

## IL COMMERCIO: UNA MATERIA AL VAGLIO DEL “CUSTODE DELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA”

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La questione decisa dalla sentenza n. 18 del 2012 – 3. La *perimetrazione* della materia “commercio” – 4. Alcuni nodi problematici su “promozione” e “tutela” della concorrenza

### 1. Premessa

In tempi di liberalizzazioni (vere o presunte e, in ogni caso, annunciate), il settore del commercio è sempre in primo piano. Non solo e non tanto per i riflessi sociali prodotti dalle ventilate riforme, ma anche perché – ed è questo il profilo che ci interessa – in materia di commercio si potrebbe verificare un incremento del già ampio contenzioso costituzionale tra lo Stato e le Regioni.

In questo contesto si inserisce la sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 2012<sup>1</sup>, che, a dispetto delle scarse – e, a tratti, apodittiche – motivazioni, può fornire l'occasione per svolgere qualche breve considerazione sul rapporto tra disciplina del commercio e concorrenza che rappresenta il nucleo della sentenza. Invero, la decisione è rilevante più per il “non detto” che per quanto afferma, più per quello che presuppone che per quello che statuisce esplicitamente. Ed è proprio questa parte della sentenza che – anticipando quanto si dirà in seguito – desta qualche perplessità, non tanto per la conclusione (di illegittimità della norma regionale) cui perviene, quanto per il percorso argomentativo seguito.

Si ha, infatti, l'impressione che la Corte *rispolveri* una nozione ampia della materia “tutela della concorrenza” che aveva elaborato nelle prime sentenze sul tema dopo la riforma del Titolo V e sembra (ri)correggere il tiro rispetto alle timide aperture di alcune sue decisioni più recenti. Il Giudice delle leggi, in sostanza, non coglie l'occasione offerta – come vedremo – dal Ricorso di censurare la norma regionale per contrasto con il bene costituzionale della concorrenza ex art. 41 Cost., preferendo seguire la strada della violazione del riparto delle competenze legislative di cui all'art. 117 Cost.

Svolgere qualche considerazione su questa sentenza può anche avere un senso se si considera che – almeno nel momento in cui scriviamo – nel solo mese di febbraio e nei primi giorni del mese di marzo di quest'anno risultano depositati presso la Cancelleria della Corte costituzionale già sette ricorsi (cinque promossi dalle Regioni<sup>2</sup> e due dallo Stato<sup>3</sup>) per profili analoghi a quelli decisi dalla sentenza n. 18/2012, a conferma che le tensioni tra Stato e Regioni in materia di commercio e concorrenza rappresentano un “tema

<sup>1</sup> Per un commento “a caldo” della sentenza, cfr. C. BUZZACCHI, *La tutela della concorrenza come interesse costituzionale a limite della potestà residuale in tema di commercio*, in *Diritti Regionali. Osservatorio sulle Autonomie* (<http://dirittiregionali.org>).

<sup>2</sup> Ricorso della Regione Piemonte n. 19, in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 10 del 7 marzo 2012; Ricorso della Regione Veneto n. 29 in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 12 del 21 marzo 2012; Ricorso della Regione Siciliana n. 39 in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 14 del 4 aprile 2012; Ricorso della Regione Lazio n. 44 e Ricorso della Regione Lombardia n. 45, entrambi questi ultimi Ricorsi in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 15 dell'11 aprile 2012.

<sup>3</sup> Ricorso n. 20, in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 11 del 14 marzo 2012 e Ricorso n. 43, in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 15 dell'11 aprile 2012.

caldo”<sup>4</sup>. Prima, però, di svolgere queste brevi considerazioni e di analizzare la precedente giurisprudenza costituzionale in materia di commercio, conviene riassumere la questione sottoposta al giudizio della Corte e la sentenza.

## 2. La questione decisa dalla sentenza n. 18 del 2012

La Regione Sardegna ha approvato la l.r. n. 6 del 2011 che ha inserito nel corpo della l.r. n. 5 del 2006 (recante la “Disciplina generale delle attività commerciali”) l’art. 15-bis che disciplina il trasferimento dell’attività commerciale nell’ambito del commercio su aree pubbliche. Il 4° comma di questo art. 15-bis dispone che la cessione dell’attività per atto tra vivi non possa avvenire «prima che siano decorsi tre anni dalla data del rilascio del titolo abilitativo all’esercizio dell’attività stessa».

Con ricorso n. 35 depositato il 21 aprile 2011<sup>5</sup>, lo Stato solleva questione di legittimità costituzionale del citato 4° comma con riferimento a tre profili.

In primo luogo, il Ricorso rileva che il divieto di cedere l’attività entro il suddetto limite triennale costituisce una barriera all’ingresso nel mercato in contrasto con l’art. 16 della c.d. “Direttiva servizi-Bolkestein” (dir. 2006/123/CE), che impegna gli Stati Membri ad assicurare il libero accesso ed il libero esercizio dell’attività, ammettendo limitazioni solo nel caso siano giustificate da «motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o tutela dell’ambiente». Peraltro, la direttiva Bolkestein è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 59 del 2010, il cui art. 10 ribadisce che «l’accesso e l’esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie». In sostanza, per il Ricorso la norma regionale, ponendosi in contrasto con la direttiva, violerebbe il 1° comma dell’art. 117 Cost. che impone al legislatore (statale e regionale) il rispetto dei «vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario»<sup>6</sup>.

In secondo luogo, il suddetto divieto di trasferimento dell’attività nei primi tre anni si porrebbe in contrasto con i principi di libertà di impresa e di libera circolazione delle merci, enunciati dai primi due articoli del d.lgs. n. 114 del 1998, che detta(va) la disciplina statale relativa al settore del commercio. I quali articoli altro non sarebbero, secondo il Ricorso, che «espressione della potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia della tutela della concorrenza, di cui all’art. 117, comma 2, lett. e), cost.», pertanto – conclude il Ricorso – la norma regionale violerebbe questo articolo della Costituzione.

Infine, con il terzo motivo (non particolarmente argomentato), il Ricorso lamenta il contrasto della norma regionale con la libertà di iniziativa economica privata di cui all’art. 41 Cost., in quanto prevedrebbe un «vincolo temporale privo di un ragionevole fondamento».

La Regione Sardegna articola le sue difese, contrastando i tre motivi del Ricorso. In primo luogo, si sostiene che tanto la direttiva Bolkestein quanto il decreto di recepimento ammetterebbero limitazioni all’accesso e all’esercizio delle attività, a condizione che queste non siano ingiustificate e discriminatorie e, a tal proposito, cita l’art. 14 della direttiva e l’art. 11 del d.lgs. n. 59/2010 che indicano i requisiti a cui non possono essere subordinati l’accesso e l’esercizio dell’attività (i “Requisiti vietati”). Poiché la norma regionale non integra alcuna delle ipotesi contemplate da questi due articoli, essa – conclude la difesa regionale – non viola il primo comma dell’art. 117 Cost. Per quanto riguarda gli altri due motivi del Ricorso, la difesa regionale sostiene che la norma impugnata non invaderebbe la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, in quanto si limiterebbe a disciplinare l’esercizio delle attività

<sup>4</sup> Il che è confermato anche dal fatto che questioni attinenti al commercio continuano a giungere al vaglio della Corte costituzionale, cfr. la recentissima ordinanza della Corte n. 59 del 19 marzo 2012.

<sup>5</sup> In G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 22 del 25 maggio 2011.

<sup>6</sup> In realtà, col primo motivo del Ricorso, l’Avvocatura dello Stato lamenta anche una violazione dell’art. 3, 1° comma dello Statuto di autonomia della Regione Sardegna, «che non conferisce alla Regione le potestà legislative concretamente esercitate nel caso di specie». Non si comprende bene il riferimento a questa norma statutaria perché è vero che essa, nell’elencare le materie su cui la Regione esercita la legislazione primaria, non annovera la materia “commercio” (né tantomeno la materia “tutela della concorrenza”), ma – come si vedrà meglio più avanti nel testo – la competenza della Regione Sardegna in materia di “commercio” non è contestata.

commerciali, ponendo dei limiti che perseguono fini di utilità sociale e, pertanto, non si pone in contrasto né con l'art. 117, 2° comma, lett. e) Cost. né con l'art. 41 Cost.

La Corte costituzionale, però, non si lascia convincere dagli argomenti proposti dalla difesa regionale e, pur riconoscendo che la norma regionale in questione è attinente alla materia "commercio", riservata alla competenza residuale delle Regioni, accoglie la questione di legittimità, in quanto la norma impugnata «ostacola l'accesso a quelle attività [commerciali] e condiziona, restringendolo, il libero esplicarsi dell'attività imprenditoriale, con conseguente violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.». Sul punto va richiamata da subito l'attenzione: il Giudice delle leggi accoglie la questione perché ritiene che la norma regionale, in quanto lesiva della concorrenza, invada la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela della concorrenza", mentre gli altri due profili di censura restano assorbiti.

Esaurita la sintesi del giudizio da cui è scaturita la sentenza n. 18/2012 e prima di soffermarci sul tema della concorrenza e sui dubbi suscitati dalla sentenza, potrebbe essere di una certa utilità analizzare la *consistenza* della materia residuale del commercio alla luce della giurisprudenza costituzionale.

### 3. La *perimetrazione* della materia "commercio"

Come si è visto, la sentenza n. 18/2012 ammette che la materia del commercio è affidata alla legislazione piena delle Regioni ex 4° comma dell'art. 117 Cost. Del resto, il Giudice delle leggi, sin dalla sentenza n. 1 del 2004, ha sempre riconosciuto la natura *residuale* di questa materia.

È vero che nel caso di specie si tratta di una norma di una Regione a Statuto speciale come la Sardegna, il cui Statuto annovera il commercio tra le materie di competenza ripartita (art. 4), ma – come riconosce lo stesso Ricorso – trova applicazione la clausola di «forme di autonomia più ampie» ex art. 10 della l. cost. n. 3/2001. Ne consegue che, anche nell'ordinamento regionale sardo, la materia commercio transita tra quelle su cui la Regione esercita una legislazione primaria. Pertanto, le considerazioni che seguono si riferiscono a tutte le Regioni, a prescindere dal fatto che siano a Statuto speciale o ordinario.

Si è visto, però, che il Ricorso richiama espressamente alcuni articoli del d.lgs. n. 114/1998, con cui lo Stato ha predisposto una disciplina generale sul commercio. Tale decreto è stato adottato in un contesto costituzionale diverso da quello attuale, quando era ancora in vigore l'originario Titolo V della Costituzione che, in materia di commercio, assegnava alle Regioni una potestà legislativa di tipo attuativo (ex ultimo comma dell'originario art. 117 Cost.)<sup>7</sup>. Con il nuovo Titolo V e la conseguente acquisizione della natura residuale della materia *de qua*, è sorto il dubbio sulla applicabilità del d.lgs. n. 114/1998. Dubbio che la Corte costituzionale ha sciolto<sup>8</sup>, statuendo la sua cedevolezza ai sensi del 2° comma dell'art. 1 della legge n. 131/2003, a tenore del quale le normative statali vigenti in materie *regionali* continuano ad applicarsi fino alla «entrata in vigore delle disposizioni regionali in materia».

Tuttavia, nonostante questa sua natura cedevole, il d.lgs. n. 114/1998 non è mai scomparso del tutto dall'orizzonte delle Regioni<sup>9</sup>, anche di quelle che, avvalendosi della competenza piena di cui ora dispongono, hanno approvato discipline organiche del settore del commercio<sup>10</sup>. Si aggiunga che lo Stato ha continuato, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Titolo V, a disciplinare, seppur per alcuni profili, la

<sup>7</sup> Mentre la materia «fiere e mercati» rientrava fra quelle di legislazione concorrente.

<sup>8</sup> Con l'ord. n. 199/2006 e, in seguito, con le sentenze n. 247/2010 e n. 288/2010.

<sup>9</sup> È vero che molte decisioni della Corte costituzionale richiamano norme del d.lgs. n. 114/2008, tuttavia il Giudice costituzionale non arriva mai a sostenere la prevalenza di questa disciplina statale su quelle regionali, pertanto appare eccessivo sostenere, come fa D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in P.F. LOTITO-O. ROSELLI (a cura di), *Il commercio tra regolazione giuridica e rilancio economico*, Torino, 2012, p. 163, nota 29, che tale decreto rappresenta «ancora oggi, nella parte in cui non è stato abrogato o comunque superato dalla normativa successiva, il quadro di riferimento vincolante per la legislazione regionale, pur essendo completamente ruotato sul suo asse il criterio costituzionale di distribuzione della potestà legislativa tra lo Stato e le Regioni. Vale a dire che prima della riforma aveva lo scopo di "autorizzare" l'intervento legislativo regionale...dopo assolve a quello di definirne i confini. L'assetto complessivo delle competenze rimane, però, pressoché immutato».

<sup>10</sup> Nonostante l'acquisizione di questa materia, le Regioni, soprattutto nel primo periodo, hanno fatto ampio ricorso ad atti amministrativi di natura pianificatoria a contenuto normativo, cfr. P. BILANCIA, *La disciplina del commercio tra legislazione e attività pianificatoria*, in *Le Regioni*, 2005, p. 743 e ss., spec. pp. 753-756. In realtà, l'A. scrive dopo pochi anni dalla riforma del Titolo V, negli anni seguenti – pur non rinunciando a questa attività pianificatoria – hanno anche approvato leggi in materia, cfr. C. CARDONI, *Il ruolo delle Regioni in materia di commercio*, in P.F. LOTITO-O. ROSELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 117, spec. pp. 141-151.

materia. Basti pensare ad alcune norme del d.l. n. 223/2006 (convertito nella legge n. 248/2006) e a quelle norme del citato d.lgs. n. 59/2010 di recepimento della direttiva Bolkestein che si riflettono anche sulle attività commerciali.

Torneremo a parlare di queste disposizioni (soprattutto, dell'art. 3 del d.l. n. 223/2006), ma di certo il fatto che la normativa statale continui ad avere una qualche incidenza su una materia ormai *pienamente* regionale (tanto che, come si è visto, il Ricorso richiama i primi due articoli del d.lgs. n. 114/1998) ci induce ad interrogarci su quali siano i reali confini della materia del commercio o, detto in altri termini, fino a dove possano spingersi le Regioni nel disciplinare questa materia.

Il d.lgs. n. 114/1998, come è noto, rappresenta uno dei decreti legislativi che hanno dato consistenza alla c.d. riforma Bassanini che, sul finire del secolo scorso, diede inizio a quel processo di ampliamento delle competenze delle autonomie locali che culminò nella riforma del Titolo V del 2001. Il decreto n. 114 – figlio, quindi, della stessa impostazione giuridico-culturale di cui è intrisa la Riforma costituzionale del 2001, della quale ne ha anticipato, per certi versi, i tratti salienti<sup>11</sup> – fu salutato positivamente sia perché si disse che liberalizzava il settore del commercio (una liberalizzazione nella duplice accezione pro-concorrenziale e di semplificazione amministrativa) sia perché valorizzava il ruolo delle Regioni e degli Enti Locali.

A dire il vero, questo duplice intento riformatore (che di certo è presente nel decreto) è enfatizzato dal raffronto con l'impianto fortemente centralistico e vincolistico della precedente disciplina di cui alla legge n. 426/1971<sup>12</sup>: se ci si sofferma, infatti, sulle norme del decreto n. 114<sup>13</sup>, ci si accorge che il legislatore delegato ha sparso nelle maglie del decreto una serie di «micro-finalità» che rischia(va)no di svuotare «la spinta riformista [del d.lgs. n. 114/1998] nel segno della liberalizzazione»<sup>14</sup>.

Al di là di questo aspetto (che attiene al rapporto tra commercio e concorrenza, su cui torneremo più avanti), si può dire che queste micro-finalità corrispondono grosso modo ad altrettante materie di competenza legislativa. Il che conferma che l'ambito presidiato dalla materia commercio ha numerose interferenze con altre materie. Ne consegue l'esigenza di circoscriverne bene i confini.

Su questo aspetto la giurisprudenza costituzionale è ormai corposa e se non mancano decisioni che valorizzano la *regionalità* della materia<sup>15</sup>, altre decisioni sottraggono alla competenza regionale porzioni della materia per assegnarla alla legislazione dello Stato. Beninteso, il commercio sin dall'epoca pre-repubblicana ha sempre potuto contare su una disciplina organica (a cui si affiancava anche quella settoriale per alcune categorie merceologiche)<sup>16</sup>. Ed anche in periodo repubblicano, se è vero che il testo originario dell'art. 117 Cost. non indicava il commercio tra le materie di competenza concorrente (le uniche, allora, nominate), non sono mancati – come si è detto – provvedimenti normativi. Il che ci porta a dire che, vista anche questa consolidata presenza nell'ordinamento di una disciplina organica, la materia ha una sua consistenza, che tuttavia entra nel gioco del riparto delle competenze dell'attuale art. 117 Cost. Perché, per quanto una materia presidi un ambito ben definito, non mancano interferenze con altre materie, da qui l'utilità di provare a perimetrarne i confini.

È evidente che la prima materia con cui il commercio interferisce è quella della “tutela della concorrenza”, pertanto è opportuno vedere come la giurisprudenza costituzionale ha risolto questo *naturale* rapporto fra le due materie.

In più occasioni il Giudice delle leggi ha messo in luce questo inscindibile legame fra le due materie ed anzi si è mostrato preoccupato del fatto che la natura *trasversale* della materia “tutela della concorrenza” non fosse tale da «vanificare le competenze regionali» (sent. n. 430/2007). Ancora, la Corte riconosce nella

<sup>11</sup> In questo senso O. ROSELLI, *Commercio (profili amministrativi)*, in *Enc. Dir., Annali III*, 2010, p. 180.

<sup>12</sup> Abrogata dall'art. 26 del d.lgs. n. 114/1998.

<sup>13</sup> In particolare sull'art. 6 che disciplina la “Programmazione della rete distributiva”, assegnando compiti rilevanti alle Regioni.

<sup>14</sup> F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*, in P.F. LOTITO-O. ROSELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 97.

<sup>15</sup> Sent. n. 247/2010.

<sup>16</sup> Cfr. C. CARDONI, *I profili della recente legislazione regionale in materia di commercio*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 395.

stessa sentenza (ripresa anche dalle sentenze n. 288/2010, n. 150/2011) che la normativa regionale nella materia del commercio possa avere «*marginalmente* una valenza pro-competitiva. Ciò deve ritenersi ammissibile...sempre che tali effetti siano marginali o indiretti e *non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza*<sup>17</sup>».

La Corte, quindi, ribadisce il monopolio legislativo statale in materia di tutela della concorrenza, sicché le Regioni possono anche prevedere norme pro-concorrenziali, fermo restando i limiti della legislazione statale. Ora, nulla di strano in questo: la tutela della concorrenza è materia di indiscussa competenza statale, se non fosse che la Corte in questa stessa sentenza n. 430/2007 fa rientrare nella materia statale anche la «promozione della concorrenza», il che desta qualche perplessità. Per il momento ci si limita a segnalare questo passaggio della sentenza, rimandando a quanto si dirà nella parte finale di queste note per comprenderne la reale portata.

Secondo la Corte, resterebbe esclusa dalla materia statale “tutela della concorrenza” la disciplina sugli orari di apertura degli esercizi commerciali<sup>18</sup>, in quanto sarebbe uno dei «profili ascrivibili alla materia “commercio”», rientrante, quindi, nella competenza piena delle Regioni<sup>19</sup>. Sennonché, il d.l. n. 98/2011<sup>20</sup> ha introdotto la lett. *d-bis*) nel corpo del citato art. 3 del d.l. n. 223/2006 che liberalizza gli orari di apertura degli esercizi commerciali. Tale lett. *d-bis*) è stata ulteriormente modificata dal c.d. “decreto salva Italia”<sup>21</sup> nel testo ora vigente<sup>22</sup>. Va detto che l’art. 3 del d.l. n. 223/2006 – con le sue misure di liberalizzazione – era già stato sottoposto al vaglio della Corte (prima della citata modifica ad opera del “decreto salva Italia”), che lo ha ricompreso nella materia “tutela della concorrenza” di competenza statale (con la citata sent. n. 430/2007), ma viene da chiedersi dove questa norma introdotta dal “decreto salva Italia” si collochi nel riparto delle competenze legislative.

La domanda non è peregrina perché la sent. n. 150/2011 (richiamando la precedente sent. n. 288/2010) afferma che «l’ascrivibilità della disciplina degli orari degli esercizi commerciali alla materia “commercio” trova ulteriore conferma, *a contrario*, nell’art. 3, comma 1, del decreto-legge n. 223 del 2006» che appunto non disciplina(va) gli orari di apertura. Insomma, per queste due sentenze il fatto che tale art. 3 non disciplinasse gli orari di apertura provava che tale profilo non rientrava nella materia “tutela della concorrenza”, ma in quella del commercio.

Le due sentenze, però, si riferivano al testo precedente alla modifica introdotta dal “decreto salva Italia”, sicché sorge il sospetto di una lesione della competenza regionale in materia di commercio. Spetterà alla Corte chiarire questo aspetto visto che alcune Regioni hanno recentemente sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento alla citata lett. *d-bis*)<sup>23</sup>.

Sempre in chiave di delimitazione della materia del commercio, si deve segnalare che, se sembra pacifico che la disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti di questo settore sia affidata alla legislazione esclusiva dello Stato<sup>24</sup>, un discorso a parte meriterebbe la vendita di alcune categorie di beni. Il Giudice

<sup>17</sup> Corsivi nostri.

<sup>18</sup> Tuttavia, la sentenza n. 150/2011 precisa che l’eventuale portata lesiva della concorrenza delle norme regionali in tema di apertura degli esercizi commerciali «deve essere valutata in concreto», il che vuol dire che sarà anche di spettanza regionale, ma a condizione che la disciplina degli orari di apertura non crei barriere al libero esplicarsi dell’attività economica.

<sup>19</sup> Così la sentenza n. 350/2008, ma cfr. anche le sentenze n. 288/2010 e n. 150/2011.

<sup>20</sup> Convertito nella legge n. 111/2011.

<sup>21</sup> Il d.l. n. 201/2011, convertito nella legge n. 214/2011.

<sup>22</sup> L’art. 3 del d.l. n. 223/2006 stabilisce che «le attività commerciali...sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni:...d-bis) il rispetto degli orari di apertura e di chiusura, l’obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell’esercizio».

<sup>23</sup> Ci si riferisce ai già citati Ricorsi (cfr. *supra* nota 2) n. 29/2012; n. 39/2012 n. 44/2012 e n. 45/2012.

<sup>24</sup> È noto che la Corte ha statuito che, anche in settori diversi da quello del commercio, «la disciplina intersoggettiva di qualsiasi rapporto di lavoro... rientra nella materia “ordinamento civile”, di competenza esclusiva dello Stato» ex lett. I) del 2° comma dell’art. 117 Cost. (sent. n. 50/2005, ma cfr. anche sent. n. 234/2005). Il concetto è ribadito, con riferimento al commercio, dalla sentenza n. 150/2011. Semmai è da segnalare che la Corte, seppur in settori diversi da quello del commercio, richiama allo Stato pure le competenze (anche amministrative) in tema di *vigilanza sul lavoro* (sentenza n. 384/2005), benché la materia «tutela e sicurezza del lavoro» rientri fra quelle di competenza concorrente. Cfr. G. MELONI, *La difesa dell’amministrazione statale per la vigilanza sul lavoro*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, nonché L. NOGLER *Divide et impera: sull’irrealistico riparto di competenze proposto dalla Corte in tema di vigilanza in materia di lavoro*, in *Le Regioni*, 2006, p. 448 e ss.

costituzionale, infatti, in questo caso passa dal criterio della *trasversalità* (che connota la materia “tutela della concorrenza”, ma anche “ordinamento civile” in cui rientra la disciplina intersoggettiva dei rapporti di lavoro) a quello della *prevalenza*<sup>25</sup>.

Il riferimento è alla vendita dei farmaci e, in particolare, all'art. 5 del d.l. n. 223/2006 che ha liberalizzato, per alcuni profili, la vendita dei c.d. “farmaci da banco” (per i quali non è necessaria la prescrizione medica). La Corte, con la sentenza n. 430/2007, ha ribadito che nella disciplina della vendita di prodotti farmaceutici sia *prevalente* la finalità di «tutela della salute» e che, pertanto, essa ricade in questa materia. Sennonché questa materia rientra fra quelle di potestà concorrente e, quindi, lo Stato avrebbe dovuto limitarsi a determinare i «principi fondamentali», cioè norme ampie che consentissero alle Regioni una disciplina di dettaglio. La Corte non disconosce questa *ripartizione* tra le potestà statali e regionali, ma, nel contempo, assegna al citato art. 5 la natura di “principio fondamentale”, sebbene la norma statale sembri lasciare pochi margini al legislatore regionale.

Probabilmente è eccessivo trarre conseguenze di ordine generale da questa decisione che riguardava prodotti particolari come i farmaci e, quindi – benché non sia da escludere – non si può dire che la Corte ricorrerà al criterio della prevalenza anche per la vendita di prodotti rientranti in altre categorie merceologiche (si pensi agli alimenti, destinatari da sempre di discipline di settore, o ai prodotti pericolosi).

Tuttavia, il ricorso al criterio della prevalenza con riferimento alla materia di tutela della salute può avere conseguenze anche sulla disciplina del commercio, visto che molti aspetti di questa attengono a profili igienico-sanitari. Inoltre, si deve rilevare che, se con la sentenza appena citata la Corte ha assegnato la natura di “principio fondamentale” ad una norma statale che aveva tutta l'aria di essere una norma di dettaglio, in altre occasioni il Giudice delle leggi non si è nascosto dietro questa interpretazione, stabilendo che, quando è in gioco un bene come la salute, lo Stato può adottare principi fondamentali dettagliati, con buona pace della competenza concorrente. Il riferimento è alle norme sul divieto di fumo nei locali chiusi che, proprio perché finalizzate a proteggere la salute delle persone (*in primis*, dei non fumatori), pongono dei principi fondamentali «necessariamente uniformi», il che vuol dire molto dettagliati (così la sentenza n. 361/2003, ma anche sentenza n. 59/2006).

La materia del commercio, poi, può interferire anche con altre materie sia di competenza concorrente (si pensi al “governo del territorio”) sia di competenza esclusiva dello Stato come la “tutela dei beni culturali” o del paesaggio. Sul punto si deve segnalare la sentenza n. 247/2010 che ha deciso la questione relativa ad una norma regionale veneta che vietava il commercio itinerante nei centri storici delle città con più di cinquantamila abitanti. La Corte ha rigettato la questione relativa al dubbio di legittimità di questa norma sull'assunto che essa è stata approvata dalla Regione avvalendosi della propria competenza in materia di commercio. Peraltro, la sentenza sottolinea come la norma regionale si muova «in stretta concordanza» col d.lgs. n. 114/1998 (pur ribadendo la sua cedevolezza rispetto alla normativa regionale) che prevede interventi regionali a tutela dei centri storici. Al di là di alcune perplessità espresse in dottrina<sup>26</sup>, si deve rilevare che, forse, la Corte non ha considerato adeguatamente le finalità di tutela dei beni culturali (*rectius*: del paesaggio<sup>27</sup>) della norma regionale, che avrebbe comportato una competenza statale.

#### 4. Alcuni nodi problematici su “promozione” e “tutela” della concorrenza

<sup>25</sup> Cfr. L. CASSETTI, *La Corte Costituzionale “salva” le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla “prevalenza” della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, n. 9/2008.

<sup>26</sup> M. MALO, *Il “commercio degli ultimi”, fuori dai centri storici maggiori (del Veneto)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, si chiede per quale motivo la norma regionale, se mira a proteggere i centri storici, limiti il divieto soltanto a quelli delle città con una popolazione superiore ai cinquantamila abitanti, visto che (anche) nel Veneto esistono centri storici particolarmente suggestivi e “delicati” pure in città più piccole. Inoltre, l'A. si chiede se «l'inconfessato intento» della norma non sia quello di scoraggiare e deprimere il commercio itinerante per colpire gli extracomunitari, che rappresentano la gran parte degli operatori di questo tipo di commercio.

<sup>27</sup> Il passaggio dei “centri storici” dalla materia attinente ai “beni culturali” a quella relativa al “paesaggio” è argomentato in maniera molto approfondita da L. DEGRASSI, *Attività commerciali e tutela dei centri storici. Le scelte strategiche negli ordinamenti regionali*, in P.F. LOTITO-O. ROSELLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 192-196.

E veniamo, quindi, al cuore della sentenza n. 18/2012 che attiene al rapporto tra concorrenza e commercio. In realtà, come si è visto, la sentenza pone il rapporto in termini di riparto delle competenze legislative, sicché sarebbe corretto dire che esso riguarda la “tutela della concorrenza” ed il “commercio”, intesi come materie di potestà legislativa.

Di certo, impostato in questi termini, emerge che la forza espansiva della prima può portare ad un assottigliamento dello spessore della seconda, ma dobbiamo chiederci se sia corretto impostare la questione in questi termini. Si sono già anticipate le perplessità suscitate dalla sentenza ed ora su questo aspetto ci si deve soffermare.

La norma regionale, con il divieto di cessione nel primo triennio, effettivamente sembra porre un'irragionevole barriera all'ingresso nel mercato che, come tale, è da ritenersi lesiva del libero gioco della concorrenza e, quindi, si può condividere la declaratoria di illegittimità costituzionale. Dove la sentenza desta qualche dubbio è il passaggio in cui statuisce che la norma regionale concretizza una «violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.», come se ostacoli all'accesso nel mercato possano essere previsti (solo) dal legislatore statale, avvalendosi della sua legislazione esclusiva in materia di «tutela della concorrenza».

In questo modo si corre il rischio di confondere la *funzione* con l'*atto*, nel senso che non tutti i provvedimenti legislativi statali (“atto”) che incidono sulla concorrenza sono comunque sempre legittimi costituzionalmente per il solo fatto che lo Stato sia titolare di legislazione esclusiva in materia di “tutela della concorrenza” (“funzione”).

All'origine di questa possibile *confusione* sembra esserci un equivoco (che, come vedremo più avanti, ne genera un altro): quello di ritenere equivalenti i due concetti di “concorrenza” e di “tutela della concorrenza”. Per comprendere e chiarire questo equivoco si dovrebbe ricostruire tutto l'ampio dibattito sul fondamento costituzionale della concorrenza. Considerando tuttavia la sua vastità (eccessiva per l'esiguo spazio di queste brevi note), sia consentito, in questa sede, dare per scontata la conoscenza dei termini di questo dibattito – peraltro, ben noto alla dottrina – e procedere speditamente verso l'analisi di quei profili attinenti ai temi affrontati dalla sentenza in commento<sup>28</sup>.

Chi scrive ritiene che la “concorrenza” sia un bene di rango costituzionale che trova il suo fondamento nell'art. 41 Cost. e che l'ordinamento comunitario abbia soltanto (e meritoriamente) «posto robusti ostacoli contro le...letture statalistiche»<sup>29</sup> (e, quindi, anticoncorrenziali) degli articoli 41 e 43 Cost. Questa affermazione si fonda, non solo su alcuni passaggi del dibattito in Assemblea Costituente (invero, non sempre univoco in questo senso), ma soprattutto su un'interpretazione logico-sistematica dell'art. 41, il quale, nel momento in cui riconosce a tutti i privati la libertà d'iniziativa economica, postula l'esistenza di un mercato in cui tutti gli operatori si pongono in *concorrenza* fra loro. Infatti, come correttamente è stato osservato, la concorrenza altro non è che «una relazione tra una pluralità di soggetti»<sup>30</sup>, che assume pregio costituzionale nel momento del riconoscimento della libertà di cui all'art. 41 Cost. Proprio perché la concorrenza è un bene costituzionale nasce l'esigenza di *tutelarla*, cioè di difenderla da condotte che possano alterarla. La “tutela della concorrenza” è, quindi, un «*fine pubblico*»<sup>31</sup> che impone alle istituzioni pubbliche di prevedere una regolamentazione normativa ed una regolazione amministrativa, volte ad impedire questo tipo di alterazioni del libero gioco della concorrenza.

<sup>28</sup> Tuttavia, volendo dare solo qualche indicazione relativa alla ormai sterminata letteratura in materia e, quindi, senza pretesa di completezza e limitandoci alle opere di carattere generale, si può dire che individuano un fondamento costituzionale della concorrenza nell'art. 41 Cost. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, nota 59, p. 602 (seppur problematicamente); F. GALGANO, *Articolo 41*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, pp. 11-13; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, p. 6; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, pp. 159-181 (spec. pp. 173-175); A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, p. 462 e ss.; R. NIRO, *Articolo 41*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 850-851 (seppur con riferimento all'incidenza del diritto comunitario).

<sup>29</sup> A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 263.

<sup>30</sup> G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 982.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

La riforma del Titolo V ha *trasformato* questo fine pubblico in una materia legislativa, assegnandola in via esclusiva al legislatore statale. Emerge, quindi, che *concorrenza* e *tutela della concorrenza* sono concetti intimamente legati ma distinti.

Proprio per questo la sentenza n. 18/2012 suscita perplessità, perché se la Corte ritiene correttamente che la norma regionale eriga delle barriere all'ingresso nel mercato, essa è lesiva del bene costituzionale "concorrenza" e, quindi, avrebbe dovuto dichiararne l'illegittimità per violazione dell'art. 41 Cost., peraltro invocata, come si è visto, dal Ricorso. Optando, invece, per un'illegittima violazione del riparto delle competenze legislative, la Corte corre il rischio di avallare l'idea che il legislatore statale possa – avvalendosi della sua competenza esclusiva in materia di "tutela della concorrenza" – prevedere barriere all'ingresso nel mercato.

Per comprendere meglio questo aspetto è sufficiente immaginare cosa sarebbe successo se la norma regionale ora dichiarata illegittima fosse stata una norma statale e fosse stata sottoposta al giudizio della Corte costituzionale. Trattandosi di una norma statale, il Giudice delle leggi non avrebbe di certo potuto dichiararla illegittima per violazione del riparto delle competenze legislative ex art. 117 Cost. In questa ipotesi, quindi, avrebbe potuto percorrere due strade: o rigettare la questione (lasciando nell'ordinamento una norma ritenuta dalla stessa sent. n. 18/2012 lesiva della concorrenza) o avrebbe dovuto dichiarare la norma illegittima in quanto lesiva della concorrenza e, quindi, in contrasto con l'art. 41 Cost. Ed allora non si comprende per quale motivo con la sentenza in commento la Corte non abbia seguito questa via più lineare invece di avventurarsi nella più impervia e tortuosa strada del riparto delle competenze legislative.

Questa ipotesi appena formulata, cioè quella di una norma *statale* analoga a quella regionale dichiarata illegittima, può prestare il fianco a due obiezioni, cui è opportuno rispondere per chiarire meglio il concetto.

In primo luogo, si può obiettare che una norma *statale* siffatta difficilmente potrebbe essere impugnata da una Regione per la sola asserita violazione dell'art. 41 Cost., visto che una Regione può sollevare questione di legittimità costituzionale, ex art. 127 Cost., solo quando ritiene che una norma statale (o di altra Regione) «lede la sua sfera di competenza». Ma, a parte il fatto che l'eventuale norma statale potrebbe giungere al vaglio della Corte per via incidentale, è da rilevare che la giurisprudenza costituzionale pacificamente ammette che le Regioni, in via principale, possano far valere il «contrasto con norme costituzionali diverse da quelle attributive di competenza legislativa soltanto se tale contrasto si risolve in una esclusione o limitazione dei poteri regionali»<sup>32</sup>. Di conseguenza le Regioni potrebbe impugnare una norma statale lesiva dell'art. 41, dimostrando nel contempo che tale lesione riduce o esclude le proprie competenze ed una dimostrazione, questa, che non pare particolarmente ardua.

Come si diceva, all'esempio proposto sopra di una norma *statale* simile a quella regionale della Sardegna si può opporre una seconda obiezione e cioè che lo Stato non potrebbe prevedere una simile norma perché essa inciderebbe sulla materia del commercio, di competenza esclusiva delle Regioni. In realtà, come abbiamo visto e vedremo anche tra breve, la Corte costituzionale, con l'ampliamento dell'ambito materiale della "tutela della concorrenza", ha sottratto alle Regioni *porzioni* di materie residuali, richiamando la competenza allo Stato.

È, questo, un aspetto rilevante perché ci consente di chiarire il secondo possibile equivoco sulla concorrenza cui si accennava sopra. Se il primo equivoco consiste nel ritenere equivalenti i due concetti – che equivalenti non sono – di *concorrenza* e di *tutela della concorrenza*, il secondo equivoco consiste nel far rientrare nella materia "tutela della concorrenza" profili che nulla hanno a che vedere con essa e che anzi, in taluni casi, sembrano porsi in contrapposizione con la concorrenza.

Chiarire questo secondo equivoco ci permette di difenderci dall'accusa di eccessivo formalismo che può essere mossa alle considerazioni svolte sopra. Infatti, non si è criticata la sent. n. 18/2012 perché ha accolto la questione, ma perché l'ha accolta per violazione dell'art. 117 Cost. e non per violazione dell'art. 41

<sup>32</sup> Così Corte cost., sent. n. 165/2007, ma il principio è stato più volte ribadito dalla Corte, cfr., senza pretesa di completezza, le sentenze n. 50/2005, n. 285/2005, n. 116/2006, n. 383/2006.



Cost., come ci sembra più corretto. Da qui la possibile accusa di formalismo: in fondo – si potrebbe sostenere – la Corte ha riconosciuto la natura anti-concorrenziale della norma regionale e, quindi, poco importa che l'abbia fatto basandosi sull'art. 117 e non sull'art. 41.

In realtà, non si tratta di sterile formalismo, perché alla base della decisione in commento vi sta un'idea di tutela della concorrenza che può essere gravida di conseguenze (non necessariamente positive). D'altra parte, come si diceva all'inizio di queste note, l'interesse per la sentenza n. 18/2012 risiede non tanto nella declaratoria di illegittimità costituzionale, ma piuttosto in quello che essa presuppone e in quello che può derivare. Pertanto, se il secondo equivoco sulla concorrenza sta nella nozione elaborata dal Giudice delle leggi, della materia "tutela della concorrenza" conviene soffermarci su questa nozione.

Il riferimento è alla ben nota sentenza n. 14 del 2004 che può essere considerata come una sorta di capostipite di altre decisioni in materia. Con questa sentenza la Corte rigetta le questioni di legittimità sollevate da alcune Regioni con riferimento a norme statali che prevedevano varie forme di interventi finanziari in settori riservati alla competenza regionale (come l'agricoltura, l'industria, ecc.). Le Regioni, quindi, ritenevano lese le proprie competenze legislative ed amministrative.

La Corte rigettò le questioni sostenendo, in estrema sintesi, che lo Stato aveva previsto tali interventi finanziari avvalendosi della sua legislazione esclusiva in materia di "tutela della concorrenza". A parte il fatto che non si comprende il motivo per cui quelli che la stessa sentenza chiama «interventi pubblici» (pur ricomprendendoli nel concetto, di derivazione comunitaria, di "aiuti di Stato") debbano spettare esclusivamente allo Stato e non anche alle Regioni<sup>33</sup>, quello che sorprende della sentenza n. 14/2004 – e che ha sorpreso pure i suoi primi commentatori<sup>34</sup> – è il fatto che essa annoveri fra gli strumenti di *tutela* della concorrenza gli interventi finanziari che sono da sempre considerati *classici* (e quasi paradigmatici) mezzi di alterazione del libero gioco della concorrenza.

Beninteso, non si vuole sostenere l'illegittimità assoluta di forme di incentivazione, ma considerarle strumenti di *tutela* della concorrenza appare una forzatura. Si vuol dire che il legislatore può prevedere incentivi (rispettando i criteri di proporzionalità e ragionevolezza, nonché, se è il caso, anche la disciplina sugli "aiuti di Stato"), decidendo di sacrificare un po' di concorrenza a vantaggio di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per fare qualche esempio, gli incentivi per dismettere materiale inquinante o quelli per spingere gli operatori economici ad investire in zone economicamente svantaggiate del Paese, non sono in assoluto illegittimi, ma di certo non possono rientrare fra i modi per *tutelare* la concorrenza. In questi casi, infatti, è evidente che il legislatore persegue altre finalità, diverse da quelle di tutela della concorrenza, come quella di tutela dell'ambiente, nel primo caso, e finalità perequative e di sviluppo economico, nel secondo<sup>35</sup>.

La sentenza n. 14/2004 include anche queste forme di interventi finanziari nell'ambito della tutela della concorrenza perché di questa materia fornisce una nozione estremamente ampia. Secondo questa sentenza la tutela della concorrenza deve essere intesa sia «in senso statico» che in una «accezione dinamica». In senso statico vuol dire che la tutela della concorrenza deve essere intesa «come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», in sostanza si tratta di tutte le classiche misure *antitrust* volte ad impedire aggressioni all'equilibrio concorrenziale. Nell'accezione *dinamica* della tutela della concorrenza rientrerebbero le «misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali».

---

<sup>33</sup> Opportunamente C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 281, rileva che l'aggettivo ("pubblici" riferito agli interventi) «comprenderebbe indistintamente tanto quelli regionali quanto quelli statali, ma che in realtà nella sentenza rileva in prima battuta in quanto gli interventi siano "statali"» e continua sottolineando che questi interventi pubblici «vengono denominati "aiuti di Stato" in un contesto sistematico che è riconducibile anzitutto al quadro normativo comunitario».

<sup>34</sup> Oltre ai già citati lavori di A. PACE, *Gli aiuti di Stato...*, e C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza...*, cfr. anche G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 265 e ss.

<sup>35</sup> Sul bilanciamento della concorrenza con altri interessi di rango costituzionale, cfr. F. PIZZOLATO, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2010, pp. 526-528.

In sostanza, la Corte amplia a dismisura l'area della *tutela della concorrenza* fino al punto di farla coincidere con l'ambito in cui utilizzare tutti gli «strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese»<sup>36</sup>, fra i quali fa rientrare anche le varie forme di incentivazioni che, a rigore, sono la negazione stessa della concorrenza. Ora, però, al di là dell'inclusione nella materia *de qua* delle varie forme di incentivazione, per la sentenza tra i compiti compresi nella materia rientrerebbe anche quello di «promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza».

Già di primo acchito associare *tutela e promozione* appare una forzatura, perché la prima sembra alludere ad un'attività, per così dire, «difensiva»; mentre la seconda richiama alla mente compiti più «attivi», di valorizzazione e sviluppo di un bene.

Ci si avvede di questo se ci si sofferma ancora sull'art. 117 Cost., che prevede la «tutela» anche di altri beni, diversi dalla concorrenza. Con riferimento ai «beni culturali», il citato articolo distingue la «tutela» che assegna in via esclusiva al legislatore statale (2° comma, lett. s) dalla «valorizzazione» (che non sembra molto diversa dalla «promozione»<sup>37</sup>) che, invece, rientra tra le materie di potestà legislativa concorrente ex 3° comma. Con riguardo ai beni culturali, questa distinzione è specificata dal c.d. «Codice Urbani» sui beni culturali ed il paesaggio (d.lgs. n. 42/2004). La tutela consiste in quegli interventi volti alla «protezione e [al]la conservazione» del patrimonio culturale (art. 3, d.lgs. n. 42/2004), mentre la valorizzazione consiste nella sua «utilizzazione e fruizione» (art. 6, d.lgs. n. 42/2004). Se, per fare un esempio, si pensa ad un sito archeologico, la sua tutela consisterà in tutti gli interventi per proteggerlo dall'usura del tempo e dei visitatori, dagli agenti atmosferici, ecc.; mentre la valorizzazione avrà ad oggetto, anche in un'ottica economica, tutte le attività di organizzazione e di gestione per consentire la fruizione da parte dei visitatori del sito. Sempre l'art. 117 distingue tra la *tutela* dell'ambiente e dell'ecosistema (2° comma, lett. s) dalla *valorizzazione* dei beni ambientali (3° comma). È vero che il 2° comma annovera tra le materie esclusive dello Stato la sola *tutela* del risparmio (lett. e), ma l'art. 47 Cost., nel momento in cui prevede che la Repubblica «incoraggia e tutela il risparmio», distingue l'*incoraggiamento* (che, se non è sinonimo, è almeno parente stretto della *promozione*) dalla *tutela*. Insomma, il dato testuale depone a favore di una distinzione concettuale tra *promozione e tutela*.

Il discorso sulla *promozione* della concorrenza è interessante perché riguarda anche la sentenza n. 18/2012. In realtà, la Corte – come si è visto – aveva già fatto ricorso a questo concetto con riferimento al commercio nella citata sentenza n. 430/2007 ed anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in alcuni suoi recenti provvedimenti in materia di commercio richiama il concetto di *promozione* della concorrenza<sup>38</sup>. Proprio quest'ultima sentenza della Corte costituzionale chiarisce che nella materia «tutela della concorrenza» rientrano sia la «tutela in senso proprio» che le misure legislative di *promozione* che sono quelle che «mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese»<sup>39</sup>.

In questi termini, si può dire allora che, più che di una vera e propria *promozione*, si tratta di un *consolidamento* (o *rafforzamento*) della concorrenza, che è insita nel bene stesso della concorrenza e che, quindi, trova fondamento nell'art. 41. La questione non è meramente terminologica, perché la *promozione* della concorrenza (intesa nel senso appena riassunto), col suo fondamento nell'art. 41 Cost., costituisce un principio che guida il legislatore sia statale che regionale, sicché una norma (statale o regionale) che ponesse barriere all'ingresso o (irragionevoli) vincoli alla competizione si porrebbe in contrasto con questo principio e, conseguentemente, con l'art. 41 Cost. In sostanza, si può dire che nella materia di legislazione

<sup>36</sup> Nonostante la Corte si preoccupi di evitare una «dilatazione massima di tale competenza, che...rischierebbe di vanificare lo schema di riparto dell'art. 117 Cost.» (sent. n. 14/2004).

<sup>37</sup> Anche se poi si parla pure di «promozione e organizzazione di attività culturali» (3° comma).

<sup>38</sup> Ci si riferisce ad alcuni provvedimenti adottati dall'Autorità nell'esercizio del suo potere di segnalazione, come, per fare qualche esempio, AS399 del 14 giugno 2007, AS480 del 20 ottobre 2008 (dove sono richiamate le due sentenze della Corte cost. n. 14/2004 e n. 430/2007) e AS775 del 22 novembre 2010 (dove è richiamata la più volte citata sent. n. 14/2004).

<sup>39</sup> In questa sede si tralascia il discorso sulla distinzione tra «concorrenza *nel* mercato» e «concorrenza *per* il mercato», cfr. F. PIZZOLATO, *op. cit.*, pp. 514-521.

esclusiva statale “tutela della concorrenza” rientrano solo le classiche misure *antitrust* (che integrano, per usare le parole della sentenza n. 430/2007, la «tutela in senso proprio»), mentre la *promozione* della concorrenza (che, come si è visto, consiste nel *consolidamento* del bene “concorrenza”) trova il suo fondamento nell’art. 41 Cost.<sup>40</sup>.

Torniamo così, in conclusione, alla questione decisa dalla sentenza in commento. La norma regionale sarda, ponendo una barriera all’ingresso nel mercato, contrasta con la *promozione* della concorrenza e, quindi, appare illegittima per violazione dell’art. 41 Cost. ed analoga sorte le sarebbe dovuta toccare se fosse stata una norma statale.

La sentenza n. 18/2012, nonostante il Ricorso avesse espressamente invocato anche la violazione dell’art. 41 Cost., risolve, invece, la questione per violazione del riparto delle competenze legislative. Così facendo, mediante l’inclusione della *promozione* nella *tutela*, rischia di avvalorare l’idea che il legislatore statale possa introdurre barriere all’ingresso nel mercato, in virtù della sua competenza esclusiva in materia di “tutela della concorrenza”<sup>41</sup>.

Va detto che la sentenza in commento non accenna alla *promozione* della concorrenza, tuttavia le sue conclusioni sembrano la conseguenza, come si è visto, della precedente giurisprudenza della Corte in materia. D’altra parte, si può dire che la Corte costituzionale in questi anni si è ritagliata (anche meritoriamente) un ruolo quasi di “Custode della tutela della concorrenza”. La sua giurisprudenza in tema di concorrenza e commercio, però, è apparsa spesso più preoccupata di salvaguardare il riparto delle competenze legislative (con un ampliamento delle competenze statali) che non di riaffermare il rango costituzionale della concorrenza.

In un solo caso, se non si sbaglia, la Corte ha risolto il rapporto tra concorrenza e commercio ricorrendo alla violazione dell’art. 41 Cost. (sentenza n. 64/2007<sup>42</sup>). In questo caso l’illegittimità costituzionale aveva colpito una norma regionale, ma in una sentenza più recente (la n. 1/2008, relativa sì alla concorrenza ma non in rapporto col commercio) la Corte aveva accolto la questione con riferimento ad una norma statale che, dietro un’apparente finalità di tutela della concorrenza, in realtà si poneva in contrasto con essa, comprimendo le competenze regionali.

Queste due sentenze rappresentano, forse, il tentativo della Corte di aggiustare il tiro della sua precedente giurisprudenza, nel senso che le questioni – pur rimanendo nell’ambito del riparto delle competenze legislative, come è naturale nei giudizi in via principale – vengono risolte mediante un «rigoroso sindacato»<sup>43</sup> sulle norme statali e regionali, volto a verificare in concreto la loro eventuale portata anticoncorrenziale. Per questo motivo sorprende la sentenza n. 18/2012, con cui il Giudice costituzionale dà l’impressione di ritornare sui suoi passi, risolvendo la questione soltanto sotto il profilo del riparto delle competenze.

---

<sup>40</sup> Il che vale anche ad escludere che la “promozione della concorrenza” costituisca un’ulteriore *materia*, come correttamente afferma G. LUCHENA, *La «tutela della concorrenza» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in F. GABRIELE-M.A. CABIDDU (a cura di), *Processi di decisione politica e sovranità economica*, Milano, 2008, pp. 112-113.

<sup>41</sup> È senz’altro da condividere quanto autorevolmente sostenuto, con riferimento al concetto di *promozione* della concorrenza (anche) nella citata sent. n. 430/2007, da M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir., Annali III*, 2010, p. 197: «La Corte ha adottato...un’interpretazione estensiva del termine “tutela della concorrenza”, intendendolo non solo come attività repressiva di comportamenti monopolistici o comunque distorsivi, ma anche come “promozione” della concorrenza. Da questa affermazione – di per sé condivisibile in linea di principio – è sembrata voler dedurre, almeno in una prima fase di applicazione delle nuove norme, che qualsiasi intervento statale di regolazione dei mercati (in particolare: anche le norme di sovvenzione ad imprese) goda di una patente legittimità costituzionale».

<sup>42</sup> Nel caso deciso da questa sentenza, la Corte, quasi che la sola violazione dell’art. 41 Cost. non fosse sufficiente, statuisce l’illegittimità della norma regionale sottoposta al suo giudizio (che realizzava «una ingiustificata discriminazione fra imprese sulla base di un elemento territoriale»), ricorrendo anche alla violazione del principio di eguaglianza. Ancora prima la Corte aveva fondato una sua decisione (in questo caso, di rigetto) sull’art. 41 Cost. (sent. 176/2004), anche perché aveva preliminarmente dichiarato inammissibile la censura relativa alla violazione (anche) dell’art. 117, 2° comma, lett. e).

<sup>43</sup> Così, a proposito della sent. n.1/2008, F. PIZZOLATO, *op. cit.*, p. 404; cfr. anche R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, 2008, p. 404.