

**L'uniformità come valore.
La Corte oltre la tutela della concorrenza**

di Enrico Carloni

(in corso di pubblicazione in *"le Regioni"*, 2010)

1. Se ci confrontiamo con la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio, in un crescendo che pare evidente negli anni più recenti, è percepibile la tendenza, marcata, all'interpretazione del testo costituzionale "nel senso dell'uniformità". Il dato è chiaro, frequentemente ravvisato e criticato dalla dottrina¹, e segna sempre più il distacco tra teoria e pratica della differenziazione, tra il modello suggerito dal testo costituzionale² e la sua attuazione nell'ordinamento.³

Per quanto le ragioni della mancata transizione da un sistema di regionalismo debole ad un nuovo assetto, ed ad un nuovo equilibrio tra le ragioni dell'unità/uguaglianza e quelle della differenza, siano da rintracciare in una serie di fattori ed attori diversi (tra i quali ultimi, in particolare, il Governo ed il Parlamento nazionale), il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione di un rinnovato impianto di uniformità appare evidente.⁴

Questa "evidenza" è ancora più marcata alla luce della sentenza in

¹ Da ultimo, cfr. F. BENELLI, R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *questa rivista*, 2009, 1185 ss.; A. BRANCASI, *Continua l'inarrestabile cammino verso una concezione statalista del coordinamento finanziario*, *ivi*, n. 6, 2008, pp. 1235 ss.; S. PARISI, *Potestà residuale e "neutralizzazione" del Titolo V*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli 2008, 1597 ss.

² Cfr., per tutti, G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *questa rivista*, 2001, 1247 ss.; ci sia consentito, inoltre, rinviare a E. CARLONI, *Lo Stato differenziato*, Torino 2004, 191 ss.

³ Per un'efficace illustrazione del fenomeno, cfr. F. MERLONI, *Il paradosso italiano: "federalismo" ostentato e centralismo rafforzato*, in *questa Rivista*, 2005, 469 ss.

⁴ In questo senso, basti pensare all'esplicito ridimensionamento dell'equiparazione tra livelli territoriali che sembrava potersi desumere dal riformato art. 114 Cost., ed all'enfaticizzazione della "posizione peculiare", della funzione di garante ultimo dell'unità, dello Stato (es. sentt. n. 303 del 2003, 103 del 2006), e quindi al riconoscimento a quest'ultimo di un compito unificante anche al di là delle materie riconosciute nella sua competenza esclusiva. Sull'articolarsi del ruolo dello Stato in un sistema plurale e composito, cfr. E. GRIGLIO, *Principio unitario e neopolicentrismo*, Padova 2008.

commento, che risulta di interesse non solo per il merito della decisione, e per l'interpretazione che conseguentemente viene data in particolare alla tutela della concorrenza, quanto per un inciso che costituisce l'esplicitazione di un'idea di fondo che affiora, ma che non era stata sin qui chiaramente dichiarata, nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il carattere valoriale (in sé) e non solo strumentale dell'uniformità normativa.

Un simile approdo chiama in causa, ed evoca sullo sfondo, l'idea complessiva di organizzazione dello Stato definita dalla riforma costituzionale del 2001 e progressivamente messa in formidabile discussione dalla giurisprudenza variamente, ma progressivamente, centralistica della Corte costituzionale.⁵

La smaterializzazione⁶ (e la rimaterializzazione⁷) delle materie, la "prevalenza"⁸, l'interpretazione estensiva⁹, il parallelismo inverso¹⁰, la

⁵ In una prima fase, il ruolo della Corte per quanto decisivo nella definizione del nuovo quadro istituzionale, appare maggiormente rivolto a contemperare le diverse esigenze ed a delimitare in termini abbastanza rigorosi l'intervento statale, si pensi alla giurisprudenza in materia di livelli essenziali, dove l'ampia "trasversalità" della materia è accompagnata da attenti confini, come ben evidenziato da L. VANDELLI, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, in A. PIOGGIA, L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna 2005, 25.

⁶ V. es. sent. n. 401 del 2007, in tema di concorrenza e lavori pubblici, con nota di R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *questa rivista*, n. 2, 2008, pp. 398 ss.; F. BELLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, *ivi*, 2006, 903 ss.; ID., *La smaterializzazione delle materie*, Milano 2006.

⁷ Cfr. F. BENELLI, R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione" delle materie*, *cit.*, 1185 ss.

⁸ Ampiamente E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *questa Rivista*, 2008, 61 ss.; si v. recentemente C. Cost., sent. n. 148 del 2009, sempre in materia di tutela della concorrenza, con nota di R. BIN, *Prevalenza senza criterio*, *ivi*, 2009, 618 ss., che evidenzia come, a partire dalla sentenza n. 370 del 2003, si sia affermato questo criterio, che ha poi manifestato il suo "vero volto", che "altro non è che la riedizione post-riforma dell'interesse nazionale".

⁹ Segnala, ad esempio, come sia "certamente prevalente" (sia pure con alcuni contemperamenti) la tendenza ad interpretare estensivamente alcune materie "trasversali", L. VANDELLI, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, *cit.*, 24-25.

¹⁰ Così, in particolare, la sent. n. 303 del 2003. La Corte, in sostanza, ha operato "privilegiando più spesso le esigenze dell'unitarietà e introducendo elementi di flessibilità anche laddove la Costituzione non li aveva immaginati" (A. PIOGGIA, L. VANDELLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, *cit.*, 8). Sulla sentenza n. 303 del 2003, ampiamente

“leale collaborazione” purché sia¹¹, sono solo alcune delle manifestazioni di una tendenza che trova ora, nel collegamento con la concorrenza (ma il discorso probabilmente potrebbe riferirsi ad altri interessi e valori, basti pensare all’uguaglianza, all’unità) una nuova, e chiara, manifestazione.

In questo percorso, i titoli competenziali statali sono stati interpretati in modo non solo estensivo, ma spesso escludente.¹² La “clausola di residualità” è stata svuotata¹³, attraverso un percorso che ha reso inconsistenti le materie ed attraverso la definizione di un nuovo modello di “concorrenza” tra titoli di legittimazione statali e regionali, mentre la forza dell’uniformità nella legge dello Stato ha finito per escludere (ora in parte, ma sempre più spesso in modo completo) le pur fondate istanze di differenziazione regionale.¹⁴

Pare, a chi scrive, abbastanza chiaro che il sistema vive una “crisi di transizione”: non è emerso un modello di differenziazione realmente percorribile¹⁵ e di fronte alle criticità che si trova di fronte,

commentata, v. da ultimo i vari contributi in *questa Rivista*, n. 3-4, 2009. Sull’evoluzione di questo meccanismo, v. la sent. n. 76 del 2009, con nota di G. DI COSIMO, *Trasfigurazione della chiamata in sussidiarietà*, ivi, 2009, 729 ss.

¹¹ Questo è evidente, in particolare, nella giurisprudenza successiva alla sentenza n. 303 del 2003, dove sembra talora riecheggiare la leale collaborazione *d’antan* (che veniva utilizzata “più per costringere le regioni ad adeguarsi a decisioni centrali che non per indurre il governo a valutare adeguatamente le posizioni delle regioni”, come segnalava G. MOR, *Il nuovo assetto organizzativo del servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubbl.*, 1997, 620 ss.). In materia, cfr. ora la sent. n. 88 del 2009, in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia, con nota di I. RUGGIO, *Impianti offshore: le Regioni perdono l’esclusiva della leale collaborazione a favore della Conferenza di servizi per recuperarla solo in caso di dissenso*, in *questa Rivista*, 2009, 737 ss.

¹² Questo è evidente, ad esempio, con riferimento a quelle materie (come la tutela della concorrenza, appunto) che da “trasversali” sono diventate “esclusive”, anche in virtù del fatto che il criterio della prevalenza “non opera mai a favore delle Regioni” (così per R. BIN, *Prevalenza senza criterio*, cit.; si v. però anche F. MANGANIELLO, *Perché la prevalenza è sempre la risposta? Nota a Corte cost. n. 88/2009*, in *Forumcostituzionale.it*).

¹³ Cfr. S. PARISI, *Potestà residuale e “neutralizzazione” del Titolo V*, cit., *passim*.

¹⁴ Questo nuovo modello di “concorrenza” è ricostruito da R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, in *questa Rivista*, 2006, 889 ss.

¹⁵ Così, con riferimento al problema delle infrastrutture (finanziamento, localizzazione, realizzazione), cfr. G. NAPOLITANO, A. MACCHIATI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *E’ possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna 2009, 8: “è come se al vecchio modello di governo dell’economia unitario e centralista non se ne sia ancora sostituito uno in grado di affrontare le sfide della sussidiarietà nella nuova arena pubblica”.

la Corte è spesso portata a ricercare nell'uniformità normativa la soluzione che meglio si attaglia al caso in questione. L'individuazione della "materia" che giustifica la competenza statale, e quindi la decisione della Consulta, appare sempre più un'esigenza secondaria: la Corte avverte, più del legislatore statale, l'importanza della sua indicazione, ma di fronte a difficoltà interpretative non sempre esita a forzare la mano al dato testuale: paradigmatica, in questo senso, l'estensione del concetto di "sicurezza" operato dalla sentenza n. 21 del 2010.¹⁶ Si tratta di questioni che, come è evidente, esulano dalla vicenda qui in rilievo, ma che paiono riconducibili ad una comune, e complessiva, visione di fondo, un dato "culturale" che sembra prefigurare una via giudiziaria all'uniformità, che fa il paio con la "via politica" praticata, sia pure tra non poche ambiguità, dal governo e dal Parlamento nazionale.¹⁷

2. La sentenza interviene a risolvere una controversia, originata dall'impugnazione statale di una legge della Regione Puglia (n. 14 del 10 giugno 2008, recante *Misure a sostegno della qualità delle opere di architettura e di trasformazione del territorio*), per contrasto con gli artt. 114 e 117, secondo comma, lettere e) e l). Si tratta, in sostanza, di una disciplina che si poneva l'obiettivo di regolare i concorsi di idee e progettazione "sotto soglia"¹⁸, banditi da

¹⁶ Con un cambiamento di rotta rispetto alla precedente giurisprudenza (sentt. 407 del 2002, 6 del 2004, 162 del 2004, 428 del 2004) dove il concetto era stato inteso nel suo "nucleo essenziale" e quindi riferito alla "prevenzione e repressione della criminalità". La sentenza si segnala all'attenzione sia per l'estensione del concetto di sicurezza (a ricomprendervi un concetto largo di pubblica incolumità che giustifica la censura di una legge regionale dell'attività di installazione di impianti negli edifici) che per il ragionamento "per esclusione" che conduce a giustificare la competenza statale in materia (come se la clausola di residualità fosse tuttora a favore dello Stato).

¹⁷ V. nuovamente F. MERLONI, *Il paradosso italiano* cit., *passim*.

¹⁸ Si tratta di concorsi di idee e progettazione per incarichi di importo stimato inferiore al limite fissato dal legislatore statale, nel Codice dei contratti pubblici, per l'affidamento fiduciario. Si noti che nell'ottica comunitaria, i contratti "sotto soglia" sono stati tradizionalmente non sottoposti a specifica regolazione per la loro idoneità a pregiudicare in modo significativo la libertà degli scambi tra gli Stati membri, ma che ormai da tempo la tendenza della giurisprudenza comunitaria è stata quella di prevedere, anche per i contratti al di sotto della soglia "minima", l'applicazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza (v. C. giust. CE, sentenza Teleaustria del 2000, in causa 324/98: orientamento poi recepito da dir. 2004/18, art. 2, e dir. 2004/17, art. 10): sul punto più ampiamente cfr. A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Corso di diritto amministrativo*,

amministrazioni pubbliche, estendendo peraltro anche ai privati alcune previsioni (in particolare: l'obbligo di accompagnare il progetto con una relazione di asseveramento e con un elaborato volto a documentare il principio dell'accessibilità quale criterio progettuale). L'obiettivo complessivo, come emerge già dal titolo della legge, era quello di favorire un miglioramento della qualità progettuale¹⁹, e si inseriva da un punto di vista "materiale" in primo luogo nell'ambito del governo del territorio: il fatto di intervenire in uno spazio non oggetto di significativa regolazione da parte dello Stato nel Codice dei contratti (i contratti sotto soglia, appunto), estendendo anche in questo ambito principi e regole valide per i contratti sopra-soglia²⁰, legittimavano, per la Regione, l'impianto della l.r. n. 14 del 2009. Di diverso avviso, come accennato, il governo, che nel sollevare questione di legittimità costituzionale in via principale eccipiva la violazione delle competenze esclusive statali in materia di tutela della concorrenza (per le regole poste per le amministrazioni pubbliche²¹ al di là di quanto previsto nel Codice dei contratti) e di ordinamento civile (per le disposizioni direttamente rivolte ai concorsi di progettazione banditi da privati²²), oltre a lamentare la previsione di un regolamento attuativo regionale in materie di competenza statale.²³

La Corte, seguendo un ragionamento lineare ed in gran parte coerente con l'evoluzione più recente della giurisprudenza in materia, si allinea in larga misura alle argomentazioni dell'Avvocatura di Stato, respingendo di converso quelle della Regione Puglia, e conclude quindi ravvisando l'illegittimità costituzionale di parti significative della legge regionale, salvo ammettere che la disciplina regionale (così come circoscritta e ridimensionata dall'intervento del giudice delle leggi) possa essere attuata ed integrata con fonti regolamentari dello stesso ente territoriale.

La vicenda, così (estremamente) sintetizzata, risulta di un certo

Milano 2009, spec. 359 ss.

¹⁹ Nello specifico, la legge mirava dichiaratamente a migliorare la qualità urbana, la bellezza degli insediamenti e la salvaguardia e valorizzazione dei paesaggi.

²⁰ La disciplina dei contratti di rilievo comunitario è disciplinata dagli artt. 99-109 del d.lgs. n. 163 del 2006, mentre i contratti sotto soglia risultano destinatari di scarse regole da parte della disciplina nazionale (art. 110 e, per rinvio, art. 57, co. 6, del Codice).

²¹ Artt. 5, co. 2, art. 6 e 7, l.r. n. 14 del 2009.

²² Art. 8, l.r. n. 14 del 2009.

²³ Art. 16, l.r. n. 14 del 2009.

interesse per più ragioni, tutte peraltro attinenti alla prima²⁴ delle tre questioni evidenziate: chiarisce ulteriormente l'assetto delle competenze, e quindi il ruolo preponderante se non davvero "esclusivo", dello Stato per quanto attiene alla disciplina dei "contratti pubblici"; consente di fare il punto sullo stato della giurisprudenza in materia di tutela della concorrenza ed in particolare sulla questione della ammissibilità di regole regionali "pro-concorrenziali"; permette di riflettere, in un'ottica più generale, su un rapporto, quello tra "federalismo" e "mercato", che appare particolarmente critico nell'ottica della Consulta, specie se poniamo attenzione al fatto che la sentenza in esame afferma espressamente il valore "in sé" dell'uniformità nella prospettiva economica.

3. Sul solco di una giurisprudenza che già aveva respinto l'idea di una scomposizione "soggettiva"²⁵ dei lavori pubblici (in sostanza l'idea che ogni livello territoriale potesse considerarsi competente a disciplinare i "propri" lavori pubblici), la Corte aveva già chiarito come la disciplina dei contratti pubblici regionali non potesse considerarsi di competenza delle regioni, ma andasse piuttosto ascritta alla competenza statale sancita dall'art. 117, co. 2, lett. e).²⁶ La tutela della concorrenza si è posta, nell'approccio del giudice delle leggi, quale principale, se non esclusiva, ragione di essere delle regole definite nel Codice dei contratti, e questa chiave interpretativa (coerente con la prospettiva comunitaria, per quanto distante dalle

²⁴ Quella relativa alla violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza.

²⁵ Il c.d. criterio soggettivo è considerato un retaggio del vecchio riparto operato dall'art. 117 Cost. (che conteneva la "materia" "lavori pubblici di interesse regionale") e si fondava quindi sulla distinzione tra appalti indetti da amministrazioni statali o regionali-locali o sulla base dell'interesse e quindi della soglia. In merito a questo criterio di riparto nel sistema precedente, v. P. STELLA RICHTER, *Sulla nozione di lavori pubblici di interesse regionale*, in *Diritto amministrativo*, 1997, 15 ss. Sulla evoluzione della normativa in materia verso un criterio "misto", non fondato esclusivamente su "committente" né sulla valutazione della "destinazione" (e per il quale, quindi, andavano intesi di interesse regionale i lavori da eseguire sul territorio di una regione, salvo quelli di competenza esclusiva statale), cfr. A. VENTURI, *La "tutela della concorrenza": da "valore-materia" a "materia-valore". La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal codice De Lise*, in *questa Rivista*, 2008, 407 ss.

²⁶ Una competenza "trasversale" suscettibile quindi di intervenire in campi materiali di competenza regionale, destinata a concorrere con (e a prevalere su) queste, sindacabile per la Corte in termini di ragionevolezza e proporzionalità: cfr. sent. n. 401 del 2007; sent. n. 411 del 2008.

più risalenti ragioni giustificatrici delle regole di scelta del contraente nelle disposizioni di contabilità pubblica) ha portato con sé l'abbandono di ogni logica "domestica" nella regolazione dell'evidenza pubblica.

Nondimeno, appare a nostro avviso tuttora preferibile (diversamente da come suggerisce la Corte) distinguere tra le ragioni della evidenza pubblica e quelle della tutela della concorrenza, posto che per quanto sempre più "schiacciata" su questa ultima esigenza, la regolazione delle procedure di scelta dei contraenti con amministrazioni pubbliche continua a combinare al suo interno tanto istanze di risparmio dell'erario e di imparzialità amministrativa che ragioni di garanzia della concorrenza per il mercato.²⁷

La Consulta, ad ogni modo, con una serie di interventi in linea con la sentenza qui in esame, ha dato piena copertura ad una scelta (la disciplina statale, di dettaglio, di tutta la materia dei contratti pubblici, relativi a lavori servizi e forniture) che ai primi commentatori, allo stesso legislatore (che è arrivato a questa scelta non senza incertezze) appariva tutt'altro che pacifica.²⁸

Da questo punto di vista, la sentenza n. 283 del 2009 conferma quanto già affermato dalla sent. n. 401 del 2007²⁹, ed evidenzia nuovamente l'esistenza di un'area di uniformità particolarmente "spessa"³⁰, che discende dalla combinazione di esigenze comunitarie, vincoli europei, competenze statali, e che nella materia qui in esame trova chiara espressione.

L'impianto del Codice dei contratti definisce quindi, per la giurisprudenza costituzionale conformemente alla impostazione datane dal Consiglio di Stato, un corretto equilibrio tra le esigenze unitarie e quelle territoriali³¹, nel quale la materia dei contratti

²⁷ La compresenza delle diverse esigenze nella disciplina dei contratti pubblici è ben evidenziata, in una prospettiva storica, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna 2007.

²⁸ Per una ricostruzione ampia di questo dibattito, della dottrina in materia, e dei recenti approdi della Corte costituzionale, si v. A. VENTURI, *La "tutela della concorrenza": da "valore materia" a "materia valore"*, cit., 407 ss.

²⁹ Sulla sentenza n. 401 del 2007, cfr. *ibidem*; R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *questa Rivista*, 2008, 398 ss.; G. CORSO, G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Il foro italiano*, 2008, 1799 ss., pt. 1.

³⁰ Per queste categorie, ci sia consentito rinviare ad E. CARLONI, *Lo Stato differenziato*, cit., spec. pp. 239-243.

³¹ Cfr. nuovamente A. VENTURI, *La "tutela della concorrenza": da "valore materia" a "materia valore"*, cit., *passim*.

pubblici, in quanto rivolta a regolare i profili della competizione per il mercato risulta sostanzialmente esaurita dall'esercizio statale della propria competenza in materia di tutela della concorrenza.³² Per profili comunque non esigui, non direttamente volti a disciplinare i fenomeni della concorrenza ma comunque rilevanti nella regolazione complessiva del *procurement* pubblico (direzione lavori, collaudi, procedimenti amministrativi connessi, e così via), la regolazione regionale mantiene, secondo questa costruzione, un suo spazio di manovra.³³

Per quanto sia marcata la tendenza ad assimilare tutela della concorrenza, evidenza pubblica e codice dei contratti, risulta necessario mantenere chiara una distinzione: l'evidenza pubblica non trova la sua giustificazione solo nelle esigenze di tutela della concorrenza, ed il codice dei contratti contiene al suo interno numerose disposizioni che è difficile ricondurre alla competenza statale sancita dalla lett. e) del secondo comma dell'art. 117.

La chiave di lettura di una uniformità nei diritti e di una differenziazione nei percorsi³⁴, per quanto spesso respinta dalla giurisprudenza costituzionale e così diversa dall'uniformità *d'antan*, resta a nostro avviso non solo percorribile, ma più coerente con il disegno costituzionale. E' un discorso, questo, che appare valido in una prospettiva generale, e che nello specifico potrebbe ben fungere da canone per leggere, e rileggere, le norme contenute nel Codice dei contratti pubblici.

4. La vicenda, come visto, viene risolta dalla Consulta essenzialmente sulla base di una interpretazione di due materie "trasversali", l'ordinamento civile e la tutela della concorrenza, il cui combinato disposto (una "tenaglia" che già era stata utilizzata sempre in materia di contratti pubblici, sia pure in modo parzialmente

³² Ad. Gen., 6 febbraio 2006, n. 355, spec. Par. 3. In termini non dissimili, v. C. cost., sent. n. 411 del 2008.

³³ L'equilibrio definito dal legislatore statale, e confermato già dalla sent. 401 del 2007, risulta quindi quello fissato, in particolare, dall'art. 4 del Codice "De Lise" (in ordine al quale v. L. VARRONE, *Riparto di competenze Stato-Regioni nel codice degli appalti*, in M. SANINO, *Commento al codice dei contratti*, Milano 2006, 47 ss.).

³⁴ Cfr. E. CARLONI, *Lo Stato differenziato*, cit., *passim*. E', questa, una costruzione che rimanda in particolare al "modello" dei livelli essenziali, su cui v. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, Bologna 2008.

diverso³⁵) finisce per ridurre, se non escludere, un intervento regionale che da un punto di vista prettamente “materiale” si collocava nell’ambito della competenza concorrente in materia di governo del territorio.

Sulla competenza statale di cui all’art. 117, co. 2, lett. e) (tutela della concorrenza), ed sull’uso fattone (qui, ed in generale) dalla Corte, sembra in particolare utile, e necessario, spendere qualche parola.

Si tratta di un titolo di legittimazione dell’intervento statale sul quale la dottrina aveva concentrato la sua attenzione già a ridosso della riforma del Titolo V, ravvisando in questa “materia-non materia”³⁶ una causa di giustificazione dell’intervento statale particolarmente ampia e flessibile, idonea a toccare fenomeni di rilievo economico indipendentemente dalla collocazione (statale, concorrente o regionale) del settore.

La Corte costituzionale, con una serie di sentenze di un certo interesse, aveva quindi prima definito con prima approssimazione, poi esteso in modo abbastanza significativo, il concetto di “tutela della concorrenza”, giungendo quindi a giustificare una significativa penetrazione statale in ambiti materiali di competenza (altrimenti) regionale.

Nel complesso, la Corte ha definito sia in positivo che in negativo il concetto (e la “materia”)³⁷, evidenziando tanto i fenomeni da considerare non suscettibili di disciplina statale ancorché riferiti a condizionamenti di attività economiche (per il ridotto impatto, per l’assenza di un interesse unitario ed infrazionabile³⁸) e quindi i limiti e le condizioni dell’intervento statale “trasversale” (non solo razionalità, ma proporzionalità e “giustificazione” della misura rispetto

³⁵ In particolare, secondo una scomposizione che vede la fase di scelta del contraente nel campo visuale della tutela della concorrenza, e la disciplina del rapporto contrattuale in quello dell’ordinamento civile.

³⁶ Cfr. A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quaderni cost.*, 2003, 15 ss.

³⁷ V. in questo senso M. D’ANGELOSANTE, *La tutela della concorrenza*, in A. PIOGGIA, L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 77 ss.

³⁸ La Corte ha precisato, a partire dalla sentenza n. 407 del 2002, che l’esercizio della potestà legislativa statale in una materia «finalistica» è subordinato all’esigenza di curare un interesse «unitario e infrazionabile». Un concetto, questo, però a sua volta suscettibile di un certo margine di apprezzamento (ed estensione) da parte della Corte: questo senso cfr. da ultimo, sent. n. 326 del 2008).

all'obiettivo³⁹), quanto il contenuto da riconoscere alla nozione in sé.

In quest'ultima prospettiva, si è posta come primo approdo significativo soprattutto la sentenza n. 14 del 2004⁴⁰: si tratta di una decisione che ha proposto, in particolare, una lettura "comunitariamente orientata" del concetto di concorrenza, finendo per far rientrare in questa nozione quella di regolazione macroeconomica su scala nazionale⁴¹ (ricomprendendovi, quindi, non solo la "regola" concorrenziale, ma anche l'eccezione data, in particolare, dalla disciplina degli aiuti di Stato⁴² e quindi del "sostegno all'innovazione per i settori produttivi" che le Regioni coinvolte volevano regionale *ratione materiae*). Un percorso che da Bruxelles portava direttamente a Roma, come segnalato da Pizzetti⁴³, al quale hanno fatto seguito numerosi interventi del giudice delle leggi che hanno integrato, nella prospettiva comunitaria, questa materia che ha finito per tendere "pericolosamente" verso un insieme più ampio, quello delle competenze delle istituzioni dell'Unione Europea.

L'intreccio tra l'idea di tutela della concorrenza che emerge dalla lettura in negativo combinata con quella in positivo non è sempre risultato coerente, ed in particolare la nozione "positiva" ha finito spesso per prevalere, cosicché le materie di competenza regionale sono state oggetto di compressione in modo talora esorbitante

³⁹ Si v., in questo senso, le sentenze n. 14 e 272 del 2004, n. 175 del 2005, n. 214 del 2006.

⁴⁰, oggetto di numerosi ed attenti commenti

⁴¹ Si noti che il rilievo macroeconomico non dipende, per la Corte, unicamente dall'entità finanziaria dell'intervento (sentt. 151 del 2005, 175 del 2005) e che il criterio della "dimensione dell'interesse" finisce per giustificare l'intervento statale a fronte di interventi che non siano strettamente "sintonizzati sulla realtà produttiva regionale" (così sempre la sent. n. 14 del 2004).

⁴² Nel sistema comunitario "le regole della concorrenza non sono quindi limitate all'attività sanzionatoria della trasgressione della normativa *antitrust*, ma comprendono anche il regime di aiuti", e la tutela della concorrenza giustifica quindi misure "volte a ridurre gli squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali". Il contemperamento a questa impostazione che rischierebbe di tradursi in una formidabile capacità di intervento statale in tutti gli ambiti di rilievo economico, è data per la Corte dal fatto che le misure siano idonee "ad incidere sull'equilibrio economico generale", mentre le regioni sono legittimate ad interventi "sintonizzati sulla realtà produttiva regionale": così la sentenza n. 14 del 2004 (sul punto, cfr. C. BARBATI, *Territori ed attività economiche*, in C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Bologna 2005, spec. 41-42).

⁴³ F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in *questa Rivista*, 2004, 1014 ss. (nota a sent. n. 14 del 2004).

rispetto all'effettivo livello degli interessi in gioco ed alla complessiva valenza dei fenomeni oggetto di disciplina regionale.

In presenza di regole comunitarie concorrenziali o pro-concorrenziali, nel mercato o per il mercato, ma anche di fronte a fenomeni economici oggetto di intervento e regolazione a livello europeo (misure di sostegno alle imprese, ecc.) il limite della "dimensione dell'interesse", della "valenza ridotta dell'intervento" è, in sostanza, spesso risultato recessivo, o cedevole: non diversamente nella vicenda qui in esame, dove il ridotto rilievo delle attività sottoposte a regolazione su base territoriale (contratti "sotto soglia", come detto) e la stretta integrazione con competenze regionali non sono state considerate rilevanti nella prospettiva assunta dalla Corte, che ha risolto la questione "in positivo", definendo il concetto di concorrenza come "escludente" rispetto all'intervento regionale a prescindere dal rilievo economico delle questioni in gioco.⁴⁴

Si definisce, di fronte a regole poste a tutela della concorrenza un modello di "prevalenza" diverso da quello teorizzato inizialmente dalla Corte, allorché i problemi (e le regole poste per disciplinarli) si collocano nella zona di intersezione tra una pluralità di materie, statali e regionali: se in un primo momento la prevalenza delle regole statali era ammessa, ma limitata ad un "nucleo essenziale", e soggetta a vincoli procedurali di leale collaborazione (sia pure non sempre ben specificati), la tutela della concorrenza "in positivo" regge un modello di regolazione unitario ed uniforme che non conosce questi contemperamenti.

5. La tutela della concorrenza è, evidentemente, una delle materie che in modo più forte evidenziano le esigenze di uniformità, di modo che nelle decisioni della Corte non mancano incisi volti ad evidenziare, sia pure spesso come *obiter dictum*, il fatto che le regole di concorrenza "esprimono un carattere unitario" e che le posizioni dei competitori economici "postulano eguali *chances* di accesso al mercato".⁴⁵

In altre sentenze, però, un ruolo regionale nella definizione di un sistema coerente con le esigenze del mercato era stato riconosciuto: le Regioni vengono, in questo senso, ammesse a dare un proprio

⁴⁴ In senso analogo, v. C. Cost., sent. n. 160 del 2009, che ha escluso il carattere dirimente della distinzione sotto-soglia e sopra-soglia al fine di giustificare (o meno) l'intervento statale unitario in materia di contratti pubblici.

⁴⁵ Così già la sentenza n. 14 del 2004.

contribuito alla promozione del modello concorrenziale con la sentenza n. 29 del 2006.⁴⁶ Ad esiti parzialmente diversi conduce la sentenza n. 80 del 2006, ma con una chiave di lettura coerente: l'ammettere o meno spazi di intervento regionale nella materia dei servizi pubblici locali discende dalla valutazione della loro coerenza rispetto al valore prevalente della "concorrenza". Laddove le regole autonome siano rivolte ad innalzare il livello di concorrenzialità nei settori materiali di competenza regionale, queste sono ammesse; laddove, invece, l'ammissione di spazi di regolazione territoriale possano pregiudicare l'apertura al mercato, questi vengono negati sulla semplice base della competenza statale a tutelare la concorrenza.

Si noti, per inciso, come in questa prospettiva il *valore* appaia chiaramente essere la concorrenza, mentre l'uniformità della disciplina si pone in posizione meramente strumentale.

Per quanto la sentenza dichiari l'ammissibilità di spazi di regolazione pro-concorrenziale regionali, confermando quindi l'idea che le regioni possano legittimamente adottare norme in grado di incidere positivamente sull'apertura del mercato, questa possibilità resta sottoposta a condizioni molto rigide. La Corte evidenzia la necessaria (e contestuale) presenza di due situazioni: un autonomo titolo di legittimazione⁴⁷ (come è nel caso in esame, dal momento che come accennato la controversia verte teoricamente in materia di governo del territorio) ed il fatto che gli effetti pro-concorrenziali siano "indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza".⁴⁸ Quello che qui manca, di questi elementi, non appare essere tanto il contrasto con le norme statali (trattandosi di contratti sotto soglia le regole di dettaglio statali sono esigue, se non assenti), quanto precisamente il carattere volutamente pro-concorrenziale delle regole previste dal legislatore pugliese.

Nel porre regole rivolte a regolare il fenomeno dell'evidenza pubblica (in modo diretto, quindi, e non meramente accidentale), si realizza quindi un'invasione della sfera di competenza statale in materia di contratti e procedure scelta del contraente: un'invasione

⁴⁶ Con nota di C. BUZZACCHI, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*.

⁴⁷ Così confermando la precedente sentenza n. 160 del 2009.

⁴⁸ Sentenza n. 471 del 2007, richiamata nella sentenza in commento.

che la Corte non accetta, chiarendo quindi in modo perentorio (e quindi anche al di là delle precedenti decisioni che avevano ammesso spazi sia pure esigui per discipline differenziate) che alle Regioni “non è consentito adottare una disciplina relativa alle procedure di evidenza pubblica, nemmeno quando essa miri a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale”.

Una conclusione, questa, che è interessante, in primo luogo perché sviluppa ulteriormente le posizioni della giurisprudenza della Consulta, chiarendo la riserva (a prescindere dalla presenza di un “concorso” tra una pluralità di materie e dal “valore” del fenomeno in sé) ed il carattere prevalente ed escludente della tutela della concorrenza allorché si tratti di definire regole in materia di procedure di selezione pubblica. Per quanto “smaterializzata” e “trasversale”, la tutela della concorrenza acquista insomma un suo oggetto, dato in primo luogo dall’intera disciplina dell’evidenza pubblica.

6. Questa conclusione è, però, significativa soprattutto perché di fatto modifica il punto di vista della Corte: se in precedenti sentenze l’ammissibilità o meno delle regole regionali era stata vagliata alla luce del ruolo da queste giocate nella prospettiva della concorrenza (ammettendo quindi regole idonee ad innalzare il tasso di concorrenzialità, respingendo nettamente altresì ogni disciplina differenziata capace di ostacolare la competizione nel mercato e per il mercato), ora il discorso pare significativamente diverso.

La scelta di affidare allo Stato in via esclusiva il compito di tutelare la concorrenza sottende, per la Consulta, una chiara opzione costituzionale in favore dell’uniformità della disciplina “su tutto il territorio nazionale”: la tutela della concorrenza, insomma, o è statale, o non è, dal momento che questa “non può essere fatta per zone”: riprendendo quanto affermato già con la sentenza 443 del 2007, si sancisce quindi il rifiuto regole (direttamente) concorrenziali o pro-concorrenziali differenziate, dal momento che la loro efficacia territorialmente localizzata finirebbe “per limitare, o addirittura per neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia”.

L’uniformità, in sintesi, “rappresenta un valore in sé”, dal momento che norme differenziate su base regionale “sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali”.

E’, questa, un’affermazione che rischia di dire troppo, e va quindi collocata nel suo specifico contesto, inquadrata alla luce delle

complessive (ancorché sintetiche) argomentazioni della Corte, ed inserita nel quadro di precedenti giurisprudenziali che non vengono messi in discussione.

Per la Corte, in sostanza, c'è un nucleo essenziale di disciplina che definisce in positivo la tutela della concorrenza⁴⁹, nel quale rientra a pieno titolo il Codice dei contratti pubblici, nel quale la presenza di margini di differenziazione regionale è chiaramente esclusa (od ammessa nella misura in cui risulti prefissata dallo stesso legislatore statale).

Al di fuori di quest'area, però, resta ferma la possibilità di uno spazio regionale nella predisposizione di regole ad effetto pro-concorrenziale, così come resta fermo lo scrutinio della giustificazione e proporzionalità nell'intervento "trasversale" dello Stato: in quell'ambito nel quale la tutela della concorrenza si definisce "in negativo" come limite per l'intervento territoriale, la relazione tra "mercato" e "federalismo" si sviluppa secondo parametri diversi e non richiede di essere risolta necessariamente con una scelta in favore dell'uniformità.

Il governo comunitario delle equivalenze⁵⁰, con un uso parsimonioso di rigorose armonizzazioni, ci mostra come possa realizzarsi un mercato anche in presenza di sistemi di regole differenziate. Lo scenario comparato dimostra come la differenziazione, in determinate condizioni, possa favorire e non ostacolare la concorrenza⁵¹, per quanto possano prodursi in un simile

⁴⁹ Questo, come è stato ben segnalato, è vero, specie se abbiamo a riferimento quei segmenti della disciplina di impresa che vivono in primo luogo nell'ordinamento civile, così come per quell'insieme di regole di "protezione" della concorrenza che attengono al regime antitrust (cfr. G. NAPOLITANO, *Federalismo e regime amministrativo delle imprese*, in L. TORCHIA, F. BASSANINI, *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Firenze 2005, 334 ss.). Se spostiamo l'attenzione sul "regime amministrativo" delle imprese e sulle questioni della "concorrenza per il mercato", il discorso diviene invece più complesso ed il favor per l'uniformità meno automatico.

⁵⁰ Il riferimento è in particolare allo studio di L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, Bologna 2006.

⁵¹ Per una prospettiva generale, v. C. BARBATI, *Territori ed attività economiche*, cit., 30-32. Come evidenza M. CAMELLI, *Prefazione*, in C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva* cit., spec. 9: "in Italia, ma altrettanto avviene negli altri paesi, la competizione tra territori, nell'ambito degli istituti e dei principi della concorrenza, è una componente in qualche modo necessaria e comunque inevitabile, e questo costituisce anzi una delle ragioni che porta ad allocare in modo decentrato una parte dei poteri in materia".

contesto anche delle esternalità negative (quali, ad esempio, spinte al *dumping* sociale) o processi solo in parte governabili (per tutte, le dinamiche di scelta del diritto).⁵²

La qualificazione in termini di “valore in sé” dell’uniformità, contenuta nella sentenza in commento, deve quindi essere ridimensionata (o meglio, “dimensionata” alla luce della sentenza nel suo complesso), anche perché altrimenti finisce per portare con sé una semplificazione, ed un rischio.

La semplificazione è quella di ricondurre la concorrenza all’uniformità, e quindi a sovrapporre il valore-concorrenza con quello del suo strumento (l’uniformità, appunto) che diviene allora portatore di un autonomo rilievo valoriale: è evidente che la concorrenza si sviluppa in un contesto di regole chiare e stabili, può trarre giovamento dalla presenza di un regime normativo comune, ma non per questo esige necessariamente una rigida uniformità.

Il rischio è quello di una sottovalutazione eccessiva delle ragioni regionali, in favore di un modello di uniformità che sin qui ha mostrato le sue virtù, ma non meno i suoi limiti in quasi centocinquanta anni di storia unitaria.

⁵² Cfr. G. NAPOLITANO, *Federalismo e regime amministrativo delle imprese*, 334 ss.; M. ABRESCIA, *Governare la differenziazione. L’analisi economica del diritto pubblico e il nuovo titolo V della Costituzione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 9 ss.