

LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI NELLA COSTITUZIONE RIFORMATA E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA

Di Laura Lamberti

Sommario:

1 Servizi pubblici locali, concorrenza e Costituzione: un quadro generale dai contorni incerti

2 Gli interventi della Corte costituzionale

2.1 La Consulta fornisce l'interpretazione della materia "tutela della concorrenza"(sentenza 4/2004)

2.2 L'applicazione della competenza statale in materia di concorrenza alla normativa sui servizi pubblici locali (sentenza 272/2004)

2.3 La Corte ribadisce la trasversalità della materia "tutela della concorrenza" in tema di servizi pubblici locali (sentenza 29/2006)

3 La "tutela della concorrenza" nel quadro della costituzione riformata. Costituzionalizzazione di un principio o semplice criterio di riparto legislativo?

1. Servizi pubblici locali, concorrenza e Costituzione: un quadro generale dai contorni incerti

I servizi pubblici locali costituiscono un settore nel quale è possibile verificare il processo di adattamento dell'ordinamento interno alla normativa comunitaria. Essi rappresentano una sorta di cartina di tornasole dell'incidenza e dell'attuazione dei principi del libero mercato nel nostro sistema¹.

In particolare si vuole appurare se, grazie al recepimento delle normative comunitarie da un lato ed alla riforma costituzionale operata nel 2001 dall'altro, si possa considerare realizzata un'emersione dei valori concorrenziali a livello

¹ Sulla questione dei rapporti fra servizio pubblico locale e ordinamento comunitario, per un'utile periodizzazione, cfr. G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 140 ss.

costituzionale, utilizzando come terreno di analisi, appunto, il settore dei servizi pubblici locali.

A tale fine risulta utile ripercorrere, per rapida sintesi, l'evolversi della loro disciplina con specifico riguardo agli interventi normativi operati negli ultimi cinque anni ed alle conseguenti interpretazioni di essi forniti dalla giurisprudenza, in particolare, della Corte costituzionale.

E' noto come nel corso dell'ultimo ventennio del secolo scorso la disciplina dei pubblici servizi abbia conosciuto una movimentata stagione di riforme caratterizzata dal progressivo superamento della precedente normativa fondata sul sistema, consacrato dall'art. 43 Cost., della riserva originaria.

Grazie al susseguirsi delle direttive comunitarie nei diversi settori e delle corrispondenti norme interne di recepimento, si è affermata in linea di principio la prevalenza delle regole della concorrenza. Questa comporta, come primo presupposto, la libertà di accesso delle imprese al settore dei servizi pubblici e, conseguentemente, il passaggio dallo strumento concessorio, fondato sulla discrezionalità dello Stato nell'affidamento del servizio, a quello dell'autorizzazione, in base al quale, all'opposto, l'amministrazione non ha il potere discrezionale di decidere se permettere o meno l'accesso al settore dei servizi pubblici ma deve limitarsi a verificare la presenza dei requisiti del richiedente (con conseguente limitazione o eliminazione dei monopoli legali).

Ulteriore conseguenza dell'impatto delle disposizioni comunitarie, ed in particolare del fenomeno delle liberalizzazioni, sul regime dei pubblici servizi è stato quello dell'enfaticizzazione della funzione regolatrice dei pubblici poteri. E' stato infatti evidenziato² come essendo questi, sempre meno depositari unici o privilegiati dell'erogazione dei servizi, e sempre più orientati alla dismissione delle partecipazioni azionarie nelle imprese di pubblica utilità, svolgano un ruolo determinante non più come produttori di prestazioni ma piuttosto come garanti e regolatori delle dinamiche dell'accesso e dello svolgimento dei servizi pubblici.

² S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2004, 90.

La privatizzazione delle aziende erogatrici di servizi pubblici viene accompagnata (subordinata) alla creazione di autorità di regolazione che garantiscano la effettiva libertà di accesso, attraverso la vigilanza sulla possibilità, per i nuovi operatori, di accedere ed interconnettersi alle infrastrutture essenziali e non duplicabili detenute e gestite dall'impresa dominante (rappresentata normalmente dall'ex monopolista).

Compito delle autorità garanti³ è, inoltre, quello di assicurare il funzionamento di quei mercati che, per loro specifica natura, necessitano l'amministrazione delle risorse scarse o l'organizzazione delle transazioni, ed infine quello di garantire il rispetto, da parte dei soggetti erogatori, dei diritti degli utenti⁴.

Occorre tuttavia puntualizzare le differenze che si sono verificate tra l'evoluzione del settore dei servizi pubblici nazionali rispetto a quello dei servizi locali⁵. Nei servizi nazionali, infatti, i processi di privatizzazione e di liberalizzazione, sicuramente imperfetti, incompleti e per molti versi falsati sono tuttavia irreversibili⁶. E' difficile cioè immaginare un cambio di direzione che

³ Con la legge 481 del 1995 viene istituita l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas mentre con la legge 31 luglio 1997, n. 249 l'autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 68 evidenzia come la magistratura amministrativa si stia chiamata per prima a misurarsi con i nuovi problemi della regolazione. L'Autore ricorda che "il rapporto tra le autorità ed il giudice amministrativo è inizialmente difficile. La logica della legittimità giuridica entra in conflitto con quella della regolazione pro concorrenziale: è la prima a prevalere con l'annullamento di quelle misure che non trovano una specifica base normativa. Gradualmente, però, il giudice amministrativo comprende la specificità dei provvedimenti delle autorità: non entra nel merito delle valutazioni tecniche-economiche e valorizza, piuttosto, il ruolo dei presidi partecipativi e degli istituti di trasparenza di cui le autorità si dotano. La citata dottrina considera quindi come dal dialogo proficuo che si instaura ne derivi un effetto positivo sia la disciplina pubblica che la garanzia offerta ai privati.

⁴ Nasce la normativa in tema di carta dei servizi volta ad individuare gli obblighi degli erogatori di servizi pubblici al fine di garantire la fruizione diffusa dei servizi universali ed in generale di tutelare l'utenza in ordine all'adeguatezza dei servizi prestati.

⁵ Sulle caratteristiche "in trasformazione" del servizio pubblico nazionale nonché e per un suo inquadramento costituzionale e - specialmente - per le differenze fra questo e il servizio pubblico locale, cfr. G. DI GASPARE, *op. ult. cit.*, pp. 6 ss.

⁶ Sul punto si veda la completa ricostruzione del fenomeno operata da G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici, cit.*, 76, il quale dopo aver scandagliato i limiti e le ambiguità del processo di liberalizzazione e privatizzazione del settore dei servizi nazionali, riconoscendo la

porti ad un'inversione rispetto all'affermarsi e al prevalere delle regole concorrenziali cosa che è invece sostanzialmente accaduta nell'ambito dei servizi pubblici locali.

In questo settore, infatti, l'affermazione di una normativa realmente proconcorrenziale ha incontrato numerose difficoltà e si trova oggi in una situazione di stallo determinata dall'incapacità, per il legislatore, di realizzare una normativa che sancisca la definitiva apertura al mercato dei servizi pubblici locali, incapacità che, come si vedrà, lo ha indotto a cercare riparo da altre procedure di infrazione comunitaria in una disciplina che consente un modello non competitivo in alternativa a quelli competitivi.

Ricostruendo brevemente le vicende accadute si ricorda come la disciplina sui servizi pubblici locali prevista dall'art. 22 e ss. della legge 142/1990, figlia di un'epoca in cui il principio della concorrenza in relazione ai servizi pubblici non era stato ancora pienamente recepito dal nostro legislatore, venne modificata proprio sotto la spinta di un atto di messa in mora nell'ambito di una procedura di infrazione ex art. 226 trattato CE⁷.

La disciplina di cui all'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448⁸, venne adottata con l'intento di operare una radicale riforma del sistema anche grazie alla previsione del principio di separazione tra i soggetti proprietari e i soggetti gestori delle infrastrutture e delle reti, e i soggetti erogatori di servizi all'utenza. Da un punto di vista dell'inquadramento generale essa introdusse anche la distinzione dei servizi pubblici locali fondata sulla dicotomia tra servizi

necessità per il legislatore di superarli e risolverli, conclude nel senso che essi non bastano a mettere in dubbio il reale cambiamento operato e la necessità di "prendere sul serio le privatizzazioni".

⁷ Con l'atto 8 novembre 2000 (sg. (2000)D/108243) in *www.dirittodeiservizipubblici.it.*, la Commissione ha affermato che l'art. 22 L. 142/1990 risultava in contrasto con gli obblighi comunitari. In particolare, a parere della Commissione, la possibilità per gli enti locali di realizzare affidamenti diretti di appalti pubblici di servizi ovvero di concessioni di servizio a soggetti terzi (così considerabili in base alle linee individuate dalla sentenza Teckal) costituiva rispettivamente una violazione delle direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE ovvero degli artt. 49 e seguenti del trattato CEE.

⁸In G.U. 29 dicembre 2001, n. 301 Suppl. Ordinario n. 285 (legge finanziaria 2002).

di *rilevanza industriale* e servizi *privi di rilevanza industriale*. Obiettivo della riforma era quello di attribuire agli enti locali l'esercizio in modo unitario delle funzioni amministrative di indirizzo e vigilanza nei confronti della gestione dei servizi e contemporaneamente riorganizzare la domanda e l'offerta dei servizi medesimi introducendo il sistema della gara ad evidenza pubblica quale strumento di selezione del soggetto gestore della rete ed erogatore del servizio. L'art. 35, tuttavia, conteneva una serie di disposizioni che ancora rendevano l'assetto dei servizi locali nel nostro ordinamento non compatibile con i principi concorrenziali comunitari. In particolare 1)l'affidamento diretto della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali quando separata dall'erogazione del servizio, a società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, 2)la durata del periodo transitorio durante il quale venivano fatti salvi gli affidamenti diretti effettuati in passato e 3)gli affidamenti diretti previsti come regola in tema di gestione di servizi pubblici privi di rilevanza industriale, oltre che 4)l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali portarono alla sottoposizione dell'Italia ad una nuova procedura di infrazione da parte della Commissione europea⁹.

La risposta del governo italiano a questo nuovo atto di messa in mora fu una difesa della riforma interamente fondata sulla non immediata applicabilità dell'art. 35 e sulla assicurazione che, con il regolamento di attuazione, sarebbero stati disciplinati gli affidamenti in house in modo da garantire il rispetto dei parametri europei. Quanto al regime transitorio ed alle proroghe degli affidamenti pregressi, essi vennero giustificati facendo leva sulla necessità di creare un incremento dell'efficienza sistemica .

Il regolamento attuativo previsto dal comma 16 dell'art. 35 non fu, tuttavia, emanato in quanto le disposizioni dell'art. 35 (e degli artt. 113 e 113 bis che da esso erano stati incisi) vennero nuovamente modificate ad opera dell'art.

⁹ Commissione europea, 26/6/2002 n. C(2002)2329, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

14 del decreto legge n. 269 del 2003¹⁰, convertito con modificazioni nella legge 326 del 2003, e successivamente dall'art. 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350¹¹, con la prima evidente novità di eliminare la distinzione basata sulla rilevanza industriale e distinguere i servizi in relazione alla loro rilevanza economica¹². L'aspetto più importante da sottolineare è quello che con tali norme invece di realizzare definitivamente un sistema proconcorrenziale dei servizi pubblici locali si è fatto un passo indietro prevedendo nuovamente la possibilità, per gli enti locali, di rivestire funzioni gestorie¹³. In base alla previsione del comma 5¹⁴, infatti, gli enti locali accanto alle opzioni di cui alle lettere a) e b),

¹⁰ In G.U. 2 ottobre 2003, n. 229 – S. O. 157

¹¹ Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2004 in G.U. 25 novembre 2003, n. 274 – S.O. n. 181. E' stato evidenziato (M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Gior. Dir. amm.*, 2004, 122) che il legislatore statale nell'intervenire nuovamente sulla disciplina dei servizi pubblici locali, memore dei ricorsi già promossi dalle regioni per contestare la sua potestà legislativa sul tema, ha espressamente richiamato nel primo comma dell'art. 113 modificato il titolo di legittimazione del suo intervento costituito dal fatto che "le disposizioni che disciplinano le modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative della disciplina di settore".

¹² Viene quindi modificato nuovamente il criterio in base al quale si opera la separazione dei due insiemi. Prima della legge 448/2001, infatti la distinzione veniva operata in riferimento all'aspetto imprenditoriale o meno del servizio. Con la legge 326/2003 viene invece introdotto il medesimo criterio discrezionale utilizzato in sede comunitaria. Lo svolgimento di un'attività economica rappresenta tradizionalmente il presupposto ritenuto necessario dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia per l'individuazione di un'impresa soggetta al diritto comunitario della concorrenza (Corte di Giustizia, *Hofner*, causa C-41/90, in *Raccolta*, 1991, 1979). Tale elemento è stato poi riportato nel Libro Verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003.

¹³ Secondo G. NAPOLITANO (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 81) "tali disposizioni segnano un vero e proprio ritorno al passato, di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario, perché traspongono le conclusioni giurisprudenziali raggiunte in materia di appalti al settore dei servizi. Né costituisce un idoneo temperamento la previsione, peraltro rinviata alle normative di settore di criteri di gradualità nella scelta delle modalità di conferimento del servizio" Nello stesso senso M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Gior. Dir. amm.*, 2004; parimenti critico S. VARONE, (*Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 185) il quale segnala il pericolo "di travolgere tutta l'elaborazione giurisprudenziale che, sulla base di un faticoso percorso evolutivo, ha permesso di circoscrivere progressivamente i monopoli ed ha subordinato la legittimità degli interventi pubblici diretti ad occupare e precludere interi spazi di mercato al rigoroso rispetto di principi, quali quelli di proporzionalità e residualità, che si pongono quali strumenti per la tutela di valori e libertà cardine dell'unione europea".

¹⁴ Il quale dispone: "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:a) a

che prevedono modelli competitivi, possono utilizzare anche lo strumento dell'affidamento a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale, esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. Si è tentato, così, di salvaguardare il sistema da nuove censure da parte delle istituzioni comunitarie attraverso l'inserimento, nel testo legislativo, letteralmente delle ipotesi di affidamento diretto ammesse in base alla sentenza Teckal. Il mezzo per scongiurare la censurabilità delle nuove disposizioni è stato, quindi, quello di percorrere l'opposta strada della chiusura anziché dell'apertura al mercato¹⁵.

Si ricorda, infatti, che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nella nota sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98¹⁶, ha chiarito che l'applicazione delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici richiede che l'amministrazione aggiudicatrice stipuli il contratto a titolo oneroso con una persona distinta da essa sul piano formale ed autonoma sotto il profilo decisionale. Dopo che il legislatore interno ha "normativizzato" i principi contenuti nella sentenza Teckal sono tuttavia sorti dubbi interpretativi circa

società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

¹⁵ Così G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in *www.lexitalia.it*, 12, 2003, che, nel considerare la plausibilità della nuova disciplina, giunge ad una conclusione "che ha il sapore del paradosso". Secondo l'Autore, infatti, "la nuova disciplina rispetto alla precedente, stabilita dall'art. 35 della l. 448/2001, offre il fianco a minori rilievi sotto il profilo della compatibilità con la normativa comunitaria". Ancorché essa risulti per più aspetti di chiusura al mercato si espone di meno a contestazioni di incoerenza con il quadro dell'Unione europea.

¹⁶ In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 1393; in *Foro amm.* 2001, 795, con nota di R. IANNOTTA.

l'individuazione dei presupposti, ricorrendo i quali, possa legittimamente procedersi ad affidamenti diretti.

In proposito si è assistito ad un intervento ricostruttivo della fattispecie degli affidamenti in house da parte della giurisprudenza comunitaria e nazionale, volta appunto a specificare le condizioni in parola¹⁷. Il nodo problematico di più difficile soluzione attiene alla individuazione dei parametri che integrano "il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi". Tale aspetto, è stato indagato dalla giurisprudenza amministrativa¹⁸ che ha infine rimesso la questione alla Corte di Giustizia¹⁹ chiedendo una definizione dei requisiti necessari perché

17 La Corte di giustizia, con la sentenza 11 gennaio 2005, in C-26/03 (Stadt Halle), ha, ad esempio, risolto l'interrogativo circa la possibilità di operare affidamenti in house a società a capitale misto pubblico-privato chiudendo alla possibilità di attribuire un appalto ad una società mista senza procedura di evidenza pubblica sulla base di una duplice ragione: in primo luogo poichè questo rappresenterebbe un insuperabile pregiudizio del principio della parità di trattamento contemplato dalla direttive 92/50 onché in ragione del fatto che, in un ipotesi del genere, non si realizzerebbe, da parte dell'ente pubblico quel controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi che rappresenta condizione essenziale per la realizzazione dell'affidamento in house.

Ulteriore condizione per gli affidamenti diretti, individuata nella sentenza Teckal e trasfusa nel comma 5 dell'art. 113, è quella che la società realizzi la quota più importante della propria attività con la parte pubblica che la controlla. Anche in questo caso, il problema consiste nel parametro in base al quale misurare la quota stessa. Poiché nella sentenza Teckal non vi è un indice di misura (tanto meno nel comma 5 dell'art. 113) la giurisprudenza ha chiarito che il requisito della prevalenza dell'attività deve essere stimato sotto il profilo quantitativo e non qualitativo. Rileva, cioè, il profilo economico e non il tipo di servizio affidato alla società.

¹⁸ Cons. Stato, V, 18 settembre 2003, n. 5316, in Urb e app., 2003, 1417; anche la dottrina ha fornito un notevole contributo nella ricostruzione dell'istituto dell'in house providing cercando, in particolare, una lettura appropriata del controllo analogo richiamato dalla sentenza Teckal. Si vedano: C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2001, 520; D. CASALINI, *L'Organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 32. S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione intergovernativa tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Urb. e appalti*, 2003, 1150 ;B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in *Urb. e appalti*, 2003, 1419; A. PERICU, *Servizi pubblici locali e diritto comunitario*, in *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Padova, 2003, 96; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2001, 1461.

¹⁹ Cons. Stato, V, 22 aprile 2004, n. 2316, il quesito posto in via pregiudiziale è relativo alla compatibilità con il diritto comunitario di un'attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimento di pubblica gara qualora l'impresa concessionaria sia una società costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica e il cui capitale sociale al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui il Consiglio di amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria

il controllo esercitato dagli enti locali alle società di gestione del servizio pubblico corrisponda a quello esercitato sui propri servizi.

La Corte di Giustizia ha risposto ai quesiti posti nell'ordinanza della V sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 13 ottobre 2005 C- 458/03. Essa ha ribadito la necessità di una lettura restrittiva dei presupposti legittimanti gli affidamenti in house in considerazione del fatto che essi costituiscono un'eccezione alle regole del diritto comunitario. Ma la Corte ha fatto molto di più in quanto, sulla base di questa premessa, ha chiarito che la valutazione relativa all'analogia del controllo *“deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”*. Questa impostazione ha condotto i giudici comunitari a concludere che *“Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente”*²⁰.

amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi entro un valore di cinque milioni di euro.

²⁰ Per un primo commento alla sentenza si veda: A. CLARIZIA (*La Corte suona il de profundis per l'in house*, in *www.giustamm.it*, 10, 2005) il quale evidenzia come la Corte, anche in questa pronuncia, tenti di ricondurre nell'alveo dei principi comunitari un modulo organizzatorio che essa stessa ha ideato ma che è poi “sfuggito di mano” con effetti pregiudizievoli per il mercato. A questo fine, nell'individuare il concetto di controllo analogo, la Corte lo identifica “nell'influenza determinante non solo degli obiettivi, ma anche delle decisioni importanti delle

2 Gli interventi della Corte costituzionale

Su tale tormentato iter si è quindi inserita la Corte Costituzionale, che in particolare in due sentenze del 2004, la n. 14 del 13 gennaio '04 e la n. 272 del 27 luglio '04, ha affrontato il tema dell'inquadramento, nel sistema costituzionale, della tutela della concorrenza alla luce delle novità introdotte dal titolo V riformato, partecipando in modo diretto all'evoluzione del sistema.

Nella prima pronuncia la Consulta non si è occupata direttamente della disciplina dei servizi pubblici locali ma ha affrontato la questione del ruolo svolto dalla clausola di cui all'art. 117, c. 2 lett. e), che affida al legislatore statale la materia della tutela della concorrenza, con l'intento di fissare dei punti fermi che, ancorché criticati da larga parte della dottrina, vengono ripresi e confermati nella sentenza del luglio 2004.

Quest'ultima, invece, è stata pronunciata proprio per verificare la legittimità costituzionale della normativa in tema di servizi pubblici locali sotto il profilo della illegittima invasione del legislatore statale nei confronti di ambiti che si asseriva spettassero a quello regionale²¹. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 272, ha fornito alcune risposte ai quesiti che si ponevano sul punto senza, però, raggiungere un traguardo generalmente condiviso ma anzi rianimando “i

società *in house*: evenienza che non può riscontrarsi, se gli organi sociali, e in particolare il consiglio di amministrazione, possono assumere tutte le decisioni di gestione della società in piena autonomia nei confronti degli azionisti – amministrazioni aggiudicatrici”. L'Autore sottolinea, tuttavia, che nel formulare le argomentazioni a sostegno di questa ricostruzione volta ad arginare l'uso improprio dell'istituto operato dai legislatori, “la Corte scopre il fianco ad evidenti contraddizioni e suscita perplessità proprio in relazione alla ricostruzione logico-giuridica dell'istituto, che nel contempo potrebbero aprire la strada ad ulteriori elusioni”.

²¹ Contro la disciplina dei servizi pubblici locali come incisa prima dall'art. 35 della l. 448/2002 e poi dal d.l. n. 269 del 2003, convertito, con modificazioni, nella l. n. 326 del 2003, sono stati promossi numerosi ricorsi da parte di diverse Regioni che lamentavano la lesione, da parte del legislatore statale, della loro sfera di competenza legislativa concorrente o addirittura esclusiva. Con l'ordinanza n. 274 la Corte Costituzionale ha riunito tali giudizi ed in considerazione delle successive revisioni intervenute ma, fondamentalmente, della declaratoria di illegittimità costituzionale disposta con la sentenza n. 272/2004 relativamente agli artt. 113, comma 7, e 113-bis, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 quali risultano dalle modifiche apportate dallo stesso art. 35 ha dichiarato in relazione ad essi la cessazione della materia del contendere.

dibattiti” su tali temi: quello relativo alla disciplina dei servizi pubblici locali e quello circa l’inquadramento costituzionale della concorrenza.

2.1 La Consulta fornisce l’interpretazione della materia “tutela della concorrenza” (sentenza n. 14/2004)

La prima delle due sentenze, come si è detto, fornisce un’interpretazione sistematica della clausola “tutela della concorrenza” che, assieme ad altre previste nel comma 2 dell’art. 117 (si pensi a quella dei livelli essenziali delle prestazioni o della tutela dell’ambiente) costituisce una materia trasversale²² attribuita al legislatore statale e la cui concreta estensione (e gli ugualmente temibili rischi di eccessiva compressione o dilatazione) rappresenta un nodo cruciale per il sistema delineato con la riforma del titolo V²³.

²²F. S. MARINI (La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 2952) evidenzia che accanto alle materie tradizionalmente intese, che hanno, cioè, un oggetto ben preciso e determinato, con la novella costituzionale del 2001, vengono concepite nuove materie che non hanno più un oggetto specifico ma che si identificano piuttosto in uno scopo ovvero un tipo di disciplina. Secondo G. FALCON (Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2002, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, 23) “non poche delle clausole di competenza statale ai sensi dell’art. 117, c. 2, sono in realtà finestre aperte sulle materie di competenza regionale: non occorre neppure ricordare, ad esempio, le “materie” della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, della concorrenza, dell’ambiente”. Sempre sul punto si vedano anche: A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1, 2003, 15 e E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2, 2003

²³ La Corte costituzionale ha affrontato più volte il tema della competenza statale nelle materie trasversali (orizzontali). Si ricordano in particolare le sentenze 26 giugno 2002, n. 282 (in *Giur. cost.*, 2002, 2012, con note di A. D’ATENA, *La Consulta parla ...e la riforma del titolo V entra in vigore*, e di D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*) e 26 luglio 2002, n. 407 (in *Giur. cost.* 2002, 2940, con nota di F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*). Nella motivazione della pronuncia 282/2002 la Corte, in relazione alla clausola di cui all’art. 117, comma 2, lett. m) (*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*) ha espressamente chiarito che: “non si tratta di una «materia» in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionale.”

La sentenza n. 14 è intervenuta a valle di un acceso dibattito dottrinario circa la corretta interpretazione da attribuire a tale clausola. La concordia di vedute, infatti, si limita esclusivamente alla certezza che essa rappresenti una materia-non materia, una finalità o meglio un valore al quale tendere. Molto controverso è, invece, il contenuto di tale clausola cioè l'identificazione di ciò cui il legislatore costituzionale intendeva riferirsi. La necessità di chiarire questo aspetto è evidente in quanto esso rappresenta l'ambito, ma anche il limite, per l'intervento del legislatore statale nelle materie non affidate alla sua competenza ma sulle quali, proprio in ragione di tale potere di intervento trasversale, ugualmente incide.

Secondo una parte della dottrina²⁴ per "tutela della concorrenza" si deve intendere l'insieme delle regole e dei principi antitrust così come previsti e disciplinati dalla legge 287/1990. Si tratterebbe, cioè, di un riferimento limitato esclusivamente alla normazione diretta ad evitare le intese restrittive, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni senza coinvolgere in alcun modo gli aspetti di regolazione concernenti settori sensibili. Diversamente opina altra dottrina che ritiene artificiosa la distinzione appena operata poiché in entrambi i casi obiettivo del legislatore è la tutela della concorrenza²⁵. Altra dottrina²⁶ ha affrontato il tema in parola partendo dall'obiettivo di fondo della riforma costituzionale del 2001 consistente nel "decongestionare il centro". Sulla base di questa premessa, riflette la citata dottrina, non "pare metodologicamente corretto voler a tutti i costi estendere la portata delle clausole di attribuzione di competenza legislativa allo Stato." L'opzione ermeneutica più corretta in ordine all'art. 117, comma II, lett. e), sembra quindi quella più semplice in base alla quale "spetta allo Stato dettare la legge generale sulla tutela della concorrenza tra

²⁴L. CASSETTI, *Potestà legislativa esclusiva e tutela della concorrenza*, in *www.Federalismi.it*, 2004

²⁵L. AMMANNATI, *Concorrenza e regolazione tra Stato e Regioni*, in *www.unifi.it.*, 2003.

²⁶R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione (nota a Corte cost., n. 14/2002)*, in *Le Regioni*, 4, 2004.

gli operatori economici che operano, o vorrebbero operare, nel mercato investendo tra l'altro di specifici poteri un'autorità amministrativa". In questo modo la materia della tutela della concorrenza verrebbe ad avere un ambito ben delineato e perderebbe i caratteri di competenza trasversale. Il legislatore statale, quindi, sarebbe sì il depositario esclusivo di tale competenza ma nei limiti certi degli istituti in essa rientranti.

Questa ricostruzione è stata condivisa da una precedente sentenza della Corte che ha affrontato in maniera esplicita il tema indicando, nella tutela della concorrenza, una particolare materia caratterizzata da istituti e procedure tipici²⁷.

Completamente diverso è l'approccio della Consulta nella sentenza n. 14 nella quale veniva chiamata a verificare la legittimità costituzionale di numerose disposizioni della legge finanziaria per il 2002²⁸ rispetto alle quali, come la stessa Corte ha premesso, si poneva "la questione cruciale del rapporto tra le politiche statali di sostegno del mercato e le competenze legislative delle Regioni nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione". Nell'impostare la decisione i supremi giudici hanno avuto cioè come obiettivo quello di rispondere all'interrogativo se "lo Stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, disponga ancora di strumenti di intervento diretto sul mercato, o se, al contrario, le sue funzioni in materia si esauriscano nel promuovere e assecondare l'attività delle autonomie". La pronuncia, quindi, riconducendo gli

²⁷ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge 55/2002 in tema di realizzazione o potenziamento di impianti di produzione dell'energia elettrica, sconfessa la pretesa che tale legislazione possa essere riconducibile alla "tutela della concorrenza" di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., "dal momento che la disciplina in questione non è affatto caratterizzata dagli istituti e dalle procedure tipiche di questa particolare materia" riconoscendo quindi, in modo sillogico, che la materia tutela della concorrenza, sia appunto caratterizzata da istituti e procedure tipici.

²⁸ Della legge 28 dicembre 2001, n. 448 si contestava la legittimità costituzionale delle norme relative alle misure di sostegno destinate al fondo di mutualità e solidarietà per i rischi in agricoltura di cui all'articolo 52, comma 83, di quelle concernenti i contributi per i settori produttivi del tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero di cui all'art. 59, quelle in materia di agevolazioni per le aree svantaggiate di cui all'art. 60, comma 1, lettera d), ed in fine quelle disciplinanti il finanziamento di patti territoriali ed accordi di programma per il settore agroalimentare e la pesca contenuti nell'art. 67, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione

interventi in parola alla generale categoria degli “aiuti di stato” ha focalizzato il suo esame sull’estensione delle competenze legislative dello Stato in materia di tutela della concorrenza.

A tale proposito la Corte ha affermato che gli aiuti di Stato²⁹, accanto agli interventi regolativi, alla disciplina *antitrust* ed alle misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza rappresentano i diversi aspetti sui quali può incidere lo Stato esercitando la potestà di cui all’art. 117, secondo comma, lettera e). Secondo la Corte il fatto che tale voce ricomprenda assieme alla tutela della concorrenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie, “rende palese che quest’ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”.

La Corte però si è preoccupata anche di puntualizzare immediatamente che una eccessiva dilatazione di tale materia, che definisce come “una funzione esercitabile sui più diversi oggetti”, provocherebbe una distorsione del sistema di riparto dell’art. 117 Cost., in base al quale sono invece le Regioni che devono disciplinare quegli strumenti che pur incidendo sullo sviluppo economico della

²⁹ Chiarisce infatti la Consulta che poiché i principi comunitari del mercato e della concorrenza non sono svincolati da un’idea di sviluppo economico-sociale si deve dedurre che le istituzioni pubbliche ben possono intervenire sul mercato al fine di perseguire tale sviluppo. La sentenza in particolare puntualizza che “se è vero che sono incompatibili con il mercato comune gli aiuti pubblici, sotto qualsiasi forma concessi, che falsino o minaccino di falsare la concorrenza, è altrettanto vero che le deroghe ai divieti di aiuti, regolate in principio dall’art. 87, paragrafi 2 e 3, del Trattato CE, sono a loro volta funzionali alla promozione di un mercato competitivo. Esse sono guardate con favore ed anzi propiziate dalla stessa Comunità quando appaiono orientate ad assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale

realtà regionale non rappresentano interventi macroeconomici ma sono solo diretti alla realtà produttiva locale.

E' per risolvere questo possibile(?) contrasto che la Corte indica nel "criterio sistematico" il mezzo per valutare l'estensibilità di tale competenza statale. Le competenze previste dalla lettera e) rappresenterebbero, infatti, tutte degli "strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico". Con questa chiave di lettura il supremo consesso giunge a considerare costituzionalmente legittimi "solo" quegli interventi che abbiano una rilevanza macroeconomica tale da incidere sull'equilibrio economico generale.

La sentenza della Corte è stata duramente criticata in sede dottrina. È stato infatti contestato l'intero impianto teorico sul quale la pronuncia si basa in ragione della pregiudiziale considerazione che le disposizioni comunitarie che la Consulta richiama, lungi dall'essere idonee a fondare delle competenze in capo agli Stati, sono all'opposto volte a limitare o al più ad indirizzare l'esercizio di competenze ammesso che siano aliunde fondate³⁰. Nella stessa ottica si pone altra dottrina³¹ che evidenzia come il riferimento alla normativa europea sugli aiuti di Stato non è per nulla coincidente con la tutela della concorrenza propriamente intesa ma casomai ne costituisce una deroga e nulla ha a che vedere

³⁰ R. CARANTA, *La concorrenza, le competenze legislative...cit.*, il quale evidenzia che "l'impostazione seguita dalla Corte non può in alcun modo essere confermata dal riferimento al Regolamento della Commissione 2001/69/CE del 12 gennaio 2001, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del trattato CE agli aiuti d'importanza minore (*de minimis*)...Il Regolamento *de minimis*, come gli altri analoghi regolamenti adottati dalla Commissione, risponde ad esigenze di semplificazione, ma deve comunque far salva l'effettività dei controlli sulla compatibilità degli aiuti con le regole di un mercato concorrenziale; tale disciplina, contrariamente a quanto afferma la Corte costituzionale, nulla ha a che fare con una disciplina positiva di favore per l'intervento pubblico nell'economia, sia pure nel settore delle piccole e medie imprese" e conclude che "l'opzione interpretativa seguita dalla corte non è in alcun modo giustificata dal diritto comunitario, peraltro invocato in maniera del tutto insufficiente".

³¹F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, 4, 2004.

con la dimensione territoriale o macroeconomica degli interventi ammessi o ammissibili. Sulla base di queste considerazioni la citata dottrina rifiuta l'accettabilità di una ricostruzione che, fondandosi su un'interpretazione sbagliata della tutela della concorrenza³², “giunge ad individuare una sorta di altra e diversa materia trasversale, a contenuto potenzialmente indeterminato e in grado di penetrare, attraverso gli interventi a carattere macroeconomico e ad ambito territoriale nazionale, in tutti i settori riservati alla competenza concorrente o residuale delle Regioni”.

Ragioni di critica alla sentenza che si esamina possono essere individuate anche con riferimento all'art. 119 Cost. relativo al profilo finanziario. In relazione ad esso la Consulta espressamente esclude alcuna lesione evidenziando che lo stanziamento previsto dalla norma sottoposta al vaglio costituzionale non viene sottratto al trasferimento alle Regioni, a copertura delle loro funzioni ordinarie, ma è attinto dalla finanza statale per l'esercizio di una competenza propria dello Stato. Anche questa asserzione non può essere condivisa in quanto, come correttamente evidenziato³³, il comma 5 dell'art. 119 fornisce un indicazione precisa di quale sia il ruolo dello Stato a livello macroeconomico, limitandolo all'esclusiva possibilità di operare interventi speciali in favore delle autonomie .

La dottrina ha d'altronde rilevato che le disposizioni legislative sindacate ben potevano essere salvate dalla dichiarazione di incostituzionalità attraverso il più appropriato riferimento al potere statale in materia di “sostegno all'innovazione nei settori produttivi” senza ricorrere al generico richiamo alla

³² PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, cit., afferma che la lettura della Corte della clausola “tutela della concorrenza “va ben al di là della tutela della concorrenza correttamente intesa sia alla luce di una lettura restrittiva e sostanziale del dato comunitario che sulla base di una ricostruzione del quadro ordinamentale interno così come ricavabile dalla normativa costituzionale dell'art. 41 Cost. e dalla legislazione italiana relativa all'autorità per la concorrenza”

³³ R. CARANTA, *La concorrenza, le competenze legislative...cit.*, il quale riferendosi all'art. 119 parla di “convitato assente” dalla motivazione della sentenza n. 14.

dimensione macroeconomica dell'intervento che, come da più parti evidenziato, troppo si avvicina al parametro dell'interesse nazionale³⁴.

Alla luce dei rilievi esposti appare chiaro che l'interpretazione che la Consulta ha fornito della clausola prevista dall'art. 117 comma 2, lett. e) non può essere condivisa essendo sostanzialmente fondata su un'errata interpretazione dei parametri (diritto comunitario) che essa stessa prende a riferimento. Obiettivo della Corte era quello di giustificare l'intervento del legislatore statale riconducendolo ad un ulteriore "mezzo di penetrazione delle competenze regionali" rappresentato dalla clausola "tutela della concorrenza". Non può non riconoscersi che, con interventi del genere, la Corte³⁵ sostanzialmente svuota di valenza autonomistica la riforma stessa fornendone una lettura sostanzialmente riduttiva. Preme sottolineare che rispetto ad una politica del genere non si vogliono, né si potrebbero, in questa sede esprimere valutazioni di opportunità³⁶, ma non ci si può esimere dall'evidenziare che per realizzare tali finalità a volte, come nella situazione in esame, si rischia di operare forzature difficilmente condivisibili. L'aspetto paradossale della situazione in esame consiste nel fatto

³⁴ L. CASSETTI (*La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *www.Federalismi.it*, 5, 2004) ritiene che sotto le spoglie della rilevanza macroeconomica si cela in realtà il parametro dell'interesse nazionale. "Il ricordo dei primi cinquant'anni di regionalismo, che ha visto la trasformazione dell'interesse nazionale da originario limite di legittimità delle competenze legislative regionali, è ancora sufficientemente vivo e nitido: è difficile escludere che la rilevanza macroeconomica dell'intervento pubblico, non potendo di volta in volta essere misurata dalla Corte alla quale è precluso il sindacato nel merito della scelta legislativa di politica economica, possa trasformarsi in un parametro assolutamente sfuggente e dunque suscettibile di essere utilizzato a svantaggio della valorizzazione delle competenze concorrenti e residuali riconosciute alle regioni dal nuovo titolo V su materie che attengono al governo dell'economia.

³⁵ Alla quale si deve dare atto di essere l'unico soggetto istituzionale che si stia occupando dell'attuazione della riforma costituzionale. In questo senso F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, cit.

³⁶ Appare evidente, che l'individuazione della corretta lente attraverso la quale l'intera riforma costituzionale debba essere letta e l'eventuale opportunità di interpretare le sue norme in modo restrittivo o estensivo trascende le riflessioni che si stanno conducendo in questo approfondimento. Ciò che è sicuro, però, è che la Corte abbia assunto un ruolo di protagonista unica nell'attuazione di una riforma che sembra applaudita da tutti ma realmente voluta da nessuno. In proposito la dottrina ha parlato della Corte come di "un organo di secondo grado nella scrittura di leggi costituzionalmente legittime" così L. OLIVERI, *E' esclusiva la competenza legislativa dello Stato sulla materia dei servizi pubblici a rilevanza economica?*, in *www.lexitalia.it*, 7-8, 2004.

che un intervento che prevede aiuti di Stato (pratica notoriamente anticoncorrenziale, ammessa dal diritto comunitario solo in via eccezionale e giustificata dalla presenza di situazioni rigidamente individuate, la cui ricorrenza, nel caso sottoposto all'esame della Corte, sarebbe dovuta essere verificata³⁷) venga valutato, in relazione alla sua compatibilità costituzionale, esclusivamente con riguardo al profilo del legislatore deputato ad adottarlo. La materia della tutela della concorrenza viene utilizzata, e forzata, per affermare una generale competenza legislativa statale in tema di interventi economici con una palese distorsione del reale significato delle disposizioni comunitarie. E' stato infatti efficacemente evidenziato che "uno dei principi cardine di quel sistema è l'indifferenza della Comunità per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti che negli ordinamenti interni possono essere titolari dell'esercizio delle competenze che a livello comunitario sono riconosciute o attribuite agli Stati"³⁸.

2.2 L'applicazione della competenza statale in materia di concorrenza alla normativa sui servizi pubblici locali (sentenza 272/2004)

La sentenza 27 luglio 2004, n. 272, ponendosi in linea di continuità con la pronuncia esaminata nel paragrafo precedente, ha respinto la tesi, proposta dalle Regioni ricorrenti, secondo la quale la "tutela della concorrenza" si dovrebbe intendere come competenza legislativa limitata alle ipotesi di incentivazione della concorrenza in situazioni di non concorrenzialità "per la presenza di diffuse condizioni di monopolio naturale" e non, anche, con riferimento agli interventi

³⁷ Non sfugge che le disposizioni in parola non erano state impugnate sotto tale profilo ma probabilmente la Corte, che negli ultimi tempi è sempre più impegnata nel difficile compito di supplire ad un legislatore impreciso e distratto, avrebbe potuto inquadrare il problema diversamente anche attraverso un obiter dictum.

³⁸ F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, cit., il quale prosegue evidenziando come non possa non preoccupare "il fatto che la Corte costituzionale mostri di ritenere che laddove l'ordinamento comunitario assegna o riconosce specifici compiti o potestà o competenze allo Stato, lì si debba intendere per ciò stesso sussistente la competenza dello Stato anche per quanto attiene all'ordinamento interno"

antitrust, sostenendo con ciò l'illegittimità di normative statali in tema di servizi pubblici locali.

La Corte, riprendendo la ricostruzione della nozione di tutela della concorrenza operata nella sentenza n. 14, ha ritenuto la questione parzialmente fondata ed ha affermato la legittimazione del legislatore statale a dettare una disciplina in materia di servizi pubblici locali che non sia però illimitata ma al contrario contenuta entro l'ambito di una normazione di principio rigidamente ancorata.

La sentenza premette la collocazione della disciplina sindacata nel quadro normativo di riferimento della gestione dei servizi pubblici locali e ricorda come lo stesso risulti molto articolato e profondamente inciso da innovazioni indotte dai rilievi espressi dalla Commissione europea sulla precedente normativa e dall'esigenza di trovare un esplicito fondamento nel novellato art. 117 della Costituzione.

In tale ottica, ad avviso della Corte, sono significativi sia il testuale riferimento alla tutela della concorrenza, sia la nuova qualificazione di "rilevanza economica" attribuita a determinati servizi pubblici locali – in analogia, appunto, con la denominazione che viene attualmente adottata in sede comunitaria – in luogo della precedente qualificazione di "rilevanza industriale".

La Corte richiamando i riferimenti testuali e soprattutto i caratteri funzionali e strutturali della regolazione prevista, giudica che "la medesima disciplina può essere agevolmente ricondotta nell'ambito della materia «tutela della concorrenza», riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato"³⁹.

³⁹ La Corte esclude la riferibilità della disciplina in esame alla competenza legislativa statale in tema di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, secondo comma, lettera m, della Costituzione), "giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali". Critico rispetto a queste affermazioni L. OLIVERI (*E' esclusiva la competenza legislativa dello Stato sulla materia dei servizi pubblici a rilevanza economica?*, in *www.lexitalia.it*, 7-8, 2004) secondo il quale, in questo modo, la Corte ha affermato un regime interamente commerciale dei servizi pubblici locali (a rilevanza economica) realizzando una

Riconosciuta per tale via la competenza dello Stato a legiferare in materia, la Corte svolge il sindacato di costituzionalità sull'esercizio che della stessa è stato fatto ricordando l'interpretazione, già espressa nella sentenza 14 del 2004, per la quale la tutela della concorrenza "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".

Sulla base di tale premessa il supremo consesso, ritenendo che la tutela della concorrenza, riguardi nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non escluda perciò anche interventi promozionali dello Stato, ha respinto la tesi di una pretesa distinzione di competenze legislative tra Stato e Regioni in ordine rispettivamente a misure di "tutela" (Stato) e a misure di "promozione" (Regioni) della concorrenza, dal momento che la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato.

La Corte, inoltre, eleva a norma-principio la dichiarazione, contenuta nel censurato art. 14 di modifica del comma 1 dell'art. 113, per la quale le predette

"svolta radicale nel modo di intendere i servizi pubblici locali, considerati da sempre proprio quel genere di servizi essenziali per garantire un sistema di convivenza civile". In questo modo gli enti locali sarebbero da considerare ordinariamente estromessi da un dovere civico generale di erogare servizi pubblici per garantire un determinato livello di diritti civili. Sul tema dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali si veda:; CUOCOLO., *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *dir. eco.*, 2003, 389; GAMBINO, *Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria*, in *Quad. cost.*, 2003, 67; PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le regioni*, 2003, 599; SCACCIA, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, 531; SCIPIONE, *I diritti civili dopo la riforma del Titolo V della Costituzione nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale*, in *dir. reg.*, 2003, 735; LUCIANI, *I diritti costituzionali cit.*, 345; PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. pubb.*, 2002, 881.

La Consulta ha inoltre escluso la riconducibilità della disciplina in esame a quella in tema di "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (art. 117, secondo comma, lettera p), giacché "la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale".

disposizioni sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica “concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore”.

Per tale via la Consulta fissa due decisivi orientamenti: quello per il quale la legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di “rilevanza economica”; quello che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali.

La Corte quindi, in sintesi di tali argomentazioni, ritiene costituzionalmente legittime tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in “forme adeguate e proporzionate”, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali⁴⁰.

La Corte rileva per converso che se è vero che non spetta alla sua autorità valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali in materia e stabilire se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato, da postulare misure di tutela della concorrenza, tali da trascendere l'ambito regionale, è tuttavia anche vero che essa deve verificare che i vari “strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi” (sentenza n. 14 del 2004)⁴¹.

⁴⁰ Alle stesse finalità garantistiche della concorrenza la Corte considera ispirata anche la disciplina transitoria “che, in modo non irragionevole, stabilisce i casi di cessazione delle concessioni già assentite in relazione all'effettuazione di procedure ad evidenza pubblica e al tipo di società affidataria del servizio”.

⁴¹ Ad avviso della Corte il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla “tutela della concorrenza” e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. “Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, “trasversale” (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni –

Sotto tale profilo la Corte giudica fondata la censura relativa all'art. 14, comma 1, lettera e), in riferimento all'art. 113, comma 7, TUEL, là dove stabilisce, dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i vari criteri in base ai quali la gara viene aggiudicata ed introduce la prescrizione che le previsioni dello stesso comma 7 “devono considerarsi integrative delle discipline di settore⁴²”.

Di qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata e, in via consequenziale⁴³, anche dell'art. 113, comma 7, limitatamente al secondo ed al terzo periodo del testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, nei quali si disponeva

La sentenza, peraltro, contiene la formulazione di un ulteriore rilevante principio in quanto afferma che la tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come “di rilevanza economica”, di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi “privi di rilevanza economica” previsti dall'art. 113-bis. Come precedentemente ricordato ad avviso della Corte già la nuova denominazione di questi servizi,

connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequazione al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato”.

⁴² “L'estremo dettaglio nell'indicazione di questi criteri – si legge in sentenza - che peraltro non prendono in considerazione ulteriori requisiti dell'aspirante, quali, ad esempio, precedenti esperienze di gestione nel settore, va al di là della pur doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara, che peraltro appaiono sufficientemente garantiti dalla puntuale indicazione, nella prima parte del comma, di una serie di standard – coerenti con quelli contenuti nella direttiva 2004/18/CE – nel cui rispetto la gara appunto deve essere indetta ed aggiudicata. È evidente quindi che la norma in esame, prescrivendo che deve considerarsi integrativa delle discipline settoriali di fonte regionale la disposizione estremamente dettagliata ed autoapplicativa di cui al citato art. 113, comma 7, pone in essere una illegittima compressione dell'autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale”.

⁴³ La dottrina si è impegnata nel verificare la reale sussistenza dei presupposti che giustificano una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale giungendo a riconoscere che in tale ipotesi (non ricorrendo né l'ipotesi dell'inoperatività o inefficacia delle disposizioni né tanto meno quella della riviviscenza) la Corte ha applicato il principio che impone la necessità di eliminare disposizioni disciplinanti in modo simile fattispecie simili a quelle oggetto delle disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime. In questo senso G MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Gior. Dir. amm.*, 1, 2005, 30; e V. DE GIOIA, *I servizi pubblici locali nel quadro delle competenze legislative dell'art. 117 della Costituzione*, in *Urb. App.*, 12, 2004, 1398.

adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale⁴⁴

Alla luce di queste considerazioni, l'intervento del censurato art. 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica", di cui all'art. 113-bis del citato testo unico, non potendo essere riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale. Le conseguenze di questa dichiarazione di incostituzionalità sono particolarmente rilevanti, non tanto perché si crea un vuoto normativo ma piuttosto nel senso che in relazione ad essi, venendo meno il principio della tipicità delle forme organizzative, la dottrina⁴⁵ auspica che se ne affermi un altro, sicuramente apprezzabile e

⁴⁴ A questo proposito, osserva la Corte, la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica". Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di "rilevanza economica", ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale.

⁴⁵ G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 7-8, 2004, il quale chiarisce che "se si tiene ferma l'idea diffusa per la quale la rilevanza economica o meno di un servizio dipende dall'opzione organizzativa operata dall'ente locale (nel caso del servizio 'senza rilevanza economica', quella di praticare un prezzo politico per la prestazione resa al cittadino, assicurando la copertura dei costi attraverso la fiscalità generale) idea che del resto trova echi nella pronuncia della Corte, si può seriamente dubitare che risulti compatibile con un servizio delineato in termini di mera erogazione la scelta di una forma organizzativa la cui 'causa' dovrebbe essere almeno oggettivamente lucrativa o comunque connotata dal criterio dell'economicità. E' questo il caso delle società di capitali (o meglio delle società tout-court), ma anche dell'azienda speciale, ex art. 114, comma 1, del Tuel dotata di <<autonomia imprenditoriale>> e considerata in genere come ente pubblico economico. Forme organizzative queste, che, venuta meno la previsione 'forzosamente abilitante' dell'art. 113-bis del Tuel (come modificato dal d.l. n. 269/2003), dovrebbero essere

condivisibile, consistente nella corrispondenza tra “causa” dello schema organizzativo e logica del servizio non economico.

2.3 La Corte ribadisce la trasversalità della materia “tutela della concorrenza” in tema di servizi pubblici locali (sentenza 29/2006)

La Corte costituzionale è infine tornata ad occuparsi del tema della tutela della concorrenza verificando la legittimità costituzionale di una legge regionale recante norme in tema servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Nella pronuncia del 23 gennaio 2006, n. 29 la Consulta si è pronunciata sul giudizio di legittimità costituzionale della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica) con riguardo agli artt. 4, comma 4, e 7, comma 1, lettera *b*), e comma 4, lettere *b*), *d*), *f*) e *g*). Nel giudicare le due questioni sottoposte alla sua attenzione la Corte, richiamando quanto affermato nella sentenza 272/2004, ha individuato, quale parametro da utilizzare per valutare l'eventuale lesione della competenza legislativa esclusiva ex art. 117, comma 2, lett. *e*), le previsioni dell'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000, sulla base della considerazione che i precetti in esso contenuti, in materia di modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, “concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore”. La Suprema Corte ha infatti ricordato che le disposizioni in parola rappresentano “norme- principio della materia, alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *e*), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale.”

riportate ad operare secondo la loro logica intrinseca, quella stessa che aveva correttamente ispirato l'art. 113 del Tuel nella versione originaria del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267”.

Riguardo alla prima norma impugnata⁴⁶ la Corte ha negato la fondatezza della questione asserendo che il legislatore regionale si fosse sostanzialmente limitato ad integrare la disciplina statale non avendo, infatti, il legislatore statale, né specificamente previsto la possibilità, per le società a capitale interamente pubblico (alle quali gli enti locali abbiano conferito la proprietà delle reti, degli impianti, delle dotazioni patrimoniali e dei beni essenziali all'espletamento di un servizio pubblico locale) nonché per le società controllate e collegate con le medesime, di partecipare alle gare per l'affidamento della gestione del servizio; né, avendo per converso, escluso in modo espresso tale possibilità.

“In tale situazione” ha chiarito la Corte “versandosi pur sempre in materia riservata alla competenza residuale delle Regioni, nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che queste ultime, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato, prevedendo il divieto per le società proprietarie delle reti di partecipare alle gare in questione”. La Consulta ha seguito lo stesso *modus procedendi* riguardo allo scrutinio della conformità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lett. b, LR 23/2204, che è stato, invece, ritenuto illegittimo⁴⁷. In questo caso sono state assunte, quale parametro di riferimento, le previsioni transitorie di cui al comma 6 dell'art. 113 TUEL sulla base del richiamo alla pronuncia 272/2004 nella quale si afferma che “allo scopo di salvaguardare le esigenze della concorrenza, operano non solo le disposizioni previste a regime sulle modalità di affidamento

⁴⁶ L'art. 4, comma 4, stabilisce che le società a capitale interamente pubblico – alle quali gli enti locali abbiano conferito la proprietà delle reti, degli impianti, delle dotazioni patrimoniali e dei beni essenziali all'espletamento di un servizio pubblico locale – nonché le società controllate e collegate con le medesime, non sono ammesse a partecipare alle gare (ad evidenza pubblica) indette per la scelta del soggetto gestore del servizio, ovvero per la scelta del socio privato delle società a capitale misto, gare disciplinate dall'art. 113, comma 5, del citato d.lgs. n. 267 del 2000

⁴⁷ L'art. 7, comma 4, nel vietare alle società a capitale interamente pubblico, già affidatarie in via diretta della gestione di un servizio pubblico, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore del servizio, contrasta con le disposizioni contenute nell'art. 113 (segnatamente nel comma 15-*quater*) del d.lgs. n. 267 del 2000 e, dunque, con il parametro costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione

della gestione dei servizi pubblici locali, ma anche le relative disposizioni aventi carattere soltanto transitorio”.

Appare evidente il senso della pronuncia in parola che conferma, elevandolo a principio indiscusso, l’assunto secondo il quale alla potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia “tutela della concorrenza”, devono essere ricondotte le disposizioni statali di principio contenute nell’art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, in quanto le medesime, pur incidendo sulla materia dei servizi pubblici locali, che appartiene alla competenza residuale delle Regioni, disciplinano l’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, di rilevanza economica, secondo un sistema teso a salvaguardare la concorrenzialità del mercato.

3 La “tutela della concorrenza” nel quadro della costituzione riformata. Costituzionalizzazione di un principio o semplice criterio di riparto legislativo?

E’ stato efficacemente evidenziato che le disposizioni del titolo V riformato hanno notevolmente inciso sul diritto costituzionale dell’economia attraverso l’utilizzazione di termini (ad es. sviluppo economico, unità economica, tutela del risparmio e dei mercati finanziari) che si riferiscono a concetti e parametri di natura economica arricchendo il dettato costituzionale prima limitato ai soli principi espressi dagli artt. 41 e ss⁴⁸.

Si tratta a questo punto di stabilire se tali riferimenti, ed in particolare quello della “tutela della concorrenza”, rappresentano solo ambiti di ripartizione delle competenze legislative ovvero se la riforma del sistema di distribuzione delle attribuzioni legislative abbia determinato l’emersione, a livello costituzionale, di valori che non sono contemplati dalla prima parte della costituzione perché figli di un’epoca diversa ma che, non di meno, rappresentano principi del diritto vivente dotati anch’essi di rango costituzionale.

⁴⁸ Per una recente rilettura dell’art. 41 cost, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, CEDAM, Padova, 2003, pp. 84 ss.

L'interrogativo, apparentemente semplice, è in realtà di difficile soluzione se solo si considera che la risposta in un senso o nell'altro determina ricadute sull'intero sistema costituzionale. In ragione di tale difficoltà appare necessario premettere un'analisi delle teorie relative alla copertura costituzionale dei principi della concorrenza prima della riforma del titolo V, considerato che esse rappresentano, come si vedrà, i presupposti teorico-ideologici di questa nuova normazione. Al fine di ottenere un quadro di analisi chiaro occorre anche verificare l'evoluzione dell'integrazione tra diritto interno e diritto comunitario perché, anche in questa direzione, è possibile verificare che la forza delle cose spesso anticipa e travalica il suo inquadramento teorico.

Procedendo con il primo tema si ricorda che la necessità di individuare il fondamento costituzionale del principio di libera concorrenza⁴⁹ è stato avvertito in primis dalla dottrina industriale e commerciale e solo successivamente da quella costituzionale⁵⁰.

Il principio di libera concorrenza viene storicamente ancorato alla Costituzione repubblicana con riferimento all'art. 41 in relazione al quale sono state prospettate, però, ricostruzioni diverse.

Secondo alcuni autori⁵¹ il fulcro dogmatico della disposizione risiede nell'affermazione della libertà di iniziativa economica privata che rappresenta la

⁴⁹Di estraneità dell'economia di mercato e del principio di concorrenza alla cultura dell'Assemblea costituente parla L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istit. Del fed.*, 2, 2003, 350, la quale riprende le parole di G. AMATO che evidenziò come l'Assemblea "Del mercato diffida nel momento stesso in cui lo difende; e lo difende essendo in buona parte insensibile a buona parte delle ragioni per cui è giusto e merita farlo" così G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 992, 1. Per una ricostruzione del dibattito in sede costituente si veda da ultimo M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, in *Dir. e soc.*, al quale si rimanda per la diffusa bibliografia sul tema.

⁵⁰Sul ritardo dei costituzionalisti M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, *cit.*, 503 nonché L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, *cit.*, 367.

⁵¹G. FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961, 352; V. DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, 3-4, 335 ss.; A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Giur. cost.*, 1979, 1629.

libertà del singolo di entrare in un qualsiasi mercato e di competere con gli altri operatori, nel rispetto, appunto, delle regole concorrenziali che rappresentano una garanzia nei confronti degli altri soggetti e dello Stato stesso, tenuto ad astenersi da qualsiasi compressione di tale libertà se non nelle ipotesi tassativamente previste dal comma dell'art. 41.

Si segnala in particolare la tesi di autorevole dottrina⁵² secondo la quale dall'ottica microeconomica di libera concorrenza come libertà del singolo all'iniziativa economica privata occorre operare un'astrazione con riguardo ai riflessi che essa produce sulle relazioni macroeconomiche, verificando come la tutela della concorrenza divenga elemento caratterizzante e fondante della garanzia del libero mercato. In questo modo la previsione costituzionale a tutela dell'iniziativa economica privata diviene strumento di riconoscimento del mercato al cui rispetto è vincolato il legislatore. Viene tuttavia evidenziato che l'art. 41 Cost. opera un'affermazione di principio della concorrenza ma non predispone alcuno strumento diretto a impedire e/o a reprimere eventuali concentrazioni. Sulla base di questa considerazione la citata dottrina deduce l'impossibilità di riconoscere nella trama costituzionale una espressa condanna del monopolio⁵³. Questa considerazione conduce a concludere che nella Costituzione più che una vera garanzia è indicata una direttiva contro il rovesciamento della struttura economica del mercato. Proprio tale ricostruzione, come si vedrà, consente di argomentare, dopo la riforma del 2001, la possibilità

⁵²G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, 88; ID., *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVI, Milano, 1976,

⁵³ Si sottolinea in proposito il ruolo dell'art. 43 che, oltre ad affermare la possibilità per lo Stato di operare pubblicizzazioni di imprese private, contiene implicitamente un riconoscimento della possibilità (e legittimità) di costituzione di monopoli privati raggiunti per naturale espansione dell'impresa (e non naturalmente tramite operazioni di concentrazione) e relativi ad attività che non rivestano il carattere di preminente interesse generale. Viene in proposito ricordato che anche l'ordinamento comunitario non prevede alcuna condanna aprioristica delle situazioni di oligopolio o monopolio che siano il frutto di una naturale espansione delle imprese sul mercato. Aggiunge a tal proposito G. Di GASPARO, *op. ult. cit.*, pp. 85-86 che quando vi sia un obiettivo ed evidente contrasto fra utilità individuale e quella sociale (definito dall'A. come contrasto in re ipsa) il legislatore è tenuto a limitare ove non addirittura ad escludere l'iniziativa economica; esemplificazione di un tale contrasto che conduce alla esclusione dell'iniziativa economica sarebbe proprio la riserva di attività economiche ex art. 43 cost.

di riconoscere una positiva affermazione della concorrenza come valore costituzionale.

Altro filone dottrinario⁵⁴, concentrando la sua attenzione sul limite dell'utilità sociale posto dal comma 2 dell'art. 41 alla libertà di iniziativa economica, fonda su quest'ultimo l'ancoraggio costituzionale del principio di libera concorrenza. Sulla base della considerazione che la libertà di iniziativa economica non postula il mantenimento di un regime di concorrenza, ma che, anzi, le imprese tendono, nell'esercizio della loro libera iniziativa, a raggiungere una sempre maggiore affermazione che si traduce nel progressivo restringimento del mercato, tale orientamento individua nella concorrenza il mezzo per conciliare e risolvere conflitti tra le diverse libertà di iniziativa economica in contrasto tra loro. In quest'ottica il riferimento costituzionale sarebbe quindi da individuare nel canone dell'utilità sociale⁵⁵ che porterebbe a configurare la concorrenza come un mezzo per vincolare l'operato delle singole iniziative economiche all'interesse generale.

E' stato da più parti evidenziato⁵⁶ come gli studiosi del diritto costituzionale in principio lontani dall'idea di operare studi sistematici nei confronti di un "valore", quello della concorrenza, al quale non si riconosceva tale dignità, si siano poi riavvicinati al tema con rinnovato interesse all'indomani

⁵⁴ F. GALGANO, *Rapporti economici – Art. 41, 44*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982.

⁵⁵ Sul punto si veda L. BUFFONI, op. cit., 356, la quale operando una sintesi tra le diverse opinioni circa la natura degli interessi riconducibili nella nozione di utilità sociale (intesa come il diretto aggancio costituzionale della normativa antitrust) individua tre correnti di pensiero: "per alcuni il concetto di utilità sociale sarebbe principio riassuntivo delle garanzie costituzionali preordinate alla tutela delle posizioni più deboli, prima fra tutte quella dei consumatori; per altri la medesima clausola avrebbe una valenza prevalentemente economica, "mercaticistica", e coinciderebbe con la massimizzazione della produzione o con l'efficienza del mercato (P. BARCELLONA, *Programmazione e soggetto privato*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 101 ss.; L. MICCO, *Lavoro ed utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, pp. 183, 241-2);. per altri, infine, l'utilità sociale si identificerebbe con il benessere economico collettivo, con il progresso materiale di tutti in condizioni di uguaglianza (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 243; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 324; A. PREDIERI, *Mercati e concorrenza: asimmetria e diseconomia nello Stato prefederativo*, in *Nuova Antologia*, 1993, fasc. 2186, p. 8;)"

⁵⁶ G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, cit., 14; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit.,

dell'emanazione della legge antitrust. Con l'introduzione di tale normativa, infatti, si è operata una definitiva adesione al principio della concorrenza ed il suo riconoscimento come condizione necessaria per la realizzazione di un unico libero mercato europeo.

Anche in relazione agli approfondimenti degli studiosi di diritto costituzionale si possono individuare due correnti di pensiero nella sostanza corrispondenti a quelle della dottrina commercialistica. Secondo alcuni autori⁵⁷, infatti, l'ancoraggio costituzionale del principio di concorrenza deve essere ricondotto, con diverse ricostruzioni, alla clausola dell'utilità sociale, di cui al comma 2, nonché in quella dei fini sociali del comma 3 dell'art. 41 Cost. facendo leva sul principio per il quale con un corretto funzionamento del mercato si garantiscono la produttività, l'efficienza, il livello quantitativo e qualitativo dei prodotti a vantaggio dei consumatori ed utenti finali ed in genere dell'intero sistema.

Partono invece da un angolo prospettico diverso coloro che fanno leva sulla libertà di iniziativa economica intesa in senso relazionale verticale ed orizzontale. Nel primo caso cioè come limite ai poteri pubblici e nel secondo a quelli privati. Secondo questa interpretazione che è stata sviluppata in diverse tesi⁵⁸, il fondamento per la libera concorrenza come valore costituzionale sarebbe appunto da individuare nei primi due commi dell'art. 41. Sintetizza, convincendo, questa opinione quella posizione⁵⁹ che, ricordando gli indizi specifici che la Costituzione contiene per il riconoscimento del principio di libera concorrenza⁶⁰, evidenzia come esso possa, però, ben essere limitato per tutelare "altri interessi costituzionalmente rilevanti, primi fra tutti quelli riconducibili alle ampie nozioni di libertà, sicurezza, dignità umana e utilità sociale di cui all'art. 41 comma 2 Cost.

⁵⁷ G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, cit., p. 269; M. LUCIANI, *la produzione economica privata*, 131

⁵⁸ A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*,

⁵⁹ M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 512

⁶⁰ La doppia affermazione di *libertà* contenuta nell'art. 41 commi 1 e 2, il principio *antimonopolistico* implicitamente ricavabile dagli artt. 41 comma 1 e 43, il *principio di eguaglianza formale e sostanziale* sancito dall'art. 3.

Alla luce delle opinioni riportate appare chiaro che il tema della valenza costituzionale della concorrenza sia profondamente radicato nella coscienza giuridica e come queste opinioni rappresentino il presupposto di un intervento del legislatore costituzionale che, in continuità con esse, ha compiuto passi ulteriori giungendo alla definitiva costituzionalizzazione della concorrenza⁶¹. Nel ricostruire questa affermazione occorre considerare anche la nuova valenza che l'integrazione comunitaria ha assunto nel quadro della costituzione riformata. Questo perché consente di dimostrare che il principio della concorrenza oggi non ha un solo fondamento ma molteplici.

L'art. 117 comma 1 afferma la sottoposizione del legislatore statale e regionale, nell'esercizio della potestà legislativa ad essi affidata, al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (e dagli obblighi internazionali). Questo riconoscimento, lungi dal poter essere considerato come una mera clausola formale, rappresenta il definitivo ingresso delle norme comunitarie al più elevato grado della scala gerarchica del sistema. Mentre, infatti, prima del 2001 la subordinazione ai principi comunitari veniva fatta discendere solo dalla clausola di apertura del nostro ordinamento dell'art. 11⁶², oggi la Costituzione prevede un esplicito richiamo che rappresenta un limite espresso alle decisioni del legislatore⁶³. Non sembra potersi a tal proposito condividere l'opinione di coloro che considerano la sede di tale affermazione come indice di

⁶¹ Così CASSESE (*L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Osservatorio sul federalismo*, realizzato dal sito www.federalismi.it) riferendosi all'art. 117, comma 2 lett. e); sul punto cfr. anche F. DI PORTO, *Concorrenza e intervento pubblico nell'economia*, in G. GHIDINI (a cura di) *L'antitrust italiano*, Ed. Il Sole 24 Ore, Milano, 2003, p. 149.

⁶² Per il riconoscimento del principio di concorrenza sulla base dell'art. 11 Cost. si veda: G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*; P. BILANCIA, *Libertà economiche e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 322 e 326.

⁶³ G. CORSO (*La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubb.*, 3, 2002, 985) infatti afferma che "le norme del trattato, in quanto costitutive dei vincoli comunitari, legano oggi il legislatore ordinario per espresso disposto della costituzione. Non è più necessario invocare le limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 per giustificare la supremazia del diritto europeo, e in particolare, del diritto europeo della concorrenza".

relativizzazione del principio stesso⁶⁴. Questo perché se è vero che nella parte I della Costituzione si dispone dei diritti e dei doveri dei cittadini e quindi dei principi che ne rappresentano il fondamento è vero anche che il titolo V è l'ambito in cui si assegnano a ciascun legislatore le materie sulle quali poter esercitare il proprio potere. Non si può trascurare, inoltre, che si tratta dell'unica parte della costituzione che è stata investita da modifica costituzionale⁶⁵. Sembra plausibile ritenere che tale principio sarebbe stato affermato anche nelle parti in cui essa si dedica a descrivere l'architettura dei valori sui quali il nostro ordinamento si fonda nel caso in cui anch'esse fossero state oggetto di revisione costituzionale. Il principio di libera concorrenza quale strumento per garantire il mercato nell'ambito di un sistema di regolazione (in grado di disciplinare il corretto esercizio della competizione tra i diversi operatori, far fronte agli eventuali fallimenti del mercato e contemporaneamente tutelare, con le necessarie eccezioni, le situazioni particolari) è riconosciuto come il mezzo migliore per ottimizzare l'efficienza del sistema nell'interesse dei consumatori finali⁶⁶. Sulla base di questo presupposto sembra difficile immaginare che vi siano riserve in relazione al sistema comunitario, che sul principio concorrenziale ha costruito la sua ragion d'essere.

⁶⁴Secondo L. BUFFONI (*La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, cit.,365) "tale espressione è stata inserita nella parte relativa alla ripartizione delle competenze normative, al delimitato scopo di attribuire allo Stato, per evidenti esigenze di uniformità dell'ordinamento, interventi legislativi teleologicamente orientati alla tutela della libera concorrenza sull'intero mercato nazionale. Ciò che appare estremamente controvertibile e pericoloso è dedurre da tale esplicita, ma materialmente limitata, menzione una elevazione della struttura concorrenziale del mercato al rango di valore costituzionalmente garantito".

⁶⁵ In questo senso N. LUPO, *Nel nuovo titolo V il fondamento costituzionale della potestà regolamentare del Governo?*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, in www.unife.forumcostituzionale/contributi/titoloV.htm. secondo il quale: "quella appena approvata costituisce senza dubbio la più rilevante legge di revisione costituzionale dell'epoca repubblicana e altresì in considerazione delle strette connessioni esistenti sia tra la prima e la seconda Parte della Carta costituzionale, sia tra i diversi Titoli che compongono la parte dedicata all'Ordinamento della Repubblica".

⁶⁶ Cfr. A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998

Tutto ciò basterebbe per affermare la valenza costituzionale della concorrenza nel nostro ordinamento. Ma vi è di più. L'art. 117 comma 2, lett. e) affida infatti espressamente alla competenza esclusiva del legislatore statale la tutela della concorrenza. Autorevole dottrina⁶⁷ ha chiarito l'importanza del fatto che in questa occasione si sia fatto riferimento non alla concorrenza ma alla *tutela della concorrenza*⁶⁸. In questo modo, infatti, la conservazione e/o la promozione di tale valore viene identificata come fine pubblico al cui perseguimento l'ordinamento è deputato. In ragione di ciò si consente, per inequivoca previsione costituzionale, al legislatore statale di debordare in tutte le materie di competenza legislativa regionale per garantire il suo perseguimento⁶⁹. Ma non solo, poiché la previsione costituzionale della concorrenza come fine pubblico da tutelare comporta una scelta di principio che rende illegittime non solo le restrizioni della concorrenza operate dalle imprese (cosa che avveniva già precedentemente sulla base delle norme legislative ordinarie antitrust) ma anche quelle determinate dai pubblici poteri o conseguenti alla legge statale o regionale⁷⁰

⁶⁷ G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, cit., 991.

⁶⁸ Cfr. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, il quale specifica che: "La concorrenza è un fatto o una relazione. Ma ciò che l'art. 117, comma 2, riserva alla potestà legislativa dello Stato non è la concorrenza, ma la tutela della concorrenza. Non si tratta di un mero fatto: ma, se vogliamo, una situazione di fatto da conservare se c'è, o una situazione di fatto da promuovere o instaurare (quando non c'è). E' un valore che viene protetto non un fatto: come accade ogni qual volta il diritto assume una certa situazione di fatto come un bene da tutelare" ... "Ciò comporta che la concorrenza opererà come limite non solo della competenza legislativa regionale (...) ma anche della potestà legislativa statale: nel senso che il Parlamento dovrà trattare la concorrenza non come fatto da regolare (magari in modo restrittivo della sua portata), ma come un valore o un bene o un fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza".

⁶⁹ Sulla trasversalità della concorrenza nel nuovo ordine costituzionale si veda: L. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 391. L'Autore, tuttavia operando un confronto con un'altra materia trasversale (l'ambiente) riflette sul fatto che "l'ambiente è direttamente riconosciuto e tutelato in sé e per sé quale bene giuridico dalla Costituzione e pertanto da intendersi "generalmente valido" mentre la concorrenza è riconosciuta e tutelata quale modalità di organizzazione dell'agire economico che risponde a fini diversi da sé medesima".

⁷⁰ Sempre G. CORSO, *op e loc cit.*, che puntualizza ancora come la legge n. 287 del 1990 al pari di ogni altra legge ordinaria, in difetto di una garanzia costituzionale della concorrenza, non

Questo comporta che, tranne nelle ipotesi in cui è la stessa Costituzione ad autorizzare ed in alcuni casi ad imporre restrizioni della concorrenza, al fine di tutelare diversi valori costituzionali, che si assumono, rispetto ad essa, prevalenti, in tutte le altre situazioni in cui tali limitazioni non siano previste (o deducibili sulla base di interpretazioni che operino un bilanciamento tra valori costituzionali incompatibili al fine di individuare quello prevalente) la concorrenza non può conoscere restrizioni da parte di leggi che non siano costituzionalmente illegittime.

Ulteriore fondamento costituzionale della tutela della concorrenza può, infine, essere rinvenuto nel combinato disposto dell'art. 41 e dell'art. 118 comma 4 Cost.⁷¹ Le norme introdotte con la legge 3/2001, infatti, divengono elementi di esplicazione delle disposizioni non incise dalla riforma. In questo senso l'ultimo comma dell'art. 118, in base al quale gli enti di cui è costituita la Repubblica favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà⁷², si pone in perfetta continuità con il divieto di svolgimento dell'iniziativa privata in contrasto con l'utilità sociale sancito dal comma 2 dell'art. 41 ma specialmente con la previsione di una programmazione e di controlli affinché l'attività (pubblica e) privata venga diretta a fini sociali prevista dal comma 3 del medesimo articolo. Sembra cioè corretto ritenere che il favore che i pubblici poteri devono esercitare rispetto allo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini deve sicuramente passare attraverso la

potrà mai impedire al Parlamento o ai consigli regionali di restringere la concorrenza. Perché ci sia questo effetto inibitorio occorre una clausola di garanzia della concorrenza.

⁷¹ F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Vol. II, Torino, 2001, 49.

⁷² Sul rapporto tra servizi pubblici locali e servizi pubblici si veda: G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubb.*, 2002, 5; M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 1, 2002, 177 nonché A. POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Quad. del pluralismo*, 84, il quale prima dell'intervento della riforma costituzionale del 2001 aveva evidenziato la necessità di un coinvolgimento dei privati nell'esercizio dei servizi pubblici sulla base del principio di sussidiarietà.

garanzia delle regole concorrenziali nell'ambito dei settori di interesse generale. A meno che, infatti, non si ritenga possibile interpretare l'onere di favorire l'esercizio di attività di interesse generale da parte dei soggetti privati esclusivamente come impegno a favorire l'accesso a chiunque di essi sia poi in grado di stabilirsi in modo monopolistico sul relativo mercato precludendo l'ingresso successivo ad altri soggetti, sembra doversi ritenere che l'attuazione del quarto comma dell'art. 118 *presuppone* la garanzia della concorrenza.

Il nostro ordinamento ha assunto nell'ordine costituzionale un valore (la concorrenza) che non trova coerenza solo in ragione della sua tutela ad opera di un ordinamento (quello comunitario) sovraordinato. Con le dovute differenze si può ritenere che esso possa essere avvicinato ad altri valori costituzionali che rappresentano patrimonio proprio della Costituzione italiana anche *a prescindere* dalla loro tutela in ambito comunitario. Non si tratta di una puntualizzazione teorica, derivante da un interesse meramente classificatorio e priva di rilevanza pratica, poiché se è vera la premessa appena operata è possibile ritenere che la tutela della concorrenza garantita dall'ordinamento italiano assuma una veste in alcuni tratti diversa da quella comunitaria.

Così, con specifico riferimento al settore dei servizi pubblici locali è possibile chiedersi quanto la disciplina dettata dall'art. 113 comma 4 lettera c) sia realmente rispettosa della tutela della concorrenza interpretata alla luce delle norme della costituzione italiana. In realtà si tratta di un interrogativo anche più complesso. Si tratta cioè di stabilire, riprendendo alcune riflessioni operate in dottrina circa la flessibilità dell'ordinamento comunitario proprio in relazione ai servizi pubblici locali⁷³, se vi è la possibilità che un determinato sistema

⁷³G. SCIULLO, La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari, in *lexitalia.it*, 12, 2003. L'autore in particolare evidenzia l'emersione di "un dato spesso trascurato nel dibattito sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali in Italia ossia che l'ordinamento comunitario risulta assai più flessibile di quanto comunemente creduto, consentendo esso, per questi servizi, sia il modello dell'«esternalizzazione» sia quello dell'«in house providing», ossia del «mantenimento all'interno» della sfera pubblica della gestione, peraltro richiedendo che, se viene assunto il primo modello, se ne sposi fino in fondo la logica, ossia quella della pubblicità, del confronto concorrenziale, in breve «del mercato».

(appunto quello degli affidamenti in house), compatibile con i principi comunitari, non sia tuttavia pienamente conforme ai principi interni di tutela della concorrenza alla luce anche degli altri.

In altre parole se si giunge a ritenere che il libero gioco della concorrenza sia strumento per garantire un miglior livello quantitativo e qualitativo dei servizi pubblici locali nell'interesse degli utenti finali, in armonia con quanto costituzionalmente previsto in tema di tutela della concorrenza, libertà di iniziativa economica e suo indirizzo a fini sociali, garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, favor della sussidiarietà orizzontale, è possibile che il legislatore possa prevedere forme di gestione che non lo assicurino *solo perché* il diritto comunitario non lo vieta?

Laura Lamberti