Il ricorso viene considerato dunque generico e inammissibile, visto che “alle Regioni è preclusa la possibilità di impugnare le leggi statali adducendo la violazione di un qualsiasi parametro costituzionale, in quanto ad esse è riconosciuta soltanto la possibilità di far valere eventuali violazioni di competenze alle Regioni medesime costituzionalmente attribuite”.

Riguardo poi alle altre censure sollevate, la Corte afferma sinteticamente che sono inammissibili in quanto “riguardano, per la maggior parte, questioni di diritto processuale, che non hanno alcuna attinenza col riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni e sono, invece, demandate alla cognizione dei giudici comuni che le decideranno secondo le norme dei rispettivi ordinamenti”.

3.6 La liberalizzazione della distribuzione commerciale

3.6.1 L'art. 31 del d.l. 201/2011

Il governo Monti, appena insediato, emana il già citato “Salva Italia” con lo scopo principale

di mettere a posto i conti pubblici. Tuttavia, nello stesso decreto sono contenute anche norme che mirano a liberalizzare i mercati e a rinforzare i poteri dell'Antitrust, e che anticipano in parte i contenuti del successivo decreto, il Cresci Italia, interamente dedicato alla liberalizzazioni.

Uno dei settori oggetto delle prime politiche di liberalizzazione è quello del commercio, comparto particolarmente rilevante nell'economia nazionale, a fronte di un giro di affari stimato, per la sola grande distribuzione organizzata (GDO) alimentare, in circa 82 miliardi di euro nel 2010 (con una crescita del 71% rispetto al 1996)⁴⁵. Proprio la GDO si è dimostrata, negli ultimi anni, il canale distributivo preferito dai consumatori, grazie alla concorrenza fra le grandi catene basata su politiche di prezzo particolarmente aggressive. Partendo da questo presupposto, il decreto legge n. 201 del 2011 ha cercato di incentivare la competizione fra le imprese di questo settore eliminando una serie di vincoli che avrebbero potuto rallentare l'ingresso di nuovi operatori. Il comparto, del resto, non brilla per dinamicità, se è vero che anche a livello regionale sono state introdotte, anche dopo la liberalizzazione del 1998, numerose barriere normative che tendono a cristallizzare le quote di mercato degli operatori già presenti⁴⁶.

⁴⁵ Dati citati in Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2013), *Indagine conoscitiva sul settore della GDO – IC 43*, p. 12, pubblicata nell'agosto 2013 e disponibile sul sito www.agcm.it

⁴⁶ Sul punto, si rimanda – oltre alle numerose segnalazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - a G. Mazzantini, G. Oliva (2007), *Qualità della regolazione e performance economiche a livello regionale: il caso della distribuzione commerciale in Italia*, in *Studi e ricerche*,

In particolare, l'art. 31, primo comma, del decreto elimina qualunque vincolo agli orari di apertura degli esercizi commerciali, estendendo a tutti i Comuni le prescrizioni introdotte in via sperimentale nel luglio 2011 a favore dei Comuni a vocazione turistica.

Il comma 2 elimina invece i vincoli quantitativi e i contingentamenti all'apertura di nuovi esercizi commerciali, facendo salvi solo i limiti introdotti a tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali, ribadendo e rafforzando quanto previsto dall'art. 3 della legge n. 248 del 2006 (il primo dei due "decreti Bersani" in tema di liberalizzazioni⁴⁷): tale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, disponibile anche su www.agcm.it; F. Schivardi, E. Viviano (2010), *Entry barriers in retail trade*, in «The Economic Journal», n. 121 (March), pp. 145-170; S. Sileoni (2012), *La liberalizzazione del commercio tra concorrenza statale e reazioni regionali*, in «Le Regioni», n. 5-6/2012, in particolare le pp. 936 e ss.

⁴⁷ In particolare, l'originario art. 3, comma 1, del decreto legge n. 223 del 2006, poi convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, nel dettare le regole di tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale – al dichiarato fine di garantire condizioni di pari opportunità ed il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali un livello minimo ed uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale – individua gli ambiti normativi per i quali espressamente esclude che lo svolgimento di attività commerciali possa incontrare limiti e prescrizioni.

Successivamente, l'art. 35, comma 6, del decreto legge n. 98 del 2011 ha aggiunto la lettera d-*bis*) al comma 1 del citato art. 3 del decreto legge n. 223 del 2006 estendendo in tal modo l'elenco degli ambiti normativi per i quali è espressamente escluso che lo svolgimento di attività commerciali possa incontrare limiti e prescrizioni anche alla disciplina degli orari e della chiusura domenicale o festiva degli esercizi commerciali, sia pure solo in via sperimentale e limitatamente agli esercizi ubicati nei Comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte.

comma precisa che la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale e chiede pertanto alle Regioni, in virtù delle loro competenze, di adeguare i propri ordinamenti a tale principio entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

3.6.2 *La sentenza n. 299 del 2012: l'annosa questione del rapporto fra commercio e concorrenza*

Le Regioni Piemonte, Veneto, Sicilia, Lazio, Lombardia, Sardegna, Toscana e Friuli-Venezia Giulia, con distinti ricorsi, hanno promosso la questione di legittimità costituzionale relativamente all'articolo 31, comma 1, del d.l. 201/2011: anche se ciascun ricorso presenta ovviamente delle peculiarità, soprattutto per ciò che concerne le norme costituzionali che sarebbero violate dalla disposizione impugnata, è possibile individuare almeno un motivo di doglianza che accomuna i ricorrenti, vale a dire il presunto contrasto di quest'ultima con l'art. 117, quarto comma, Cost. che riserva alla regione la competenza legislativa nella materia del commercio.

La Corte si è espressa sul ricorso con la sentenza n. 299 del 2012, la quale, al di là della sua valenza "settoriale", può essere considerata

Infine, l'art. 31 del decreto legge n. 201 del 2011 ha modificato la citata lettera d-*bis*) del comma 1 dell'art. 3, eliminando dal testo della norma le parole «in via sperimentale e dell'esercizio ubicato nei Comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte», con il risultato che le attività commerciali non possono più incontrare limiti o prescrizioni relativi a orari o a giornate di apertura e chiusura da rispettare, essendo tutto rimesso al libero apprezzamento dell'esercente.

“parte di una battaglia ancora più ampia” fra Stato e Regioni su chi sia chiamato dalla Costituzione a regolare le varie attività economiche⁴⁸.

In tale sentenza la Corte costituzionale rileva come la norma impugnata rientri senza dubbio nell’ambito della tutela della concorrenza, essendo essa una misura che mira, in particolare, a liberalizzare e promuovere una maggiore competizione all’interno del comparto della distribuzione commerciale; l’ambito di riferimento è, perciò, quello della “promozione della concorrenza, che costituisce una delle leve della politica economica statale”, la quale “non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”.

Nello specifico, la norma impugnata “attuа un principio di liberalizzazione, rimuovendo vincoli e limiti alle modalità di esercizio delle attività economiche. L’eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali favorisce, a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all’ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore.

Si tratta, dunque, di misure coerenti con l’obiettivo di promuovere la concorrenza, risultando proporzionate allo scopo di garantire l’assetto concorrenziale nel mercato di riferimento relativo alla distribuzione commerciale”.

Quanto al riparto della competenza legislativa, la sentenza nega che la norma possa essere considerata di dettaglio, limitando così il potere normativo regionale in materia di commercio. La legge, infatti, nel caso di specie mira ad uniformare la regolazione dell’attività commerciale su tutto il territorio nazionale, garantendo che sia ispirata ai principi di liberalizzazione e apertura del mercato alla concorrenza. In particolare, la sentenza ha ribadito che “nell’ambito dell’esercizio della competenza statale in materia di tutela della concorrenza, l’illegittima invasione della sfera di competenza legislativa costituzionalmente garantita alle Regioni, frutto di un’eventuale dilatazione oltre misura dell’interpretazione delle materie trasversali, può essere evitata non tramite la distinzione tra norme di principio e norme di dettaglio, ma esclusivamente con la rigorosa verifica della effettiva funzionalità delle norme statali alla tutela della concorrenza. Quest’ultima infatti, per sua natura, non può tollerare, anche per aspetti non essenziali, differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia (sentenza n. 443 del 2007). Nel caso in oggetto, questa valutazione conduce a ritenere la scelta legislativa funzionale alla tutela della concorrenza”.

Tale sentenza contribuisce in maniera determinante a ridurre i margini di manovra delle Regioni per ciò che riguarda la

⁴⁸ S. Sileoni (2012), *La liberalizzazione del commercio tra concorrenza statale e reazioni regionali*, in «Le Regioni», n. 5-6/2012, pp. 949.

regolazione della distribuzione commerciale, segnando un punto forse decisivo a favore dello Stato nella diatriba fra quest'ultimo e le Regioni sulla opportunità di considerare tale regolazione, rispettivamente, come appartenente alla materia "concorrenza" o "commercio"⁴⁹.

In linea con tale orientamento, negli ultimi anni la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime diverse leggi regionali che avevano reintrodotta numerose limitazioni in materia di commercio, in evidente contrasto col quadro regolatorio nazionale: è il caso, ad esempio, dell'art. 4 della legge n. 30 del 2011 della regione Veneto, che aveva introdotto rilevanti limitazioni e restrizioni degli orari e delle giornate di apertura e di chiusura al pubblico delle attività di commercio al dettaglio⁵⁰; degli artt. 88 e 89 della legge n. 66 del 2011 della regione Toscana, che avevano introdotto nuovi limiti agli orari degli esercizi di commercio al dettaglio in sede fissa e reintrodotta l'obbligo di chiusura domenicale e festiva, nonché nuovi limiti agli orari degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande⁵¹; degli artt. 5 e 6 della legge n. 7 del 2012 della Provincia autonoma di Bolzano, che hanno investito la giunta provinciale del compito di emanare appositi indirizzi in materia di orari di apertura al pubblico degli esercizi di vendita al dettaglio che garantiscano la tutela dei lavoratori autonomi e dipendenti ed il rispetto

delle esigenze di ordine pubblico e della tutela della salute, e che hanno contestualmente introdotto stringenti limiti alla possibilità di esercitare il commercio al dettaglio nelle zone produttive⁵²; degli artt. 3 e 4 della legge n. 12 del 2012 della regione Basilicata, che, per sostenere il consumo dei prodotti agricoli di origine regionale "a chilometri zero", prevedevano che agli imprenditori agricoli esercenti la vendita diretta di prodotti agricoli lucani venisse riservato dai Comuni almeno il 20% dei posteggi nei mercati al dettaglio in aree pubbliche e che le imprese di ristorazione o vendita al pubblico che avessero utilizzato i suddetti prodotti nella misura almeno del 30% avrebbero ottenuto un contrassegno con lo stemma della Regione utilizzabile nell'attività promozionale e sarebbero state inserite in un apposito circuito regionale veicolato nell'ambito delle attività promozionali della Regione⁵³; degli artt. 2, 4 e 7 della legge n. 5 del 2013 della regione Valle d'Aosta, i quali hanno assegnato alla giunta regionale il potere di definire gli indirizzi regionali per il conseguimento degli "obiettivi di equilibrio della rete distributiva" e di introdurre, di conseguenza, limiti all'apertura, al trasferimento e all'ampliamento di esercizi commerciali sul territorio regionale, in particolare per quelle di medie e grandi dimensioni⁵⁴.

⁴⁹ S. Sileoni (2012), *La liberalizzazione del commercio tra concorrenza statale e reazioni regionali*, in «Le Regioni», n. 5-6/2012, in part. pp. 954-955.

⁵⁰ Si veda la sentenza n. 65 del 2013.

⁵¹ Sentenza n. 27 del 2013.

⁵² Sentenza n. 38 del 2013.

⁵³ Sentenza n. 209 del 2013.

⁵⁴ Sentenza n. 104 del 2014.

3. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

3.1. Regolazione economica, concorrenza e utilità sociale

La crisi economica internazionale degli ultimi anni ha influito pesantemente e con un effetto fortemente recessivo sull'economia e i conti pubblici di molti Paesi, compresa l'Italia; non sorprende quindi che una parte non trascurabile della produzione normativa recente abbia avuto come obiettivo la ripresa economica e la stabilizzazione dei conti pubblici. In particolare, il governo Monti per tentare di porre un argine agli effetti della crisi – e anche per rispondere alle pressioni internazionali – ha deciso di intraprendere la strada delle liberalizzazioni attraverso l'emanazione di una serie di decreti con i quali si è tentato di dare la massima diffusione possibile ai principi del libero mercato e della concorrenza.

Il contenuto di tali decreti ha mostrato una certa sensibilità del legislatore riguardo ai temi della liberalizzazione dei mercati e, contemporaneamente, ha dato alla Corte un'occasione per esprimersi riguardo al concetto di deregolamentazione e, più in generale, sul bilanciamento fra concorrenza, regolazione delle attività economiche e utilità sociale⁵⁵.

⁵⁵ Ancora nel 2010, nella sentenza n. 270, la Corte scriveva che “Nonostante, peraltro, il ricordato rilievo dato in qualche occasione al bilanciamento tra utilità sociale e concorrenza, la giurisprudenza di questa Corte ha affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e

Come visto nei paragrafi precedenti, in linea di massima il giudice delle leggi ha respinto i ricorsi presentati dalle Regioni, facendo salva la regolazione pro-concorrenziale degli ultimi anni. Al pari di quanto avvenuto a livello legislativo, anche nelle pronunce della Corte si può dunque leggere un certo crescente *favor* nei confronti dei principi di promozione e tutela della concorrenza e, anche se il suo orientamento non sembra ancora del tutto univoco⁵⁶, appare sostanzialmente superata la contrapposizione fra utilità sociale e concorrenza presente nella sentenza n. 270 del 2010 con cui la Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale del d.l. 134/08, convertito nella legge 27 ottobre 2008, n. 166, ricordato in apertura di questo lavoro⁵⁷.

In quella sentenza, che ha dichiarato costituzionalmente legittima la norma impugnata, la Corte ha precisato che “le esigenze di «utilità sociale» devono essere bilanciate con la concorrenza” e che, tuttavia, “la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall'ordinamento una protezione

consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza”.

⁵⁶ V. Onida (2013), *Quando la Corte smentisce se stessa*, in «Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», n. 1/2013, pp. 1-5.

⁵⁷ Tale decreto, lo ricordiamo, ha sospeso per tre anni il potere dell'Antitrust di bloccare le operazioni di concentrazione che comportino il rafforzamento o la creazione di una posizione dominante quando l'operazione stessa coinvolga imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel comparto dei servizi pubblici essenziali e che rispondono a premianti interessi generali.

assoluta e possono quindi subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti⁵⁷; infatti, in base all'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., "l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata (*possa*) essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito", anche se tale regolazione assume carattere di eccezionalità e deve costituire "la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi".

In sintesi, in quell'occasione la Corte ha affermato che concorrenza e utilità sociale appaiono come due valori distinti che il legislatore deve bilanciare dando, di volta in volta, minore o maggiore preminenza all'una o all'altra in base agli scopi perseguiti e agli interessi che si vogliono tutelare; afferma, inoltre, che, se la tutela della concorrenza non può mai sacrificare completamente l'utilità sociale, in casi eccezionali è possibile il contrario.

A distanza di pochi anni, tornata a pronunciarsi su questo tema – in particolare nella sentenza n. 200 del 2012 e nella sentenza n. 8 del 2013 – la Corte ha, in primo luogo, considerato costituzionalmente legittima la nuova regolazione economica promossa per far fronte alla crisi economica, basata su una diffusione

più ampia possibile dei principi di tutela della concorrenza e del libero mercato, affermando allo stesso tempo che l'espansione di tali principi debba trovare dei limiti nella esigenza di tutela degli altri beni di valore costituzionale, che rappresentano i confini alla loro espansione.

In secondo luogo, proprio perché anche la sempre maggiore liberalizzazione dei mercati non deve avvenire in maniera incontrollata e sregolata, ha sottolineato che una regolazione maggiormente pro-concorrenziale non coincide necessariamente con una de-regolamentazione, ma piuttosto con una ri-regolazione che tenga ovviamente conto anche dello scenario politico-economico contingente; in particolare, negli ultimi anni il legislatore ha ritenuto opportuno e ragionevole ri-regolare le attività economiche in senso più pro-competitivo. In base a quelle evidenze economiche empiriche che individuano una significativa relazione fra liberalizzazioni e crescita economica, richiamate oltre che dal legislatore, anche dall'Antitrust in una delle sue ultime relazioni annuali⁵⁸, non è infatti irragionevole pensare che una maggiore

⁵⁸ "Se è normale, ed anzi inevitabile, che la presente congiuntura favorisca simili reazioni (*di protezione dell'economia nazionale, a scapito della concorrenza*, ndr.), è altresì essenziale mantenere rigore e coerenza nel ricercare le risposte più adeguate alla crisi. Ciò significa anzitutto non abbandonare il principio che la concorrenza, se correttamente funzionante, mantiene i giusti stimoli in termini di innovazione, consente la più efficiente allocazione delle risorse all'interno della singola impresa e sui mercati, tutela efficacemente i consumatori, sospingendo la crescita economica e la prosperità del sistema. Esiste infatti una relazione causale comprovabile fra un'efficace azione di tutela della concorrenza e la crescita della produttività economica". Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2013), *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2012*, p.9.

concorrenza porti, nel medio-lungo termine, ad una crescita della ricchezza economica di un Paese e permetta così anche di rispettare i parametri di finanza pubblica richiesti a livello comunitario: in questa prospettiva, viene quindi superata la contrapposizione fra liberalizzazione dei mercati ed utilità sociale, molto spesso considerati come due elementi di un *trade-off*, in cui una cresceva a discapito dell'altra, e viceversa.

Il concetto di concorrenza cui la Corte si ispira, dunque, non pare quello americano della Scuola di Chicago, quanto piuttosto quello più europeo in cui la visione di benessere sociale che ha ispirato, almeno inizialmente⁵⁹, le enunciazioni giuspolitiche generali del Trattato trova fondamento in una economia sociale di mercato fortemente competitiva (art. 3 del TUE)⁶⁰. In tale prospettiva, l'economia è al

servizio della persona⁶¹ e la stessa diffusione della concorrenza risulta legittimata in quanto strumentale al diffondersi del benessere sociale.

È questo concetto di concorrenza che viene accolto anche dalla nostra Costituzione, che fin dall'origine ha espresso un apprezzamento positivo al modo di produzione capitalistico (che infatti ha recepito), sottoponendolo però non solo agli automatismi del suo andamento, ma anche all'esercizio della funzione pubblica di coordinamento e di indirizzo attraverso il suo assoggettamento all'utilità sociale⁶², la cui definizione spetta di volta in volta al Parlamento⁶³. Questo orientamento sembrerebbe confermato anche dalla recente sentenza n. 165 del 2014, con la quale si sono dichiarati costituzionalmente illegittimi alcuni articoli del codice del commercio della Regione Toscana per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), in materia di tutela della concorrenza: in quella pronuncia, la Corte ha affermato che la regione Toscana non è legittimata ad introdurre limiti alla liberalizzazione del commercio, anche qualora tali limiti fossero giustificati da esigenze di tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali: infatti, "l'eventuale esigenza di contemperare la liberalizzazione del commercio

⁵⁹ Sul fatto che questi principi ispiratori siano stati progressivamente traditi dalla politica economica attuata a livello comunitario, specialmente a partire dal 1997, anno dell'introduzione del Patto di stabilità e crescita, si veda A. Somma (2013), *op. cit.*, pp. 459 e ss.

⁶⁰ "Lo statuto europeo della concorrenza privilegia una idea di efficienza competitiva al servizio non soltanto della (...) libertà di circolazione intra-europea, bensì coerente, pure, con gli obiettivi – antitetici a visioni darwiniste – di «uno sviluppo armonioso» e del «rafforzamento della coesione economica e sociale» (art. 174 TFUE)". (...) "L'esplicita conciliazione dell'obiettivo di un alto grado di competitività con quelli di sviluppo armonioso ed equilibrato, della convergenza economica e della coesione sociale ha un significato storico-politico (e quindi pure giuspolitico) assai pregnante, per nulla declamatorio. Detta conciliazione esprime un *ethos* concorrenziale intimamente intrecciato con la costruzione di un tessuto economico capace di evitare e ridurre sia ineguaglianze sociali stridenti, sia conflitti economici fra gli Stati membri. Evoca, dunque, valori comunitari fortissimi e «fondanti» – peraltro «anticipati» (...) dai Costituenti italiani: si pensi al «filo» teleologico che unisce gli artt. 2, 3.2, 41.2 e 3, 42.2 – come quello, appunto, della «coesione» cioè della «pace» sociale". G.

Ghidini, E. Arezzo (2012), *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in «Giurisprudenza commerciale», luglio-agosto 2012, pp. 470-471.

⁶¹ Sul punto, si rimanda al saggio di N. Occhiocupo (2010), *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in «20 anni di antitrust», a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Giappichelli editore, Torino, p. 207.

⁶² M. Luciani (2012), *op. cit.*, p. 48.

⁶³ M. Luciani (2012), *op. cit.*, p. 75.

con quelle di una maggiore tutela della salute, del lavoro, dell'ambiente e dei beni culturali deve essere intesa sempre in senso sistemico, complessivo e non frazionato (sentenze n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012), all'esito di un bilanciamento che deve compiere il soggetto competente nelle materie implicate, le quali nella specie afferiscono ad ambiti di competenza statale, tenendo conto che la tutela della concorrenza, attesa la sua natura trasversale, assume carattere prevalente e funge, quindi, da limite alla disciplina che le Regioni possono dettare in forza della competenza in materia di commercio (sentenze n. 38 del 2013 e n. 299 del 2012) o in altre materie⁶⁴.

In altre parole, come è stato sottolineato, “un problema di rapporto fra concorrenza e utilità sociale neppure si pone, dovendosi apprezzare la prima, se e quando del caso, come uno strumento per la realizzazione della seconda. (...). Come tale, infatti, in tanto può avere protezione, in quanto sia stato preventivamente compiuto il giudizio di meritevolezza della sua tutela come strumento dell'utilità sociale. Conseguentemente, il principio dell'utilità sociale non può nemmeno dirsi esterno alla libertà di concorrenza, ma le è interno, perché questa non può stare senza quella. (...) L'utilità sociale, infatti, non definisce solo i confini, ma qualifica lo stesso fondamento della tutela della concorrenza, anche come libertà⁶⁵”.

⁶⁴ Sentenza n. 165 del 2014.

⁶⁵ M. Luciani (2012), *op. cit.*, pp. 52-53. Continua l'Autore: “Cade in un duplice equivoco, pertanto, a mio avviso, la più recente giurisprudenza costituzionale, allorché parla di un necessario “bilanciamento” fra la concorrenza e l'utilità sociale: perché pretende di bilanciare fra beni che la Costituzione ha posto su piani diversi; perché ritiene possibile un bilanciamento fra ciò

3.2 Regolazione, concorrenza ed enti territoriali

In un sistema amministrativo *multilvel-governance* come quello italiano, e tanto più dopo la riforma del Titolo V Cost., è di fondamentale importanza il ruolo svolto da Regioni ed Enti locali nella realizzazione delle politiche economiche del governo centrale, nonché il modo con cui le loro funzioni e competenze si intrecciano e si rapportano a quelle delle autorità amministrative indipendenti.

Il rapporto fra amministrazione centrale e amministrazioni territoriali è stato toccato dalla già ricordata sentenza n. 8 del 2013. In quella pronuncia la Corte ha affermato che, in virtù del generale riconoscimento da parte delle principali dottrine economiche del legame fra concorrenza e sviluppo economico, l'introduzione di regolazioni pro-concorrenziali produce effetti positivi anche sui conti pubblici e, di conseguenza, può essere considerata (in senso *lato*) una misura di finanza pubblica complementare o anche alternativa al taglio della spesa pubblica. In questa prospettiva, e tanto più alla luce del primo comma del nuovo art. 97 della Costituzione⁶⁶, la Corte ha considerato costituzionalmente legittimo e

che sta fra i mezzi e ciò che non sta nemmeno fra gli scopi, ma addirittura li trascende, in quanto sfondo assiologico di riferimento degli scopi medesimi (l'utilità sociale addirittura definisce, in quanto valore di riferimento, i confini e l'orientamento del mondo degli scopi), il che non è logicamente ammesso”.

⁶⁶ Il primo comma dell'art. 97, come modificato nel 2012, recita: “Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”.

ragionevole che il governo centrale “chiami” tutte le altre amministrazioni a partecipare attivamente, anche mediante la previsione di incentivi legati all’entità dei trasferimenti di risorse da parte dello Stato, alla realizzazione e diffusione di queste politiche di liberalizzazione dei mercati. Questa soluzione, coerente con quel concetto di concorrenza funzionale al raggiungimento dell’utilità sociale prima richiamato, permette infatti al governo centrale di attuare un piano di riforme economiche più condiviso possibile facendo allo stesso tempo salvi gli spazi di libertà regolatoria che le Regioni hanno nelle materie concorrenti e a competenza esclusiva regionale.

Nel caso poi che gli incentivi non fossero sufficienti a diffondere a tutti i livelli amministrativi una regolazione proconcorrenziale, il legislatore ha provveduto ad estendere i poteri dell’AGCM attraverso l’art. 21 *bis* della legge 287/1990. Tale strumento testimonia, in particolare, la recente tendenza a “devolvere al giudice amministrativo la risoluzione di controversie tra pubbliche amministrazioni in assenza di altre «stanze di compensazione» a livello politico-amministrativo in grado di trovare una composizione di interessi pubblici tra loro configgenti” e, contemporaneamente, testimonia “l’attribuzione all’interesse pubblico della concorrenza di un rango sempre più elevato nella gerarchia degli interessi pubblici”⁶⁷ da parte del legislatore. Sul punto, come si è visto, la Corte ha precisato, nella sentenza n. 20 del 2013 – con cui ha dichiarato inammissibili i

ricorsi delle Regioni – che i nuovi poteri attribuiti all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato attengono alla tutela della concorrenza, ribadendo l’esclusiva competenza statale in materia e la sostanziale inesistenza di spazi di azione per le Regioni.

Anche la liberalizzazione di alcuni settori regolati dovrebbe giovare della cooperazione fra Enti locali e Autorità di regolazione settoriale, come nel caso della neo istituita Autorità di regolazione dei trasporti che interviene in settori di competenza esclusiva regionale: la Corte ha infatti precisato, nella sentenza n. 41 del 2013, che la funzione regolatoria svolta da tale autorità è sostanzialmente complementare a quella svolta dalle Regioni e dagli Enti locali, che anzi dovrebbero trovare nella prima “supporto” per gli aspetti più spiccatamente tecnico-economici della regolazione. Non, quindi, sovrapposizione di funzioni e conflitto di competenze quanto, piuttosto, cooperazione e integrazione fra aspetti tecnici, riservati all’Autorità, e aspetti più prettamente di politica economica, riservati alle istituzioni locali, per una regolazione settoriale più efficace ed efficiente possibile⁶⁸.

⁶⁷ M. Clarich (2013), *op. cit.*, in «Concorrenza e Mercato», 2013, p. 870.

⁶⁸ “La tutela della concorrenza e la regolamentazione dei servizi pubblici devono essere svolti in condizioni di separazione tra organi politici, cui spettano in ogni caso gli indirizzi generali, e imprese titolari di concessioni e gestori, evitando la commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili, introducendo una precisa distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati”. A. Petretto (2013), *L’analisi economica del diritto in recenti sentenze della Corte costituzionale sulle controversie Stato-Regioni*, Working Paper Series – Economics, n. 22/2013, DISEI, Università degli studi di Firenze, p. 19, consultabile alla pagina

Vale la pena sottolineare, tra l'altro, che se questi sono i principi generali, a livello di singoli settori le pronunce della Corte hanno talvolta visto prevalere anche orientamenti differenti. È il caso, ad esempio, della sentenza n. 299 relativa alla materia commercio, in cui il concetto di liberalizzazione è stato fatto coincidere con quello di completa deregolamentazione, "tale da non lasciare sopravvivere, se applicata senza limiti e in assoluto, alcuno spazio alla legislazione regionale né alla potestà amministrativa dei Comuni in materia"⁶⁹. In quest'ottica, la materia "commercio" sembra quasi scomparire, assorbita interamente in quella della "tutela della concorrenza".

In sintesi, dalle sentenze analizzate in questo lavoro sembra emergere una triplice convergenza fra legislatore statale, Corte costituzionale⁷⁰ e, ovviamente, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (tanto che si è arrivati a parlare di "una *liaison* tra AGCM e Corte costituzionale"⁷¹) attorno ad

una certa interpretazione dell'art. 41 della Costituzione⁷² che sia in grado di dargli piena ed effettiva attuazione. Tale interpretazione si basa sull'idea che in questo periodo di prolungata crisi economica la ri-regolazione delle attività economiche e la promozione della concorrenza rivestano il ruolo di obiettivo strategico, "la cui realizzazione coinvolge, in spirito di leale collaborazione, l'intera articolazione delle istituzioni repubblicane, ciascuna con la propria responsabilità"⁷³. La Corte costituzionale, infatti, pur mitigando parzialmente le proposte del legislatore allo scopo di controbilanciare i molti interessi in gioco⁷⁴, ha infatti complessivamente fatte salve le principali novità introdotte dal governo Monti volte alla eliminazione di quella regolazione intrusiva e ingiustificata che è considerata dal legislatore uno dei maggiori freni allo sviluppo economico del Paese e che negli ultimi anni è stata più volte oggetto di biasimo anche nelle Relazioni annuali dell'Antitrust⁷⁵.

http://www.disei.unifi.it/upload/sub/pubblicazioni/rep ec/pdf/wp22_2013.pdf.

⁶⁹ V. Onida (2013), *op. cit.*, p. 1.

⁷⁰ È stato infatti messo in rilievo "l'atteggiamento – decisamente positivo sul piano dei valori costituzionali – con cui la Corte ha valutato gli interventi previsti in questi atti legislativi (l'art. 3 del d.l. 138/2011 e l'art. 4 del d.l. 1/2012, *ndr.*)". A. Simoncini, E. Longo (2013), *L'ultima stagione della semplificazione: la riduzione degli oneri amministrativi*, in «Osservatorio della fonti», n. 1/2013, pp. 19-22.

⁷¹ C. Buzzacchi, F. Pizzolato (2013), *L'oggettivizzazione della concorrenza nella giurisprudenza 2013 della Corte costituzionale*, in «Il diritto della concorrenza», n. 3/2013, p. 816.

⁷² Vale la pena sottolineare che lo stesso decreto legge n. 1 del 2012 richiama l'art. 41 della Costituzione al comma 1 dell'art. 1 e che la stessa AGCM è stata istituita "in attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica", come recita il comma 1 dell'art. 1 della legge 287/1990.

⁷³ C. Buzzacchi, F. Pizzolato (2013), *op. cit.*, p. 813.

⁷⁴ C. Buzzacchi, F. Pizzolato (2012), *Liberalizzazione e semplificazione: la giurisprudenza costituzionale 2012 in tema di concorrenza*, in «Il diritto della concorrenza», n. 3/2012, p. 720.

⁷⁵ Si veda, ad esempio, la *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2013*, o il discorso di presentazione tenuto dal presidente Pitruzzella il 30 giugno 2014, in cui si fa cenno anche al grave problema delle regolazioni che risentono della cattura del regolatore da parte del regolato e che potrebbero arrivare a configurare una nuova forma di abuso, definita "abuso di procedure".

Tale convergenza è stata inoltre caratterizzata dalla condivisione di un certo pensiero economico, evocato anche da alcune pronunce della Consulta, che ha contribuito a superare la contrapposizione fra concorrenza e utilità sociale⁷⁶. Come è stato evidenziato, infatti, l'“accoglimento di una teoria economica della concorrenza e della regolamentazione in linea con i principi fondanti della moderna AED (analisi economica del diritto, *ndt*)”⁷⁷, da parte della Corte emerge anche dal linguaggio adottato nelle sentenze, “sottoposto ad una sorta di torsione, nella direzione dell'acquisizione di categorie d'analisi e perfino talora del piglio predittivo propri dell'economista”⁷⁸.

In questo particolare periodo storico, nel tentativo di arginare gli effetti di una crisi economica che prosegue ormai da un oltre lustro, è importante che la cultura della concorrenza si diffonda il più possibile e trovi le istituzioni di tutti i livelli pronta ad accoglierla, come ha più volte auspicato la stessa Antitrust nelle relazioni degli ultimi anni⁷⁹, dato che le liberalizzazioni, per essere efficaci, hanno bisogno di essere largamente

condivise⁸⁰: da questo punto di vista, quindi, la convergenza istituzionale (anche se, come visto, non assoluta) su una certa idea di concorrenza risulta quanto mai auspicabile.

amministrative”. G. Pitruzzella (2014), *Presentazione della Relazione annuale sull'attività svolta nel 2013*, disponibile alla pagina www.agcm.it.

⁷⁶ A. Petretto (2013), *op. cit.*, p. 18.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ C. Buzzacchi, F. Pizzolato (2013), *op. cit.*, p. 811.

⁷⁹ Si veda ad esempio, la presentazione del presidente Antonio Catricalà della *Relazione sull'attività svolta nel 2006* da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, disponibile sul sito www.agcm.it.

⁸⁰ “La necessità di realizzare un «ambiente» connotato dal più elevato grado di confronto concorrenziale possibile è un concetto che, adesso, sembra aver iniziato a far breccia nella cultura del Paese, il che è decisivo considerato che il successo della svolta intrapresa dipende, in larga parte, anche dal livello di condivisione della stessa da parte di tutti gli attori, istituzionali e non”. F. Arena (2012), *op. cit.*, p. 425.

BIBLIOGRAFIA

- Amato G. (1998), *La nuova costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di G. della Cananea e G. Napolitano, Il Mulino, Bologna
- Angelini F. (2012), *L'iniziativa economica privata*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti, Jovene Editore, Napoli
- Arena F. (2012), *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Autorità antitrust italiana*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, atti del convegno, Treviso, 17-18 maggio 2012, a cura di E. A. Raffaelli, ed. Bruylant, Bruxelles
- Argentati A. (2011), *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in «Collana Studi e Ricerche» n° 5, disponibile sul sito www.agcm.it
- Argentati A. (2012), *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in «Rivista trimestrale di diritto dell'economia», n.1/2012, pagg. 13-42
- Arisi E., Esposito F.M. (2008), *Un bilancio dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in «Economia e politica industriale», n° 2, pp. 140-154
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2010), *Segnalazione AS 659 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, Roma, 9 febbraio 2010
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2010), *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2009*, consultabile alla pagina www.agcm.it
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2012), *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2011*, consultabile alla pagina www.agcm.it
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2013), *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2012*, consultabile alla pagina www.agcm.it
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2013), *Indagine conoscitiva sul settore della GDO – IC 43*, (agosto 2013) e disponibile alla pagina www.agcm.it
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2014), *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2013*, consultabile alla pagina www.agcm.it
- Banca d'Italia (2012), *Concorrenza e regolazione in Italia*, in «Occasional papers», n. 123
- Bellocci M. (2013), *La giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della concorrenza nel Titolo V della Parte II della Costituzione*, ASTRID, Roma
- Bruzzone G., *La regolazione intrusiva oggi*, in «Mercato concorrenza regole», n. 3/2002, pagg. 467-483
- Buccirossi P., Ciari L., Duso T., Spagnolo G., Vitale C. (2011), *Competition policy and productivity growth: an empirical assessment*, «Düsseldorf Institute for Competition Economics Working Paper», n. 22/2011, consultabile alla pagina

<http://www.econstor.eu/bitstream/10419/48605/1/663605695.pdf>

Buzzacchi C., Pizzolato F. (2012), Liberalizzazione e semplificazione: la giurisprudenza costituzionale 2012 in tema di concorrenza, in «Il diritto della concorrenza», n. 3/2012, pagg. 681-720

Buzzacchi C., Pizzolato F. (2013), L'oggettivizzazione della concorrenza nella giurisprudenza 2013 della Corte costituzionale, in «Il diritto della concorrenza», n. 3/2013, pagg. 811-845

Caravita B. (2010), Tutela della concorrenza e regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in 20 anni di antitrust, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Giappichelli editore, Torino

Cintioli F. (2013), Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti, in «Concorrenza e mercato», 2013, pagg. 107-139

Clarich M. (2013), I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della L. n. 287/1990, in «Concorrenza e mercato», 2013, pagg. 865-870

Clarich M., Mattarella B.G. (2013), Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico, in «Analisi giuridica dell'economia», n. 2/2013, pp. 363-381

Corso G. (2013), La liberalizzazione dell'attività economica non piace alle Regioni. Nota alla sentenza della Corte cost. 200/2012, in «Giurisprudenza italiana», n. 3/2013, pagg. 674-678

De Benedetto M. (2014), Diritto amministrativo e crescita economica, in «Il diritto dell'economia», n. 1/2014, pagg. 189-207

De Benedetto M. (2013), Le liberalizzazioni e la costituzione, in *La regolazione intelligente*, a cura di B. G. Mattarella, A. Natalini, Passigli editore, Bagno a Ripoli

Decarolis F., Giorgiantonio C. (2014), Concorrenza e specificità territoriali negli appalti di lavori pubblici, in «Mercato Concorrenza Regole», pp. 25-67

Felice F., Forte C., Forte F. (2012), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Rubettino editore, Soveria Mannelli

Fiorentino L., Saltari L. (2012), Le politiche di concorrenza: dallo stallo al rilancio, in *Uscire dalla crisi*, a cura di G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, pp. 251-291

Forni L., Gerali A. e Pisani M. (2009), Macroeconomic effects of greater competition in the service sector: the case of Italy, in «Temi di discussione. Working paper», Banca d'Italia, n. 706, marzo 2009, disponibile su www.bancaditalia.it

Ghertman M. (2009), The puzzle of regulation, deregulation and reregulation, in *Regulation, deregulation, reregulation. Institutional Perspectives*, a cura di C. Ménard e M. Ghertman, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton

Ghidini G., Arezzo E. (2012), La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza, in «Giurisprudenza commerciale», luglio-agosto 2012, pagg. 459-472

- Giglio V. (2010), La crisi e il rapporto tra stabilità e concorrenza, in «Mercato concorrenza regole», n. 2/2010, pp. 279-293
- Giulietti W. (2012), Crisi economica e liberalizzazioni, in «Il diritto dell'economia », n. 1/2012, pagg. 113-127
- Grillo M. (2012), Il decreto “Cresci Italia” tra disegno “alto” e difficoltà di attuazione, articolo del 27 gennaio 2012 consultabile sul sito www.nelmerito.it
- Heimler A. (2012), L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i decreti del Governo Monti, in «Mercato concorrenza regole», n. 2/2012, pagg. 367-376
- Istat (2013), Notifica dell'indebitamento netto e del debito delle amministrazioni pubbliche secondo il Trattato di Maastricht, nota informativa del 22 aprile 2013
- Luciani M. (2012), Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione Repubblicana,aggio presentato il 28 ottobre 2011 al Convegno annuale AIC tenutosi a Torino su Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana, e disponibile all'indirizzo <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/bglc/relazione-luciani>
- Mazzantini G., Oliva G. (2007), Qualità della regolazione e performance economiche a livello regionale: il caso della distribuzione commerciale in Italia, in «Collana Studi e Ricerche» n°1, disponibile sul sito www.agcm.it
- Mazzantini G. (2011), Concorrenza e Mezzogiorno; un'analisi territoriale dell'attività dell'Antitrust, in «Collana Studi e Ricerche» n° 3, disponibile sul sito www.agcm.it
- Morera U., Rangone N. (2013), Sistema regolatorio e crisi economica, in «Analisi giuridica dell'economia», n. 2/2013, pp. 383-394
- Napolitano G. (2012), Il decreto “Salva Italia”. La rinascita della regolazione per autorità indipendenti, in «Giornale di Diritto Amministrativo», n. 6/2012, pagg. 229-236
- Occhiocupo N. (2010), Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale, in «20 anni di antitrust», a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Giappichelli editore, Torino
- OCSE (2010), Italia: una migliore regolamentazione per rafforzare le dinamiche dei mercati, OECD, Paris
- Onida V. (2013), Quando la Corte smentisce se stessa, in «Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», n. 1/2013, pagg. 1-5
- Parcu P. L. (1996), Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive, in «Temi e problemi», n° 4, disponibile sul sito www.agcm.it
- Petretto A. (2013), L'analisi economica del diritto in recenti sentenze della Corte costituzionale sulle controversie Stato-Regioni, in «Working Paper Series – Economics», n. 22/2013, DISEI, Università degli studi di Firenze, pag. 19, consultabile alla pagina http://www.disei.unifi.it/upload/sub/pubblicazioni/repec/pdf/wp22_2013.pdf.
- Pitruzzella G. (2012), Osservazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato al disegno di legge AS3110 di conversione in legge del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle

infrastrutture e la competitività, dell'8 febbraio 2012, disponibile sul sito www.agcm.it

Pitruzzella G. (2014), Presentazione della Relazione annuale sull'attività svolta nel 2013, disponibile alla pagina www.agcm.it.

Rebecchini S. (2012), Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge 287/90, consultabile all'indirizzo http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3417-milanoset2012.html

Saitto F. (2012), La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e regioni, in «Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», n. 4/2012, pagg. 1-12

Schivardi F., Viviano E. (2010), Entry barriers in retail trade, in «The Economic Journal», n. 121, pagg. 145-170

Sileoni S. (2012), La liberalizzazione del commercio tra concorrenza statale e reazioni regionali, in «Le Regioni», n. 5-6/2012, pagg. 921-956

Silva F. (2013), Liberalizzare è un processo politico e sociale, prim'ancora che economico, in *La regolazione intelligente*, a cura di B. G. Mattarella e A. Natalini, ASTRID, Passigli editore, Bagno a Ripoli

Simoncini A., Longo E. (2013), L'ultima stagione della semplificazione: la riduzione degli oneri amministrativi, in «Osservatorio sulle fonti», n. 1/2013, pagg. 1-27

Sirianni G., Valastro A. (2010), Autorità indipendenti di regolazione e regioni, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e*

l'economia, a cura di M. D'Alberti, A. Pajno, Il Mulino, Bologna

Somma A. (2013), Scontro tra capitalismi, crisi del debito e diritti fondamentali, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», n. 2/2013, pagg. 451-466

Stecchetti L., Anaretti G. (2010), Il ventennale dell'antitrust e la Corte costituzionale, in «Mercato concorrenza regole», n. 3/2010, pagg. 459-468

Tonetti A. (2012), L'Autorità di regolazione dei trasporti, in «Giornale di Diritto Amministrativo», n. 6/2012, pagg. 589-604