



Rivista N°: 3/2015  
DATA PUBBLICAZIONE: 24/07/2015

AUTORE: Giuseppe Tesaurò\*

### **INTERVENTO IN OCCASIONE DELLA GIORNATA IN RICORDO DI PIERO ALBERTO CAPOTOSTI, PRESIDENTE EMERITO DELLA CORTE COSTITUZIONALE\*\***

La novità della riforma del 2001, quanto al riparto di competenze tra Stato e Regioni, fu l'inversione dello schema originario, con l'individuazione specifica degli ambiti esclusivi di intervento del legislatore statale, ferme le competenze concorrenti, lasciando ogni spazio residuo al legislatore regionale. La riforma, si sa, ha sollevato fin dall'inizio non pochi problemi interpretativi. E uno dei punti dolenti fu non solo l'assenza di clausole generali di unificazione, propri della tradizione federale, ma anche la scelta della tecnica di riparto, fondata sul criterio delle "materie".

Eppure non erano mancati gli inviti a non seguire tale criterio. Negli anni settanta Paladini avvertiva che le materie sono "pagine bianche"; e la stessa Corte - in molte sentenze degli anni '80 - aveva in parte riletto e "riscritto" il modello, sulla premessa che raramente una legge è riconducibile ad una materia ben definita, mentre più spesso tocca ambiti e interessi diversi, che possono essere nazionali o anche regionali. A questo, del resto, si collega l'uso del principio di "leale collaborazione", con il quale la Corte aveva contribuito a ridurre la rigidità degli elenchi ed a ricostruire il riparto di competenze concorrenti nel segno del riconoscimento della necessità del concorso di più enti - variamente modulato in funzione della distinzione fra principi generali o fondamentali e regolamentazione di dettaglio - nella disciplina dei settori. In fatto, tuttavia, emergeva un approccio tendenzialmente statocentrico, nel segno della prevalenza dell'interesse nazionale o di una lettura della materia tutta volta a ridurre in ambiti sempre più angusti gli spazi del legislatore regionale (ad es. attraverso la cd. tecnica del ritaglio).

Con la riforma, nel dichiarato intento di garantire piena esplicazione al principio di autonomia sancito dall'art. 5 della Costituzione, si era in qualche modo delineato un modello basato sulla separazione, se si vuole contrapposizione, centro-periferia. Tale modello era

---

\* Presidente Emerito della Corte costituzionale.

\*\* Roma, Palazzo della Consulta, 9 luglio 2015

alquanto distante da quel regionalismo cooperativo, fondato sulla possibile integrazione delle competenze e sul loro esercizio in forma collaborativa, che era stato tratteggiato dalla Corte già nel vigore del vecchio titolo V.

### *La scoperta delle materie trasversali: la tutela dell'ambiente*

Di fronte a tale aporia della riforma, aggravata da una trasparente criticità nella formulazione ed elencazione delle materie, con non poche sovrapposizioni ed interferenze, la Corte ha progressivamente chiarito la portata delle nuove norme fino a determinare, essa, l'entrata in vigore della riforma, come rilevò Antonello D'Atena. E così nella fase di prima applicazione si coglie lo sforzo della Corte di coniugare il nuovo con i principi fondativi, coniugando le esigenze di unità con quelle di collaborazione, in definitiva anche di flessibilità. È il momento delle materie trasversali, "grandi invenzioni della giurisprudenza costituzionale", secondo una felice definizione di Roberto Bin.

Uno dei primi spunti è nella sent. n. 282 del 2002 (relatore Onida), sul quesito se si potessero ricondurre misure relative ad alcune pratiche terapeutiche alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art.117, secondo comma, lett. m, Cost.). La Corte precisò che la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni non è una «*"materia" in senso stretto, ma [...] una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle*».

È poi la sent. n. 407 del 2002 (relatore Capotosti) che puntualizzò e chiarì la nozione di "*materia trasversale*" in tutta la sua portata innovativa. L'attenzione era su una legge della Regione Lombardia in tema di "attività a rischio di incidente rilevante". Dopo aver riconosciuto la derivazione comunitaria della corrispondente disciplina (direttiva Seveso e successive), i cui atti di recepimento avevano individuato sfere sempre più ampie di competenza in capo alle Regioni in vista dell'obiettivo di assicurare una più capillare difesa dell'ambiente, la Corte osserva che la tutela dell'ambiente non corrisponde ad una "materia in senso stretto". Infatti, l'ambiente "*investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze...*"; e "*in quanto tale delinea una sorta di materia trasversale in ordine alla quale si manifestano competenze diverse che ben possono essere regionali*", spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale". In definitiva, la Corte, rileggendo i lavori preparatori della riforma, "ricostruisce" l'intento del legislatore costituzionale, sotteso alla formula di cui alla lettera s) del secondo comma dell'art. 117 Cost., in quello di "riservare comunque allo Stato il potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali" (governo del territorio, tutela della salute etc.).

Emerge così una relazione dinamica fra competenza statale e competenza regionale, che varia a seconda dell'intreccio degli interessi coinvolti, ma che non opera, in questa fase, come fattore di esclusione sistematica dell'autonomia regionale. Al contrario, si coglie

l'obiettivo di stemperare la rigidità della competenza statale "esclusiva" e salvare "la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato".

Una volta scoperta la "trasversalità", non si poteva non collegarla alla tutela della concorrenza, che aveva ricevuto finalmente consacrazione costituzionale espressa nella lettera e) del secondo comma dell'art. 117 Cost., come obiettivo da perseguire, vincolante per tutte le articolazioni della Repubblica. Anzi, ancor più che la tutela dell'ambiente, la tutela della concorrenza portava in sé, prepotenti, i segni della transversalità, nella forma – va riconosciuto – di un favor per il legislatore statale che va anche al di là della sua collocazione formale tra le materie di competenza esclusiva. A tanto portano anzitutto ragioni oggettive, considerando la stretta connessione "genetica" della disciplina della concorrenza con l'impianto base del sistema comunitario e le quattro libertà fondamentali, di cui era stato il supporto iniziale fino alla emancipazione ricevuta a partire dalla seconda metà degli anni ottanta. Non si può negare che le norme a tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario – almeno normalmente – non possono essere "contraddette" da regolazioni territoriali divergenti, pena la creazione di barriere territoriali.

Quanto alle ragioni "nascoste", per certi versi latenti e che si colgono anche guardando in trasparenza la prima sentenza della Corte pronunciata sul tema, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo titolo V (sent. n. 14 del 2004), è possibile collegarle alla preoccupazione di sempre di riportare allo Stato le leve della politica economica generale, finalizzate a garantire lo sviluppo dell'intero paese. E ciò anche a rischio di comprendervi, con l'insieme degli interventi dello Stato "idonei ad incidere sull'equilibrio economico generale", anche interventi, come gli aiuti di Stato o le misure promozionali del *made in Italy*, che certo non sono né a tutela della concorrenza né compatibili col mercato unico. Sono però interventi il cui salvataggio è coerente con la trasformazione di quella materia in una variante del "governo pubblico dell'economia", frutto della tentazione, con il rischio conseguente, di consentire allo Stato di penetrare in tutti gli ambiti assegnati alle regioni, alterando lo stesso riparto costituzionale delle competenze.

La Corte, nella sent. n. 272 del 2004 (redattore Capotosti), chiamata a pronunciarsi sulle modifiche apportate alla disciplina dei servizi pubblici locali contenute nel Testo unico, vede il problema, proprio con riferimento alla necessità di tutelare maggiormente la concorrenza nel settore. Pur prendendo le mosse dagli argomenti svolti nella sent. n. 14, correggeva il tiro, tornando sì a valorizzare le ragioni dell'unità (volte a garantire in maniera uniforme sul territorio nazionale il valore della libertà di concorrenza), ma anche quelle sottese al non certo nascosto disegno riformatore di ampliamento delle autonomie territoriali.

È in tale prospettiva che la Corte, da un lato, identifica come misure riconducibili alla "tutela della concorrenza", oltre che quelle antitrust in senso stretto, le misure dirette a proteggere ed a promuovere l'assetto concorrenziale di mercato (sostituisce il riferimento all'equilibrio economico generale). Dall'altro, ravvisando il criterio per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale nella proporzionalità e nell'adeguatezza delle misure che si impongono sulle discipline regionali di settore (pur se espressione, queste ultime,

di una competenza residuale e quindi esclusiva), garantisce “la più ampia libertà di concorrenza nell’ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi pubblici – i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali”. In tal modo, anche la “trasversalità” della tutela della concorrenza è ricondotta nell’alveo di quanto affermato a proposito della tutela dell’ambiente nella sent. n. 407 del 2002 : essa è trasversale “perché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese”. Interessi la cui tutela può legittimamente recedere solo a fronte della necessità di misure statali idonee e proporzionate allo scopo di garantire l’assetto concorrenziale del mercato, coerentemente, ancora, con il test di proporzionalità utilizzato dal giudice comunitario.

Su queste basi, la Corte non benedice tutte le disposizioni statali censurate, ma solo quelle per le quali il suddetto test abbia avuto esito positivo, e cioè quelle che si siano rivelate adeguate e proporzionate all’obiettivo di garantire la libertà di concorrenza. E riconosce che, allorché tali requisiti non siano soddisfatti, è il caso delle disposizioni volte a disciplinare dettagliatamente i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, la compressione dell’autonomia regionale risulti illegittima e debba essere consentito lo spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale, specie quando si tratta di competenza regionale esclusiva.

Le indicazioni della sent. n. 272 del 2004 non sono rimaste prive di seguito, trovando conferme in molte altre pronunce, nelle quali si sono censurate scelte del legislatore statale illegittime in quanto contrastanti rispetto all’obiettivo della tutela della concorrenza, come nel caso di una norma statale recante la proroga decennale automatica delle concessioni delle grandi derivazioni idroelettriche : sent. n. 1 del 2008; o nel caso di norme statali volte a disciplinare le modalità di erogazione e di gestione di un Fondo per il finanziamento di interventi consentiti dagli Orientamenti UE sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà: sent. n. 63 del 2008.

Così, non poche sentenze hanno sottolineato l’esigenza di una più attenta considerazione della nozione di “tutela della concorrenza”, di ritornare al senso della sua “funzione”, che è quella di eliminare limiti e barriere all’accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale ma anche di promuovere un contesto concorrenziale, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche”. Questo, ma non altro: e sempre subordinatamente al test di coerenza (che è un altro modo di dire congruità e proporzionalità) delle predette misure “all’obiettivo di assicurare un mercato aperto e in libera concorrenza” (ancora sent. n. 430 del 2007).

A conferma, poi, della possibilità di un “coordinamento” armonioso delle competenze tra diversi livelli territoriali di governo anche negli ambiti attraversati dalla tutela della concorrenza, in questa seconda fase si è anche precisato che *non è escluso che, proprio in considerazione della portata generale o trasversale della tutela della concorrenza, una misura*

*rientrante nella competenza regionale, concorrente o residuale, a sua volta abbia marginalmente una forza pro-competitiva*” e ciò al dichiarato “fine di non vanificare le competenze regionali”, e “sempre che tali effetti siano *marginali o indiretti* e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza” (sent. n. 430 del 2007, Tesaurò).

Tuttavia, ove ci si limitasse a richiamare le pronunce che hanno segnato la continuità con le indicazioni contenute nella sent. n. 272 del 2004 in tema di tutela della concorrenza, si fornirebbe un quadro parziale dell’affermazione della tutela della concorrenza come materia trasversale. È, infatti, innegabile che alle richiamate decisioni che hanno declinato la natura trasversale della tutela della concorrenza nel segno della necessità di coniugare l’uniforme protezione della stessa, in quanto valore costituzionalmente garantito, sull’intero territorio nazionale, ma al contempo con la garanzia delle autonomie territoriali, se ne contrappongono altre che l’hanno, viceversa, letta solo come strumento idoneo a giustificare la penetrazione degli interventi dello Stato in tutti gli ambiti economici, in vista del generico obiettivo dell’equilibrio e dello sviluppo economico generale, senza particolari test di ragionevolezza-proporzionalità. Ne è risultata una sostanziale compressione delle competenze regionali incise, escludendo ogni loro possibile e anche indiretto coinvolgimento e contributo in ordine agli interessi coinvolti che esse siano chiamate a preservare. In breve, che la classificazione della tutela della concorrenza come “materia” di competenza esclusiva dello Stato portasse ad un favor assoluto, nel senso di aprioristico ed escludente, per il legislatore statale era un rischio reale. E ciò per le ragioni oggettive e quelle meno visibili già sottolineate.

Al riguardo appaiono significative quelle decisioni che hanno valorizzato la valenza della concorrenza come criterio assoluto di riparto di competenze, sì che quella esclusiva dello Stato esclude in radice quella della Regione. L’uniformità rappresenta un valore in sé, mentre normative regionali diverse sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di livelli territoriali insopportabili per la concorrenza (sent. n. 443/07, Silvestri, n. 283/09, Cassese), e ciò indipendentemente dai valori che quei livelli perseguono (sent. n. 165/15, Cartabia). Questo profilo si è rivelato particolarmente problematico nel rapporto tra concorrenza e commercio, oggetto di competenza esclusiva regionale, tanto da alimentare qualche incertezza nella giurisprudenza e qualche perplessità nella dottrina.

Altrettanto significative sono quelle decisioni nelle quali si è molto semplicemente affermato il criterio della prevalenza, che se di sicuro è un effetto della trasversalità, pure richiederebbe una adeguata motivazione. Non sempre lo è stata, specie quanto alla preclusione dell’esercizio di una competenza della Regione ugualmente esclusiva .

Se questo è accaduto già nella seconda fase di applicazione della riforma costituzionale. non può negarsi come oggi, in tempi di crisi, tenda a consolidarsi l’idea che allo Stato possono spettare in beata solitudine le decisioni inerenti al “governo pubblico dell’economia”, di cui la tutela della concorrenza si ritiene costituisca parte rilevante. Il che si lega in una sorta di continuità con quanto è accaduto e sta accadendo con riferimento ad un’altra materia, pur annoverata fra quelle di competenza concorrente, ma costruita fin dall’inizio come “trasversale”, in ragione della sua oggettiva portata “finalistica ed espansiva”, e cioè quella del “*coordinamento della finanza pubblica*”. Da un lato, la tutela della concorrenza è spesso di-

venuta “baricentro della disciplina pubblica dell’economia” (D’Alberti); dall’altro, il coordinamento della finanza pubblica, anche per effetto della crisi economico-finanziaria e della conseguente ridefinizione dei vincoli europei, veri o non, al governo dei conti pubblici, è spesso divenuto davvero un passpartout atto a forzare qualsiasi argine posto a riparo delle attribuzioni costituzionali (Bin). Al legislatore statale si è consentito di dettare discipline puntuali opponibili alle autonomie regionali incidenti non solo sull’ autonomia finanziaria delle medesime, ma anche sull’organizzazione e sul funzionamento delle Regioni (materia di competenza regionale residuale), ove non, addirittura, ad esempio, sulla definizione degli assetti istituzionali connessi alla stessa forma di governo regionale (anche la limitazione del numero dei consiglieri regionali è stata giustificata e ricondotta al coordinamento della finanza pubblica: v. sent. n. 198 del 2012, rel. Cassese)

Si delinea, pertanto, un percorso che, nei fatti, ha segnato una progressiva trasformazione delle cd materie trasversali. Se all’inizio la valenza della trasversalità fondata sugli obiettivi consentiva un approccio comune e collaborativo anche quanto alle scelte di politica economica, l’accento posto direttamente sull’effetto di prevalenza della trasversalità, e senza particolare motivazione, ha avuto in fatto il risultato di consentire sostanzialmente alla legge statale di espropriare in radice la competenza regionale. E ciò, non importa se giusto o sbagliato in termini di scelte di politica economica, comunque incide a testo invariato sulla compatibilità con il disegno costituzionale relativo alle autonomie territoriali a seguito della riforma del titolo V, modificandone la portata.

La stessa Corte ha, in tempi recenti ma non recentissimi, osservato che gli effetti emergenziali della crisi economica non possono consentire deroghe al riparto costituzionale delle competenze delineato dal Titolo V della parte seconda della Costituzione, essendo invece tenuto lo Stato, anche nel caso di situazioni eccezionali, “a rispettare tale riparto di competenze e a trovare rimedi che siano con esso compatibili”, stante “l’inderogabilità dell’ordine costituzionale delle competenze legislative” (sent. n. 148 del 2012, Silvestri) “le disposizioni costituzionali evocate non attribuiscono allo Stato il potere di derogare alle competenze delineate dal Titolo V della Parte seconda della Costituzione. Al contrario, anche nel caso di situazioni eccezionali, lo Stato è tenuto a rispettare tale riparto di competenze ed a trovare rimedi che siano con esso compatibili (ad esempio, mediante l’esercizio, in via di sussidiarietà, di funzioni legislative di spettanza regionale, nei limiti ed alle condizioni più volte indicate da questa Corte). La Costituzione esclude che uno stato di necessità possa legittimare lo Stato ad esercitare funzioni legislative in modo da sospendere le garanzie costituzionali di autonomia degli enti territoriali, previste, in particolare, dall’art. 117 Cost. Deve essere dunque ribadita l’inderogabilità dell’ordine costituzionale delle competenze legislative, anche nel caso in cui ricorrano le situazioni eccezionali prospettate dall’Avvocatura generale dello Stato”).

Diviene allora utile riflettere sulle indicazioni di quella giurisprudenza costituzionale, cui ha tanto contribuito Pier Alberto Capotosti, che aveva saputo, anche mediante l’invenzione delle materie trasversali, armonizzare le ragioni dell’unità con quelle dell’autonomia, di un’unità ed indivisibilità della Repubblica, che passa attraverso la promo-

zione delle autonomie quali luogo di partecipazione, di “bilanciamento” del potere, in definitiva di democrazia. Testo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Testo.