

Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione *

di Eugenio Bruti Liberati

ABSTRACT

In the Italian constitutional jurisprudence of the last 15 years the tendency has emerged to attribute to the matter of competition law also public interventions of industrial policy or market regulation responding to aims different from protection or promotion of competition. Such evident tendency of the Constitutional Court is largely linked to the particular formulation of art. 117 Cost., but it seems to also express a certain difficulty to distinguish conceptually between the different forms of public intervention in the economy. The essay critically analyses such interpretations, even in light of more recent doctrinal contributions on the theme, and proposes a different interpretation in which the distinction between competition policy and industrial policy is valued even for the definition of the rules of system governance.

SOMMARIO: 1. Premessa. La distinzione tra politica industriale e politica di concorrenza tra giurisprudenza della Corte Costituzionale e riforma costituzionale *in itinere*. – 2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 3. La critica dottrinale. – 4. Politica industriale e politica di concorrenza: due modelli di governance istituzionale diversificati.

1. Premessa. La distinzione tra politica industriale e politica di concorrenza tra giurisprudenza della Corte Costituzionale e riforma costituzionale *in itinere*

La riforma costituzionale attualmente in itinere sembra destinata ad avere un impatto rilevante anche sul modello di *governance* istituzionale accolto all'interno del nostro ordinamento in tema di governo e disciplina dei mercati¹.

Il ritorno allo Stato della competenza a legiferare in via esclusiva relativamente a materie che rappresentano uno snodo cruciale per la politica industriale del Paese (come l'energia o le infrastrutture strategiche), l'esplicita previsione della sua competenza legislativa esclusiva (non solo sulla tutela ma) anche sulla promozione della concorrenza e ancor più il riconoscimento allo Stato del potere di intervenire anche in materie ad esso non riservate "quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero

* Il saggio è destinato anche al volume che raccoglie gli Studi per il 150° anniversario delle leggi sull'unificazione amministrativa.

¹ In generale, sugli effetti di tale riforma sul riparto di competenze tra Stato e Regioni si rinvia ai molti contributi contenuti nel Fascicolo n. 1/2015 della rivista *Le Regioni*.

*la tutela dell'interesse nazionale*² sembrano prefigurare un assetto nel quale tutte le leve utilizzabili per influire sui processi economici saranno potenzialmente sotto il controllo di organi statali e i livelli di differenziazione che le autonomie territoriali potranno introdurre in relazione alle loro specificità dipenderanno in larga misura da eventuali scelte di delega di tali organi.

In questo quadro, potrebbe apparire sostanzialmente inutile soffermarsi ancora sull'esperienza che su tali temi è maturata in questi anni, in particolare a seguito della riforma costituzionale del 2001, e sulla controversa giurisprudenza costituzionale che ne è seguita, su cui già, d'altronde, si è sviluppato un ampio ed intenso dibattito dottrinale³.

Non mancano peraltro ragioni che invece suggeriscono che un'analisi di quell'esperienza sia tuttora opportuna e anzi necessaria, anche nella prospettiva di una riflessione sui livelli di differenziazione previsti o ammessi all'interno del nostro ordinamento amministrativo: non solo per l'ovvia ragione che allo stato non è sicuro che la nuova riforma sia in definitiva approvata, ma anche perché problemi, soluzioni e argomenti interpretativi emersi sulla base della disciplina costituzionale oggi vigente continueranno verosimilmente ad esercitare una qualche influenza anche in sede di applicazione della possibile futura normazione costituzionale.

In questa prospettiva sembra utile rilevare sin da subito come l'elemento forse più caratteristico – e certo il limite più evidente – della ricchissima giurisprudenza che a partire dal 2001 ha cercato di dirimere i conflitti tra Stato e Regioni sui temi qui in esame – contribuendo in modo decisivo a definire i tratti di unità o diversificazione del sistema – è costituito dalla propensione a sovrapporre e ad assimilare misure di politica industriale, di tutela e/o promozione della concorrenza e di regolazione.

Quali che siano le ragioni di tale propensione – inconsapevoli condizionamenti politico-culturali o ben ponderate scelte di politica del diritto⁴ –, non si può non rimanere colpiti dal fatto che, quanto meno in una prima fase degli orientamenti della Corte, qualsiasi intervento del legislatore statale sui processi economici, inclusi quelli di incentivazione, di pianificazione e di regolazione tariffaria di servizi pubblici in monopolio legale, sia stato ricondotto alla *"tutela della concorrenza"* e con ciò sottoposto alla relativa disciplina di riparto.

Ciò appare rilevante, e non soltanto sul piano dei concetti e delle categorie sistematiche, e nemmeno solo su quello delle conseguenze di regime giuridico che ne sono immediatamente derivate, ma anche sotto il profilo dei modelli di fondo a cui il sistema s'ispira – e potrà ispirarsi in futuro – nel prevedere forme di differenziazione territoriale.

Detto in termini più chiari: anche senza seguire Hayek, e anzi affermando senz'altro che esiste una "politica" della concorrenza così come esiste una politica industriale, sembra difficile negare che tra esse vi siano differenze signi-

2 Così prevede il testo di modifica dell'art. 117 Cost. approvato in prima lettura alla Camera dei Deputati il 10 marzo 2015.

3 Per tale dibattito v., tra gli altri, G. CORSO, *La tutela della concorrenza*, in CORSO-LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, Giuffrè, p. 4 ss.; A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma, AGCM, 2011; C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in AIC (Associazione italiano dei Costituzionalisti) – *Rivista*, n. 1, 2014; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 15 ss.; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione*, in *MCR*, 2014, p. 503 ss.

4 Si veda al riguardo, in particolare, TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 15 ss.

ficative e che tali differenze possano – e verosimilmente debbano – assumere rilievo anche sul piano dei caratteri delle relative *governance* istituzionali.

Avere assimilato tali due diverse forme di intervento nell'economia – la prima preordinata, secondo una ben nota classificazione, a definire promuovere e presidiare le condizioni per un corretto ed efficace confronto concorrenziale tra le imprese, senza cercare di influire sugli esiti di tale confronto; la seconda, invece, diretta ad orientare in vario modo le imprese verso determinate scelte produttive o di mercato⁵ –, e non avere trovato una coerente collocazione sistemica neanche all'attività di regolazione che non risponde né a fini concorrenziali né a obiettivi finalistici, appare l'errore più grave della Corte in questa materia, solo parzialmente corretto dalla sua giurisprudenza più recente. Un errore che sembra importante evidenziare con chiarezza anche in vista della futura interpretazione ed applicazione del possibile nuovo Titolo V della Costituzione.

2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale

Come si è già sopra accennato, in una prima fase della sua giurisprudenza la Corte Costituzionale ha accolto una nozione straordinariamente ampia e comprensiva della locuzione “*tutela della concorrenza*”, tale da includere in essa non soltanto le misure e le norme rivolte a reprimere o a prevenire condotte anti-concorrenziali delle imprese (le uniche con certezza riconducibili a quella locuzione nel suo significato letterale) e non solo gli interventi variamente finalizzati a promuovere assetti concorrenziali dei mercati ma anche misure di sostegno e di incentivazione delle imprese.

Come si legge nella ben nota sentenza n. 14/2014, ad avviso della Corte, la tutela della concorrenza, costituendo “*una delle leve della politica economica statale*”, “*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*”⁶.

In tal modo, come sopra notato, politica di concorrenza e politica industriale venivano sostanzialmente a coincidere o, meglio, la seconda veniva di fatto ricondotta alla prima, con l'effetto di applicare anche ad essa – o, più esattamente, a quella sua parte che avesse una rilevanza c.d. macroeconomica⁷ –

⁵ La classificazione che qui si richiama è ovviamente quella, divenuta di moda anche in Italia negli anni novanta, che distingue tra regolazione condizionale e regolazione finalistica (e per la verità anche regolazione prudenziale). Per essa v. in particolare S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss.; ID., *La trasformazione dei servizi pubblici*, in *Economia pubbl.*, 1995, 5, p. 5 ss.; ID., *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992, e ID., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 55 ss. e G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Cedam, Padova, 1993.

⁶ Sentenza n. 14/2004, punto 4 della Motivazione in Diritto (sottolineatura aggiunta).

⁷ Nell'accezione della Corte (anch'essa, come tutta la pronuncia in questione oggetto di forti critiche in dottrina), avrebbero avuto rilevanza “macroeconomica” gli “*strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese*” e dunque eccedono la dimensione pura-

la regola dell'esclusiva competenza legislativa statale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione.

Tale orientamento fortemente estensivo della portata della suddetta previsione costituzionale è stato in seguito parzialmente abbandonato dalla Corte, che, verosimilmente anche alla luce delle critiche molto accese ricevute dalla sentenza n. 14/2004⁸, ha poi statuito che *“il riferimento alla “tutela della concorrenza” quale materia di competenza statale esclusiva, ..., non può giustificare l'intervento del legislatore statale in relazione ad aiuti di Stato, i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza”*⁹.

Per effetto di tale *revirement* giurisprudenziale, gli interventi di incentivazione vengono esclusi dal novero delle misure riconducibili alla tutela della concorrenza e alla sua specifica disciplina di riparto: ma, come si vedrà tra breve, questo non significa né che gli stessi non possano più in alcun modo essere direttamente posti in essere dal legislatore statale (come parte della dottrina aveva invece ritenuto di poter desumere dalla disciplina introdotta con la riforma costituzionale del 2001)¹⁰ né che, come pure si preciserà nel prosieguo, tutti gli interventi di politica industriale vengano da allora in poi collocati dalla Corte al di fuori della categoria della tutela concorrenziale.

Quello che è certo è che, sulla base di una lettura comunque estensiva della norma costituzionale, a tale categoria e al correlato regime di *governance* istituzionale viene invece pacificamente ricondotta dalla Corte, senza alcuna esclusione, l'intera politica di concorrenza. E, infatti, come si legge in numerose pronunce, nella materia della tutela della concorrenza devono secondo la Corte ricomprendersi: 1) le misure di tutela in senso proprio, *“intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati (misure antitrust)”*; 2) quelle di promozione, *“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 o della competizione tra imprese”* (per lo più dirette a tutelare la concorrenza “nel” mercato); 3) e quelle preordinate a prefigurare *“procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici”* (concorrenza “per” il mercato)¹¹.

La materia in questione viene dunque configurata dalla Corte, com'è a tutti noto, come trasversale e pertanto idonea a consentire al legislatore statale di intervenire con norme di dettaglio anche in materie che l'art. 117 Cost. affiderebbe alla competenza concorrente o a quella residuale delle regioni. E ciò sulla base di un criterio (parzialmente) finalistico e funzionale, che segna an-

mente regionale. Gli interventi di sostegno *“sintonizzati sulla realtà produttiva regionale”* non sarebbero stati invece attratti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato e sarebbero quindi rimasti di competenza regionale.

8 V., tra gli altri, i commenti critici (tutti consultabili in *Consulta Online*) di L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*; R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*; F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*

9 Sentenza n. 63/2008, punto 4.3 della Motivazione in Diritto.

10 Ad esempio., secondo R. CARANTA, *op. cit.*, p. 10 del testo a stampa, *“A torto o a ragione, la Costituzione pare escludere un potere generale di intervento diretto dello Stato a sostegno dell'economia, consentendogli al più trasferimenti finanziari a favore delle autonomie”*.

11 Le citazioni sono tratte in particolare dalla sentenza n. 325/2010 e dalla sentenza n. 97/2014, ma espressioni identiche o analoghe si rinvengono in diverse altre pronunce della Corte.

che il limite del legittimo intervento del legislatore statale: laddove si tratti di promuovere la concorrenza, ad esempio eliminando barriere all'entrata in un mercato (come quelli del commercio all'ingrosso o al dettaglio o quello delle professioni intellettuali)¹² oppure prevedendo una regolazione dell'accesso dei terzi ad infrastrutture essenziali per lo svolgimento di una determinata attività, e sempre che le misure che s'intendono adottare siano proporzionate a tale obiettivo¹³, lo Stato può derogare ai normali criteri di riparto e dettare discipline non solo di principio¹⁴.

Resta ovviamente da comprendere se ed eventualmente in che misura le Regioni possano a loro volta concorrere a tale politica di concorrenza, adottando misure pro-competitive in ambiti sui quali lo Stato non è intervenuto o misure più pro-competitive di quelle statali oppure ancora bilanciando le istanze di apertura dei mercati con altri interessi pubblici affidati alla loro competenza – rimane cioè da capire se, sotto questo profilo, il modello delineato dalla Corte ammette in una qualche misura una differenziazione territoriale: ma riguardo a tale fondamentale questione è bene rinviare a quanto si dirà nei prossimi paragrafi.

Prima è bene tornare ad occuparsi del secondo corno del problema che si sta qui analizzando, che è in realtà quello più opaco e sfuggente: quello della politica industriale.

Al riguardo, occorre dire subito che la Corte, sino ad ora, non sembra incline a riconoscere, per scelta deliberata o per difetto di consapevolezza, l'esistenza di un'autonoma categoria di interventi pubblicitici sul mercato riconducibili nel loro complesso ad una logica di sostegno e di indirizzo finalistico delle attività economiche.

Ciò dipende certamente anche dall'assenza, nell'elenco delle materie di cui all'art. 117 Cost., di appigli espliciti che consentano di attribuire rilievo unitario, ai fini in esame, ad una tale "categoria". Tuttavia, colpisce che, nella ricostruzione sistematica operata dalla Corte, strumenti che palesemente sono accomunati da una tale funzione di "governo" finalistico dei processi economici – e che non mirano quindi solo a garantire o a promuovere le migliori condizioni del confronto competitivo – vengano diversamente qualificati ai fini del riparto di competenze tra Stato e regioni e ricevano dunque un trattamento giuridico differenziato.

Tale è ad esempio il caso delle misure di aiuto e sostegno alle imprese, sopra considerate, e di quelle di pianificazione di attività considerate di interesse (economico) generale.

Le prime, per effetto della svolta giurisprudenziale realizzata con la citata sentenza n. 63/2008, sono ora escluse dall'ambito delle misure di tutela e promozione della concorrenza, con la conseguenza – esplicitata nella stessa pronuncia – che esse possono essere poste in essere dallo Stato direttamente

12 V. Corte Cost., n. 430/2007 e n. 443/2007.

13 Non è possibile in questa sede soffermarsi su un profilo in realtà cruciale dell'assetto definito dalla Corte, che è quello attinente al controllo sull'effettiva proporzionalità e funzionalità delle misure adottate dallo Stato rispetto all'obiettivo di promuovere la concorrenza. Sul punto, anche per rilievi critici motivati dalla scarsa incisività del controllo in concreto esercitato dalla Corte, si rinvia a TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, in part. par. 11; e a LIBERTINI, *op. cit.*, *passim*.

14 Come ha precisato la dottrina, il criterio teleologico, nell'impostazione della Corte, sembra trovare applicazione solo per le misure di promozione della concorrenza e non anche per quelle di tutela, che vengono invece ricondotte alla previsione di cui all'art. 117/2, lett. e) sulla base di un criterio materiale: v. ancora, al riguardo TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 31.

(e cioè non per il tramite delle Regioni) solo se ed in quanto ricorrano i presupposti e vengano rispettati i limiti procedurali propri del meccanismo della chiamata in sussidiarietà¹⁵. Le seconde, viceversa, sono tuttora ricondotte dalla Corte al novero degli interventi di tutela della concorrenza¹⁶ e sono quindi utilizzabili dal legislatore statale anche in assenza di quei presupposti e senza quei limiti.

La Corte riconosce quindi allo Stato il potere di intervenire sia con misure dirette di sostegno alle attività produttive sia con misure di carattere programmatico: ma non sembra voler cogliere la matrice unitaria di tali misure, entrambe in realtà inquadrabili in una logica di guida e stimolo allo sviluppo economico, e le sottopone pertanto, in via interpretativa, per ciò che attiene all'allocazione delle relative competenze, ad una disciplina diversificata, che appare obiettivamente difficile giustificare.

Anche per quanto concerne gli interventi variamente ricondotti dal legislatore (o riconducibili in via interpretativa) alla categoria della regolazione, d'altra parte, appare evidente l'inclinazione della Corte ad applicare estensivamente ed indiscriminatamente ad esse la nozione di tutela e promozione della concorrenza e dunque a riconoscere in via generale allo Stato, relativamente alle stesse, una competenza legislativa esclusiva.

Ciò appare certamente corretto per talune misure regolatorie che hanno indiscutibilmente una funzione pro-competitiva: tipico è il caso delle discipline che sopprimono monopoli legali o definiscono le condizioni economiche e tecniche per l'accesso alle infrastrutture o introducono forme di *unbundling* o ancora per quelle che riconoscono un diritto speciale di recesso agli utenti o consumatori di mercati oggetto di processi di liberalizzazione. Tale impostazione risulta invece assai discutibile rispetto a forme di intervento regolatorio che non sembrano in realtà avere finalità propriamente pro-concorrenziali e che mirano piuttosto a garantire e a promuovere l'efficienza nello svolgimento di attività di interesse economico generale: tipico è il caso della regolazione tariffaria di servizi svolti in regime di monopolio legale, che, ad avviso della Corte, atterrebbe alla tutela della concorrenza perché la determinazione tariffaria è rivolta *"al fine di ottenere un equilibrio economico-finanziario della gestione e di assicurare all'utenza efficienza e affidabilità del servizio (...). Tale fine è raggiunto determinando la tariffa secondo un meccanismo di price-cap (...), diretto ad evitare che il concessionario unico abusi della sua posizione dominante"*¹⁷.

Si deve aggiungere che tale orientamento ha condotto inevitabilmente la

15 V. sentenza n. 63/2008, punto 4.4 della Motivazioni in Diritto, secondo cui la misura statale oggetto del giudizio risultava diretta *"a perseguire finalità di politica economica, ..., che, almeno in parte, sfuggono alla sola dimensione regionale, ...; e che sono perciò tali da giustificare la deroga al normale riparto di competenze fra lo Stato e le Regioni e la conseguente "attrazione in sussidiarietà" allo Stato della relativa disciplina, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza"*.

16 V. in particolare Corte Cost. n. 246/2009, che si riferisce alla pianificazione d'ambito del servizio idrico integrato, e afferma che l'attività pianificatoria in questione *"deve essere ricondotta alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, perché è strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio e ha, perciò, lo scopo di consentire il concreto superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, al fine di inserire armonicamente tale gestione in un più ampio quadro normativo diretto alla razionalizzazione del mercato del settore"* (punto 13.1) (v. anche in termini coincidenti la successiva sentenza n. 142/2010).

17 Così, ancora, Corte Cost., n. 246/2009 (punto 17.4), relativa alla tariffa del servizio idrico integrato; e v. anche le nn. 335 e 51 del 2008 e la n. 142 del 2010.

Corte ad includere in generale nella materia della tutela della concorrenza, e dunque a ricondurre alla competenza esclusiva del legislatore statale, anche le norme che istituiscono autorità indipendenti di regolazione e che ne definiscono i poteri¹⁸, pur se le stesse sono chiamate a svolgere anche funzioni – non solo di tariffazione per gli utenti ma anche di definizione degli *standards* qualitativi del servizio ovvero attinenti al servizio universale – il cui inquadramento in una logica concorrenziale non appare obiettivamente agevole¹⁹.

3. La critica dottrinale

La giurisprudenza della Corte che si è sopra sinteticamente richiamata è stata oggetto in questi anni di attenta analisi in sede dottrinale, con contributi diretti non solo a commentare le singole decisioni di maggiore rilevanza ma anche a ricostruire sistematicamente e criticamente presupposti, contenuti ed implicazioni delle scelte interpretative da essa compiute²⁰.

Tra tali contributi si segnalano in particolare due saggi recenti, che, seguendo percorsi ben diversi sia sul piano del metodo che su quello del merito, formulano analisi e riflessioni che appaiono di estremo interesse anche rispetto al ragionamento che si sta qui svolgendo.

Il primo saggio, di Francesca Trimarchi Banfi²¹, reca una critica radicale agli assunti teorici – ai presupposti politico-culturali – da cui sembra muovere la giurisprudenza della Corte, prima ancora che ai suoi orientamenti di politica del diritto²².

Per ciò che qui rileva, esso appare rilevante soprattutto laddove analizza la sopra rilevata sovrapposizione operata dalla Corte tra politica di concorrenza e politica industriale, per effetto della quale, come si è visto, anche interventi di pianificazione e, in una prima fase, misure di aiuto pubblico alle imprese – tipiche espressioni e strumenti di politica industriale – vengono ricondotte alla materia della tutela della concorrenza e dunque assegnate alla competenza esclusiva del legislatore statale²³.

La spiegazione che l'A. offre di tale indubbia forzatura concettuale appare estremamente acuta (pur se non *in toto* condivisibile)²⁴. Ma ciò che più conta ai fini in esame è che essa colga e sottolinei la necessità di considerare unitariamente gli interventi di politica industriale e quella di distinguere gli stessi, ai fini del riparto di competenze tra Stato e regioni, dagli interventi di tutela e promozione della concorrenza: soggetti, i secondi, alla regola della esclusiva

18 V. tra le altre la sentenza n. 41/2013, relativa all'Autorità di regolazione dei trasporti.

19 Nello stesso senso v. anche LIBERTINI, *op. cit.*, p. 511.

20 V. in particolare, per i lavori di taglio generale, i contributi sopra citati alla nota 3.

21 *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, cit.

22 Osserva ad esempio l'A. che “*i ragionamenti che si leggono nella giurisprudenza costituzionale sembrano talora sfidare la logica, ma possono divenire comprensibili come riflesso della cultura corrente, che assegna alla concorrenza la virtù della razionalità e dell'attitudine ad operare per il progresso economico*” (p. 17).

23 V. le sopra citate sentenze n. 14/2004, n. 246/2009 e n. 142/2010. V. anche, per il superamento della tesi secondo cui le misure di incentivazione rientrerebbero nella materia della tutela della concorrenza, la sentenza n. 63/2008 (peraltro non menzionata da F. TRIMARCHI BANFI).

24 Per tale spiegazione v. in particolare le pp. 16-17 e poi pp. 32-33 del saggio qui considerato.

competenza legislativa statale; dipendenti invece i primi – laddove lo Stato intenda porli in essere – dall’eventuale attivazione dei meccanismi di attrazione in sussidiarietà²⁵.

Si vedrà nel prosieguo che tale distinzione, che nel saggio di F. Trimarchi Banfi è posta ma non sviluppata nelle sue implicazioni, potrebbe in realtà rappresentare la base di una sistemazione più organica della materia, con la definizione di modelli di *governance* istituzionale diversi per le politiche di concorrenza e per quelle industriali.

Prima, peraltro, è bene soffermarsi anche sul contributo recentemente offerto da Mario Libertini²⁶, che, senza formulare rilievi radicali quanto quelli espressi dall’A. appena considerata, sottopone peraltro la giurisprudenza della Corte sopra citata ad un’analisi estremamente articolata e puntuale – pur se anch’essa non completamente condivisa da chi scrive.

Qui, interessa soprattutto soffermarsi sulle considerazioni svolte dall’A. con riferimento agli interventi espressione della politica di concorrenza e al problema della esatta delimitazione della competenza esclusiva al riguardo spettante al legislatore statale.

Che, sulla base delle scelte ricostruttive operate dalla Corte Costituzionale, debbano farsi rientrare in tale ambito anche le misure di promozione della concorrenza e non solo quelle propriamente di tutela appare un dato ormai assodato e non controverso, che nemmeno Libertini mette in discussione e che anzi anch’egli sembra condividere pure sul piano degli orientamenti di politica del diritto.

Ciò che viceversa l’A. imputa alla Corte – oltre ad uno sforzo inadeguato per definire con sufficiente precisione il concetto di “concorrenza” che essa adotta ai fini dell’applicazione dell’art. 117, comma 2, lett. e), Cost. – è il non pieno e non coerente utilizzo del criterio teleologico per la puntuale individuazione degli interventi anche di dettaglio che il legislatore statale può porre in essere sulla base della suddetta disposizione costituzionale²⁷.

In particolare, secondo Libertini, nonostante le reiterate affermazioni di principio della Corte in merito al carattere funzionale della tutela della concorrenza come materia trasversale, vi sarebbero diversi ambiti che essa ricondurrebbe a tale materia non sulla base di un criterio teleologico bensì applicando puramente e semplicemente una logica “materiale”, con l’effetto sostanziale di consentire al legislatore statale di intervenire anche con disposizioni di dettaglio in realtà non preordinate ad un fine pro-concorrenziale.

Esempi di tale (incoerente) modo di procedere della Corte sarebbero le pronunce rese dalla Corte in materia di gare pubbliche²⁸ e di servizi di interesse economico generale²⁹, che appunto avrebbero legittimato interventi sta-

25 V. in particolare a p. 33, dove, sia pure con limitazioni a mio avviso non condivisibili, l’A. afferma appunto che “*lo Stato potrebbe attuare le politiche economiche di rilevanza nazionale per il tramite delle Regioni, avvalendosi del potere legislativo concorrente che gli spetta nei singoli settori e, all’occorrenza, nelle c.d. materie residuali, ricorrendo alla chiamata in sussidiarietà*” (sottolineatura aggiunta).

26 *La tutela della concorrenza nella Costituzione*, cit.. Dello stesso A. non si può non citare anche, quanto meno, il saggio *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, vol. 2, 2005, p. 1428 ss.; nonché la voce *Concorrenza*, in *Enc. dir. – Annali III*, Giuffrè, 2010, p. 195 ss.

27 V. in particolare alle p. 123 ss.

28 V. al riguardo le osservazioni svolte alle pp. 523-529.

29 V. le pp. 529-532.

tali non effettivamente funzionali ad esigenze di promozione (o tutela) della concorrenza, quali quelli, già menzionati, inerenti alla regolazione tariffaria.

È bene aggiungere che tali rilievi sollevano anche, esplicitamente o implicitamente, due ulteriori problemi, che appaiono anch'essi di estrema rilevanza.

Il primo, già sopra segnalato, attiene alla possibilità che i legislatori regionali possano a loro volta introdurre misure di promozione della concorrenza, eventualmente più incisive di quelle previste dal legislatore statale. Deve ammettersi tale facoltà regionale – ovviamente in materie nelle quali esse abbiano competenza concorrente o residuale – oppure deve escludersi in nome di un'esigenza di piena uniformità della disciplina pro-competitiva?

Pur se di recente sembra emergere nella giurisprudenza della Corte un orientamento incline a privilegiare le istanze di uniformità³⁰, Libertini sottolinea che al riguardo essa sembra tuttora manifestare non apprezzabili incertezze³¹.

La seconda questione che le considerazioni formulate dall'A. con riferimento alla necessità di una più coerente applicazione del criterio teleologico sembra porre attiene invece al tema del bilanciamento tra finalità pro-concorrenziali e principi ed istanze pubblicistiche di segno diverso.

Per quanto sia senz'altro presente nel nostro ordinamento anche un indirizzo interpretativo che tende a concepire la concorrenza come un super-principio³², appare in realtà indubbio che tale bilanciamento sia ammesso dall'ordinamento europeo – come emerge chiaramente anche dall'art. 106 del TFUE – e che semmai si ponga la questione dei margini di discrezionalità al riguardo lasciati a legislatori (e giudici) nazionali.

Se dunque il principio di concorrenza può e deve essere temperato con altri principi costituzionali³³, sembrerebbe ragionevole ammettere che il legislatore statale, quando interviene per finalità pro-concorrenziali ai sensi dell'art. 117/2, lett. e), possa legittimamente operare quel bilanciamento, ad esempio prevedendo che la liberalizzazione di un determinato mercato avvenga al termine di una fase transitoria, fatto salvo ovviamente il controllo sulla ragionevolezza e proporzionalità della relativa disciplina.

Anche sul punto, tuttavia, l'orientamento della Corte, e non solo della Corte, non appare univoco³⁴.

In conclusione, dall'analisi svolta da Mario Libertini emergono molteplici profili in relazione ai quali l'orientamento della Corte in tema di politica di concorrenza appare tuttora incerto e su cui, laddove la riforma costituzionale in itinere non dovesse pervenire ad un esito favorevole, risulterebbe necessario un ulteriore sforzo di riflessione sistematica in sede dottrinale: dal tema dell'esatta individuazione del criterio teleologico o materiale in forza del quale individuare gli interventi riconducibili alla tutela e promozione della concorrenza a quello degli spazi di manovra eventualmente riconoscibili ai legislatori regionali rispetto a tali interventi – e dunque dei livelli di differenziazione ammessi al riguardo dal nostro ordinamento – e a quello della legittimità di un bilanciamento del principio di concorrenza con altri principi di rango costi-

30 Al riguardo v. anche E. CARLONI, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, 2010, p. 670 ss.

31 Così ad esempio a p. 539.

32 Si vedano al riguardo le considerazioni critiche di TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 15 ss.

33 In tal senso v. anche LIBERTINI, ad esempio a p. 145.

34 E infatti la Corte si è espressa in senso favorevole a tale bilanciamento nella sentenza n. 325/2010, punto 8.1.2. (e v. anche la sentenza n. 279/2006 e l'ordinanza n. 162/2009), e, viceversa, in senso implicitamente contrario nella sentenza n. 1/2008.

tuzionale laddove il legislatore statale intervenga ai sensi dell'art. 117/2, lett. e), Cost.

4. **Politica industriale e politica di concorrenza: due modelli di governance istituzionale diversificati**

Dall'esame critico della giurisprudenza costituzionale sopra considerata e dalle riflessioni già svolte in sede dottrinale sembra emergere con chiarezza la necessità di distinguere con maggiore precisione tra interventi di politica industriale e interventi di politica di concorrenza ai fini del riparto di competenze tra Stato e Regioni, e anzi quella di definire per essi due differenti modelli di *governance* istituzionale.

Per i primi – per quelli con cui i soggetti pubblici tendono ad influire sul merito delle scelte imprenditoriali, variamente incentivando, pianificando, infrastrutturando – non sembra che, nell'attuale assetto costituzionale, l'esito possa essere diverso da quello a cui lo stesso giudice costituzionale, dopo le iniziali incertezze, si è orientato relativamente alle misure di aiuto, e assai prima per quelle attinenti alle infrastrutture. Insistere sul fatto che, ad esempio, la pianificazione d'ambito del servizio idrico integrato o i piani e i programmi relativi a qualsiasi altro servizio di interesse economico generale sarebbero preordinati alla tutela o alla promozione della concorrenza, laddove essi mirano in realtà a garantire l'efficienza e l'ampia diffusione del servizio, costituisce un errore sul piano logico e sistematico – vuol dire, come sottolineato da F. Trimarchi Banfi, identificare o confondere il mezzo con il fine³⁵.

Questo non significa, come si è visto, che lo Stato non possa più porre in essere tali interventi in modo diretto (ma solo per il tramite delle Regioni), come prospettato da una parte della dottrina³⁶, ma implica invece, come chiarito dalla Corte nella sentenza n. 63/2008 per gli aiuti, che esso possa disciplinarli ed attuarli solo quando ricorrano le esigenze di carattere unitario che legittimano la chiamata in sussidiarietà e dunque anche nel rispetto dei relativi vincoli procedurali.

Non vi è quindi esclusività della competenza statale al riguardo: al di fuori dai casi di attrazione in sussidiarietà, le Regioni possono anch'esse attuare una loro politica industriale, calibrata sulle specificità del loro territorio e dei loro assetti produttivi, sia pure ovviamente attenendosi ai principi fondamentali che il legislatore statale può e deve porre nelle materie a competenza concorrente e ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo per le politiche di sviluppo e di sostegno alle imprese e ai mercati.

Il modello di *governance* istituzionale che ne discende è dunque significativamente differenziato, con spazi comunque significativi per le autonomie territoriali ma con la garanzia per lo Stato di poter intervenire quando necessario. Un modello ovviamente assai diverso da quello che deriverebbe dalla riconduzione degli interventi di politica industriale al novero delle misure di tutela e promozione della concorrenza.

Con riferimento a tali misure la regola generale è infatti – ai sensi dell'art.

³⁵ V. ancora, al riguardo, TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, cit., in part. p. 16.

³⁶ In tal senso v. ancora R. CARANTA, *op. loc. cit.*

117, comma 2, lett. e) della Costituzione – quella della uniformità: è al legislatore statale che spetta in via esclusiva di dettare la relativa disciplina ed è ad esso che compete l'eventuale decisione di riconoscere spazi di autonoma determinazione a Regioni ed enti locali.

Qui, occorre ammettere che l'orientamento della Corte di assimilare tutela e promozione della concorrenza appare non solo esente da incertezze ma anche condivisibile sul piano sistematico e delle politiche del diritto. E infatti, sotto il profilo della difesa e della promozione degli assetti concorrenziali dei singoli mercati e della definizione delle condizioni alle quali deve avvenire il confronto competitivo tra le imprese, l'esigenza di uniformità appare comunque assai pressante, laddove invece meno immediatamente rilevanti appaiono le peculiarità dei singoli territori. Evidente appare in questa prospettiva la differenza tra interventi di politica industriale, per i quali prevedere uno spazio decisionale diretto a valorizzare le specificità territoriali appare indispensabile, e quelli che invece si limitano a fissare le regole di un gioco competitivo che, per essere efficiente, chiede anzitutto e notoriamente trasparenza, prevedibilità e anzi certezza delle regole.

Appare quindi ragionevole lasciare al legislatore statale – nell'esercizio della sua suddetta competenza esclusiva – il potere di valutare se in relazione a determinati settori economici sia o meno opportuno riconoscere alle Regioni la possibilità di introdurre norme concorrenziali specifiche per il loro territorio. E così ritenere anche che le incertezze manifestate dalla Corte Costituzionale, e sopra segnalate, in merito alla facoltà delle Regioni di intervenire in via autonoma in senso pro-concorrenziale vadano superate e vadano superate escludendo, in linea di principio e salva delega da parte del legislatore speciale, tale facoltà.

Il modello di *governance* istituzionale relativo alle politiche di concorrenza è pertanto fortemente accentrato, con spazi di differenziazione dipendenti dalle eventuali scelte in tal senso del legislatore statale.

La differenza rispetto a quello sopra proposto per le misure di politica industriale appare evidente e motivata: pur se sarebbe errato intenderla nei termini di una contrapposizione radicale, perché tra le due tipologie di interventi vi sono certamente aree comuni e talora parziale identità di strumenti³⁷, appare innegabile che le esigenze di uniformità della disciplina sono assai maggiori quando si tratta di definire le condizioni per il confronto concorrenziale tra le imprese e invece meno stringenti rispetto a politiche di sviluppo che per loro natura non sembrano poter prescindere del tutto dalle specificità dei diversi territori.

³⁷ Il caso più evidente è quello della regolazione delle tariffe per l'accesso alle infrastrutture che mira a favorire il Third Party Access ed è dunque una misura pro-concorrenziale, ma può anche essere rivolta ad incentivare il potenziamento e la modernizzazione delle stesse e sotto questo profilo è anche una misura di politica industriale.