

Diritti regionali
Rivista di diritto delle autonomie territoriali
ISSN: 2465-2709 - Anno 2018 - Fascicolo I

(Estratto)

**La recente giurisprudenza costituzionale in materia di liberalizzazioni
tra conferme giurisprudenziali e tiepide aperture alla competenza regionale***

di Melissa Ridolfi

(Dottoranda di ricerca in Scienze Politiche, Università degli Studi Roma Tre)

(data di pubblicazione: 15 gennaio 2018)

* Testo rielaborato di un intervento al II Convegno di studio di *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, dedicato ad *Autonomie territoriali e Unione europea. Fonti, istituzioni, diritti*, Roma, 20-21 settembre 2017.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La direttiva servizi e il rapporto Stato-Regioni nell’attuazione delle politiche liberalizzatrici. – 3. Quale margine di intervento per le Regioni nella più recente giurisprudenza costituzionale. – 4. Eccezione o cambio di rotta giurisprudenziale?

1. Premessa

L’autonomia regionale sta vivendo oggi una condizione di forte debolezza. Il riaffermarsi della posizione di supremazia dello Stato ha consentito al legislatore nazionale di potersi muovere liberamente nella cura degli interessi di cui è rappresentante. Non c’è quindi da stupirsi se, nell’ultimo quindicennio, la tensione tra l’istanza di uniformità e quella di differenziazione normativa all’interno del rapporto Stato-Regioni ha ampiamente animato la giurisprudenza costituzionale, con esiti in larga parte favorevoli al legislatore statale.

Anche la tutela della concorrenza ha giocato un ampio ruolo nelle pronunce della Corte, con particolare riferimento all’ambito di derivazione europea della liberalizzazione dei servizi¹. Proprio dal recepimento di questa disciplina, risulta evidente come il giudice delle leggi, nel misurare l’ampiezza della competenza statale nelle politiche di apertura del mercato, abbia di fatto elevato lo Stato ad unico regolatore, negando alle Regioni qualsiasi possibilità di attuazione del principio di liberalizzazione, pur prevista dalla direttiva europea.

Le cause che hanno determinato un tale esito sono da ravvisarsi principalmente nel fatto che, nell’ordinamento italiano, è solo a partire dalla riforma del Titolo V che la tutela della concorrenza viene espressamente enunciata nella Carta, come materia affidata in via esclusiva alla competenza statale (art. 117, co.2, lett. e, Cost.). Tale presupposto ha comportato un coinvolgimento sempre più frequente della Corte costituzionale nel giudicare normative di liberalizzazione interferenti con il riparto di competenze, attraverso ricorsi in via principale sollevati quasi sempre dallo Stato².

Il risultato si è tradotto in sentenze che hanno puntualmente censurato gli interventi regionali, avallando una nozione di liberalizzazione in sintonia con i principi europei del mercato integrato e

¹ V. Direttiva 2006/123/UE del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. direttiva servizi).

² Così A. ARGENTATI, *Autorità Antitrust e Corte costituzionale: il dialogo ai tempi della crisi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2015, 43.

dell'uniforme applicazione delle regole *antitrust* e intesa quindi a superare le singolarità territoriali, poco importa se contraria all'impronta più regionalista che aveva animato la revisione del 2001³.

Ciò che emerge infatti dalla giurisprudenza costituzionale è un'interpretazione della concorrenza ampia e generica⁴, in grado di eliminare tutte quelle barriere suscettibili di precludere l'apertura del mercato ma, al contempo, incapace di valutare se l'intervento normativo sia, di per sé, restrittivo della concorrenza stessa. In tal senso infatti, il giudice delle leggi ha dichiarato illegittime sia normative regionali di liberalizzazione, sia relative deroghe all'apertura del mercato, limitandosi al solo criterio della competenza ed escludendo qualsiasi valutazione sulle finalità territoriali eventualmente perseguite.

Eppure, dopo più di quindici anni di giurisprudenza consolidata, la Corte costituzionale si è recentemente pronunciata in senso contrario a tale orientamento, quasi a volerne prendere le distanze, con una decisione che è oggetto di questo commento⁵.

Il lavoro viene suddiviso in due parti. Nella prima si darà conto della questione della liberalizzazione dei servizi in termini generali, sia a livello europeo che interno, sul presupposto che solo con la revisione del 2001 la cultura giuridica del mercato acquista spazio nelle decisioni costituzionali. Questo significa che, quando il Giudice si imbatte per la prima volta nella concorrenza⁶, non può che conoscerla come norma di ripartizione delle competenze, senza ricavare una nozione della stessa come bene giuridicamente oggetto di tutela. In questo modo, si limita ad accettarne l'interpretazione sovranazionale, in linea con le pronunce della Corte di Giustizia, e coincidente con il massimo grado di uniformità normativa⁷.

L'intento è proprio quello di ricostruire l'atteggiamento assunto dal giudice costituzionale di fronte ai ricorsi che sono divampati a seguito dei decreti di attuazione della direttiva servizi⁸ (dal 2011 fino al 2015). La giurisprudenza di questo periodo è infatti molto ricca e testimonia un orientamento dalla Corte di tipo filo-centristico. La scelta di ricondurre le politiche liberalizzatrici

³ V. B. CARAVITA, *Tutela della concorrenza e ragioni del nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *20 anni di antitrust*, a cura di P. Barucci, C. Rabitti Bedogni, Torino 2010; R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *le Regioni*, 4/2004.

⁴ Definita anche "imprecisa e sfocata": cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2014, 505.

⁵ V. Corte cost., sent. n. 105/2016.

⁶ V. Corte cost., sent. n. 14/2004.

⁷ Così G. AMATO, in occasione di un Seminario all'Università Cattolica su *Corte costituzionale e concorrenza*, Milano, 4 maggio 2017.

⁸ D. lgs. 26 marzo 2010, n.59 (*Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*).

all'art. 117, co. 2, lett. e) Cost., pur armonizzandosi con l'esigenza europea di uniformità, finisce inevitabilmente con l'urtare quell'istanza di differenziazione che aveva ispirato il nuovo Titolo V. Questa tensione fa esplodere il contenzioso: nel solo triennio che va dal 2011 al 2014, la Corte costituzionale si pronuncia in ben 78 controversie in materia, quasi tutte relative a ricorsi sollevati in via principale dallo Stato, aventi ad oggetto leggi regionali impugnate per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e) Cost.⁹. Le sentenze prese in esame dimostrano una consolidata tendenza alla marginalizzazione regionale, sottolineando, di nuovo, che la Corte si limita a valutare la norma oggetto del sindacato solo sotto il profilo della competenza, senza considerarne i reali effetti o anche i possibili impatti sulla concorrenza. L'esigenza di una disciplina omogenea la induce ad avallare in modo indiscriminato le misure statali, soffocando l'impronta regionalista del Titolo V.

Solo in tempi più recenti, superata la stagione delle liberalizzazioni, il giudice costituzionale ha invece fatto (inaspettatamente) salva più d'una legge regionale introduttiva di deroghe alle liberalizzazioni statali: ecco perché la scelta di separare i due periodi. In questa seconda parte, che comprende la giurisprudenza del biennio 2016- 2017, si cercherà di verificare in che modo la Corte si sia allontanata da una visione della concorrenza il cui rischio era proprio quello di escludere *a priori* che a livello regionale si potesse legittimamente "toccare" la disciplina.

È ovvio, lo si anticipa fin d'ora, che i tempi non sono ancora maturi per poter parlare di un cambio di rotta giurisprudenziale, ma è certo che la Corte ha mostrato una maggior sensibilità verso le autonomie locali, coinvolgendo nel suo giudizio anche la valutazione degli effetti della norma impugnata, piuttosto che concentrarsi sul solo criterio delle competenze. Il sindacato costituzionale viene così proiettato verso l'efficienza che la norma è in grado di produrre nel mercato e non si riduce ad una mera ricognizione dei confini della materia.

Anche se, almeno per il momento, possiamo parlare solo di una tiepida apertura verso le autonomie territoriali, infatti la posizione del giudice delle leggi è ancora altalenante in materia, questa sembra sufficiente per iniziare a chiederci se sia ancora opportuno considerare *a priori* la concorrenza come una materia incompatibile con le singolarità regionali che, un po' come per tutte le materie di importazione europea, si sono ritrovate schiacciate dal peso del legislatore nazionale, relegate ad un ruolo "gestorio" e destinate a subire tutte le decisioni prese "dall'alto".

⁹ I dati sono riportati da A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino 2016, 95.

2. La direttiva servizi ed il rapporto Stato-Regioni nell'attuazione delle politiche liberalizzatrici

L'impatto che la stagione delle liberalizzazioni ha avuto sull'esercizio delle competenze statali e regionali è stato oggetto di numerose sentenze costituzionali, dovute sia ad un'attuazione orizzontale della stessa, inadatta per una disciplina così ampia¹⁰, sia al fatto che il giudice delle leggi fosse ancora impegnato a trovare un giusto equilibrio tra le nuove funzioni legislative e la vocazione federalista consacrate dalla riforma del Titolo V.

In Italia infatti, s'è detto, solo con la revisione del 2001 la "tutela della concorrenza" fa il suo esordio in Costituzione. L'art. 117 Cost., nel regolare i rapporti tra fonti statali e regionali, individua la concorrenza tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, pur demandando importanti settori economici alla legislazione concorrente o residuale delle Regioni. La scelta trova spiegazione nell'esigenza, tutta di matrice europea, di garantire uniformità alle varie e frammentate discipline regolatorie presenti negli Stati interni, in modo da permettere la costruzione di un unico mercato integrato a livello sovranazionale¹¹. È evidente quindi perché, per il legislatore nazionale, il valore della differenziazione territoriale, che pur aveva animato la revisione, non può che considerarsi ostativo al corretto funzionamento di un mercato di quel tipo e destinato quindi a cedere di fronte a una tale esigenza di unitarietà.

D'altra parte anche il giudice delle leggi, che avrebbe potuto fissare gli argini della materia o definire cosa possa ritenersi concretamente restrittivo della concorrenza¹², si limita ad accoglierne una nozione indiretta, figlia di quella avallata dal legislatore statale e coincidente con il massimo grado di uniformità normativa¹³. Quando la Corte costituzionale "incontra" per la prima volta la concorrenza, non ne ricava infatti una definizione della stessa come bene giuridicamente tutelato, ma tende a lasciare ad altri la questione, nella convinzione che l'integrazione esistente tra l'ordinamento

¹⁰ Motivo per cui è stato impossibile completare il recepimento della direttiva entro il termine previsto dal legislatore europeo (dicembre 2009).

¹¹ V. l'Editoriale di G. AMATO, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2015, 3.

¹² Così G. AMATO, al Seminario all'Università Cattolica su *Corte costituzionale e concorrenza*, cit.

¹³ V. sul tema E. CARLONI, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *le Regioni*, 3/2010; E. LANZA, *Trasversalità e uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto tra Stato e Regioni*, disponibile su www.issirfa.cnr.it/elisabetta-lanza-trasversalita-ed-uniformita-della-tutela-della-concorrenza-nel-rapporto-tra-stato-e-regioni-giugno-2011.

nazionale e quello europeo basti a risolvere i problemi interpretativi¹⁴. Non a caso rinvia molto di frequente sia alla nozione di concorrenza di matrice europea, sia ai principi sovranazionali di libertà di circolazione, stabilimento e prestazione dei servizi, osservando che «*la nozione di concorrenza non può che riflettere quella operante a livello comunitario, che comprende gli interventi regolativi, la disciplina dell'antitrust e le misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza*¹⁵». In questo modo, il giudice delle leggi riesce a ricomprendere nella stessa materia sia il profilo statico della preservazione del mercato concorrenziale che quello dinamico, volto a favorire assetti competitivi, tra cui rientrano ad esempio «*gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi*¹⁶». L'intera dimensione della concorrenza, sia la sua tutela che il suo promovimento, diventano compiti dei poteri statali (per via dall'art. 117, comma 2, lett. e), purché si ritengano di rilevanza macroeconomica e siano raggiunti nei limiti dei principi dell'adeguatezza e della proporzionalità¹⁷. Questo comporta che solo l'interpretazione della "trasversalità" della materia, da parte della Corte costituzionale, farà da ago della bilancia tra l'esclusiva competenza statale e la possibilità di intervento, seppur minimo, delle Regioni.

È questa la cornice in cui irrompono nel giudizio costituzionale i decreti di liberalizzazione¹⁸, il cui merito principale è quello di aver imposto, nella costruzione di un mercato unico dei servizi, una revisione capillare delle discipline nazionali di settore. Ma procediamo per gradi.

Nel 2002, a solo un anno dalla riforma del Titolo V, la Commissione europea pubblica un rapporto per denunciare l'esistenza di innumerevoli barriere alla costruzione di un mercato interno dei servizi. Al fine di superare tali ostacoli, il Parlamento europeo approva la c.d. direttiva servizi¹⁹, proprio con l'obiettivo di assicurare che i prestatori e i destinatari degli stessi, all'interno dell'Unione,

¹⁴ V. Corte cost., sent. nn. 104 e 272 del 2004.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 14 del 2004, *cons. in dir.*, n. 4. In generale, viene spesso ribadito dalla Corte costituzionale che la nozione di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi «di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali. V. *ex multis*, sent. nn. 272 del 2004 e 29 del 2006.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 401 del 2007, *cons. in dir.*, n. 6.7.

¹⁷ Per una ricostruzione della nozione di concorrenza in una prospettiva tutta rivolta alla risoluzione delle controversie tra Stato-Regioni v. F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschafverfassung e il posto dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in *Ianus*, n. 5/2011, 47- 63; L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 2 marzo 2004.

¹⁸ Così G. AMATO, al Seminario all'Università Cattolica su *Corte costituzionale e concorrenza*, cit.

¹⁹ Direttiva 123/2006/CE, del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi del mercato interno.

possano beneficiare più facilmente delle libertà fondamentali²⁰, garantendo «un elevato livello di qualità dei servizi stessi» (art.1).

Il legislatore europeo si limita a codificare i principi già elaborati *case by case* dalla Corte di Giustizia, così da poterli estendere a tutte le attività economiche, indipendentemente dal loro settore specifico²¹. La stessa nozione di “servizio” è frutto della giurisprudenza europea ed include qualsiasi attività fornita da un prestatore, al di fuori di un rapporto di lavoro subordinato²², retribuita dall’utente o da un terzo²³, esercitata temporaneamente²⁴ e riferita ad una determinata prestazione. A tal proposito bisogna specificare che la direttiva non obbliga gli Stati membri a liberalizzare i servizi di interesse economico generale, né a privatizzare gli enti o i monopoli pubblici che forniscano servizi e, d’altra parte, non si applica a quei servizi che siano già regolati da altre norme europee.

Da un punto di vista contenutistico, per quanto concerne la libertà di stabilimento, viene imposta l’eliminazione dei regimi di autorizzazione non necessari, e cioè non giustificati da un motivo imperativo di interesse generale, entro la fine del 2009 (art. 4). Sono poi previsti obblighi per le procedure e per le condizioni di rilascio di quelle autorizzazioni sopravvissute alla verifica, volutamente più trasparenti ed imparziali, per ragioni di scarsità delle risorse o di capacità utilizzabili (art. 12). Infine, si introduce una durata illimitata del regime autorizzatorio così da permettere al prestatore di sviluppare una strategia a lungo termine. Per ciò che riguarda il principio della libera prestazione, in termini generali chiunque intenda fornire servizi transfrontalieri non è più sottoposto alla legislazione del Paese ospitante, se non per motivi imperativi di interesse generale, in modo necessario, proporzionale e non discriminatorio²⁵ (art. 16, co.1). Nello specifico, la direttiva elenca una serie di deroghe per alcuni servizi di interesse economico generale (art. 17) o per quei settori in

²⁰ Ci si riferisce in questo senso alle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi transfrontalieri (artt. 49 e 56 del TFUE). Come osservato dalla Corte di Giustizia la distinzione tra stabilimento e prestazione deve effettuarsi caso per caso tenendo conto della durata, frequenza e periodicità o continuità della prestazione (sent. CGCE del 25 luglio 1991, *Factorame*, causa C-221/89).

²¹ Restano tuttavia esclusi dall’ambito applicativo della direttiva alcuni settori: servizi non economici di interesse generale; servizi finanziari; settore fiscale; alcuni servizi sociali; attività connesse con l’esercizio dei pubblici poteri; servizi delle agenzie di lavoro interinale; servizi e rete di telecomunicazione elettronica e servizi audiovisivi; servizi di trasporto; servizi privati di sicurezza; servizi forniti da notai; servizi sanitari; attività di azzardo.

²² V. *B.N.O. Walrave, L.J.N. c. Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federacion Espanola Ciclismo* (causa 36/74), 12 dicembre 1974.

²³ V. *Stato Belga c. Rene Humbel e il coniuge Marie-Therese Edel* (causa 263/86), 27 settembre 1988.

²⁴ Fermo restando che il carattere temporaneo deve valutarsi in rapporto alla durata della prestazione ed anche tenendo conto della sua frequenza, periodicità e continuità. V. *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* (causa C-55/94), § 25, 26.

²⁵ Deve rilevarsi che, a differenza di quanto previsto per la libertà di stabilimento, il legislatore europeo in questo caso ha ridotto la possibilità di invocare ragioni di interesse pubblico ai soli casi di: ordine pubblico, sicurezza pubblica, sanità pubblica o tutela dell’ambiente.

cui è prevista una legislazione diversa da quella dello Stato di stabilimento²⁶. È consentito, invece, che ogni Stato possa conservare la facoltà di applicare le proprie norme in materia di condizioni lavorative, per evitare fenomeni di *dumping* sociale (art. 16, c.3).

In sintesi, la direttiva servizi si fonda su una duplice previsione: da un lato, prescrizioni vietate *tout court* e, dall'altro, obblighi soggetti a valutazione da farsi singolarmente per ogni Stato membro, in modo da consentire lo svecchiamento delle discipline amministrative domestiche. La scelta di una direttiva trasversale, infatti, ha permesso di regolare distintamente i servizi disciplinati ed agevolare il processo di armonizzazione degli ordinamenti nazionali. L'analisi delle decisioni prese in sede di recepimento interno appare, di conseguenza, la via maestra per valutare il grado di adesione del legislatore nazionale ai principi europei²⁷.

In Italia il legislatore nazionale apre la fase di attuazione alla direttiva con il d.lgs. n. 59 del 2010, seppur disattendendo i risultati sperati²⁸. Coerentemente con il dettato europeo, il decreto si applica all'intera materia dei servizi, ovvero «*a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale*» (art. 1), ed anche le esclusioni previste riproducono orizzontalmente quelle enunciate nella direttiva. L'elemento di rottura si rinviene nell'esclusione dei «*servizi di interesse economico generale assicurati alla collettività in esclusiva da soggetti pubblici o privati*» (art. 2), sia se titolari di una concessione, sia se operanti in un settore regolamentato (*in luogo o sotto il controllo di un soggetto pubblico*). Anche se l'eccezione può considerarsi coerente con il fatto che la direttiva si applica ai servizi aperti alla libera iniziativa privata (servizi privati), la scelta di escluderli *tout court* dall'applicazione del decreto contrasta con l'obiettivo comunitario di agevolazione delle prestazioni transfrontaliere, perché ne amplia indebitamente le deroghe. La linea di recepimento si caratterizza, in questo senso, per un approccio minimale in cui non si riscontrano né la soppressione integrale dei regimi autorizzatori (prescrizioni vietate), né le valutazioni a cui avrebbero dovuto sottoporsi gli effetti eventualmente restrittivi (prescrizioni da valutare), in nessun caso ritenuti ingiustificati o non necessari. L'attuazione viene

²⁶ Ad esempio le attività di recupero giudiziario dei crediti o quelle menzionate dalla direttiva 77/249/CEE per la libera prestazione di servizi da parte degli avvocati.

²⁷ Sui meriti e sui limiti della direttiva Servizi v., da ultimo, F. TIRIO, *La regolamentazione dopo la direttiva servizi*, Torino 2016.

²⁸ Dal punto di vista strutturale, il decreto si divide in tre parti: la prima recepisce le previsioni di carattere generale, la seconda modifica integralmente le discipline settoriali di numerose attività di servizio di rango nazionale, la terza affronta il tema del rapporto delle modifiche settoriali con le discipline regionali (anche le Regioni sono tenute ad adeguare le rispettive discipline alle previsioni comunitarie).

poi indebolita dalla tecnica legislativa di recepimento, attraverso cui le disposizioni europee vengono “copiate” in altrettante norme di carattere generale, senza prevedere una debita ricognizione dei regimi amministrativi esistenti²⁹.

In merito al rapporto Stato-Regioni, l’attuazione del decreto fa emergere inevitabilmente la tensione esistente tra l’istanza di uniformità e quella di differenziazione.

Per quanto riguarda la prima, il legislatore statale stabilisce che l’insieme delle disposizioni generali, pur se incidenti su materie di potestà legislativa regionale, valgono per tutti i livelli istituzionali e non possono quindi essere derogate a livello locale. La scelta di ricondurre le nuove norme all’art. 117, co. 2, lett. e), Cost., si armonizza con l’orientamento del giudice delle leggi, secondo il quale la tutela della concorrenza richiede un certo grado di uniformità normativa sul territorio nazionale, anche se a costo di eventuali compressioni delle potestà legislative regionali³⁰. L’istanza di differenziazione anima, invece, le modifiche settoriali introdotte dalla normativa, supportate dall’esistenza di una clausola di cedevolezza secondo cui le norme che *«incidono su materie di competenza regionale e su materie di competenza concorrente, si applicano fino alla data di entrata in vigore della normativa di attuazione della direttiva (...) adottata da ciascuna»* (art. 84). Proprio tale previsione ha comportato, oltre a casi di mancata attuazione, modalità di recepimento territoriali diversificate³¹.

L’anno seguente, attraverso la c.d. “manovra d’estate³²”, il processo di liberalizzazione dei servizi riceve nuova linfa. L’approccio regolatorio e la tecnica legislativa utilizzati rimangono tuttavia gli stessi e, al pari del precedente intervento, anche questa volta vengono previsti diversi rinvii e possibilità di deroghe, in assenza di una valutazione caso per caso delle prescrizioni esistenti, seppur richiesta dalla direttiva.

La promozione della concorrenza arriva ad essere considerata un obiettivo di rilevanza sia costituzionale che strategica³³ ed il processo europeo di liberalizzazione viene interpretato come un impegno alla razionalizzazione della regolazione. Lo stesso giudice delle leggi riferendosi all’art. 3

²⁹ La dottrina parla infatti di una «insostenibile leggerezza delle novità introdotte» con il decreto: così A. ARGENTATI, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2012, 349-350.

³⁰ V. Corte cost., sentt. n. 8 del 2013, n. 62 e n. 32 del 2012; n. 339, n. 320, n. 187 e n. 128 del 2011.

³¹ In Piemonte, ad esempio, con legge regionale 31 si è data attuazione alla direttiva entro il termine previsto; in Campania con decreto del Presidente della Giunta regionale 31, adottato tra l’altro oltre i termini indicati, si è attribuito all’organo esecutivo il compito di individuare le discipline incompatibili e predisporre una modulistica unificata per tutti i procedimenti ricadenti nell’ambito della direttiva.

³² D.lgs. n. 138/2011.

³³ V. Corte cost., sent. n. 94 del 2013.

della manovra, che vincola gli enti territoriali ad adeguare i rispettivi ordinamenti al principio di liberalizzazione, afferma che la norma «*non rileva elementi di incoerenza con il quadro costituzionale in quanto il principio di liberalizzazione prelude ad una razionalizzazione della regolazione che elimini gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica*³⁴».

In questo quadro il legislatore nazionale, prima con il d.l. n. 201 del 2011 (c.d. *salva-Italia*), e poco dopo con il d.l. 1 del 2012 (c.d. *cresci-Italia*), decide di rimettere mano alla materia, pur senza abbandonare lo stile ormai acquisito. Il primo decreto si caratterizza infatti per l'introduzione di nuove norme di applicazione diretta anche a livello locale, senza tuttavia abrogare espressamente le precedenti e sollevando così non poche questioni giuridiche. Nel secondo intervento si rinviene le stesse formule generiche e lo stesso programma abrogativo particolarmente vasto ma, per la prima volta, si affida al governo il compito di riordino della regolamentazione vigente³⁵. Viene peraltro previsto l'obbligo di adeguamento per Regioni e gli enti locali entro la fine del 2012, fermi restando i poteri sostitutivi dello Stato in caso di inadempimento.

L'impressione che se ne ricava è duplice: seppur animati dalla chiara volontà di attuare il principio sovranazionale di liberalizzazione, gli interventi si sono dimostrati insufficienti e concretamente incapaci di avere un impatto reale ed effettivo sull'ordinamento. Infatti, l'attuazione interna della direttiva servizi ha così inquinato il tessuto legislativo che le buone intenzioni sono svanite nell'incertezza del diritto.

La tensione tra l'istanza di uniformità e quella di differenziazione, sottesa al processo attuativo della direttiva servizi, è la stessa che si riscontra nella giurisprudenza costituzionale in materia. Il fatto che il giudice delle leggi non si preoccupi di delimitare la tutela della concorrenza, si scontra con il senso stesso della revisione costituzionale, inevitabilmente svuotata di significato³⁶. Nella definizione degli spazi riservati alle Regioni è innegabile che il giudice delle leggi abbia assunto una posizione filo-centristica, riconoscendo sempre meno margine alle autonomie locali, fino ad escluderle dalla facoltà di «*adottare disposizioni legislative con effetti pro-concorrenziali*», a meno che non «*vantino un autonomo titolo di legittimazione*» e purché gli effetti siano comunque «*indiretti*».

³⁴ V. Corte cost., sent. n. 200 del 2012. Sullo stesso solco si muoverà anche con la sent. n. 8 del 2013, in cui si specifica che la «*ri-regolazione delle attività economiche*» deve realizzarsi a livello statale, nella cui competenza esclusiva ricadono le norme di liberalizzazione e le relative deroghe.

³⁵ Regolamenti che però in larga parte non vedono la luce e la cui previsione viene espressamente abrogata dal d.lgs. 10 del 2016. V. A. IANNUZZI, *Osservazioni sulla delega "taglia-inattuazione", per la modifica e l'abrogazione delle leggi che prevedono l'adozione di provvedimenti attuativi, contenuta nella Legge Madia*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2/2016.

³⁶ V. E. CARLONI, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza, in le Regioni*, 10/2013.

*e marginali*³⁷» (ad esempio nel settore dei contratti pubblici). D'altro canto, non viene fatto nessuno sforzo per chiarire la portata di tali effetti, in grado di giustificare interventi regionali oppure la *vis* espansiva dell'intervento statale.

Nel solo triennio che va da settembre 2011 ad ottobre 2014 la Corte costituzionale si è pronunciata sotto il profilo della concorrenza in ben 78 controversie, in cui risulta quasi assoluta (superiore al 90%) la prevalenza di sentenze relative a ricorsi in via principale sollevati dallo Stato o dalle Regioni, rispetto a questioni sollevate in via incidentale. Quasi tutte le pronunce di legittimità hanno poi riguardato leggi regionali, mentre raramente le norme statali sono state oggetto di annullamento per contrasto con i principi concorrenziali. A conferma dell'impostazione filocentrica, con la sentenza n. 8 del 2013, la Corte specifica che le norme di liberalizzazione e le relative deroghe ricadono nella "ri-regolazione delle attività economiche", attività che rientra nella competenza esclusiva dello Stato. Tale orientamento emerge ancora più chiaramente nella sentenza n. 98 del 2013, in cui il giudice delle leggi è chiamato a valutare una legge regionale che impone criteri per il rilascio o il rinnovo delle concessioni per i posteggi, in deroga a quanto predisposto a livello statale³⁸. Nel caso di specie la Corte ribadisce che, trattandosi di una regolamentazione normativa indiscutibilmente riconducibile alla materia tutela della concorrenza «è *alla competenza esclusiva dello Stato che spetta tale regolamentazione*»³⁹.

Ancora, nella sentenza n. 178 del 2014 in tema di turismo, la Corte dichiara l'incostituzionalità della legge regionale Umbria, nella parte in cui si dispone che «*le guide turistiche che hanno conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione presso altre Regioni e che intendono svolgere la propria attività nella Regione Umbria, sono soggette all'accertamento (...) limitatamente alla conoscenza del territorio*»⁴⁰. La legge regionale viene ritenuta costituzionalmente illegittima perché in grado di derogare la portata liberalizzatrice dell'intervento statale.

L'atteggiamento della Corte è evidente: sia la dimensione costituzionale della concorrenza, sia il recepimento della direttiva servizi richiedono un'uniformità così ampia, da escludere (*a priori*) che a livello regionale si possa legittimamente intervenire in materia. D'altronde, se l'art. 117, co. 2, lett. e), è il parametro principale attraverso cui viene valutata la legittimità di tutte le norme potenzialmente restrittive della concorrenza, anche il processo di liberalizzazione dei servizi non può

³⁷ V. Corte cost., sent. n. 283 del 2009.

³⁸ L. reg. Lombardia n. 3 del 2012.

³⁹ V. anche Corte cost., sent. n. 291 del 2012.

⁴⁰ L. reg. Umbria n. 13 del 2013.

che corrispondere ad un'astensione d'intervento da parte delle autonomie territoriali. Nonostante quindi, secondo la direttiva europea, l'attuazione delle liberalizzazioni spettasse anche alle Regioni, l'esito è stato il radicarsi di una giurisprudenza univoca in materia, in cui il legislatore statale prevale fatalmente su quello territoriale, anche negli spazi di competenza residuale.

3. *Quale margine di intervento per le Regioni nella più recente giurisprudenza costituzionale*

Merita di essere trattata separatamente la giurisprudenza costituzionale relativa al biennio 2016-2017, per una duplice ragione. Se si considera il profilo quantitativo, le sentenze costituzionali risultano relativamente poche rispetto al precedente periodo. Questo è spiegabile sia dall'assenza di nuove normative di liberalizzazione e dal conseguente assopirsi del conflitto Stato-Regioni, sia dall'avvenuto consolidamento dei principi già affermati dalla Corte. Sul piano qualitativo invece, per la prima volta, il giudice delle leggi si dimostra interessato a considerare le finalità perseguite dal legislatore regionale fino ad accordargli l'intervento anche in mercati liberalizzati, se funzionale a tutelare valori ulteriori a quelli concorrenziali, quali ad esempio la salute o l'ambiente.

Il primo episodio di discontinuità, rispetto all'indirizzo costituzionale emerso fino ad ora, si verifica con la sentenza n. 105 del 2016, specialmente se la si confronta con una precedente decisione su un caso analogo⁴¹. Nel 2014, infatti, la Corte costituzionale si era trovata a valutare la legittimità di una legge della Regione Umbria che, intervenendo nel settore già liberalizzato della distribuzione dei carburanti, obbligava tutti i nuovi impianti a dotarsi, oltre che della benzina e del gasolio, di *almeno un prodotto a scelta tra alimentazione elettrica, metano, gpl, o biodiesel per autotrazione*⁴². Coerentemente con il suo orientamento, anche in quell'occasione il giudizio della Corte si era dimostrato sfavorevole verso gli interessi perseguiti dalla disciplina regionale, che veniva quindi dichiarata illegittima. Intervendo nel settore della distribuzione del carburante, già liberalizzato dal legislatore statale⁴³, la normativa regionale avrebbe infatti introdotto dei vincoli all'ingresso di tipo

⁴¹ V. Corte cost., sent. n. 125 del 2014.

⁴² A condizione che tale obbligo non comporti ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi e non proporzionati. V. L. reg. Umbria 6 maggio 2013 n. 10, art. 43, co.1.

⁴³ Il decreto legge n. 112/2008 prevede inoltre, all'art. 83-bis, co.17, il divieto di restrizioni all'apertura di nuovi impianti di distribuzione, laddove prevedano obbligatoriamente la presenza contestuale di più tipologie di carburanti.

sia asimmetrici, in quanto destinati solo ai nuovi impianti, sia eccessivamente onerosi rispetto a quelli previsti dalla normativa nazionale⁴⁴.

A distanza di due anni, il giudice delle leggi viene nuovamente chiamato a valutare la legittimità di una legge regionale impositiva dello stesso obbligo nel medesimo mercato, benché questa volta destinato anche agli operatori già presenti nel settore, in caso di richiesta di una nuova autorizzazione o di ristrutturazione dell'impianto⁴⁵. Sulla scorta di quanto detto finora, questa imposizione rientrerebbe facilmente tra quelle già giudicate incostituzionali dalla Corte, in quanto idonea ad introdurre oneri ulteriori rispetto al quadro nazionale liberalizzato e ad ostacolare l'ingresso dei nuovi soggetti. Inaspettatamente, invece, il giudice delle leggi decide di rigettare il ricorso, considerando non solo che l'introduzione di criteri migliorativi dell'efficienza ambientale, a cui è riconducibile la misura regionale, non è in contrasto con la tutela della concorrenza, ma anche che la stessa norma non crea nessun ostacolo ai soggetti entranti sul mercato, dal momento che si impone anche agli impianti già esistenti. In questo modo il Giudice non riscontra nessuna violazione dell'art. 117, co.2, lett. e), Cost.⁴⁶.

Oltre a spezzare quella catena di sentenze costituzionali che avevano impedito da sempre al legislatore regionale un coinvolgimento diretto nell'attuazione del principio di liberalizzazione, la portata innovativa della pronuncia può rinvenirsi almeno sotto due profili. Primo, la Corte si allontana in via del tutto eccezionale da un'interpretazione estremamente pervasiva della competenza statale in materia di concorrenza. Secondo, nell'operare un bilanciamento tra la tutela dell'ambiente e la concorrenza, il Giudice ritiene che anche attraverso la prima sia possibile perseguire una «*migliore efficienza degli impianti e quindi dei servizi offerti ai consumatori*»⁴⁷, obiettivo che rientra tra le stesse finalità alle quali la concorrenza è rivolta. Il tutto, poi, avviene senza toccare minimamente il profilo del riparto delle competenze, superando quell'approccio ormai ben radicato in base al quale il giudizio costituzionale in settori liberalizzati si restringeva alla sola e quasi automatica verifica dello «scostamento operato dalla norma regionale»⁴⁸.

⁴⁴ Sulla giurisprudenza costituzionale nel settore della distribuzione dei carburanti v. A. ARGENTATI, *Autorità Antitrust e Corte costituzionale: il dialogo ai tempi della crisi*, cit., 41-62.

⁴⁵ V. L. reg. Lombardia n. 34 del 19 dicembre 2014.

⁴⁶ La sent. cost. n. 105 del 2016 è stata così commentata da R. PARDOLESI, *Alla volta dell'Antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2016, 141-144 e A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, cit., 138-141.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 105 del 2006, punto 3.1.2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ Così A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, cit., 139.

La dottrina però, non è unanime nel guardare con favore la decisione della Corte. Infatti, c'è chi ha sottolineato come gli effetti della sentenza siano da ritenersi negativi per la concorrenza e limitati o nulli per la tutela dell'ambiente, poiché la normativa regionale in questione è idonea a cristallizzare il numero degli operatori presenti nel settore e anche a restringere quello dei nuovi soggetti entranti, vessati da maggiori oneri. Lo scenario che si prospetta è la conseguente riduzione delle possibilità di poter effettivamente distribuire prodotti a basso impatto ambientale⁴⁹.

Tale monito deve aver sortito il suo scopo, se si pensa che solo poco tempo più tardi la Corte costituzionale è ritornata sui suoi passi. Con la sentenza n. 239 del 2016, il giudice delle leggi si trova nuovamente a valutare la legittimità di una legge regionale intesa, tra gli altri vincoli, a regolare il settore della distribuzione del carburante, stabilendo che tutti i nuovi impianti devono essere dotati di almeno un prodotto ecocompatibile gpl o metano, «a condizione che non vi siano ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi»⁵⁰. La norma viene dichiarata, questa volta, incostituzionale, poiché introduttiva di un obbligo asimmetrico gravante solo sui nuovi distributori, pur prevedendo in via d'eccezione la possibilità di derogarvi in caso di eccessiva onerosità sul piano tecnico o economico. La decisione appare, *prima facie*, un po' contraddittoria rispetto all'ultima pronuncia in materia, tanto che lo stesso giudice costituzionale si trova a difenderne la coerenza. Nel dispositivo, infatti, si sottolinea espressamente che la pronuncia risulta conforme sia all'orientamento sposato nel 2014 per previsioni regionali dal contenuto analogo⁵¹, sia alla sentenza n. 105 del 2016, avente per oggetto vincoli non analoghi, perché flessibili (destinati a colpire anche gli impianti già esistenti), e transitori (previsti fino al raggiungimento degli obiettivi di programmazione regionale). La norma impugnata in quest'ultimo caso, invece, introducendo obblighi che mancano di tali caratteri, viene censurata perché del tutto sovrapponibile a quelle già precedentemente dichiarate illegittime. Paradossalmente, anche questa volta non è mancato chi in dottrina ha valutato come inconsistenti gli elementi assunti dalla Corte per il vaglio di legittimità⁵².

Tutto questo induce a riflettere e soprattutto a chiederci se l'aver fatto salva una normativa regionale in materia di liberalizzazioni possa ritenersi una semplice eccezione alla prassi o, al contrario, se non sia troppo avventato leggerci un cambio di rotta giurisprudenziale.

⁴⁹ V. G. MAZZANTINI, *Alla rivolta dell'Antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2016, 561 ss.

⁵⁰ Art. 45 della L. reg. Puglia n. 24 del 2015.

⁵¹ V. la già citata sent. cost. n. 125/2014.

⁵² V. A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, cit., 141.

4. Eccezione o cambio di rotta giurisprudenziale?

A quindici anni da una riforma che ha riorganizzato l'assetto delle competenze e ad undici dalla direttiva servizi, la giurisprudenza della Corte costituzionale aveva intrapreso una strada conservativa.

Eppure, come s'è visto, con la sentenza n. 124 del 2016 l'uniformità a cui prima doveva ispirarsi la disciplina del mercato a livello nazionale viene per la prima volta messa in dubbio dal giudice costituzionale. Inaspettatamente, rispetto all'orientamento consolidato, la valutazione della Corte apre al confronto tra la concorrenza ed ulteriori principi sanciti sulla Carta, il cui bilanciamento deve operarsi con puntuale riferimento al caso specifico. Tutto questo deve però ancora convivere con principi ed atteggiamenti ben radicati nella giurisprudenza, e che poi sono riaffiorati subito dopo nella sentenza n. 239 del 2016.

Una cosa è certa. L'orientamento costituzionale è ancora altalenante e tendenze opposte animano le pronunce più recenti, ora conformi al filone tradizionale di tipo centralistico, ora mosse da una sensibilità maggiore verso le autonomie locali: proprio per questo sembra riduttivo parlare di una mera eccezione, senza accorgersi che probabilmente ci troviamo in una fase di transizione⁵³. Nella sentenza n. 98 del 2017, ad esempio, il giudice delle leggi ammette senza giri di parole che «*il riferimento alla tutela della concorrenza non può essere così pervasivo da assorbire, aprioristicamente, le materie di competenza regionale*»⁵⁴. La distanza con l'orientamento consolidato, in cui le liberalizzazioni statali bloccavano qualsiasi tipo di iniziativa regionale in materia, è netta. Anche le Regioni potrebbero essere in grado di decidere quali deroghe alle liberalizzazioni siano necessarie per tutelare valori ulteriori, tenendo conto del pluralismo territoriale e abbandonando un ruolo meramente "gestorio" di quanto prefissato a livello europeo e statale. Quest'ultima decisione ne costituisce proprio un valido banco di prova.

L'ultima parola spetta ovviamente alla Corte. Se il Giudice deciderà di sposare questo nuovo modello di valutazione più aperto all'autonomia regionale, come previsto a partire dal 2001, si

⁵³ *Ivi*, 16.

⁵⁴ Addirittura la Corte richiama la sentenza n. 8/2013, specificando che in materia di regolazione delle attività economiche non si esclude un intervento legislativo regionale, purché siano mantenute quelle regolamentazioni giustificate da un interesse generale. È questo il principio che dovrebbe guidare i rapporti tra Stato e Regioni in materia.

eviterebbe quantomeno il ridursi del sindacato costituzionale alla sola verifica della potestà legislativa, con la conseguente immunità della legislazione statale.

Qualunque sarà la posizione della Corte si intravede, in ogni caso, la possibilità di riportare alla luce una questione ormai spenta in dottrina. L'analisi della giurisprudenza si rivela utile, infatti, anche per riflettere sulla possibilità di reinterpretare la dimensione della tutela della concorrenza, non solo come norma di distribuzione delle competenze e utilizzata per dirimere i conflitti Stato-Regioni, ma anche nella sua valenza di principio costituzionale⁵⁵. In molte pronunce, infatti, si rinvencono facilmente definizioni come quella di «*principio di libera concorrenza*» che, seppur nell'assenza di motivazioni circa la sua affermazione a livello costituzionale, deve coordinarsi e conciliarsi con gli altri interessi generali⁵⁶.

In conclusione, poiché il consolidarsi di una giurisprudenza sfavorevole per il legislatore regionale è inevitabilmente dipeso dal fatto che la Corte ha conosciuto la concorrenza solo come materia affidata in via esclusiva allo Stato, ora che l'orientamento del giudice delle leggi appare sempre più sensibile alle realtà territoriali, si ritiene possibile aspettarsi dalla Corte un'affermazione (finalmente) autonoma della concorrenza, intesa come bene giuridicamente oggetto di tutela. Ad oggi, possiamo ancora essere certi che la concorrenza esiga un modello di regolazione uniforme tale da escludere le istanze di differenziazione regionale?

⁵⁵ V. A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino 2009, 166 ss.

⁵⁶ V. Corte cost., sentt. nn. 430/2007, 307/2009, 151/2011.