

Le materie trasversali: tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza, livelli essenziali delle prestazioni.

Giandomenico Falcon

1. Dal primo al secondo Titolo V. 2. Inattuazione nella seguente legislazione. 3. Posizione e soluzioni della Corte costituzionale. 4. Un'invenzione: il principio di sussidiarietà legislativa. 5. Le clausole di competenza trasversale e il loro uso espansivo. Vicende della tutela della concorrenza. 6. Le prestazioni dei livelli essenziali delle prestazioni. 7. La tutela dell'ambiente. 8. Clausole trasversali e autonomie speciali. 9. Uno sguardo al progetto di riforma.

Nel prendere la parola in questo seminario desidero, oltre che ringraziare per l'invito che mi è stato rivolto, anche rendere manifesto un possibile conflitto di ruoli, dal momento che in relazione a non poche delle questioni sulle quali dovrò prendere posizione ho svolto attività di difensore dalla parte delle Regioni. In questo intervento ho cercato di corrispondere alla mia vocazione di professore, ma non tocca a me di escludere che qua e là sia tornato ad insinuarsi, mio malgrado, l'avvocato. Del resto, il mestiere dell'avvocato è quello di avere *ragioni*. E tra avere ragioni e il credere di avere ragione il passo può essere breve.

1. Il primo Titolo V affidava alle regioni la legislazione e l'amministrazione di alcune selezionate politiche pubbliche (assistenza sanitaria e ospedaliera, urbanistica, turismo, agricoltura ecc.) nel quadro di regole di base (i principi fondamentali) stabiliti dalle leggi dello Stato.

Il secondo Titolo V manteneva l'azione regionale nel quadro delle politiche pubbliche, tuttavia con eliminazione del carattere enumerato e tassativo della loro individuazione: alle Regioni sarebbe dovuto spettare la disciplina e – in applicazione del principio di sussidiarietà – in parte l'amministrazione di tutte le politiche pubbliche, tranne quelle riservate allo Stato.

Rimaneva comunque ferma la riserva allo Stato del quadro ordinamentale, in tutto ciò che non riguarda le politiche pubbliche viste nella prospettiva dell'amministrazione (questa limitazione è in sostanza – a mio avviso – uno dei tratti che ci distinguono da uno Stato federale).

La legislazione regionale rimaneva soggetta ai limiti generali di tutte le leggi, nelle materie concorrenti ai principi fondamentali della legislazione statale, in ogni caso alla legislazione statale attuativa dei compiti specificamente previsti dall'art. 117, comma secondo (quelli che danno vita alla problematica specifica di questo intervento).

Così individuata, l'innovazione risultava inferiore a quanto all'epoca divulgato attraverso la retorica del federalismo, ma era comunque, potenzialmente, un'innovazione di notevole dimensione: basti pensare che – guardando il testo della Costituzione – tra le politiche pubbliche riservate allo Stato non ve ne era alcuna che riguardasse la promozione dello sviluppo economico nelle sue diverse componenti (industria, agricoltura, commercio, ecc.), e che – totalmente assente la problematica generale dei “lavori pubblici” – in relazione alle stesse “grandi reti di trasporto” e ai “porti e aeroporti civili”, come pure alla “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia” la Costituzione non riservava allo Stato che la posizione dei principi fondamentali della materia¹.

¹ Le attese collegate alla riforma costituzionale possono essere rappresentate ricordando che subito dopo alcuni autori fecero ricorso alla metafora del big bang: così G. Falcon, *Il big bang del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1141 ss; A. D'Atena, *Le regioni dopo il big bang*, Milano Giuffrè 2005.

2. Se il nuovo testo costituzionale fosse stato espressione di un consapevole progetto di lungo periodo della classe politica italiana, esso avrebbe comportato una radicale e quasi impossibile trasformazione dell'organizzazione statale, a partire dalla distribuzione delle risorse (ad esempio mediante un riparto *a priori* delle entrate fiscali simile a quello operante per le Regioni speciali) e dal modo di assumere le decisioni di interesse comune o nazionale, attraverso un coordinamento sia tra le Regioni che tra lo Stato e le Regioni, per continuare con una complessiva riorganizzazione amministrativa: si pensi solo al passaggio della scuola pubblica alla gestione regionale, implicito nella qualificazione della materia come *concorrente*; o all'applicazione del principio di sussidiarietà negli stessi servizi e ambiti di amministrazione rimasti affidati alla competenza legislativa dello Stato, come quelli relativi alla tutela dei beni ambientali e culturali. Per non dire – come pure è stato detto – che questa “rivoluzione” avrebbe comportato una profonda modifica dell'organizzazione e della stessa mentalità delle amministrazioni centrali, che sarebbero in buona parte dovute divenire anch'esse sedi di coordinamento e codecisione tra Stato e Regioni.

Sennonché, il nuovo testo costituzionale non era affatto l'espressione di un consapevole progetto di lungo periodo della classe politica italiana. Le “leggi Bassanini”, che avrebbero potuto rappresentare l'inizio di quella trasformazione, rimasero isolate, e l'ulteriore sforzo gigantesco che sarebbe stato necessario per dare vita al nuovo Titolo V non solo non fu portato a compimento, ma non fu neppure tentato. Il Governo e il Parlamento, ben lungi dall'operare per creare mediante la legislazione un compiuto sistema di gestione delle politiche pubbliche basato sulle Regioni (e sui Comuni), operarono invece lungo le consuete linee, mantenendo al centro, nel solo circuito politico statale, l'assunzione e possibilmente la diretta attuazione di ogni decisione rilevante o anche politicamente premiante, dalle opere pubbliche al condono edilizio al bonus per i figli. Il “sovrappiù” di centralismo, indotto in modo progressivamente accelerato dalla crisi finanziaria, non ha invertito una contraria tendenza in atto, ma si è innestato coerentemente in essa, portandola all'esasperazione che ha caratterizzato il più recente periodo.

3. La Corte costituzionale successiva alla riforma del Titolo V si è dunque trovata, nel contenzioso tra le Regioni e lo Stato, a gestire lo scontro tra le promesse del nuovo testo costituzionale e la linea di indifferente centralismo seguita dalla classe politica nazionale.

Nell'apprezzare la giurisprudenza costituzionale occorre tenere ben presenti due fondamentali premesse.

In primo luogo, è ovvio che non poteva toccare alla Corte il compito di produrre le innovazioni legislative necessarie per creare un sistema di politiche pubbliche appoggiato sulle Regioni, quale quello apparentemente indicato dal nuovo testo costituzionale: non era questo il suo compito né, se pure lo avesse voluto, ne avrebbe avuto gli strumenti.

Essa avrebbe potuto, in astratto, bocciare sistematicamente le leggi “centraliste” che hanno subito seguito la riforma del Titolo V, ad iniziare dalla legge n. 443 del 2001 (la c.d. “legge obiettivo”) e dalla legge n. 448 del 2001, per fare due utili esempi, corrispondenti, come si sarà certamente avvertito, alle sentenze della Corte costituzionale n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004.

Ma qui si apriva, naturalmente, lo spazio dell'interpretazione costituzionale, con la necessità di ricondurre le parole a un sistema dotato di senso. Da un lato, era evidente che, nelle condizioni date (di assetto finanziario, di strumenti di coordinamento, di esperienza), le Regioni non potevano certo

essere in grado di assicurare l'operatività e l'efficienza né della politica delle grandi opere, né della politica di sostegno alle imprese e promozione dello sviluppo: le Regioni rivendicavano la competenza, ma non avrebbero potuto garantire il risultato. Perciò un principio di *efficienza istituzionale* (e se si vuole di *continuità*) imponeva che si trovassero le vie per giustificare a termini di Costituzione il ruolo dello Stato. Nello stesso senso, del resto, spingeva un quadro generale e comparativo dei rapporti tra lo Stato e le sue articolazioni territoriali², e naturalmente anche gli stessi orientamenti propri dei giudici sul “dover essere” di tali rapporti.

Non ci si meraviglierà dunque se nel respingere o nel restringere le rivendicazioni regionali, fondate sugli elementi testuali ma prive – almeno *hic et nunc* – di una possibile effettività, la Corte ha trovato le vie per giustificare in termini di legalità costituzionale il ruolo che lo Stato continuava a rivendicare, garantendone l'effettività. Queste vie sono state fondamentalmente due: l'“invenzione” del principio di sussidiarietà legislativa e l'espansione all'estremo dei significati possibili (e per vero non raramente oltre) delle clausole di competenza trasversale.

4. Il principio di sussidiarietà legislativa non costituisce di per sé oggetto di questo intervento, ma occorre ugualmente accennarvi, anche perché il suo utilizzo costituisce una possibile alternativa all'uso della seconda via, l'espansione delle competenze trasversali. Esso si fonda, in definitiva, sull'inversione della logica del rapporto tra l'art. 117 e l'art. 118 della Costituzione: il primo è dedicato espressamente al riparto delle funzioni legislative, il secondo detta il principio come regola della distribuzione delle funzioni amministrative. Dato che le funzioni amministrative sono disciplinate dalla legge (principio di legalità) ci si deve chiedere qual è il legislatore competente a dettare tale disciplina. La risposta “logica”, mi pare, rinvia all'art. 117, che è dettato per quello: ed a maggior ragione, mi pare, per il fatto che la disciplina delle funzioni amministrative è il campo di elezione, se non il campo esclusivo, della legislazione regionale. Dunque, il principio di sussidiarietà deve essere attuato dal legislatore, statale o regionale, competente secondo il riparto dell'art. 117 Cost., come è confermato anche dall'art. 118, secondo comma, Cost. ove si parla di “.funzioni.. conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”.

Sembra fin troppo semplice, e secondo la Corte, o secondo la sentenza 303/2003, lo è. Si ponga il principio di sussidiarietà quale *principio assoluto* del riparto delle funzioni amministrative, come principio che quasi da sé può puntare ad una competenza amministrativa statale, e attraverso la mediazione del principio di legalità si arriverà inevitabilmente, come fa la sentenza 303, alla competenza del legislatore statale.

A questo punto, la Corte si rende conto che così ragionando si rischia di privare di senso il riparto dell'art. 117: ne nasce quella coppia “attrazione in sussidiarietà/intese collaborative” che tuttavia clamorosamente fallisce proprio nel punto in cui più il suo intervento sarebbe necessario: mancando gli strumenti istituzionali per la condivisione della scelta legislativa di base dell'attrazione in sussidiarietà, ci si dovrà sul punto accontentare di un ben diverso sindacato di ragionevolezza, ad opera della stessa Corte costituzionale.

2 Valorizzato al massimo, ad esempio, nel ragionamento in partenza tutto “extratestuale” della sentenza n. 303 del 2003: “limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (*konkurrierende Gesetzgebung*) o alla *clausola di supremazia* nel sistema federale statunitense (*Supremacy Clause*)]” (punto 2.1).

5. La seconda via maggiore di giustificazione dei “necessari” poteri statali è l’uso delle clausole di competenza trasversale³. Al contrario della sussidiarietà legislativa, queste clausole non sono un’invenzione della Corte, esistono nel testo della Costituzione. Il problema, dunque, sta nel determinarne il significato.

Il tema dato a questo intervento si riferisce alla *tutela dell’ambiente*, alla *tutela della concorrenza* e ai *livelli essenziali delle prestazioni*. Non si tratta delle sole clausole di competenza trasversale, ma dati i tempi di questo intervento tratterò solo di queste, pur se va avvertito che la crisi finanziaria esplosa nel 2008 ha portato ad un rilievo sempre maggiore della competenza (ufficialmente concorrente ma nella sostanza statale) in materia di *coordinamento della finanza pubblica*⁴.

Alterando l’ordine indicato in quel titolo comincerò l’esame dal tema della *tutela della concorrenza*, perché è da qui – mi pare che l’uso estensivo delle clausole trasversali è cominciato: a volte, mi sembra, persino oltre il potenziale linguistico del termine⁵.

La tutela della concorrenza, infatti, assume un ruolo protagonista subito dopo la sentenza n. 303 del 2003, con la n. 14 del 2004. Curiosamente, esse hanno anche lo stesso giudice relatore e redattore (Mezzanotte), ma si ispirano a logiche del tutto diverse. Al centro, sta il problema degli interventi nell’economia, quelli (nel linguaggio della decisione) di “rilevanza macroeconomica”, nell’occasione affidati dalla l. n. 448 del 2001 alla decisione e gestione dello Stato, come se l’allora nuovissimo Titolo V non esistesse. La sentenza n. 14 del 2004 giustifica la competenza statale in nome della competenza sulla tutela della concorrenza.

Il ragionamento che a ciò conduce è il seguente: si premette che la tutela della concorrenza deve avere nell’ordinamento italiano la stessa estensione che ha nell’ordinamento dell’Unione europea, si sottolinea che gli interventi degli Stati sono considerati nel Trattato (allora) CE sotto il capo della concorrenza e si conclude che dunque anche nel diritto italiano essi fanno parte della tutela della concorrenza. Si tratta, chiaramente, di un paralogismo: gli aiuti di Stato sono suscettibili di *alterare* la concorrenza tra le imprese, e perciò il Trattato li vieta o li limita. Corrispondentemente, la competenza di diritto interno in materia di tutela della concorrenza abilita certamente lo Stato (se non bastasse il diritto dell’Unione) a limitare eventuali interventi regionali o di altri soggetti pubblici, ma non certo a metterli in atto, rischiando semmai di *violare* le regole di concorrenza.

La sentenza n. 14/2004 è stata molto criticata in dottrina, ma ha continuato a rimanere un caposaldo della giurisprudenza in materia fino al 2007/2008. In particolare, è con la sentenza n. 63 del 2008 che la Corte espressamente dichiara che “contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa erariale” (come se non lo avesse sostenuto a lungo la stessa Corte⁶) il riferimento alla «tutela della concorrenza» quale materia di competenza statale esclusiva “non può giustificare l’intervento del legislatore statale in relazione ad aiuti di Stato, i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza”, e che invece i “molteplici settori (ad esempio, il commercio,

3 L’espressione è divenuta usuale, a fianco di altre espressioni come *materie-funzione* o *materie non materie*, in dottrina e nella giurisprudenza costituzionale. Senza rivendicare alcun diritto di invenzione, mi sia consentito di ricordare di averla utilizzata sin dal 2001 in *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1252 s.

4 Non ritengo invece sia correttamente da classificare come una clausola di competenza trasversale quella statale in materia di *ordinamento civile* (come del resto quella in materia di *ordinamento penale* o di *giurisprudenza*): il che ovviamente non significa che non vi sia materia di riflessione sull’uso che ne viene fatto nella giurisprudenza costituzionale.

5 Al contrario di ciò che taluno potrebbe pensare, i giuristi non sono seguaci di Humpty Dumpty, e non ritengono che ogni parola possa assumere qualunque significato, secondo la scelta di “*which is to be master*”. Non occorre essere linguisti per sapere che le parole hanno spesso un significato centrale e un possibile uso esteso, ma che comunque esistono anche dei confini oltre i quali l’uso di un termine si rivela arbitrario.

6 Non è il solo caso in cui la Corte critica implicitamente propri precedenti, non più citati, attribuendo ad altri la relativa opinione: si veda ancora la sentenza n. 104 del 2008, in cui essa afferma che “non può certo dirsi, come vorrebbero le Regioni Veneto e Lombardia, che «la materia ambientale non sarebbe una materia in senso tecnico»”, quando questo era ciò che affermava la Corte stessa nella sentenza n. 407 del 2002, più volte in seguito ripresa: fino, appunto, alla contraria affermazione del 2008, che segue la svolta sostanziale del 2007.

l'agricoltura, il turismo, l'industria) nei quali operano le imprese in difficoltà che siano beneficiarie dei medesimi" sono i sostanza "riconducibili a materie di competenza regionale" (punto 4.3). Di qui la giustificazione della competenza statale, invece, secondo il principio di sussidiarietà, cui segue l'affermazione di un dovere di coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni (punto 4.4, con espresso richiamo alla sentenza n. 303 del 2003)⁷.

La materia della tutela della concorrenza è dunque tornata nei suoi confini naturali? A mio avviso i punti interrogativi continuano a non mancare.

Tolti gli aiuti pubblici, secondo la Corte la materia "comprende «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» e quelle «di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche»". La Corte, dunque, distingue tra le misure di tutela "in senso proprio" da quelle "di promozione", che evidentemente si collocano in un'area semantica già più lontana da quella di più immediata pertinenza del termine *concorrenza*.

Tuttavia, già nel 2007, con la sentenza n. 401, alla tutela della concorrenza era stata già ascritta l'intera fase delle gare pubbliche che conducono all'aggiudicazione dei contratti pubblici, ancorché solo alcune delle relative regole possano realmente fare una differenza sul piano delle condizioni di parità tra le imprese concorrenti⁸.

Con la sentenza n. 325 del 2010 la competenza in materia conquista un nuovo terreno, portando a giustificare la sostanziale sottrazione agli enti locali della possibilità di gestire i servizi pubblici in proprio o *in house*. Ora, qui non si tratta tanto di "tutelare la concorrenza", quanto di stabilire in generale e in astratto secondo quali regole debbano essere gestiti i servizi pubblici. La norma di base che priva l'ente titolare del diritto di *gestire* il servizio non attiene, mi sembra, alla tutela della concorrenza, se non in un senso ormai solo remotamente connesso all'espressione. Non a caso, del resto, l'intera disciplina dei contratti pubblici dell'Unione europea non solo non ha mai negato alle amministrazioni il diritto di realizzare in proprio (o *in house*) ciò di cui sono capaci, ma neppure ha mai trovato la sua base giuridica nella competenza in materia di concorrenza. E lo stesso vale, mi sembra, per la disciplina europea dei servizi pubblici⁹.

Ulteriormente, con la sentenza n. 299 del 2012 è stata attratta alla sfera della tutela della concorrenza la normativa che abroga le regole di apertura e chiusura degli esercizi commerciali,

7 Sarebbe interessante sapere come mai la via della sussidiarietà non sia stata intrapresa subito, in luogo della "forzatura" della tutela della concorrenza: ma questo lo possono raccontare solo i protagonisti di quella decisione.

8 Secondo la sentenza n. 401 nel caso in esame delle regole di gara dei contratti pubblici "le altre competenze regionali diventano l'oggetto sui cui incide la funzione espletata dallo Stato attraverso l'esercizio della potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza". Potrebbe sembrare la base per fondare l'esigenza della leale collaborazione, ma la decisione ritiene invece che, al contrario che nei casi in cui si realizza "un forte intreccio con competenze regionali", ciò realizza, invece "una separazione tra competenza statale e competenza regionale" che non richiede procedure di collaborazione.

9 La sentenza n. 325 del 2010 giustifica la riconduzione alla concorrenza individuando, rispetto alla descrizione della sentenza n. 63 del 2008, una terza forma di tutela della concorrenza nelle regole "che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (dirette a tutelare la concorrenza "per" il mercato)" (punto 7). Sul punto si veda, in senso corrispondente a quello del testo, F. Trimarchi, *Ancora su concorrenza per il mercato e gli equivoci della giurisprudenza costituzionale* (Astrid, al sito http://www.astrid-online.it/Riforma-de2/Studi-e-ri/Trimarchi_concorrenza-per-il-mercato.pdf), con puntuali riferimenti al diritto dell'Unione europea. Può essere ricordato che i Comuni hanno poi recuperato il diritto di gestione *in house* dei servizi pubblici attraverso il referendum del 2011, fatto poi valere dalla Corte avverso il tentativo del legislatore di porne nel nulla il risultato (sent. 199/2012), e che tuttavia nuovi ostacoli sono stati posti attraverso la competenza in materia di *ordinamento civile* e di *coordinamento finanziario*.

vietandone ogni ulteriore fissazione da parte delle Regioni. In questo caso, a me pare, siamo oltre un qualunque possibile significato di tutela della concorrenza, trattandosi soltanto di regole di esercizio di attività economiche già aperte a chiunque, a tutela di valori fondamentali e – potenzialmente – della stessa possibilità di concorrenza degli operatori minori rispetto agli operatori maggiori¹⁰.

Sembra dunque evidente che, pur dopo l'eliminazione dal suo ambito del sostegno alle imprese, la voce *tutela della concorrenza* viene letta in modo che va oltre l'uso ordinario¹¹ e i confini semantici del termine, per giustificare l'attrazione allo Stato, senza limiti, di qualunque scelta di politica economica, con esclusione di ogni possibile indirizzo alternativo¹². Nella materia onnivora ci si dovrà accontentare di un sindacato di proporzionalità-adequatezza che, benché prospettato sin dalla sentenza n. 14 del 2004, e poi ancora ribadito¹³, raramente ha condotto a valutazioni di incostituzionalità¹⁴.

Si dirà che questa è la scelta della Corte, e che non rimane che prenderne atto. Sia consentito però, a chiusura sul punto, di chiedersi che cosa accadrebbe se l'Unione europea pretendesse di assumere per gli Stati membri scelte del genere fondandosi sulla propria competenza in materia di concorrenza¹⁵.

10 Sostanzialmente nello stesso senso, mi sembra, V. Onida, *Quando la Corte smentisce se stessa*, nota in AIC – Associazione italiana costituzionalisti, 1/2013, al sito <http://www.rivistaaic.it>.

11 In particolare, non risulta che abbia fondamento il richiamo, pur sottolineato nella giurisprudenza costituzionale (si veda ancora, ad esempio, nella sentenza n. 325 del 2010, il punto 7).

12 Come rileva Onida, cit., in termini assai più equilibrati la sentenza n. 8 del 2013 nel valutare un principio statale orientato alla generale liberalizzazione delle attività economiche afferma che la norma “non comporta (...) l'assorbimento delle competenze legislative regionali in quella spettante allo Stato nell'ambito della tutela della concorrenza”, poiché “i principi di liberalizzazione presuppongono che le Regioni seguitino ad esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche”, sia pure “in base ai principi indicati dal legislatore statale”. Il titolo di intervento statale rimane pur sempre, tuttavia, quello della tutela della concorrenza.

13 Ad esempio, nella sentenza n. 272 del 2004 e poi nella n. 401 del 2007 (contratti pubblici). La formulazione è particolarmente significativa nella sentenza 272/2004, ove si afferma che trattandosi “di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, “trasversale” (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché 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, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato”.

14 Il caso più significativo, se non mi sbaglio, è quello della stessa sentenza n. 272 del 2004, nella quale la nuova formulazione dell'art. 113, comma 7, del d. lgs. n. 267 del 2000 viene dichiarata incostituzionale nella parte in cui disciplina con eccessivo dettaglio i criteri di aggiudicazione delle gare per la gestione dei servizi pubblici locali (una materia che di lì a tre anni verrà poi considerata di esclusiva competenza statale con la sent. n. 401 del 2007). La stessa sentenza n. 272 ha ritenuto sottratta alla materia della tutela della concorrenza la gestione dei servizi privi di rilevanza economica.

15 In effetti la giurisprudenza costituzionale è ricca di richiami a una presunta “accezione dinamica” della concorrenza che opererebbe nell'Unione europea, senza che di tale accezione venga mai addotta una reale documentazione, che peraltro anche sulla base di ulteriori ricerche non risulta agevole rinvenire. Si veda, ad esempio, l'affermazione della sentenza n. 45 del 2010, secondo la quale “avendo riguardo al diritto europeo, devono, pertanto, essere ricomprese in tale nozione: a) «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» (sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure antitrust; b) le disposizioni legislative «di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (citata sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure volte ad assicurare la concorrenza “nel mercato”; c) le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (sentenza n. 401 del 2007): si tratta, in sintesi, di interventi mirati a garantire la concorrenza “per il mercato” (da ultimo, sentenza n. 160 del 2009)”. La terza nozione, in particolare, mi sembra estranea ad una “dottrina europea” della concorrenza.

6. Il diritto del legislatore statale di determinare i *livelli essenziali delle prestazioni* concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale è stato sempre riconosciuto come compito *trasversale*, essendo ovvio che le “prestazioni” da assicurare possono riguardare diverse materie¹⁶.

Il problema interpretativo riguarda invece in primo luogo la nozione di *prestazione*.

E' fuor di dubbio che prestazioni sono quelle proprie dell'assistenza sociale, dell'assistenza sanitaria, dell'edilizia abitativa e simili. Ferma la competenza statale fissata in Costituzione, in questi ambiti si pone tuttavia un evidente problema di coordinamento/collaborazione tra Stato e Regioni: trattandosi di prestazioni che hanno un costo evidente e definito, la fissazione del livello generale di necessario soddisfacimento richiede necessariamente o che lo Stato si faccia carico dei mezzi finanziari (in difetto di attuazione piena dell'art. 119 Cost.: si veda la sentenza n. 121/2010, in tema di edilizia abitativa), una previa intesa, almeno quando la concreta individuazione delle prestazioni avvenga con regolazione amministrativa (sentenza n. 134 del 2006¹⁷).

Assai più problematico a me appare l'uso della categoria della *prestazione* per alludere non a concrete utilità erogate all'interessato che secondo le regole del sistema ha titolo ad ottenerle, ma specifici modi di regolazione generale del rapporto tra amministrazione e amministrati (o, se il termine non piace, tra amministrazione e cittadini, ben sapendo che sono inclusi... i non cittadini). A questo modo, come si sa, sono state legittimate, tra l'altro, le disposizioni statali che disciplinano i casi in cui è ammessa o dovuta la *dia/scia*¹⁸. Ora, a me sembra evidente che concepire la *scia* come “prestazione” da un lato ne snatura la nozione, dall'altro rappresenta un modo molto parziale di cogliere un problema di scelte organizzative e procedurali che può porsi in modo molto diverso territorio per territorio e materia per materia.

Qualunque sia il concetto di prestazione, la competenza dello Stato è pacificamente diretta – nelle materie di competenza regionale – alla sola fissazione del *livello*, ferma restando la competenza legislativa per materia nella rimanente regolazione e la competenza amministrativa per l'erogazione. Perciò risulta evidentemente problematico l'inquadramento nella competenza alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei casi nei quali, in una materia di riconosciuta competenza regionale (nel caso, l'assistenza sociale) lo Stato, anziché determinare il livello delle prestazioni che saranno erogate dalle competenti amministrazioni, ne preveda e ne gestisca la diretta erogazione, come è avvenuto nel caso della cosiddetta *social card* e della più recente cosiddetta *Carta acquisti*¹⁹. Del resto, la Corte ne è pienamente consapevole, e si richiama

16 Nella giurisprudenza è stato affermato sin dalla sentenza n. 282 del 2002 e poi sempre ripreso. Si veda, ad esempio, la sentenza n. 10 del 2010, secondo la quale nel caso dei livelli essenziali “non si tratta [...] di una «materia» in senso stretto, bensì di una competenza trasversale, idonea cioè ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore statale deve poter predisporre le misure necessarie per attribuire a tutti i destinatari, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle (sentenze n. 322 del 2009 e n. 282 del 2002)” (punto 6.3).

17 “Ciò che, invece, rileva è la ingiustificata riduzione delle modalità di coinvolgimento in questo procedimento delle Regioni (la mera richiesta di un parere alla Conferenza unificata), rispetto a quanto ribadito – tramite il rinvio all'intero testo dell'art. 54 della legge n. 289 del 2002 (ivi inclusa la procedura su “intesa” in sede di Conferenza unificata, disciplinata dal comma 3 di tale disposizione) – nello stesso comma 169 per la modificazione dei LEA in riferimento a standard che apporterebbero limitazioni di norma ancora più incisive all'autonomia regionale, in quanto connesse alla fase di concretizzazione dei LEA; se anche la determinazione degli standard trova giustificazione costituzionale nella lettera *m*) del secondo comma dell'art. 117 Cost., non può evidentemente ipotizzarsi che venga meno per essi proprio la più incisiva forma di leale collaborazione fra Stato e Regioni prevista dalla legislazione vigente per la determinazione dei LEA mediante procedure non legislative”.

18 Il riferimento va alla sentenza n. 203 del 2012, ripresa dalla n. 121 del 2014. Allo stesso modo è stato concepito come prestazione di cui fissare il livello essenziale l'istituto del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990.

19 Rispettivamente con la sentenza n. 10 del 2010 e con la sentenza n. 62 del 2013.

alla eccezionale situazione economica²⁰, cessata la quale si dovrà tornare a coinvolgere le Regioni, avendo cura “di garantire anche la piena attuazione del principio di leale collaborazione, nell’osservanza del riparto delle competenze definito dalla Costituzione”. Ci si chiede però se non sarebbe stato opportuno, nella circostanza, sottolineare (magari con richiamo all’art. 38 Cost.) il dovere dello Stato di garantire l’esistenza e il funzionamento di un sistema stabile e ordinario di sicurezza sociale, evitando interventi occasionali di resa – se si può dire – sicuramente più politica che istituzionale.

7. Diversamente che per la tutela della concorrenza e per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, non mi pare di poter dire che nell’applicazione della clausola di competenza statale in materia di tutela dell’ambiente vi sia stata alcuna forzatura di quello che l’art. 12 delle *Preleggi* chiama *il significato proprio delle parole*²¹.

La “storia dell’ambiente” nella giurisprudenza costituzionale è ben nota²², e si fonda sul passaggio dalla dottrina dell’ambiente come competenza trasversale *ante litteram*²³, o come *valore*, che nasce sotto il primo Titolo V e trova la compiuta formulazione nella sentenza n. 407 del 2002, alla dottrina dell’ambiente come *vera materia*, in quanto sintetizza in una unità significativa le varie componenti di essa²⁴. Ma sia sotto la prima teoria che sotto la seconda la Corte è risultata attenta sia a garantire la preminenza delle determinazioni statali, sia a ribadire gli spazi di intervento regionale, sulla base della competenza in materie connesse (come la tutela della salute e il governo del territorio) in quanto non confliggano con tali determinazioni.

Attraverso le differenti enunciazioni sembra dunque di vedere una linea di continuità, che arriva fino alla recentissima sentenza n. 58 del 2015, ove ancora si afferma che la materia di competenza esclusiva “interferisce con altri interessi e competenze, di modo che deve intendersi riservato allo Stato il potere di fissare livelli di tutela uniforme sull’intero territorio nazionale, ferma restando la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente

20 Ancora la sentenza n. 10 del 2010, secondo cui tale competenza può essere invocata “anche nei particolari casi in cui la determinazione del livello essenziale di una prestazione non permetta, da sola, di realizzare utilmente la finalità di garanzia dallo stesso prevista (espressiva anche dello stretto legame esistente tra tale parametro ed i principi di cui agli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost.)”. Infatti “la ratio di tale titolo di competenza e l’esigenza di tutela dei diritti primari che è destinato a soddisfare” consentirebbero di ritenere “che esso può rappresentare la base giuridica anche della previsione e della diretta erogazione di una determinata provvidenza, oltre che della fissazione del livello strutturale e qualitativo di una data prestazione, al fine di assicurare più compiutamente il soddisfacimento dell’interesse ritenuto meritevole di tutela (sentenze n. 248 del 2006 e n. 383 e n. 285 del 2005), quando ciò sia reso imprescindibile, come nella specie, da peculiari circostanze e situazioni, quale una fase di congiuntura economica eccezionalmente negativa”.

21 Ciò non significa che non possano talvolta esistere perplessità in ordine alla ascrizione alla tutela dell’ambiente (oltre che in parte alla tutela della concorrenza, nell’amplissimo senso esposto) di alcuni aspetti della regolazione dei *servizi idrici* (ad esempio nella sentenza n. 325 del 2010 e in altre, sino alla recente n. 32 del 2015), considerati prevalenti rispetto alla materia della gestione del servizio pubblico.

22 Sull’evoluzione della concezione della materia “ambiente” sia consentito, nella grande varietà dei contributi dottrinali, ricordare il mio *I principi costituzionali del paesaggio (e il riparto di competenze tra Stato e Regioni)*, 2009, ora in G. Falcon, *Scritti scelti*, Kluwer Cedam, Padova 2015, p. 539 ss.

23 Come rileva ad esempio Benelli, *La “smaterializzazione” delle materie, Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano 2006, p. 93 s.

24 Della nuova tendenza si ha un primo cenno già con l’ordinanza n. 144 del 2007, poi con le sentenze n. 367, n. 378 e 380 dello stesso anno, per arrivare alla teorizzazione compiuta con la sentenza n. 104 del 2008. Sul tema si può vedere P. Maddalena, *L’interpretazione dell’art. 117 e dell’art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell’ambiente*, in *Federalismi*, 9/2010 (come noto P. Maddalena fu anche giudice relatore della maggior parte delle sentenze in materia ambientale, e in particolare di quelle sopra ricordate).

ambientali” con richiamo ad una lunga scia di decisioni successive al 2008²⁵.

Del resto, la legislazione statale – si pensi allo stesso d.lgs. n. 152 del 2006 – apre spazi all’azione regionale, confermando che almeno parte delle materie statali previste dall’art. 117, comma secondo, sono “esclusive” nel senso che spetta allo Stato deciderne regole e organizzazione, fermo però che lo Stato stesso, in applicazione del principio di sussidiarietà, può devolvere alle Regioni e ai Comuni funzioni regolative e amministrative: come del resto è espressamente previsto dagli articoli 117, comma sesto, e 118 Cost.

8. Veniamo ora al rapporto tra clausole trasversali dell’art. 117, secondo comma, Cost. E le autonomie speciali. Da un punto di vista teorico è molto semplice: basta distinguere tra quanto compete alle Regioni speciali in virtù della “maggiore autonomia” acquisita ai sensi dell’art. 10 della l. cost. n. 3 del 2001 da quanto compete in forza delle clausole statutarie.

Per quanto riguarda la “maggiore autonomia” non può essere dubbio che per quanto acquisito a questo titolo debbano valere non solo le attribuzioni di competenza alle regioni, ma anche le riserve di competenza propria dello Stato. La Corte ha giustamente chiarito che le Regioni speciali non possono pretendere di prendere soltanto – per così dire – il “lato buono” del nuovo Titolo V, ma ricevono la maggiore autonomia *con gli stessi limiti che valgono per le Regioni ordinarie*²⁶. Questa considerazione, peraltro, non può che entrare anche nella valutazione di quali siano, alla fine dei conti, i casi in cui si può realmente dire che il Titolo V del 2001 reca una maggiore autonomia. Da questo punto di vista – e considerata la dimensione assunta dal principio di sussidiarietà e dalle competenze trasversali – è molto dubbio che corrisponda oggi al vero che la potestà cosiddetta “residuale” delle Regioni ordinarie comporti una maggiore autonomia rispetto alla potestà primaria prevista dagli statuti speciali, come ritenuto dalla Corte, ad esempio, nella sentenza n. 274 del 2003 (punto 3.2) e ripreso dalla 397 del 2006.

Diversamente va invece detto quando le autonomie speciali esercitano competenze legislative derivanti dallo Statuto. In questo caso allo Stato non competono gli specifici poteri previsti dall’art. 117, comma secondo, ma la generale potestà legislativa in tutto quanto non sia dallo Statuto speciale devoluto alla Regione: ciò significa, in altre parole, che i vincoli della legislazione statale debbono entrare attraverso le porte previste dagli statuti, cioè attraverso – in particolare – il limite degli obblighi internazionali e il limite delle riforme economiche e sociali (sentenza n. 62 del 2005, punto 4).

Dunque, benché in taluni casi il risultato cui si perviene possa essere simile, non risulta corretto, in questi ambiti, far valere direttamente le clausole di competenza statale proprie del Titolo V del 2001, come nella giurisprudenza è non raramente accaduto²⁷.

25 Si veda tuttavia la negazione di una competenza regionale nella sentenza n. 67 del 2011, secondo la quale la competenza esclusiva statale in materia ambientale “è intesa ad assicurare livelli di protezione, non solo adeguati, ma anche uniformi, fungendo così da limite invalicabile per la legislazione regionale”, sicché “l’esigenza di una valutazione unitaria del sistema ‘ambiente’ ... non tollera discipline regionali differenziate, che insidiano l’organicità della tutela complessiva già individuata a livello nazionale” (punto 8.1).

26 Cfr. le sentenze nn. 383 del 2005 e 134 del 2006.

27 Paradossale, da questo punto di vista, la sentenza n. 326 del 2008, la quale dopo avere affermato la “maggiore autonomia”, in quanto: “la potestà legislativa regionale disciplinata dall’art. 117, quarto comma, è sottoposta solo ai limiti dettati dal primo comma dello stesso articolo”, inquadra invece la materia nei titoli di competenza statale della *tutela della concorrenza* e dell’*ordinamento civile*, lasciando l’impressione che la maggiore autonomia venga affermata solo al fine di far valere avverso le Regioni speciali i limiti propri di quelle ordinarie. Sono comunque

9. Constatato quanto gli sviluppi interpretativi abbiano ampliato le competenze statali e ridimensionato i conferimenti di competenza che la formulazione del Titolo V del 2001 sembrava promettere alle Regioni, può essere interessante, chiedersi quali sarebbero gli effetti maggiori, in relazione alle questioni qui affrontate e più in generale ai rapporti di tra lo Stato e le Regioni, dell'eventuale approvazione delle modifiche ipotizzate nel disegno di legge costituzionale sulla riforma del bicameralismo e del Titolo V della Parte seconda attualmente in discussione.

Si sa che il progetto riporta allo Stato la competenza in numerose materie, e contiene anche una più generale "clausola di supremazia". Così facendo, il nuovo riparto renderà il testo della Costituzione più coerente con quanto già accade in forza della legislazione statale e della giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo le linee che si sono in parte qui esemplificate. Cambieranno le etichette e i titoli costituzionali invocati, ma non vedo mutamenti maggiori negli equilibri di fondo.

Invece, con le modifiche del bicameralismo e con la nuova articolazione del Senato, ove questo alla fine davvero esprimesse un collegamento significativo con le Regioni e con le autonomie in generale, si introdurrebbe un meccanismo di collaborazione tra lo Stato e le Regioni nel procedimento legislativo di cui la giurisprudenza costituzionale ha a volte (si pensi alla stessa sentenza n. 303 del 2003) postulato la necessità, senza ovviamente poterlo realizzare. Si favorirebbe così in modo strutturale quell'adeguamento dei metodi della legislazione alle esigenze delle autonomie vanamente invocato fin dal 1947 dall'art. 5 della Costituzione. In questo senso, nonostante la riduzione delle competenze delle Regioni nel testo dell'art. 117, la riforma potrebbe costituire uno sviluppo positivo del regionalismo italiano.

ricorrenti affermazioni secondo le quali talune clausole trasversali dell'art. 117, comma secondo, si applicherebbero – in contraddizione con l'art. 10 della l. cost. 3 del 2001 – anche alle Regioni speciali.