

Liberalizzazioni: una lettura giuridica

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La vuota promessa della liberalizzazione dei grandi servizi a rete. - 3. La pseudoliberalizzazione dei servizi pubblici locali. – 4. Liberalizzazione come deregolamentazione. – 5. Le liberalizzazioni-manifesto. – 6. Il destino delle liberalizzazioni.

1. Introduzione

Una lettura strettamente giuridica del fenomeno delle liberalizzazioni è opportuna visto che il tema soffre di eccessi ideologici dai quali va depurato.

La liberalizzazione è prima di tutto una nozione di politica economica: gli specifici strumenti giuridici di liberalizzazione introdotti in un ordinamento risentono di una precisa concezione circa il valore della libertà di mercato per la crescita economica ⁽¹⁾.

In base a questa concezione il presupposto da cui parte la liberalizzazione è che la disciplina di diritto amministrativo sia un fattore impeditivo della crescita economica ⁽²⁾.

Da questo punto di vista lo strumento giuridico di liberalizzazione ha una valenza puramente negativa. Le previsioni di liberalizzazione sono norme abrogatrici di norme preesistenti, perché le disposizioni che pongono limiti alla libertà economica devono essere eliminate.

Di conseguenza ciò che viene messo anzitutto in discussione dalle politiche di liberalizzazione è il rapporto tra autorità e libertà: il limite alla libertà economica è considerato espressione di autorità e la liberalizzazione è conseguentemente rappresentata come un arretramento dell'autorità.

Ma quest'opzione deregolamentativa non è del tutto *disponibile* per il legislatore. La dialettica tra autorità e libertà esprime la tensione tra le ragioni della libertà e le ragioni dell'autorità e questa tensione non è semplicemente politica, ma diventa giuridica nella misura in cui si viene a toccare il fondamento costituzionale dell'organizzazione sociale.

E' lo schema, che sempre si ripresenta nel diritto dell'economia, del rapporto tra libertà economica privata e limitazioni derivanti dall'utilità sociale, chiaramente enunciato dall'art. 41

¹ Sui vari modelli di disciplina dei mercati cfr. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc.dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 191 ss.

² In tema cfr., da ultimo, R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, in www.giustamm.it; e, in precedenza, M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir.amm.*, 2008, 51 ss.; sulla necessaria distinzione tra diritto ed economia cfr., da ultimo, F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in questa *Rivista*, 2012, 11 ss., spec. 31-32.

della nostra Costituzione ⁽³⁾, ma presente anche nella disciplina europea, laddove l'art. 3, c. 3, TUE, prefigura una "economia sociale di mercato" ⁽⁴⁾.

Una lettura in chiave giuridica delle liberalizzazioni non può che cominciare da una verifica della tenuta di questo schema rispetto alle diverse esperienze di liberalizzazione.

Infatti se l'occasione di riflessione su queste tematiche è offerta dalla recente produzione normativa, molto abbondante e stratificata, tale da non offrire un quadro normativo né chiaro, né stabile ⁽⁵⁾, la liberalizzazione è in realtà un fenomeno risalente nel tempo.

2. La vuota promessa della liberalizzazione dei grandi servizi a rete.

Per quanto l'attenzione oggi si appunti naturalmente sulle più recenti disposizioni di liberalizzazione, è importante esplorare l'intero campo dei fenomeni riconducibili a questo concetto.

Si è tutti consapevoli come sia impossibile attribuire alle liberalizzazioni un significato univoco, essendo una nozione ampia ed elastica, che include misure diverse tra loro ⁽⁶⁾.

Tuttavia sembra interessante tenere sotto un unico sguardo contemporaneamente tutti i fenomeni, per rendere più articolata la riflessione, pur tenendo ferme le debite distinzioni.

Interessante non è discutere in astratto delle liberalizzazioni (sono un bene oppure un male; si è pro o si è contro), ma vedere cosa rivela l'esperienza fatta dal nostro ordinamento giuridico nell'attuazione di una determinata politica di liberalizzazione.

Infatti la liberalizzazione è un processo e l'equilibrio tra libertà e autorità è in continua evoluzione ⁽⁷⁾.

³ Cfr., per tutti, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; ID., *Potere pubblici ed attività produttive*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 643 ss.

⁴ Sulla nozione di economia sociale di mercato cfr. A. PREDIERI, *Economia sociale di mercato nell'Europa di Maastrich*, in *Dir.comm.internaz.*, 1995, 531 ss.

⁵ Cfr. d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in l. 12 luglio 2011, n. 106; d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148; d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214; d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27; d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in l. 4 aprile 2012, n. 35; d.l. 22 giugno 2012, n. 83, in attesa di conversione. Su questi provvedimenti normativi cfr. W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *Crisi economico finanziaria e risposta del diritto. Approfondimenti de Il diritto dell'economia*, 2012, 113 ss.; i commenti a *Il decreto "salva Italia"*, di G. NAPOLITANO, M. DE BENEDETTO, F. DI LASCIO, A. TONETTI, M. ARSÌ, R. ROMEI e G. VESPERINI, in *Giorn.dir.amm.*, 2012, 229 ss.; L. SALTARI, *Lo "stato del mercato"*, *ivi*, 2012, 579 ss.

⁶ S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2000, 389 ss.; G. CORSO, voce *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2492 ss.; F.G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, 2008, 1 ss.

⁷ M. LUCIANI, *Liberalizzazioni. Il quadro costituzionale nella prospettiva della giurisprudenza*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, cit., 11 ss., 14.

Sicuramente il più importante ambito di liberalizzazioni, per dimensioni e per impatto economico e sociale, è quello che interessa i servizi d'interesse economico generale (comunicazioni elettroniche, energia e gas, trasporti e poste).

In questo specifico settore le liberalizzazioni nascono dalla particolare interpretazione/attuazione dell'attuale art. 106, c. 2, TFUE (già art. 86, c. 2, del Trattato Ce) data dalla Commissione europea con l'avallo della Corte di giustizia (8).

Il tema è talmente noto – soprattutto per le ricadute teoriche enfatizzate dalla dottrina amministrativistica in tema di trasformazione del concetto di servizio pubblico e di transizione dallo Stato gestore allo Stato regolatore (9) – che è possibile darlo qui per presupposto e limitarsi a sottolinearne gli aspetti che sembrano di maggior rilievo.

In quest'ambito la liberalizzazione assume il significato di passaggio da un regime di monopolio legale a un regime caratterizzato da una pluralità di operatori economici, indifferentemente pubblici o privati.

La finalità di questa politica di liberalizzazione è l'instaurazione di un mercato concorrenziale, anche se la misura giuridica di liberalizzazione (qui la mera soppressione del monopolio legale) non comporta automaticamente una situazione di concorrenza effettiva (10).

Importante è rilevare che la concorrenza non viene presentata come il fine ultimo di queste politiche di liberalizzazione, bensì come un obiettivo strumentale rispetto a due valori finali: il pieno dispiegarsi della libertà economica privata, nonché il benessere dei consumatori-utenti, che fruirebbero di servizi di qualità migliore e prezzi più bassi (11).

Tuttavia la stessa messa in atto delle politiche di liberalizzazioni mostra che questo assunto non è sempre corretto.

Entrambi gli obiettivi finali della liberalizzazione non sono affidati alla liberalizzazione stessa, ma alla regolazione, cioè a un insieme di disposizioni di diritto pubblico aventi quale scopo proprio la tutela di soggetti come i *new comers* o gli utenti, che altrimenti sarebbero privi di protezione adeguata.

⁸ Per questa evoluzione cfr. G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Roma-Bari, 1998, 79 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, III ed., Torino, 2012, 62 ss.; E. PICOZZA, *I fondamenti comunitari delle politiche e misure di liberalizzazione*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, cit., 31 ss.

⁹ Cfr. S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ.pubbl.*, 1996, 5 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir.pubbl.*, 1999, 371 ss.; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2001*, Milano, 2002, 63 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 3003, 91 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

¹⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 82 ss.

¹¹ Per una chiara affermazione di questo concetto cfr. Corte di giustizia, 27 novembre 2003, in C-34 e 38/01, nonché Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 14; Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467.

Per quanto riguarda il primo obiettivo (concorrenza in senso soggettivo), le misure di regolazione proconcorrenziale si pongono in contraddizione con il regime di uguaglianza formale di tutti gli operatori economici che è instaurato dalla misura di liberalizzazione.

La regolazione, infatti, è asimmetrica, in quanto disciplina in maniera differente i soggetti dotati di un significativo potere di mercato rispetto ai c.d. nuovi entranti.

Proprio perché la norma di liberalizzazione ha instaurato un regime giuridico nel quale tutti i soggetti godono dell'uguaglianza formale (un regime quindi improntato alla libertà in senso tipicamente privatistico), le misure asimmetriche, per quanto possano essere considerate necessarie al fine di instaurare un regime di effettiva concorrenza e per quanto sia scontato che la liberalizzazione sia un processo da realizzare limitando gradualmente il potere di mercato degli operatori dominanti, non godono di piena e pacifica cittadinanza, ma sono rappresentate come misure eccezionali, sottoposte a uno stretto controllo di proporzionalità.

Come ha affermato il giudice amministrativo, sono ritenute illegittime misure che creano una “asimmetria ai danni di taluni operatori incisi nella loro libertà di azione, non giustificata, sul piano della ragionevolezza e della proporzionalità, dal presupposto di comportamenti abusivi, scorretti o anche solo sintomatici di una distorsione speculativa del funzionamento del mercato”⁽¹²⁾.

Quest'aspetto dimostra che la concorrenza ha una complessa relazione con la libertà economica, perché per un verso ne costituisce un profilo, nel senso che ogni singolo operatore ha interesse a entrare in un mercato, per l'altro ne costituisce un limite, nel senso che si contrappone all'interesse a escludere gli altri competitori vantato da chi su quel mercato è un *incumbent*⁽¹³⁾.

Per quanto riguarda il secondo obiettivo (tutela degli utenti), la liberalizzazione dei servizi d'interesse generale deve essere sempre accompagnata da “misure di tutela dell'interesse generale, in particolare per garantire, con il concetto di servizio universale, l'accesso di ciascuno, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, ad un servizio di qualità specificata ad un prezzo abbordabile”⁽¹⁴⁾.

¹² Così Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3501, relativo a un provvedimento con cui l'Autorità per l'energia elettrica e il gas prescriveva agli operatori del settore misure comportamentali indirettamente conformative dei prezzi, imponendo ai soggetti che versavano nella condizione di potere di mercato il vincolo di non modificare il prezzo stesso. In tema cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006.

¹³ Il punto è ben chiarito da M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Torino, 27-29 ottobre 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 52.

¹⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 definitivo, par. 5.

La regolazione detta quindi anche una disciplina per assicurare il servizio universale, che in giurisprudenza è stato definito come una sorta di “contrappeso” della liberalizzazione (15).

Si suole affermare che la regolazione presenta carattere transitorio (16).

L’idea che la regolazione sia un fenomeno transitorio è a sua volta figlia dell’idea che il mercato sia un’entità razionale che induce all’economia virtuosa, la quale finisce per ricadere a vantaggio degli utenti finali.

L’osservazione della realtà concreta dimostra che la regolazione non è una disciplina di tipo transeunte, perché sempre necessaria, e questo vale sia per la regolazione pro-concorrenziale, sia per la regolazione che serve a soddisfare specifiche istanze di benessere sociale in un contesto concorrenziale, dal momento che anche in condizioni di concorrenza perfetta gli operatori economici non soddisferebbero spontaneamente le istanze sociali.

Il punto è che la misura di liberalizzazione instaura immediatamente un regime di libertà economica e di uguaglianza formale, ma i presunti benefici di questa misura sono differiti nel tempo, dipendono da trasformazioni complesse e non esiste alcuna garanzia che si realizzino effettivamente.

Questo iato tra l’immediatezza della misura di liberalizzazione e la promessa dei benefici che ne dovrebbero conseguire determina lo spazio di operatività giuridica della dialettica tra libertà economica e utilità sociale.

La giurisprudenza in materia sembra cogliere perfettamente quest’aspetto.

Da un lato, il nostro giudice amministrativo ha affermato che la regolazione non viola il principio di libertà d’iniziativa economica privata di cui all’art. 41 Cost., “stante la necessità che anche siffatta libertà vada esercitata con le limitazioni derivanti dalla funzione sociale cui essa soggiace” (17).

Dall’altro, la Corte di giustizia ha riconosciuto la compatibilità con il diritto dell’Unione europea di una normativa interna che consente all’Autorità di regolazione dell’energia elettrica e del gas di esercitare, oltre il termine indicato nella direttiva stessa, il potere di fissazione dei prezzi di riferimento delle forniture di gas naturale ai clienti domestici, perché occorre contemperare l’interesse europeo alla puntuale osservanza delle regole di concorrenza e l’integrità del mercato unico con determinate “scelte di politica economica e/o sociale degli Stati membri”, ossia

¹⁵ Tar Piemonte, Torino, sez. I, 18 luglio 2008, n. 1664. Sulla complementarietà tra liberalizzazione e regolazione ci si permette di rinviare a M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir.proc.amm.*, 2006, 80 ss.

¹⁶ M. LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell’economia: regolazione e concorrenza*, in *Giorn.dir.amm.*, 2002, 802 ss.; ID., *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, *ivi*, 2005, 195 ss.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 265 ss.

¹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467, in tema di determinazione delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale ai clienti finali e di tariffe per l’attività di distribuzione.

contemperare l'obiettivo della liberalizzazione con quello della necessaria protezione del consumatore e quindi garantire che il prezzo di fornitura del gas sia mantenuto a un livello ragionevole ⁽¹⁸⁾.

Non potendosi aspettare che i supposti benefici della liberalizzazione si realizzino, è sempre e ancora l'utilità sociale a definire i confini della libertà economica.

3. La pseudoliberalizzazione dei servizi pubblici locali.

La seconda significativa esperienza di liberalizzazione è quella relativa ai servizi pubblici locali di rilevanza economica. Pur essendosi presentata all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso come volontà d'instaurazione di un regime concorrenziale, sul modello della liberalizzazione europea dei grandi servizi a rete, tale politica ha successivamente cambiato di segno, finendo per focalizzarsi più sulla privatizzazione che sulla liberalizzazione del settore.

La misura di "liberalizzazione" qui perseguita dal legislatore non è il superamento del monopolio, ma l'affermazione della regola dell'affidamento della gestione del servizio mediante gara, in alternativa all'affidamento diretto a una società mista con socio privato operativo, scelto mediante gara. Una volta individuato tramite procedure concorsuali a evidenza pubblica l'operatore esercita il servizio in regime di monopolio legale ⁽¹⁹⁾.

La Corte costituzionale ha avvallato l'attribuzione di questo genere di misure all'ambito della tutela della concorrenza ⁽²⁰⁾.

Le misure ascrivibili alla tutela della concorrenza sarebbero, oltre a quelle che aprono l'accesso a mercati precedentemente chiusi (la cd. concorrenza nel mercato, ossia l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese), anche le misure che prescrivono la gara per l'aggiudicazione dei contratti pubblici e per l'affidamento dei servizi pubblici e, in collegamento con queste, le disposizioni riguardanti le modalità di gestione dei servizi (la cd. concorrenza per il

¹⁸ Corte di giustizia CE, grande sezione, 20 aprile 2010, n. 265, *Federutility*, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 723 ss., con nota di C. FELIZIANI, *Il rapporto tra liberalizzazione e regolazione al vaglio della Corte di giustizia*, *ivi*, 2011, 787 ss.

¹⁹ Sulla stratificata normativa in materia si rinvia a F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 219 ss.; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010, 63 ss.

²⁰ Molto chiara sul punto Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur.cost.*, 2007, 4447 ss., con note di L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le "anime" della competenza esclusiva statale in materia di "tutela della concorrenza?"*, *ivi*, 4559 ss., e C. LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*, *ivi*, 4569 ss.; cfr., da ultimo, Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Le Regioni*, 2011, con nota di R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*.

mercato), secondo la nota contrapposizione elaborata negli anni Sessanta del secolo scorso da Demsetz (21).

Ma la concorrenza per il mercato, ossia la concorrenza per il monopolio, in cui il confronto competitivo si consuma nella sola gara, è stata definita una concorrenza parassitaria o fasulla, perché altro non sarebbe che un metodo artificiale per ovviare all'assenza di concorrenza all'interno del mercato (22).

Si è anche escluso che sia il diritto europeo ad autorizzare quest'operazione, visto che secondo il diritto europeo il ricorso all'organizzazione propria per la gestione dei servizi pubblici rientra tra le prerogative delle autorità competenti (23).

Questa particolare critica è però diretta a sostenere non tanto la necessità di un'integrale apertura al mercato, quanto piuttosto la legittimità degli affidamenti *in house providing*. Si osserva infatti che la concorrenza per il mercato è "dogma che trova spiegazione nella pregiudiziale sfiducia nella capacità e nella buona volontà delle autonomie locali" (24).

D'altra parte, non si può sottacere che, come emerge dal recente rapporto Irpa sul capitalismo municipale, solo il 37,6% delle municipalizzate si occupa di servizi pubblici locali come la raccolta di rifiuti, i trasporti, o la gestione dell'acqua, mentre il restante 62,4 % si occupa di attività come l'edilizia oppure di servizi alle imprese, senza trascurare neppure che il 30 % circa delle società pubbliche locali è attualmente in perdita.

Si tratta di dati che danno forza all'istanza privatizzatrice sotto forma di concorrenza per il mercato, la quale si giustifica in nome del contenimento della spesa pubblica. Ma soprattutto questi dati sollevano l'ulteriore delicato problema dell'abuso del servizio pubblico, sotto la cui etichetta eccessivamente larga introdotta dall'art. 22 della l. 142/90, finiscono per trovare impropriamente spazio forme d'intervento economico diretto da parte degli enti locali, la cui legittimità dovrebbe essere discussa al di fuori della cornice del servizio pubblico locale.

Pertanto, la concorrenza per il mercato non è l'unica opzione possibile nel settore dei servizi pubblici locali.

Già nel 1999 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva precisato in una sua segnalazione che il legislatore, ogniqualvolta ciò fosse stato possibile per caratteristiche territoriali,

²¹ H. DEMSETZ, *Why regulate utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, 1968, 55 ss.

²² F. MERUSI, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 1 ss.

²³ F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in www.astrid-online.it; ID., *Ancora sulla concorrenza per il mercato e gli equivoci della giurisprudenza costituzionale*, *ivi*; ID., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani dalla dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in corso di pubblicazione su Riv.it.dir.pubbl.com.

²⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Ancora sulla concorrenza*, cit., 8.

economiche e morfologiche, avrebbe dovuto seguire la concorrenza nel mercato, consentendo l'ingresso di una pluralità di operatori disposti a offrire il servizio in condizioni competitive, previa una semplice autorizzazione amministrativa ⁽²⁵⁾.

La direzione indicata dall'Autorità *antitrust* era stata ripresa dalla più recente disciplina normativa, che però aveva indicato la liberalizzazione solo come una tra le tante possibili alternative per gli enti locali.

Recitava infatti l'art. 4, co. 1, del d.l. n. 138/2011 che “gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ... liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità” ⁽²⁶⁾.

Tuttavia, secondo il disegno normativo, se l'ente locale decideva di sottrarre alla liberalizzazione un dato settore, l'individuazione del gestore unico del servizio pubblico locale doveva avvenire mediante procedure competitive (concorrenza per il mercato), limitando a ipotesi del tutto eccezionali gli affidamenti *in house* e comunque cercando di favorire l'effettuazione delle aste competitive, sia attraverso la premialità finanziaria, sia come elemento di valutazione all'interno del nuovo patto di stabilità interno (ancora art. 4 del d.l. n. 138/2011).

Per il legislatore dunque la scelta per la privatizzazione (concorrenza per il mercato) ha continuato a rimanere dominante rispetto all'avvio di un serio processo di selezione dei servizi suscettibili di liberalizzazione.

Anzi di tale processo di selezione il legislatore nazionale ha dimostrato di volersi del tutto disinteressare, passando alle Regioni il problema della razionalizzazione delle gestioni esistenti (art. 25 del d.l. n. 1/2012, ai sensi del quale le Regioni organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica “in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio”).

Ma quanto sia oltremodo difficoltoso, se non addirittura vano, demandare alle Regioni il processo di razionalizzazione dimensionale dei servizi locali è già stato dimostrato dall'esperienza fallimentare della l. 5 gennaio 1994, n. 36, in materia di servizio idrico integrato ⁽²⁷⁾.

²⁵ AUTORITÀ GARANTE DELLE CONCORRENZA E DEL MERCATO, segnalazione AS 182, 21 ottobre 1999; nello stesso senso cfr. anche AS 222, 8 novembre 2001, entrambe in *www.agcm.it*.

²⁶ Sulla nuova normativa cfr. G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn.dir.amm.*, 2012, 28 ss.

²⁷ In tema cfr. U. POTOTSCHNIG e E. FERRARI (a cura di), *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Padova, 2000.

D'altra parte, la razionalizzazione delle gestioni non è l'unico problema che il legislatore ha evitato di affrontare.

Il *referendum* popolare del giugno dello scorso anno ha abrogato l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/08, come integrato dall'art. 15 del d.l. n. 135/09, fortemente limitativo della possibilità di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, e ha dimostrato la sfiducia di una buona parte dei cittadini sulla capacità delle imprese private di gestire i cd. servizi meritori, e cioè i servizi che si riferiscono a beni comuni, e sulla capacità dell'amministrazione di controllare il rispetto del vincolo collettivo da parte delle imprese private ⁽²⁸⁾.

Il legislatore è intervenuto nuovamente in materia con il già menzionato art. 4 del d.l. n. 138/2011, dal contenuto sostanzialmente analogo a quello della disposizione abrogata dal *referendum*, volto a restringere le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali. Siffatta disciplina ha dunque nascosto la volontà di trovare un modo di far passare l'opzione della privatizzazione malgrado l'esito della consultazione referendaria.

A conferma di ciò suona la recente sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, per violazione dell'art. 75 Cost., in quanto "opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house*, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttivo, in buona parte, di svariate disposizione dell'abrogato art. 23-*bis*" e viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (20 luglio 2012, n. 199, punto 5.2.1 del considerato in diritto).

A questo punto la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica necessita di una nuova e ulteriore riscrittura, che probabilmente non sarà l'ultima, mentre nel frattempo la normativa di riferimento torna a essere quella ricavabile dai principi generali dell'Unione europea ⁽²⁹⁾.

²⁸ In tema cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011. Sulla recente tendenza dei Paesi europei al cd. *in-sourcing* di servizi pubblici precedentemente privatizzati cfr. H. WOLLMANN, e G. MARCOU, *From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back?*, in H. WOLLMANN, e G. MARCOU (a cura di), *The Provision of Public Services in Europe. Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, 2010, 168-182.

²⁹ Sul fatto che la lacuna legislativa debba essere colmata con l'applicabilità immediata "nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di *referendum*) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica" cfr. Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24, nell'ordinanza di ammissibilità del *referendum*. In tema cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali*, cit.; F. LUCIANI, "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in www.giustamm.it.

Ma ciò che in questo specifico contesto preme osservare è che la complessiva e costante impostazione data dal legislatore nazionale al problema dei servizi pubblici locali di rilievo economico elude la dimensione di utilità sociale caratteristica di questi servizi.

Così facendo il legislatore non solo perde il cuore del problema, ma espone anche la propria politica di liberalizzazione (*rectius* di privatizzazione) a svariate forme di resistenza.

4. Liberalizzazione come deregolamentazione.

Nel senso più ampio liberalizzare un'attività privata significa affrancarla dai poteri amministrativi di conformazione e di controllo.

E infatti esaminando le varie norme etichettate dal legislatore come di liberalizzazione, quest'ultima viene intesa come eliminazione o riduzione delle barriere d'ingresso in un dato settore produttivo di beni o servizi poste da misure vuoi legislative vuoi amministrative, che intervengono in via autoritativa impedendo di aprire un mercato o di consolidarne l'apertura, e altresì come eliminazione o l'attenuazione dei vincoli amministrativi che limitano l'esercizio dell'attività d'impresa, una volta che essa sia stata avviata ⁽³⁰⁾.

Anche in questo campo la disciplina nazionale di liberalizzazione trae alimento dal diritto europeo, in virtù dei generali principi del Trattato in materia di concorrenza e a sostegno della libera circolazione delle merci, dei servizi e delle persone, così come interpretati dalla Corte di giustizia. La Corte se inizialmente censurava normative nazionali che producevano, direttamente o indirettamente, effetti discriminatori tra gli operatori nazionali e quelli stranieri, successivamente è arrivata a ritenere incompatibili con il Trattato normative nazionali che, senza discriminare in base alla nazionalità, producevano effetti restrittivi non giustificati da finalità di interesse generale oppure sproporzionati rispetto a questa finalità ⁽³¹⁾.

Si pensi, da ultimo, alla pronuncia con cui la Corte di giustizia ha ritenuto che una normativa di diritto interno come quella italiana che prevede distanze minime obbligatorie fra gli impianti stradali di distribuzione di carburanti, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento, in quanto, applicandosi unicamente agli impianti nuovi, pone condizioni all'accesso all'attività della

³⁰ Diversi, anche se contigui alle liberalizzazioni, sono gli strumenti di semplificazione amministrativa, sui quali cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, 329 ss.

³¹ Su questa evoluzione cfr. G. CORSO, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, 279 ss.; G. TIBERI, *L'Unione europea e la liberalizzazione dei servizi: la sfida della creazione di un "mercato interno dei servizi"*, in *www.astrid-online.it*.

distribuzione di carburanti e, favorendo gli operatori già presenti sul territorio italiano, è idonea a scoraggiare, se non ad impedire, l'accesso al mercato da parte di imprenditori europei ⁽³²⁾.

Affonda le proprie radici in questa consolidata giurisprudenza la direttiva servizi 2006/123/CE, nota come direttiva *Bolkestein*, recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, che vieta limitazioni non giustificate e discriminatorie all'accesso e all'esercizio dell'attività di servizi espressione della libertà di iniziativa economica, fatte salve le limitazioni giustificate da motivi imperativi di interesse generale (artt. 9 e ss.) ⁽³³⁾.

Alla liberalizzazione intesa come affrancamento o alleggerimento dal potere amministrativo di conformazione e di controllo non si accompagna alcun tipo di regolazione, perché per sua natura essa consiste proprio nell'eliminazione o nella riduzione di regole pubblicistiche.

In questo ambito domina l'idea dell'equilibrio, dell'ordine spontaneo del mercato e con essa la negazione di uno spazio progettuale per i pubblici poteri ⁽³⁴⁾.

Siffatto genere di liberalizzazione propone la dialettica tra libertà economica e utilità sociale sotto forma di dilemma.

Ogni limitazione alla libertà economica che la liberalizzazione si proponga di rimuovere è stata precedentemente introdotta dal legislatore in obbedienza ad esigenze che in qualche modo devono essere emerse dalla realtà economica.

Non è sufficiente bollare quelle limitazioni con etichette generiche quali “protezionismo” e “dirigismo” per superare le esigenze cui esse originariamente erano preordinate.

E ciò tanto più in quanto non è affatto scontato – come si è già visto per le liberalizzazioni dei servizi di interesse economico generale – che la liberalizzazione, oltre ad assicurare la libertà formale degli operatori economici, comporti, quale effetto, anche il soddisfacimento dell'interesse generale della collettività.

Per queste ragioni il superamento delle precedenti limitazioni non può essere il frutto di una pura e semplice volontà politica, ma deve passare attraverso il vaglio del rapporto tra libertà economica e utilità sociale.

Il vero problema è l'individuazione (o interpretazione) dei motivi imperativi d'interesse generale e del modo e del grado del loro bilanciamento con la libertà economica ⁽³⁵⁾.

³² Corte di giustizia, 11 marzo 2010, C-384/08, *Attanasio Group*; in tema cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2012, n. 2456.

³³ Sulla cd. direttiva servizi cfr. P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva “servizi” (2006/123/ce)*, Napoli, 2008; V. PARISIO, “Direttiva Bolkestein”, *silenzio-assenso, D.I.A., “liberalizzazioni temperate”, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, Ad.plen.*, 29 luglio 2011, n. 15, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 2978 ss.

³⁴ Sull'idea dell'ordine spontaneo del mercato cfr., per tutti, F. A. HAYEK, *Scientism and the Study of Society*, in *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, Glencoe, The Free Press, 1952, trad.it. di A. CIMINO, *Lo scientismo e lo studio della società*, in *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, il Mulino, 1988, 180 ss.

Il rinvio fatto dalla disciplina europea ai motivi imperativi d'interesse generale comporta, per il legislatore interno che intenda liberalizzare, un'attenta riflessione sulla sacrificabilità o meno delle esigenze di utilità sociale che presiedevano alle limitazioni preesistenti.

Nel compiere quest'attività il legislatore non possiede una discrezionalità assoluta, poiché la valutazione richiesta deve essere conforme alle indicazioni fornite dalla Costituzione.

Le esperienze di liberalizzazione fino ad oggi tentate dimostrano quanto questo vaglio sia difficile, al punto che da far pensare che nel campo delle liberalizzazioni il rapporto tra interesse privato e interesse generale si presenti come un *rebus*.

I motivi d'interesse generale possono avere carattere extra-economico, come ad esempio la tutela della salute, ma le liberalizzazioni trovano tipicamente ostacolo anche e soprattutto in motivi d'interesse generale prettamente economici.

Infatti, la liberalizzazione, se totale, produrrebbe quale esito estremo il rafforzamento sul mercato delle imprese di maggiori dimensioni a discapito proprio di un mercato concorrenziale, mentre è interesse giuridicamente rilevante anche la tutela del pluralismo, nonché l'equilibrio tra le diverse tipologie delle unità economiche, con particolare riguardo alle piccole e medie imprese.

Ad esempio, la nostra giurisprudenza aveva giustificato la fissazione di distanze minime tra gli impianti di distribuzione di carburanti con l'esigenza di garantire agli utenti ottimali condizioni di fruizione del servizio ⁽³⁶⁾, anche se poi la Corte di giustizia nel già menzionato caso *Attanasio Group* ha escluso che questa esigenza concretasse un motivo d'interesse generale.

Al contrario, la stessa Corte di giustizia, con riguardo alle farmacie, ha ritenuto che “la condizione relativa alla distanza minima ... può contribuire alla realizzazione dell'obiettivo di ripartire in maniera equilibrata le farmacie, nel territorio nazionale, di assicurare in tal modo alla popolazione un accesso adeguato al servizio farmaceutico e, di conseguenza, di aumentare la sicurezza e la qualità dell'approvvigionamento della popolazione in medicinali” ⁽³⁷⁾.

Per quanto attiene agli orari sempre delle farmacie si afferma che una loro piena liberalizzazione “sarebbe di pregiudizio per gli operatori più piccoli, spesso a gestione familiare, i quali non potrebbero sostenere tali forme di concorrenza da parte delle farmacie di maggiori

³⁵ Quanto sia difficile in generale l'attività di bilanciamento che coinvolge l'utilità sociale è dimostrato, in tutt'altro campo, dalle polemiche che hanno investito la sentenza della Corte cost., 22 luglio 2010, n. 270, con cui è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., dell'art. 4, c. 4 *quinquies*, del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (cd. decreto Alitalia), che aveva esonerato dall'obbligo della necessità di previa autorizzazione le operazioni di concentrazione concluse dalle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali; sul punto cfr. M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del “decreto Alitalia”*, in *Giur.cost.*, 2010, 3296 ss.

³⁶ Tar Campania, Salerno, sez. II, 16 maggio 2008, n. 1608.

³⁷ Molto chiara sul punto Corte di giustizia, 18 giugno 2010, C-570/07 e C-571/07; in tema cfr. M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, 2011.

dimensioni, in grado di osservare orari più lunghi con la turnazione del personale dipendente”, mettendo in pericolo la capillarità del servizio ⁽³⁸⁾.

Un’esperienza particolarmente significativa si è avuta in materia di commercio, dove la politica di liberalizzazione è stata perseguita dal legislatore statale con particolare enfasi fin dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, al dichiarato fine di “promuovere la competitività delle imprese nel mercato globale” e “la razionalizzazione della rete commerciale, anche in relazione all’obiettivo del contenimento dei prezzi e della efficienza della distribuzione”, e poi con l’art. 3 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, che si richiama esplicitamente alla disciplina europea in materia di concorrenza e di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi ⁽³⁹⁾.

La giurisprudenza costituzionale e amministrativa, chiamata a valutare la compatibilità rispettivamente di leggi regionali e di provvedimenti comunali con le disposizioni statali di liberalizzazione, ha dovuto porre rimedio a numerosi tentativi di conservazione del preesistente potere di conformazione quantitativa della distribuzione commerciale.

Emblematiche dell’elevato grado di conflitto percepito dalla giurisprudenza tra la politica statale e le resistenze regionali e locali sono le sentenze di giudici amministrativi che sono giunte a ritenere inefficaci le prescrizioni di leggi regionali incompatibili con la l. n. 248/2006 e per questa via hanno annullato provvedimenti amministrativi comunali che si basavano su tali disposizioni regionali ⁽⁴⁰⁾.

Talvolta però il giudice amministrativo nel legittimare la disciplina delle autonomie locali ha mostrato attenzione e considerato degne di tutela giuridica istanze diverse da quelle che porta con sé la liberalizzazione. Si pensi a quella giurisprudenza in base alla quale un regolamento che prevedeva insediamenti commerciali contingentati era legittimo in quanto serviva a “impedire un eccesso di concorrenza capace di provocare un deterioramento delle condizioni economiche del mercato e quindi un danno al pubblico interesse generale legato ad una sana e proficua attività produttiva” ⁽⁴¹⁾.

Anche la Corte costituzionale non è andata esente da oscillazioni. Pur avendo dichiarato l’illegittimità costituzionale di numerose leggi regionali per contrasto con la disciplina nazionale di

³⁸ Tar Veneto, Venezia, sez. III, 26 gennaio 2010, n. 135; ma cfr. anche Tar Toscana, Firenze, sez. III, 25 febbraio 2003, n. 726.

³⁹ In tema cfr. D. M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv.giur.edil.*, 2011, 119 ss.; G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir.amm.*, 2003, 707 ss.; F. CINTIOLI, *Concorrenza*, cit., 293 ss.

⁴⁰ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 14 ottobre 2008, n. 4748, con riferimento alla legge regionale che fissava quote di mercato per gli esercizi esistenti stabilendo un tasso di concentrazione zonale; Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 maggio 2010, n. 3417, con riferimento alla legge regionale che legittimava gli enti locali a introdurre parametri quantitativi mediante il “piano dei pubblici esercizi”.

⁴¹ Tar Puglia, Bari, sez. III, 22 febbraio 2006, n. 568.

liberalizzazione in materia di commercio ⁽⁴²⁾, in una decisione essa ha invece ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale di una legge regionale che dettava norme restrittive in materia di orari e di aperture domenicali e festive degli esercizi commerciali, riconoscendo alla Regione uno spazio autonomo di valutazione dei motivi di utilità sociale che possono comportare deroghe alle misure di liberalizzazione. Alla base della sentenza vi è l’affermazione secondo cui la legge regionale “produce effetti pro-concorrenziali, sia pure in via marginale e indiretta, in quanto evita che vi possano essere distorsioni determinate da orari di apertura significativamente diversificati, in ambito regionale, nei confronti di esercizi commerciali omogenei. La scelta del legislatore regionale di regolamentare il settore operando delle differenziazioni non solo in relazione alla dimensione dell’esercizio commerciale ma anche tenendo conto di altri fattori, tra i quali il settore merceologico di appartenenza e gli effetti sull’occupazione, non risulta poi di per sé lesiva di parametri costituzionali” ⁽⁴³⁾.

In definitiva, la giurisprudenza europea, costituzionale e amministrativa mostra che la liberalizzazione intesa come deregolamentazione, con la sua ideologia radicalmente liberista, trasforma la tensione tra libertà economica e utilità sociale in un conflitto quasi irrisolvibile: è vero che le discipline pubblicistiche si traducono in limiti al dispiegarsi della libertà economica privata, ma è altrettanto vero che tali discipline sono state dettate a garanzia di interessi, sia sociali sia economici, aventi rilevanza pubblicistica; questi ultimi non possono essere rimossi nella considerazione del legislatore e quindi impongono sempre un bilanciamento.

5. Le liberalizzazioni-manifesto.

L’istanza che anima le più recenti liberalizzazioni è in parte diversa dalla precedente: l’idea è di recuperare la progressiva perdita di attrattività nei confronti degli investitori stranieri, di superare lo svantaggio competitivo di cui soffre l’Italia nel contesto europeo e nell’intera area Ocse.

In più il contesto generale è mutato: attualmente gli Stati paiono abdicare ai loro poteri in favore delle istituzioni sovranazionali, specie tecnocratiche, che sono legittimate solo dalla loro *expertise*. Il condizionamento europeo diviene sempre più forte, come stanno a testimoniare le Analisi annuali per la crescita 2011 e 2012, adottate dalla Commissione europea e fatte poi proprie

⁴² Corte cost., 21 aprile 2011, n. 150; in materia di localizzazione e di regolamentazione dei centri di telefonia in sede fissa cfr. Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 350; 30 gennaio 2009, n. 25; 26 febbraio 2010, n. 69.

⁴³ Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 288.

dal Consiglio, in cui le istituzioni dell'Unione hanno richiesto specificamente all'Italia interventi di liberalizzazione ⁽⁴⁴⁾.

Le caratteristiche che più colpiscono della produzione legislativa recente in tema di liberalizzazioni sono, da un lato, la reiterazione/riproposizione dello stesso disegno liberalizzazione in testi normativi che si susseguono l'uno all'altro a cadenze ravvicinate; dall'altro, la formulazione programmatica ed enfatica delle disposizioni normative, che assumono quasi la valenza di un "manifesto" di filosofia della liberalizzazione.

L'anno scorso era stato presentato addirittura il d.d.l. costituzionale n. 4144, mirante ad introdurre nel testo dell'art. 41 Cost. la formula secondo cui "è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge". In seguito l'art. 3 del d.l. n. 138/2011 aveva stabilito che Comuni, Province, Regioni e Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto stesso, avrebbero dovuto adeguare i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, "in attesa della revisione dell'articolo 41 della Costituzione".

Abbandonato il progetto di riforma costituzionale, i nuovi decreti leggi di liberalizzazione fanno riferimento, quale loro fondamento costituzionale, vuoi all'art. 117, c. 2, lett. *e* e *m* (art. 34 del d.l. n. 201/2011), vuoi al "principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e al principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea" (art. 1 del d.l. n. 1/2012).

Quanto al concreto modo di operare della disciplina di liberalizzazione, l'art. 3 del d.l. n. 138/2011, che ha inaugurato la nuova stagione delle liberalizzazioni ⁽⁴⁵⁾, dopo avere stabilito la soppressione delle disposizioni normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche (c. 3) ed elencato una serie di principi, beni e ambiti che possono giustificare eccezioni in materia (c. 1), contiene una nutrita tipologia di restrizioni che dovrebbero essere coinvolte dall'effetto abrogativo/liberalizzatore (c. 8 e 9), ma non riporta alcun elemento che consenta di identificare le specifiche restrizioni da eliminare.

La disposizione finisce per essere una mera ripetizione dei "requisiti da valutare" ai fini dell'attuazione della già menzionata direttiva servizi 2006/123/CE (limitazioni quantitative all'esercizio di attività, limiti geografici, distanze minime, imposizione di forme giuridiche particolari) ⁽⁴⁶⁾.

⁴⁴ G. NAPOLITANO, *From the Financial to the Sovereign Debt Crisis: new Trends in Public Law*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2012, 81 ss.

⁴⁵ Ma per quanto riguarda questa disposizione cfr. *infra*.

⁴⁶ G. FONDERICO, *La "manovra di agosto"*, in *Giorn.dir.amm.*, 2012, 11 ss.

Il successivo d.l. n. 201/2011 contiene l'art. 34, emblema della norma manifesto, il quale stabilisce che "la disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative d'interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità".

Il d.l. n. 201/2011 elenca poi alcune tipologie di restrizioni rinvenibili nel diritto vigente e ne dichiara l'abrogazione, ma si tratta di una previsione ancora troppo generica, inidonea a individuare in modo puntuale le disposizioni da sopprimere (art. 34, c. 3).

Inoltre, si tratta di abrogazioni rinnovate più che previste, perchè vi è larghissima sovrapposizione tra le previsioni del d.l. n. 201/2011 con quelle del di poco precedente del d.l. n. 138/2011.

L'art. 1, co. 1, del d.l. n. 1/2012 ripete nuovamente, con alcune variazioni, la tipologia delle restrizioni da abolire e specifica con maggior sforzo di dettaglio che gli unici limiti ammessi alla libertà economica privata sono "i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica" (co. 2).

Ma queste norme generali, enfaticamente reiterate, si rivelano un'indicazione vuota.

I vari decreti legge si caratterizzano tutti per utilizzare norme programmatiche, spesso simili tra loro, con la conseguenza che nessuna disposizione è in grado di incidere immediatamente sulla normativa di settore, compito demandato per quanto riguarda la normativa statale a futuri regolamenti governativi (art. 3, comma 3, del d.l. n. 138/2011). A questi ultimi spetta distinguere i limiti essenziali, da conservare, e i limiti superflui e dannosi per la libertà economica, da sopprimere, all'interno di una cornice legislativa talmente generale da sconfinare nella genericità, con conseguente violazione del principio di legalità sostanziale.

Se, da una parte, si prevedono regolamenti governativi intesi a specificare le discipline delle singole attività e s'impone allo Stato e all'intero sistema delle autonomie di adeguarsi entro un dato termine al principio secondo cui "l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge" (art. 3, comma 1, del d.l. n. 138/2011, come risultante dalla legge di conversione, art. 1, c. 4 *bis*, del d.l. n. 1/2012), dall'altra, si dispone la soppressione automatica delle disposizioni statali incompatibili con la liberalizzazione (art. 3, comma 3, del d.l. n. 138/2011).

Di recente la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale di questa complessiva disciplina normativa di liberalizzazione, in parte confermandola e in parte censurandola.

Da un lato, la sentenza 20 luglio 2012, n. 200, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 41, 97 e 117 Cost., dei commi 1 e 2 dell'art. 3 del d.l. n. 138/2011, che proclamano il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, imponendo allo Stato e alle autonomie territoriali di adeguarvisi entro un termine prestabilito.

La Corte inquadra la disposizione censurata nel campo delle competenze statali di portata trasversale relative alla tutela della concorrenza e ritiene che il suo particolare tenore normativo impedisca sovrapposizioni con la legislazione regionale.

La norma infatti “non stabilisce regole, ma piuttosto introduce disposizioni di principio, le quali, per ottenere piena applicazione, richiedono ulteriori sviluppi normativi, da parte sia del legislatore statale, sia di quello regionale, ciascuno nel proprio ambito di competenza”. Di conseguenza, “in virtù della tecnica normativa utilizzata, basata su principi e non su regole, il legislatore nazionale non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo invece che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale”.

Si precisa poi che l'intervento del legislatore, statale e regionale, di attuazione del principio della liberalizzazione “è tanto più necessario alla luce della considerazione che tale principio non è stato affermato in termini assoluti, né avrebbe potuto esserlo in virtù dei vincoli costituzionali, ma richiede di essere modulato per perseguire gli altri principi indicati dallo stesso legislatore, in attuazione delle previsioni costituzionali” (punti 7.3 e 7.5 del considerato in diritto).

Dall'altro, la medesima sentenza n. 200 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 3, del d.l. n. 138/2011, sotto il profilo della ragionevolezza, perché determina una violazione che si ripercuote sull'autonomia legislativa regionale garantita dall'art. 117 della Costituzione. La disposizione, come sopra ricordato, dispone l'automatica e generalizzata soppressione di tutte le normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche. Essa, “oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, potrebbe riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali” (punto 8.2 del considerato in diritto).

La Corte avvalga dunque l'impostazione normativa delle liberalizzazioni-manifesto, o liberalizzazioni-programmatiche, mantenendo ferma la legittimità costituzionale degli interventi

legislativi di principio. L'unica censura riguarda i possibili effetti che le scelte di liberalizzazione del legislatore statale siano in grado di produrre, anche indirettamente, sull'autonomia legislativa regionale, con la conseguenza della messa a bando del meccanismo dell'automatica soppressione delle normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche.

Pesanti dubbi di effettività gravano sull'adeguamento alle nuove disposizioni degli ordinamenti delle Regioni e degli enti locali, posto che s'impone agli enti territoriali di uniformarsi "ai principi e alle regole" di decreti legge che non contengono né principi né tantomeno regole precise, in quanto rinviano la vera sostanza delle scelte alla discrezionalità dell'esecutivo; da ciò potrebbe anche discendere una discrezionalità di pari estensione in capo alle Regioni e agli enti locali.

Tale discrezionalità comprende sia la specifica individuazione delle restrizioni da valutare (cioè delle stesse fattispecie da liberalizzare), sia la selezione degli interessi di carattere generale atti a giustificare il mantenimento di determinate restrizioni.

In questa maniera si corrobora il rifugiarsi del legislatore nelle disposizioni puramente programmatiche e l'enorme grado di discrezionalità demandato ai provvedimenti di attuazione. Ancora una volta emerge come il dilemma tra libertà economica e utilità sociale sia il vero nodo gordiano delle liberalizzazioni e come questo nodo non possa essere sciolto con una semplice dichiarazione di volontà del legislatore.

6. Il destino delle liberalizzazioni.

Certo è ancora presto per sapere se le politiche inaugurate dai recenti decreti legge si tradurranno in effettive e significative misure di liberalizzazione. Come si è detto, praticamente tutto è stato demandato ai provvedimenti attuativi.

Tuttavia si ha l'impressione che il più vistoso denominatore comune delle diverse politiche di liberalizzazione sia il *deficit* di effettività o comunque la difficoltà di realizzare gli obiettivi che il legislatore si è prefisso.

Sull'effettività delle liberalizzazioni dei servizi d'interesse economico generale grava pesantemente la gradualità con cui sono state progettate a livello europeo, poiché nei tempi morti della regolamentazione gli assetti di mercato si solidificano e l'obiettivo della piena concorrenza si trasforma sempre più in una chimera.

La liberalizzazione dei servizi pubblici locali pare condannata all'ineffettività dalla stessa ostinazione del legislatore nel sostenere che la concorrenza per il mercato sia un surrogato accettabile della concorrenza nel mercato, il che ha impedito finora di affrontare adeguatamente i veri problemi di efficienza dei servizi pubblici locali.

Quanto alle liberalizzazioni di attività economiche, la radicalità dell'ideologia liberista che le sostiene finisce per trasformare la tensione tra libertà economica e utilità sociale in un dilemma apparentemente irrisolvibile, su cui rischia di arenarsi ogni progetto liberalizzatore.

Da tempo la dottrina riflette sulle possibili cause della grande difficoltà che le politiche di liberalizzazione incontrano nella loro attuazione.

Un fattore che impedisce alle liberalizzazioni di raggiungere un grado soddisfacente di effettività è stato identificato nella resistenza da parte delle stesse amministrazioni, quale reazione alla perdita di preesistenti funzioni⁽⁴⁷⁾, o anche nella mancanza di un sistema di ammortizzatori sociali idoneo a limitare gli effetti negativi delle liberalizzazioni⁽⁴⁸⁾.

Ancora è stato notato che le liberalizzazioni sono difficili da attuare perché caratterizzate da benefici diffusi e scarsamente percepiti e costi concentrati invece altamente percepiti dai gruppi di interesse⁽⁴⁹⁾.

La liberalizzazione è molto più che una modifica del funzionamento del mercato, perché ha un impatto sul reddito e sulla gerarchia sociale delle varie categorie. Da qui un'attività corporativa di opposizione, di resistenza al cambiamento, spesso condivisa dal resto della popolazione, come mostra l'esito del *referendum* di molti anni fa con cui gli elettori si erano espressi a sfavore di una maggiore libertà degli orari degli esercizi commerciali⁽⁵⁰⁾.

In questa logica si possono leggere i frequenti e notevoli ridimensionamenti che subiscono i testi normativi dal momento della loro redazione al momento della loro approvazione. Norme che autoproclamano di liberalizzazione non sempre perseguono fino in fondo il loro intento, come l'art. 11 della l. n. 27/2012 che non elimina del tutto i tetti al numero di farmacie o alle sedi notarili, ma si limita a non aumentarli.

Infine il contesto attuale non pare certo favorevole. E' molto più difficile liberalizzare in tempo di crisi piuttosto che in epoca di relativo benessere, perché, come ha osservato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella sua Relazione annuale del 2012, la crisi "minaccia di

⁴⁷ A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1998, 645 ss.

⁴⁸ M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e la Costituzione*, in *www.astrid-online.it*.

⁴⁹ G. CORSO, *Regole e politiche pubbliche: il punto di vista dei destinatari*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 184 ss.

⁵⁰ F. SILVA, *Liberalizzare è un processo politico e sociale, prim'ancora che economico*, in *www.astrid-online.it*.

rompere l'equilibrio – su cui si è retta l'esperienza politica europea iniziata nel secondo dopoguerra – tra democrazia, mercato e coesione sociale”⁽⁵¹⁾.

La riflessione condotta però porta a svolgere una diversa considerazione. Sembra di poter concludere che le liberalizzazioni non avanzano se non superando concretamente il confronto con l'utilità sociale. L'esperienza giuridica delle liberalizzazioni, in tutti gli ambiti considerati, dimostra che non è possibile limitarsi a propugnare l'assioma secondo cui le liberalizzazioni sarebbero utili alla crescita economica, ma è necessario assicurare la presenza di tutte le condizioni che rendano socialmente sostenibile la liberalizzazione.

Abstract

Liberalizzazioni: una lettura giuridica

Il lavoro intende offrire una lettura strettamente giuridica del fenomeno delle liberalizzazioni e, al tempo stesso, sottolineare che l'opzione deregolamentativa non è completamente disponibile per il legislatore.

L'ottica prescelta è quella del rapporto, che sempre si ripresenta nel diritto dell'economia, tra libertà economica privata e limitazioni derivanti dall'utilità sociale, chiaramente enunciato dall'art. 41 della nostra Costituzione, ma presente anche nella disciplina europea, laddove l'art. 3, c. 3, TUE, prefigura un'economia sociale di mercato.

Il campo d'indagine comprende le concrete esperienze di liberalizzazione dei grandi servizi a rete e dei servizi pubblici locali, nonché di liberalizzazione intesa più in generale come affrancamento dai poteri amministrativi di conformazione e di controllo.

L'analisi mostra come il più vistoso denominatore comune delle diverse politiche di liberalizzazione sia il *deficit* di effettività o comunque la difficoltà di realizzare gli obiettivi che il legislatore si è prefisso.

L'esperienza giuridica delle liberalizzazioni suggerisce che non ci si può limitare a propugnare l'assioma secondo cui le liberalizzazioni sarebbero utili alla crescita economica, ma è necessario assicurare la presenza di tutte le condizioni che rendano socialmente sostenibile la liberalizzazione. Le liberalizzazioni non avanzano se non superando concretamente il confronto con l'utilità sociale.

⁵¹ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Relazione annuale*, 26 giugno 2012, 3.

Liberalization: a judicial perspective

This paper aims to study liberalization from a strict judicial perspective, warning legislator of bonds and ties which deregulation must respect. The elected point of view will be the central relation in economy law between free enterprise - economic liberty, on one side, and bonds related to social utilities, on the other. Article 41 of Italian Constitution as well as article 3 paragraph 3 of European Union Treaty clearly refer to a social market economy.

The analysis will examine the main liberalization experiences in net services and local public utilities, where liberalization means disappearance of administrative power and control.

The deficit of effectiveness and difficulty of legislative power in achieving liberalization goals are the main common denominator in all the liberalization experiences examined.

The conclusion is the axiom that liberalization is helpful for the economic growth must be reconsidered and assessed together with the conditions of a social affordable liberalization.

Liberalization cannot advance without positively overcoming the social utility benefit.