

RIVISTA N°: 4/2012
DATA PUBBLICAZIONE: 12/12/2012

AUTORE: Francesco Saitto
Assegnista di Diritto pubblico - Scienze politiche - La Sapienza

LA CORTE COSTITUZIONALE, LA TUTELA DELLA CONCORRENZA E IL «PRINCIPIO GENERALE DELLA LIBERALIZZAZIONE» TRA STATO E REGIONI

Sommario: 1. Premessa: il mercato regolato e la concorrenza come problemi di ordine costituzionale; 2. Il «principio generale della liberalizzazione» tra l'art. 41 e l'art. 117, comma 2, lett. e) Cost.; 3. Le altre questioni affrontate dalla Corte e l'incostituzionalità della «soppressione automatica»; 4. Considerazioni conclusive: il mercato e la sent. n. 200 del 2012 alla luce della recente riforma dell'art. 81 Cost.

1. Premessa: il mercato regolato e la concorrenza come problemi di ordine costituzionale

La sentenza n. 200 del 2012 della Corte costituzionale si inserisce in un dibattito di notevole spessore teorico che va al cuore delle recenti torsioni che gli sviluppi in campo economico degli ultimi anni hanno imposto all'ordinamento costituzionale italiano¹. La Corte costituzionale italiana, infatti, si è nel tempo dovuta confrontare con intensità sempre maggiore con il problema del mercato, della sua dimensione giuridica e costituzionale e, più in generale, del rapporto tra politica ed economia valorizzando, in un primo tempo, la libertà di concorrenza, poi i principi del diritto dell'Unione europea e la ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni e, infine, declinando la concorrenza nella sua dimensione oggettiva come un interesse di rango costituzionale che deve, però, essere oggetto di bilanciamenti con il principio dell'utilità sociale e con altri interessi di rango costituzionale². Esito particolarmente significativo di questo processo, come si dirà, è stata la sent. n. 270 del 2010 della Corte costituzionale sul c.d. «caso Alitalia»³.

La sentenza in commento va pertanto messa in relazione con quella giurisprudenza che affronta il tema della regolazione del mercato e va alla ricerca dei principi costituzionali che ispirano, limitano e, al contempo, legittimano l'intervento pubblico in economia e che difficilmente può, in qualsiasi forma esso si verifichi, essere considerato neutrale, connotandosi piuttosto per un carattere intrinsecamente politico⁴. Peraltro questo appare un dato ormai strutturale dello Stato costituzionale pluralistico-democratico del Secondo dopoguerra⁵.

¹ A testimonianza di un dibattito molto acceso, in particolare in ragione delle trasformazioni di sistema favorite dalle pressioni poste in essere dal diritto dell'Unione europea e le loro ripercussioni sulla forza normativa dell'art. 41 Cost., in una prospettiva che nega la neutralità e la naturalità del mercato, cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato* (1998), Roma-Bari, 2009 cui è seguito N. IRTI (a cura di), *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999.

² Di recente cfr. su questi percorsi F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in questa Rivista, n. 4 del 2012, spec. 4 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

³ Cfr., tra i vari commenti a questa decisione, in particolare M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. cost.*, 4/2010, 3296 ss. e R. NANIA, *Ulteriori sviluppi nell'assetto della costituzione economica (aggiornamenti sulle libertà economiche)*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2011, 299 ss. il quale in particolare rileva proprio il progressivo stemperarsi del dibattito sull'idea di un sistema economico misto e il progressivo affermarsi del principio di concorrenza come «autentica categoria di rango costituzionale» ma che, in relazione alla sent. n. 270 del 2010, sottolinea come questi dati non vadano letti come un obbligo costituzionale per i poteri pubblici di intervenire solo a tutela della concorrenza, ben potendo lo Stato anche agire in deroga ai principi dell'assetto concorrenziale del mercato (303-304). Critico verso la sent. n. 18 del 2012 perché, invece, non valorizza il collegamento del principio di concorrenza con l'art. 41 Cost. G. LA PORTA, *Il commercio: una materia al vaglio del "custode della tutela della concorrenza"*, in questa Rivista, n. 2 del 2012.

⁴ Sul carattere «politico» dell'intervento anche di poteri considerati «neutrali» cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; sulle ambiguità del concetto di neutralità, naturalmente, cfr. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), Milano, 1981, spec. 165 ss. e C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 2011, spec. 89 ss.

⁵ In questo senso cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, spec. 134.

La decisione in commento ha ad oggetto, in particolare, l'art. 3, commi 1 e 2 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 che introduce un principio orientato in senso programmatico, più che di immediato impatto giuridico, in ragione del quale «l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge» (comma 1). Viene poi introdotta una serie di eccezioni⁶ a tale affermazione che, però, – si legge al comma 2 – costituisce «principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra imprese» (comma 2). Le questioni sul punto, come si vedrà, vengono giudicate non fondate.

Si può subito osservare come la legge consideri opportuno dare avvio a un processo di de-regolazione – eccetto in alcuni casi indicati dallo stesso comma 1 – delle discipline dei Comuni, delle Province, delle Regioni e dello Stato, al fine di ottenere in tal modo maggiore concorrenza. La Corte, però, sembra stigmatizzare questo approccio, sottolineando piuttosto la necessità di una «razionalizzazione della regolazione» e di una «ri-regolazione», rilevando così lo spirito contraddittorio che anima la riforma. La Corte, in tal modo, appare voler proteggere e valorizzare la regolazione come strumento capace di portare maggiore concorrenza, dimostrando sfiducia verso un'impostazione che ritiene sufficiente de-regolare⁷.

D'altro canto, ciò dà piena e ulteriore prova di un dato che dalla giurisprudenza della Corte costituzionale emerge con grande nitidezza: la piena consapevolezza che il mercato non è un ordinamento a sé, neutrale e naturale⁸. È necessario, invece, un attivo e continuo intervento da parte del potere politico⁹. In quest'ottica, la sentenza n. 200 del 2012 rappresenta un ulteriore tassello del dibattito italiano sul c.d. "ordine giuridico del mercato" anche, come si darà conto, in ragione del fatto che la principale questione oggetto del giudizio viene dichiarata non fondata, lasciando così trasparire in controluce e implicitamente la sovrabbondanza e la superfluità della ormai poco più che minacciata riforma dell'art. 41 della Costituzione, ma al contempo offrendo un preciso, sia pur problematico, scenario su una certa idea di un possibile "ordine costituzionale del mercato" (cfr. *infra* par. 2 e 4).

La sentenza, poi (cfr. *infra* par. 3), affronta anche le questioni di legittimità costituzionale dei commi 3, 4, 10 e 11 del medesimo articolo sancendo l'incostituzionalità per il comma 3, la cessazione della materia del contendere per il comma 4 e la non fondatezza per i commi 10 e 11.

2. Il «principio generale della liberalizzazione» tra l'art. 41 e l'art. 117, comma 2, lett. e) Cost.

Nella lettura proposta, la Corte sembra dar seguito, con questa decisione, alla giurisprudenza inaugurata con la sent. n. 270 del 2010 nel "caso Alitalia". Viene data, infatti, per presupposta la possibilità di rinvenire nell'art. 41, comma 1, la sede del principio di concorrenza in senso oggettivo come interesse di rango costituzionale e che di fatto, in questa prospettiva, è necessariamente soggetto – perlomeno – a tutti i limiti

⁶ Questi i limiti espressamente riportati al comma 1 come eccezioni alla regola generale: «a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica».

⁷ Corrispondente alla metafora, criticamente rievocata da S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 2 del 1991, 381, di uno Stato che «ritira le sue truppe» che, però, secondo l'Autore sottovalutata come in realtà lo Stato abbia piuttosto, lentamente, mutato il proprio modo di intervenire in economia. Gli effetti di tale processo, infatti, non avrebbero prodotto come risultato un disinteresse dello Stato verso l'economico: non è cambiato «lo Stato levitano, titolare del potere ultimo. Non lo Stato istitutore della società o produttore di legami sociali [...]. Neppure lo Stato provvidenza [...]. Solo una frangia estrema dello Stato diretto regolatore della economia, dello Stato keynesiano, è cambiata» (così, ancora, S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, cit., 385). Ma, in particolare, sui concetti di *regulation* e *deregulation* cfr. anche G. MAJONE – A. LA SPINA, «*Deregulation e privatizzazione: differenze e convergenze*», in *Stato e Mercato*, n. 2 del 1992, 249 ss. in cui si denuncia «la confusione concettuale imperante circa il significato di «regulation»» anche nel contesto italiano in cui si tendeva a «identificare la «regolazione» con l'intero ambito della legislazione, del governo e del controllo sociale» (249). Inoltre, a proposito della c.d. fase di *deregulation* negli Stati Uniti, si afferma che «sarebbe tuttavia fuorviante ritenere che ciò significhi un ritorno ad un *laissez-faire* non regolato» perché «nella fase in questione c'è da aspettarsi non tanto meno *regulation*, bensì una *regulation* di tipo nuovo, e talvolta addirittura più *regulation*» (267).

⁸ Sul fatto che persino lo Stato liberale non fosse del tutto rimesso ai principi del *laissez-faire* cfr. di recente A. RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005; S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, cit., 378 ss.; Id., *La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in Id.(a cura di), *La nuova costituzione economica* (1995), Bari-Roma, 2010, 31 ss.; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, spec. 22 ss.; G. TONIOLO, *Mani visibili e invisibili: la lunga evoluzione dei mercati*, in *Riv. Stor. Econ.*, 2008, 341 ss.; ma anche M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Sul c.d. «giusnaturalismo del mercato» metteva in guardia, infine, anche L. ELIA, *Intervento*, in N. IRTI (a cura di), *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., 17 dove si legge che questo approccio «che vorrebbe rimuovere lacci e laccioli in realtà si presta a operazioni di contrabbando».

⁹ Cfr. in questo senso A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Politica del diritto*, n. 2 del 1993, 327 ss.

di cui all'art. 41, commi 2 e 3¹⁰. Sebbene la sent. n. 270 del 2010 abbia poi rappresentato l'occasione con cui la Corte, dopo aver posto il principio generale, ha fatto operare in concreto i limiti alla concorrenza, si può delineare una certa continuità in questo senso tra le due pronunce. Eppure, come si vedrà, in alcuni passaggi della sent. n. 200 del 2012, la Corte sembra andare oltre anche il proprio precedente prospettando una capacità prescrittiva in parte inedita per il principio di concorrenza, in particolare attraverso il richiamo al c.d. «principio generale della liberalizzazione».

E, tuttavia, in un giudizio in via principale, come quello da cui ha avuto origine la sentenza in esame, per la Corte appare corollario obbligato il riferimento all'art. 117, comma 2, lett. e) che disegna i confini della legittimazione della competenza statale. Lo Stato può, infatti, – afferma la Corte – intervenire facendo perno su tale norma per introdurre regole che effettivamente garantiscano la libertà nel mercato e per il mercato, rievocando così la sua giurisprudenza precedente sul punto¹¹, e che al contempo favoriscano quelle forme di liberalizzazione che a queste libertà sono preordinate. Non vi è dunque un contenuto di valore nell'art. 117, comma 2, lett. e), come pure in un primo tempo la Corte costituzionale aveva lasciato intendere (cfr. sent. n. 14 del 2004) e la dottrina aveva preconizzato¹².

Così inquadrato il tema, va rilevato come questa decisione, che si innerva nell'ambito di un giudizio in via principale, sembra avere però l'ambizione di trascendere i confini di un sindacato che si limiti a decidere su un riparto di competenze. L'art. 117 Cost., pur, come detto, inevitabilmente evocato come parametro, resta, infatti, quasi sullo sfondo della *ratio decidendi* che valorizza piuttosto "l'inoffensività" pratica di una disciplina che ripete ed esplicita i limiti già previsti a livello costituzionale, ma che soprattutto colloca nell'art. 41 Cost. il vero perno dell'argomento giuridico più rilevante. È, infatti, nel considerato in diritto n. 7.3 che la Corte sottolinea come la norma censurata dai ricorrenti appaia da un lato funzionale a "razionalizzare" la regolazione con l'obiettivo di eliminare «gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica», dall'altro sia rispettosa del limite per cui «le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale».

Eppure la questione è sorta in via principale e il ragionamento della Corte deve tornarvi. E tale rilievo trova un riscontro pratico anche nella circostanza che la Corte leggi i limiti e la legittimazione dell'agire statale e del "principio di liberalizzazione", sia pur implicitamente, all'art. 41, comma 2 e 3 Cost. e alla tutela degli altri «superiori beni costituzionali» (Cons. in dir. n. 7.4), da un lato, mentre, dall'altro, ridimensioni la capacità espansiva della normativa impugnata nei confronti delle Regioni (Cons. in dir. n. 7.5).

Dopo aver rinvenuto, dunque, il contenuto valoriale della disciplina nell'art. 41 Cost. e aver valutato la materia interamente assorbita dall'art. 117, comma 2, lett. e) in virtù del fatto che la «liberalizzazione» è «uno degli strumenti di promozione della concorrenza» (Cons. in dir. n. 7.4), la Corte considera necessario specificare il particolare «tenore normativo della disposizione impugnata». Nel far ciò, propone la distinzione tra principi e regole con cui quasi sembra voler rievocare il pensiero di Dworkin¹³. La normativa statale, in questo modo, viene fatta rientrare nella categoria dei principi ed è tale da non investire immediatamente, ma solo mediamente, ambiti di competenza regionale. Saranno le Regioni che dovranno ispirare la loro legislazione al «principio generale della liberalizzazione» che si impone, però, in tal modo su tutto l'ordinamento giuridico e che lo Stato sembra essersi limitato ad esplicitare per gli ambiti di sua competenza fondando la sua azione, nel ragionamento della Corte, su una materia trasversale: la tutela della

¹⁰ Sia consentito sul punto rinviare a F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della costituzione italiana*, in *Ianus*, n. 5 del 2011, spec. 65 ss.

¹¹ A partire naturalmente dalla sent. n. 14 del 2004, ma ormai inserita in una giurisprudenza particolarmente consolidata. La Corte, nello specifico, cita le decisioni n. 45 e n. 270 del 2010, n. 160 del 2009, n. 430 e n. 401 del 2007.

¹² G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3 del 2002, 981 ss. *Contra*, però, da subito L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3 del 2003, 345 ss.

¹³ Naturalmente il riferimento è in particolar modo a R. DWORAKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 2010, spec. 48 ss. e R. DWORAKIN, *A matter of principles*, Cambridge, Massachusetts, 1985, 33 ss.; e sul pensiero dell'autore, in particolare, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quad. fiorentini*, XXXI, 2002, spec. 872 ss. che ripercorre i termini della distinzione tra valori, principi e regole e secondo cui il valore rappresenterebbe «un *bene finale*», il principio, invece, «un *bene iniziale*» che chiede di realizzarsi attraverso attività *consequenzialmente orientate* e le regole, da ultimo, si distinguerebbero dai principi perché questi ultimi devono essere presi «in considerazione come criterio dell'agire o del decidere, ma non sappiamo ancora quale sarà l'azione o la decisione che ne deriverà, anche se possiamo prevedere con quale linea argomentativa le si giustificherà» (874) e necessitano per la loro concreta operatività di una ««concretizzazione»» (875). Le regole, viceversa, «valgono nella logica del o-tutto-o-niente: esse sono immediatamente cogenti e o le si rispetta integralmente o le si viola altrettanto integralmente» (874).

concorrenza. La Corte sottolinea così come la norma statale non si sovrapponga alle competenze regionali¹⁴ perché si limita a porre un *principio*, non delle *regole*.

Per quanto si ribadisca ancora una volta che il “principio di liberalizzazione” non è espresso in termini assoluti e, proprio in questa prospettiva, «richiede di essere modulato per perseguire gli altri principi indicati dallo stesso legislatore, in attuazione delle previsioni costituzionali» (Cons. in dir. n. 7.5), tuttavia, la portata pratica di questa operazione ermeneutica non appare priva di ombre.

La Corte costituzionale opera, infatti, una ricostruzione peculiare: riconduce a una materia trasversale la disciplina per poi però modulare la portata dell'affermazione stabilendo che la effettiva operatività del principio è rimessa anche al continuo e concreto adeguarsi delle discipline regionali. Ciò, tuttavia, oltre a poter implicare l'invalidità sopravvenuta della disciplina regionale da considerarsi incompatibile – effetto che, vista la genericità del principio¹⁵, comunque immediatamente vincolante, pare foriero di grandi incertezze¹⁶ – solleva dubbi circa la possibilità che a vincolare le Regioni nelle materie di loro competenza sia concretamente il principio posto dalla legge statale, quanto piuttosto, come detto, per forza propria, il “principio di liberalizzazione” direttamente desunto dalla norma costituzionale (l'art. 41 Cost.).

La Corte, infatti, riconduce la norma in una materia di competenza esclusiva statale. Al contempo, però, afferma anche che lo Stato è in realtà incompetente a regolare direttamente quei casi rientranti nelle materie che restano di competenza regionale¹⁷, nell'ambito delle quali le Regioni sarebbero comunque vincolate al rispetto del «principio generale della liberalizzazione». Eppure, le potenzialità e la forza della trasversalità consistono proprio nel rendere competente lo Stato a porre *regole* anche in materie che sembrano non rientrare nell'elenco di cui all'art. 117, comma 2. E, dunque, se la valenza normativa del principio è tale da impegnare la legislazione regionale, il principio sembra qualificarsi, anche in virtù della sua *vis espansiva*, come un autonomo principio costituzionale derivante in questo caso per via diretta dall'art. 41 Cost. tramite il quale si ritaglia, come accaduto anche in materia di ambiente¹⁸, una parallela competenza regionale ispirata dalla legislazione statale e che deve concorrere con essa alla realizzazione di un fine posto da una norma di rango costituzionale.

In questo senso si può leggere l'affermazione per cui essendo la normativa statale di principio, questa non avrebbe occupato gli spazi riservati alla competenza regionale (Cons. in dir. n. 7.5), ma sarebbe in grado comunque di incidere, senza sovrapporsi, anche nelle materie di competenza concorrente e residuale. Una lettura, dunque, che sembra quasi espressione di una suddivisione delle competenze legislative ispirata dal principio di sussidiarietà che impegna nella ricerca del conseguimento di obiettivi di valore e lascia sullo sfondo il problema dei precisi stecchi competenziali tipici, storicamente, del regionalismo italiano¹⁹ e che consente di imporre anche in ambiti di competenza che – per ora – restano regionali principi generali ma vincolanti posti dal legislatore statale, senza peraltro la necessità di alcuna intesa²⁰.

¹⁴ Al Cons. in dir. n. 7.5 si legge infatti che «il legislatore statale non si è sovrapposto ai legislatori regionali dettando una propria compiuta disciplina delle attività economiche, destinata a sostituirsi alle leggi regionali in vigore».

¹⁵ La Corte costituzionale nella sent. n. 39 del 2000 sosteneva come il termine “liberalizzazione” fosse una «indistinta rubrica» e pertanto dichiarava inammissibile il quesito referendario sull'articolo 10 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469 perché tale indeterminatezza avrebbe precluso «agli elettori l'opportunità di modulare la propria risposta sulla diversità dei valori legislativi sottesti alle singole disposizioni che forma[va]no oggetto del quesito».

¹⁶ Si discute infatti quali possano essere i concreti effetti di una legge statale di principio sulla normativa regionale incompatibile e si è nel tempo ritenuto, prima della riforma del Titolo V, che questi potessero prender la forma sia del fenomeno dell'abrogazione, sia di quello dell'incostituzionalità sopravvenuta. Dopo la riforma, il contesto appare in gran parte mutato, e nonostante ciò, ma il punto non è pacifico, il principio statale continua a poter esser pensato come parametro interposto di legittimità costituzionale (cfr. T. MARTINES – A RUGGERI – C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2006, 182 ss.). La Corte ha, infatti, già dichiarato l'incostituzionalità della disciplina regionale in violazione della ripartizione delle competenze di cui all'art. 117, comma 3, Cost., nella sent. n. 212 del 2006 in tema di raccolta di tartufi per violazione dei principi posti a livello statale. Anche in altre pronunce la Corte ha parlato di «principi (ieri e oggi) vincolanti» per le Regioni (sent. n. 282 del 2004, cons. in dir., n. 3). Ma, come si darà conto, in questa circostanza si pongono difficoltà particolari visto che la Corte riconduce il principio nell'alveo della competenza statale esclusiva.

¹⁷ Non è un caso se nel manuale T. MARTINES – A RUGGERI – C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 179 si legge che la peculiarità della competenza concorrente è porre in essere «una separazione di competenze [...] una separazione, nondimeno, assai incerta e praticamente evanescente, poggiando essa sulla distinzione tra *principi* e *regole*». Proprio questa differenziazione caratterizzerebbe, dunque, la competenza concorrente.

¹⁸ In particolare cfr. A. ANZON, *I poteri delle regioni. Lo sviluppo attuale del secondo regionalismo*, Torino, 2008, 113 che pur escludendo una competenza in materia di tutela del paesaggio in capo alle Regioni ammette che queste possano intervenire nel rispetto dei principi fondamentali posti dallo Stato o al più introducendo misure di maggiore tutela senza tuttavia «turbare la unitarietà della protezione stabilita dallo Stato».

¹⁹ P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 379 ss.

²⁰ La cui assenza è lamentata da alcune ricorrenti. Sull'ampio e complesso tema e la intrinseca problematicità di tale meccanismo di raccordo, cfr. di recente A. STERPA, *Le intese tra le Regioni*, Milano, 2011.

In definitiva, la Corte sembra sostenere che il “principio di liberalizzazione”, deducibile in via interpretativa con tutti i possibili limiti visti, si applica per forza propria anche alle Regioni. La legge statale si è infatti limitata a esplicitarla nell’ambito della sua competenza trasversale, ma tale principio si applica direttamente alle Regioni nelle materie di loro competenza concorrente e residuale in forza dell’art. 41 Cost. e non in virtù della legge statale. Lo Stato, in sintesi, è così – salvo, probabilmente, che non ricorrano i presupposti per un suo intervento in sussidiarietà – autorizzato a porre solo il *principio* ma non necessariamente tutte le *regole* che saranno decise in applicazione del principio stesso: la riconduzione della disciplina nell’art. 117, comma 2, lett. e), pertanto, è utile per decidere sul ricorso, ma non necessaria in termini più ampi.

Poste queste premesse, sono necessarie due considerazioni. In primo luogo, è opportuno richiamare la giurisprudenza che, con qualche apertura, ha già lasciato ambiti alla competenza delle Regioni, sia pur minimi²¹, anche in quella fase in cui, con maggiore incisività, al di là della concreta operatività dei meccanismi della leale collaborazione, del sindacato di ragionevolezza o di proporzionalità-adeguatezza dell’intervento statale, la Corte ha risolto molte questioni in base al principio di prevalenza²². Nella decisione in commento, la Corte va oltre e sembra voler sperimentare una sorta di competenza a mosaico in cui Stato e Regioni devono cooperare nel perseguimento di un fine comune nei rispettivi ambiti di competenza. Questa lettura sembra vicina alle idee della sent. n. 14 del 2004, in cui la Corte avrebbe voluto limitare agli interventi di rilevanza macroeconomica e idonei ad incidere sull’equilibrio economico generale (Cons. in dir. n. 4), poi corretta ma di fatto applicata nella pronuncia n. 272 del 2004, secondo la quale la normativa statale, in materia di tutela della concorrenza, avrebbe dovuto superare un vaglio di ragionevolezza e proporzionalità-adeguatezza vista la fortissima attitudine della materia ad incidere in aree di interesse regionale. Eppure anche in quella giurisprudenza, poi ridimensionata e in gran parte superata dal ricorso al principio di prevalenza²³, in realtà la Corte sembrava ragionare in termini di ambiti di competenza rigidamente ripartiti. Nella decisione in commento, invece, la Corte teorizza un principio che proprio per la sua *vis espansiva* va ben al di là della competenza statale esclusiva e anche di quegli ambiti quindi che, pur di interesse regionale, vengono assorbiti dalla competenza statale trasversale, per estendersi fino a pervadere tutte le competenze regionali e le sfere di interesse regionale, anche quelle che restano di competenza residuale regionale. La loro individuazione concreta, peraltro, appare piuttosto problematica, rimanendo in definitiva relegati ancora oggi a quegli effetti, pro-concorrenziali, ma comunque «indiretti e marginali» evocati nella sent. n. 431 del 2007 (Cons. in dir. n. 5)²⁴ e la cui sfera di operatività è stata di recente ribadita nella sent. n. 150 del 2011²⁵. In quest’ultima pronuncia la Corte ha affermato con grande

²¹ Cfr. A. ANZON, *I poteri delle regioni. Lo sviluppo attuale del secondo regionalismo*, cit., 115 ss. Sin dalla sent. n. 14 del 2004 la Corte ha riconosciuto la possibilità per le Regioni di regolare il campo dello sviluppo economico nella misura in cui questo avesse avuto una dimensione regionale in un equilibrio complessivo in cui «il medesimo settore – il governo dell’economia – non è riservato in esclusiva alle autorità centrali, ma è gestito pro parte sia dallo Stato, sia dalle Regioni» (117). Gli spazi di competenza regionale si sono andati poi restringendo in particolare a causa dell’uso da parte della Corte del principio di prevalenza (cfr. Corte cost. n. 401 e 431 del 2007) sui cui sviluppi, particolarmente critico, cfr. R. BIN, *Prevalenza senza criterio*, in *Le Regioni*, n. 3-4 del 2009, 618 ss. a commento in particolare della sentenza n. 411 del 2008 e A. ANZON, *I poteri delle regioni. Lo sviluppo attuale del secondo regionalismo*, cit., spec. 99 ss.

²² Emblematica proprio la sentenza n. 401, su cui cfr. L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza?»*, in *Giur. cost.*, 2007, 4559 ss., nonché la n. 430 del 2007 su cui, più in generale, cfr. L. CASSETTI, *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla “prevalenza” della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, n. 9 del 2008.

²³ Cfr. Corte cost. sent. n. 431 del 2007 in cui la Corte, pur in un giudizio in cui ha dichiarato l’incostituzionalità di norme regionali, ha affermato che «Peraltro, detto carattere [della trasversalità della materia tutela della concorrenza], al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni, comporta anche che norme regionali riconducibili a queste competenze abbiano effetti proconcorrenziali. Ciò deve ritenersi ammissibile purché tali effetti, connessi alla specificità dei settori disciplinati, siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza» (Cons. in dir. n. 5)

²⁴ Ciò emerge quando si legge, al Cons. in dir. n. 7. 5, che «L’atto impugnato, 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. 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».

²⁵ Che riprende, ma precisa nuovamente, i principi di recente espressi in altre pronunce come la sent. n. 288 del 2010, Cons. in dir. n. 5.1. Per quanto concerne però la sent. n. 150 del 2011, cfr. in particolare il Cons. in dir. n. 5 in cui sull’orario di apertura domenicale e festivo degli esercizi commerciali la Corte riconosce che la competenza regionale è da ricondurre nell’ambito del “commercio” e si ritiene l’intervento legislativo regionale esercitato nei limiti della stessa perché con effetti pro-concorrenziali e il successivo Cons. in dir. n. 7.1 in cui invece l’esito è opposto e l’intervento, pur astrattamente di competenza regionale, è ritenuto incostituzionale perché in contrasto con la finalità di promuovere la concorrenza in linea con l’idea per cui «è illegittima una disciplina che, se pure in astratto riconducibile alla materia commercio di competenza legislativa delle Regioni, produca, in concreto, effetti che ostacolino la concorrenza, introducendo nuovi o ulteriori limiti o barriere all’accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale».

chiarezza, infatti, come il perseguitamento del fine della “tutela della concorrenza” si imponga di per sé come limite alla legislazione regionale, anche se concorrente e residuale, che non può porsi a fondamento di interventi che restringano gli spazi di mercato spettando comunque alla Corte di «valutare se la stessa, nel suo contenuto, determini o meno un *vulnus* alla tutela della concorrenza»²⁶.

Le possibili letture a questo punto sembrano essere principalmente due. La scelta operata nella sent. n. 200 della Corte si può, infatti, interpretare sia in senso favorevole alle Regioni, sia in senso restrittivo. Se la prospettiva è quella di consentire un intervento regionale in un ambito potenzialmente di competenza statale, perché afferente alla tutela della concorrenza e dunque più vasto delle materie che semplicemente si limitano ad avere effetti indiretti sulla stessa, le Regioni si vedranno aumentata la loro potestà legislativa. Presumibilmente, in tal caso, la Corte potrebbe essere di nuovo chiamata ad utilizzare il principio di proporzionalità-adequatezza.

Viceversa, se il principio si applicasse indiscriminatamente a tutte le discipline di competenza regionale, questa sentenza sancirebbe un’ulteriore restrizione della autonomia regionale che la distinzione regole-principi non evita. Quest’ultima sembra in realtà la via già intrapresa nella giurisprudenza più recente, in cui, come detto, la Corte tende a ritagliarsi un controllo in concreto particolarmente invasivo, nel momento in cui, come nella già richiamata sent. n. 150 del 2011, delinea il principio della tutela della concorrenza come limite anche per la competenza regionale²⁷ per la quale, inoltre, con alta probabilità non sarebbe possibile far valere eventuali limiti ulteriori²⁸ come invece lo Stato può fare fondando la propria competenza direttamente su un bilanciamento tra norme costituzionali, come accaduto per la sent. n. 270 del 2010. In questo secondo scenario, lungi dal verificarsi un ampliamento della sfera di azione regionale, se ne produrrebbe dunque un restringimento.

In secondo luogo, la Corte, per quanto attenta a stemperare le potenzialità dell'affermazione, rievocando sempre i possibili limiti capaci di prevalere sulla concorrenza e sul “princípio di liberalizzazione”, sembra aprire ad una ben precisa lettura precettiva della Costituzione invero piuttosto rischiosa e che corrisponde in gran parte a quell’idea per cui la “nuova Costituzione economica” si differenzierebbe dalla “vecchia” perché da uno “Stato imprenditore” si è ormai approdati ad uno “Stato-regolatore”²⁹. Essa infatti, come visto, delinea una forza espansiva diretta del principio capace di imporsi a tutti i livelli dell’ordinamento e di plasmare e indirizzare l’attività legislativa. È vero che vengono tenuti ben saldi i paletti dell’utilità sociale e degli altri interessi di rango costituzionale, ma in questo modo sembra delinearsi una chiara visione costituzionale dell’economia di cui vi è traccia, tra l’altro, quando si legge che «la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico» (Cons. in dir. n. 7.5) in particolare se collegata all’idea per cui «l’eliminazione degli inutili oneri regolamentari [...] è funzionale alla tutela della concorrenza» in quanto «una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva [...] in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale» (Cons. in dir. n. 7.4).

I rischi di un’interpretazione così forte del “princípio di liberalizzazione” stimolano le diffidenze³⁰ che la dottrina italiana ha avanzato nei confronti della nozione di “Costituzione economica” che rischia in tal modo, nel suo senso precettivo, di essere elevata non solo a parametro di legittimità di quei provvedimenti che contrastino con un indirizzo politico-economico teso ad una maggiore liberalizzazione, ma anche a vero e proprio obbligo positivo per il legislatore. La liberalizzazione dei mercati e la concorrenza, infatti, dovrebbero continuare ad essere considerate un mezzo e non un fine. Eppure tale lettura sembra emergere nel passo – già velocemente richiamato – in cui la Corte afferma che «una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva [...] genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli stessi

²⁶ Spec. cfr. Cons. in dir. n. 5 e n. 7.1.

²⁷ In particolare, cfr. il Cons. in dir. n. 7.1 dove si legge che «L’espressione “tutela della concorrenza” di cui all’art. 117, secondo comma, Cost. determina, quindi, la necessità di un esame contenutistico sia per ciò che costituisce il portato dell’esercizio della competenza legislativa esclusiva da parte dello Stato, sia per ciò che riguarda l’esplicazione della potestà legislativa regionale, sia essa riferibile al terzo o al quarto comma dell’art. 117 Cost.».

²⁸ A meno che, come accaduto di recente nella sent. n. 150 del 2011, tale opzione legislativa non si fondi su uno specifico dato testuale che fonda la competenza della Regione. Nella sentenza n. 150, per esempio, una apparente e comunque indiretta restrizione della concorrenza viene giudicata non incostituzionale perché la disciplina è fondata sulla competenza concorrente della “tutela della salute” (Cons. in dir. n. 4).

²⁹ Questo uno dei caratteri della “nuova costituzione economica”, probabilmente il principale, per S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), cit., 295 ss. Sul concetto di Stato-regolatore e sui suoi compiti e le sue sfere elettive di attività cfr. in particolare A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

³⁰ Su cui cfr. G.U. RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 2001.

interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale» (Cons. in dir. n. 7.4). Questi accostamenti tra “inutilità degli ostacoli” e contrasto all’utilità sociale e, al contempo, tra situazioni tra loro molto diverse – come quella degli operatori economici, consumatori e dei lavoratori che, come da sempre rilevato, dovrebbero invece godere di uno *status di particolare tutela*³¹ – sembrano piuttosto problematici e andranno esaminati con cura caso per caso nella giurisprudenza che seguirà la sent. n. 200.

E, in definitiva, l’impatto di questo possibile approdo andrà misurato proprio nell’eventualità in cui consentisse l’imporsi di un preciso ordine costituzionale di principi in materia di ordine del mercato³², consentendo in linea teorica alla Corte di operare un controllo interno alla legge, e non meramente esterno³³, fino a spingersi a valutare “l’utilità” o meno di un provvedimento legislativo e andando oltre, in tal modo, i confini di un mero controllo di proporzionalità-adeguatezza. Così operando, infatti, la Corte sembra potersi ritagliare un potere in astratto molto vasto di controllo sui provvedimenti di politica economica³⁴ in cui la ri-expansione dei limiti costituzionali e in particolari quelli di cui all’art. 41, commi 2 e 3, Cost. si delinea solo come un’eccezione alla regola generale³⁵ consistente nella presunzione per cui ogni forma di liberalizzazione, intesa come «razionalizzazione della regolazione» è da considerarsi virtuosa e che sembra innalzare il «principio generale della liberalizzazione» a vero e proprio fine costituzionale.

3. Le altre questioni affrontate dalla Corte e l’incostituzionalità della «soppressione automatica»

Le altre questioni affrontate dalla Corte investono in primo luogo il comma 3 dell’art. 3³⁶. In proposito, appare coerente e consequenziale con i rilievi già esposti la sanzione dell’incostituzionalità. Essendo necessario dare concreta attualità al *principio*, secondo la Corte, infatti, questo non potrà che essere applicato caso per caso con *regole* dallo Stato o dalle Regioni nei rispettivi ambiti di competenza anche perché, come sottolineato, è necessario per la Corte “ri-regolare” e non semplicemente “de-regolare”³⁷. In tal modo la Corte smussa le rigidità della disciplina³⁸, ma al contempo conferma la pervasività del «principio generale della liberalizzazione».

È illegittima pertanto la disciplina impugnata perché prevede l’automatica abrogazione³⁹ allo scadere di un certo termine temporale, prorogato, rispetto a quello originariamente previsto in un anno, fino al 30 settembre 2012, della disciplina statale incompatibile con il “principio di liberalizzazione” espresso dal comma 1 dell’art. 3. Tale comma è, infatti, secondo la Corte, in contrasto con il principio della ragionevolezza e si ripercuote anche sulla corretta operatività del riparto di competenze ex. art. 117 Cost. in quanto genera effetti «di portata incerta e indefinibile» capaci potenzialmente di contrastare, invece che favorire, la concorrenza anche in ragione del fatto che le diverse Regioni potrebbero attuarlo in modi diversi. La Corte,

³¹ Cfr. nella letteratura più recente sul punto e che valorizza la centralità del lavoro, sebbene con accenti e prospettive differenti, T. GROPPY, «*Fondato sul lavoro*. Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti», in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 3 del 2012, 665 ss.; R. NANIA, *Riflessioni sulla “costituzione economica” in Italia: il “lavoro” come “fondamento”, come “diritto”, come “dovere”*, ora in R. NANIA (a cura di), *L’evoluzione delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, cit., 327 ss.; G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1 del 2009, 21 ss. Di recente, cfr anche M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enc. giur.*, Agg. 2009, 3 ss. Per un approccio che propone un’interpretazione che sembra voler rivedere i presupposti di tale centralità, cfr. invece G. DI GASPARÉ, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3 del 2008, 863 ss.

³² G. ZAGREBELSKY, *Diritti per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, cit., 890.

³³ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, cit., 890.

³⁴ Critico verso un approdo di questo tipo però cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, cit., 890.

³⁵ Sul problema della effettiva vigenza di queste norme, cfr., criticamente, F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, cit., spec. 6 ss. e, più specificatamente circa l’interpretazione della sent. n. 270 del 2010, 16 ss.

³⁶ Che recita: «Sono in ogni caso sopprese, alla scadenza del termine di cui al comma 1, le disposizioni normative statali incompatibili con quanto disposto nel medesimo comma, con conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio di attività e dell’autocertificazione con controlli successivi. Nelle more della decorrenza del predetto termine, l’adeguamento al principio di cui al comma 1 può avvenire anche attraverso gli strumenti vigenti di semplificazione normativa. Entro il 31 dicembre 2012 il Governo è autorizzato ad adottare uno o più regolamenti ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con i quali vengono individuate le disposizioni abrogate per effetto di quanto disposto nel presente comma ed è definita la disciplina regolamentare della materia ai fini dell’adeguamento al principio di cui al comma 1».

³⁷ Cfr. supra nt. 7.

³⁸ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, cit., 894.

³⁹ In realtà nella lettera della legge si rinviene il termine atecnico di «soppressione» che sembra venir criticato con un po’ di ironia dalla Corte costituzionale (Cons. in dir. n. 8.2) dove si legge: «[...] l’automatica “soppressione”, secondo la terminologia usata dal legislatore, [...]».

d'altronde, ritiene che tale illegittimità possa essere denunciata dalle Regioni, anche se la disciplina è limitata formalmente alla sole materie di competenza statale, proprio perché, in virtù di quella capacità espansiva del principio, la disposizione impugnata «non appare suscettibile di esplicare effetti confinati ai soli ambiti di competenza statale» (Cons. in dir. n. 8.2). In seguito, per l'indeterminatezza della norma, peraltro, la Corte esclude anche la possibilità di operare un'interpretazione conforme e da ciò fa derivare l'incostituzionalità anche per i periodi successivi.

Dichiarata cessata la materia del contendere in merito alla disciplina di cui al comma 4 (Cons. in dir. n. 4.2), abrogato dall'art. 30, comma 6 della legge n. 183 del 2011 prima che la disciplina concretamente potesse produrre qualsiasi effetto pratico, la Corte affronta le questioni sollevate in proposito ai commi 10 e 11 dell'art. 3. Le questioni sono dichiarate non fondate. In relazione al comma 10, che prevede un potere regolamentare dello Stato volto ad eliminare ulteriori ostacoli alla libertà di iniziativa economica, la Corte individua un ambito di intervento chiaro e ben identificabile che è potenzialmente del tutto limitato alla sfera delle competenze statali. Nell'ambito di questa interpretazione, l'unica costituzionalmente conforme, la Corte rigetta dunque la questione. La Corte non dichiara l'incostituzionalità di una disciplina che si limita ad affermare che «le restrizioni diverse da quelle indicate nel comma 9 precedente possono essere revocate con regolamento» tramite un'interpretazione conforme della legge. La concreta operatività di questa va, infatti, limitata alle sole materie di competenza statale.

Il comma 11, infine, prevede la possibilità per lo Stato di mantenere delle "restrizioni" (oggetto di definizione specifica al comma 9 dell'art. 3) per motivi di pubblico interesse. Anche in questo caso, la Corte limita l'operatività del principio alle materie di competenza statale e «tra queste soltanto a quelle che non interferiscono con le competenze regionali», consentendo allo Stato, tramite decreto del Presidente della Repubblica, di individuare delle eccezioni al "principio di liberalizzazione" e delle restrizioni all'iniziativa economica che vengono di fatto sovrapposti.

Bisognerà vedere, come si diceva, in concreto in che misura le Regioni potranno realmente intervenire negli ambiti lasciati alle loro competenze.

4. Considerazioni conclusive: il mercato e la sent. n. 200 del 2012 alla luce della recente riforma dell'art. 81 Cost.

Nella prospettiva indicata, la sentenza in commento sembra riavvicinarsi, per alcuni versi, alla sent. n. 14 del 2004 in cui la Corte disegnava una capacità espansiva e funzionale della materia "tutela della concorrenza", caricandola di un forte significato valoriale, e sottoponeva l'intervento dello Stato ad un controllo di ragionevolezza e di proporzionalità-adeguatezza. Questo spirito si era un po' smarrito nella giurisprudenza successiva in particolare con il richiamato uso del principio di prevalenza (i.e. sentt. nn. 401 e 431 del 2007), che tuttavia, come visto, lasciava anch'esso trasparire spazi per un intervento regionale⁴⁰, e con il sostanziale superamento dell'idea che l'art. 117, comma 2, lett. e) fosse portatore in sé di un contenuto valoriale⁴¹.

Nel suo procedere argomentativo, la Corte sconfessa, poi, l'idea che l'assenza di regolazione sia ammissibile, come conferma anche l'unica declaratoria di incostituzionalità emessa in questa pronuncia perché un tale stato di cose aggraverebbe anzi la confusione e renderebbe più difficile la competizione tra operatori, e valorizza piuttosto la capacità di adattarsi dell'art. 41 Cost. al contesto in cui opera. Presupposto stesso della liberalizzazione è, dunque, come si diceva, la regolazione in quanto condizione del fatto che all'interno di un mercato vi sia effettiva libertà di concorrere.

Per altri versi, però, la Corte va oltre la sua giurisprudenza precedente. Certo è, infatti, che se l'interpretazione offerta della pronuncia dovesse essere confermata nei termini proposti sarebbe difficile non riconoscere l'affermarsi di un certo ordine del mercato in cui peraltro i vari livelli di governo potrebbero

⁴⁰ Ed appunto questo era negli auspici della sentenza n. 14 del 2004 in cui la Corte ammise interventi circoscritti a livello regionale che la competenza statale non precluderebbe ma che sarebbero comunque tenuti al rispetto dei vincoli che si impongono per forza propria dalla Costituzione (i.e. art. 120 Cost.) cfr. sul punto, per questa interpretazione, A. ANZON, *I poteri delle regioni. Lo sviluppo attuale del secondo regionalismo*, cit., 117.

⁴¹ Emblematiche in proposito la sent. n. 1 del 2008 e la sent. n. 63 del 2008 su cui se si vuole, in questa prospettiva, cfr. F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della costituzione italiana*, cit., 59 ss.

ritenersi vincolati a porre in essere interventi di liberalizzazione e in cui la regolazione “inutile” sembra presumersi in contrasto con l’utilità sociale.

Evocare la competenza trasversale, infatti, avrebbe consentito in linea di principio al legislatore statale di andare oltre la necessità di richiamare la dicotomia principio/dettaglio. Nel momento in cui si prospetta, come sembra fare la Corte in questa decisione, che un principio come quello di liberalizzazione ispira tutto l’ordinamento, non può che desumersi che questo si imponga a tutti i livelli di governo per una forza direttamente promanante dalla Costituzione con la possibilità di effettuare un sindacato di legittimità costituzionale che potrebbe estendersi anche al di là della ragionevolezza e della proporzionalità, per valutare la conformità al principio dell’atto oggetto del giudizio fino a spingersi a sindacare quali siano gli «oneri regolamentari» da considerarsi per l’appunto «inutili» (Cons. in dir. n. 7.4).

La sentenza, in definitiva, per quanto concerne il primo profilo indicato, non innova, ma riapre il dibattito sul punto ammettendo che la dimensione di interesse regionale possa ben essere regolata dall’intervento regionale anche in campo economico.

Diversamente, invece, nel momento in cui la Corte teorizza il «principio generale della liberalizzazione», cui anche la legislazione regionale dovrebbe ispirarsi, viene individuato un principio che sembra applicarsi più in forza dell’art. 41 Cost., che non dell’art. 3, comma 1 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 oggetto del giudizio. Sul punto la sentenza sembra innovativa. E, infatti, dalla lettura, in particolare, del considerato in diritto n. 7.3, si desume che il principio per cui «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato per legge» si limita ad affermare il «principio generale della liberalizzazione» che, considerato anche alla luce dei limiti individuati dalla legge stessa e dalla Costituzione, «non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione», che deve trovare applicazione facendo in modo comunque che «le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l’utilità sociale». Nella misura in cui tale principio appare riproduttivo della norma costituzionale, sarebbe lo stesso art. 41 Cost. ad affermare il “principio di liberalizzazione” come regola e tale lettura è avvalorata, come detto, dalle successive considerazioni che svolge la Corte (Cfr. *supra* par. 3 e 4) nell’individuare e, al contempo, limitare la sfera di competenza statale.

E, tuttavia, questi due rilievi richiamati finiscono per toccarsi. Non è un caso se proprio in una delle sentenze citate, la n. 247 del 2010, la Corte ammettesse la possibilità che una norma regionale in materia di commercio potesse ledere le regole poste a tutela della concorrenza in quanto la disciplina allora in esame, della Regione Veneto, «non incide[va], né direttamente né indirettamente, sulla libertà di concorrenza; [in quanto] ess[a] si colloca[va] infatti – senza introdurre discriminazioni fra differenti categorie di operatori economici che esercitano l’attività in posizione identica o analoga – nel diverso solco della semplice regolamentazione territoriale del commercio» (Cons. in dir. n. 3.3). La disciplina del commercio, dunque, si poneva secondo la Corte in un «solco» del tutto diverso da quello della tutela della concorrenza. Oggi questo «solco», già in parte colmato dalla sentenza n. 150 del 2011 più volte richiamata, sembra potenzialmente venir meno del tutto, in attuazione di un principio capace di imporsi direttamente sulle Regioni anche nelle materie di competenza concorrente e residuale in particolar modo se a prevalere sarà la lettura meno aperta a riconoscere spazi di intervento regionali.

In questa prospettiva, la decisione può essere probabilmente contestualizzata in uno scenario ancora più ampio che tenga conto, per esempio, della recente riforma dell’art. 81 della Costituzione e che permetta così di tematizzare un processo complessivo di profonda revisione dei presupposti su cui lo Stato può oggi concretamente basare il proprio intervento in economia.

Per far ciò, può essere opportuno richiamare brevemente l’esperienza tedesca che appare davvero emblematica di come gli spazi costituzionali dell’intervento statale in economia si leghino tra loro in profondità e contribuiscano a fondare i presupposti stessi della forma di stato. In quest’ottica, ci si può limitare a rievocare, da un lato, le teorie keynesiane⁴², oggi poste sotto la pressione dei vincoli all’indebitamento, dall’altro, il principio dell’economia sociale di mercato, teorizzato in un primo tempo dalla scuola di Friburgo e dagli Ordoliberali⁴³, e poi ripreso in Germania da Nipperdey⁴⁴, incorporato, infine, nel

⁴² Naturalmente il riferimento d’obbligo è a J. M. KEYNES, *Teoria generale dell’occupazione, dell’interesse e della moneta* (1936), Torino, 2010.

⁴³ Il pensiero di molti dei quali è ora raccolto in F. FORTE – F. FELICE (a cura di), *Il Liberalismo delle Regole*, Soveria Mannelli, 2010; cfr. poi anche gli scritti raccolti in lingua italiana di W. RÖPKE, *Democrazia ed economia. L’umanesimo nella civica humana*, Bologna, 2004; sul pensiero degli ordoliberali cfr. anche R. MICCÙ, «Economia e Costituzione: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca», in *Quad. Plur.*, 1996, 243 ss.

Trattato dell'Unione europea⁴⁵. Le due visioni richiamate propongono idee molto diverse, se non opposte, di intervento pubblico in senso ampio⁴⁶, che non si limitano alla regolazione del mercato, per estendersi anche all'idea del bilancio come strumento di politica economica, ma che nel tempo si sono di fatto influenzate reciprocamente. E non è un caso se l'esperienza tedesca, dove senza dubbio le dottrine della scuola di Friburgo e, più in generale, dell'economia sociale di mercato hanno ottenuto un enorme successo, in particolare nel corso degli Anni Sessanta – anche in virtù del ruolo politico svolto da pensatori come Müller-Armack, consigliere economico del cancelliere Erhard – sia apparsa un ibrido da questo punto di vista essendosi aperta nel tempo a politiche di stampo keynesiano, in particolare dopo la riforma costituzionale del 1969⁴⁷ in un contesto in cui comunque il Tribunale costituzionale ha sempre negato l'esistenza in Costituzione di un sistema istituzionale precettivo di norme vincolanti il legislatore e ha declinato in tal senso la c.d. "neutralità" e la "relativa apertura" (*relative Offenheit*)⁴⁸ del *Grundgesetz*⁴⁹. E, in effetti, la visione ordoliberal – basata su un'idea precettiva della c.d. "Costituzione economica", su un principio di stretta sussidiarietà dell'intervento pubblico in senso sociale e ispirata al contempo da una forte valorizzazione del principio della concorrenza funzionalizzata alla crescita dell'economia, che veniva elevata a regola di organizzazione costituzionale, – lasciava perplessi non pochi dei principali esponenti, anche liberali, italiani. Questi non esitarono a muovere dure critiche al pericolo di mistificazioni insito nella locuzione "economia sociale di mercato" in cui l'aggettivo "sociale" venne considerato da Einaudi – per tutti – solo un «riempitivo»⁵⁰. Si deve rilevare, inoltre, come la visione della Costituzione come somma di parti tra loro divise, premessa logica del pensiero ordoliberal, appare per lo più non condivisibile, essendo proprio dalle virtualità di una lettura complessiva che è possibile individuare la dimensione sociale dell'economico⁵¹ e i limiti stessi della libertà di iniziativa⁵². E proprio su questo punto, come si dirà, tuttavia, si deve rilevare come la Corte costituzionale non si spinga fino ad affermare del tutto un'idea di "ordine costituzionale del mercato" basato sulla concorrenza come valore in sé preminente.

Non va certo sottovalutato, però, in questa prospettiva, neanche il fatto che la riforma dell'art. 81 della Costituzione, che ha sullo sfondo il pensiero del c.d. "costituzionalismo fiscale" di Buchanan ed è animata da uno spirito di complessiva sfiducia nei confronti della democrazia rappresentativa nella gestione dei conti pubblici⁵³, in realtà non si sia spinta fino a rinnegare il keynesismo, tentando piuttosto di offrire una via per ridimensionarne gli esiti meno virtuosi, e coincida temporalmente con uno sforzo legislativo teso a favorire una sempre maggiore concorrenzialità del mercato in una prospettiva che sembra tendere a innalzare la

⁴⁴ H.C. NIPPERDEY, *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, in *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, 1954, 3 ss.

⁴⁵ Ora il riferimento è all'art. 3 della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea.

⁴⁶ Lo rileva M. FOUCault, *Nascita della Biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2009, 127-128 che sottolinea come «questo programma drastico non è stato, e di fatto non ha potuto essere applicato alla lettera in Germania. La politica sociale tedesca ha fatto ricorso a tutta una serie di elementi, alcuni dei quali provenivano dal socialismo di stato bismarckiano, altri dall'economia keynesiana, altri ancora dal piano Beveridge o dai piani di sicurezza che funzionavano in Europa, così che su quel punto i neoliberali, gli ordoliberali tedeschi non hanno potuto riconoscersi completamente nella politica tedesca».

⁴⁷ Il fatto che la riforma del 1969, i cui principi sono stati modificati dalla recente riforma del 2009 che ha disciplinato la c.d. *Schuldenbremse*, fosse finalizzata a introdurre la possibilità di porre in essere politiche economiche di stampo keynesiano viene sottolineato anche dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale in merito alla possibilità di sindacare le politiche di bilancio (cfr. le sentenze BVerfGE 79, 311 e BVerfG, 2 BvF 1/04). Cfr. di recente sul punto anche con riferimenti a queste sentenze C. MAYER, *Greift die neue Schuldenbremse?*, in AöR, 2011, 266 ss. e G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in questa Rivista, n. 3 del 2012.

⁴⁸ Così, nel *Mitbestimmung-Urteil*, BVerfGE 50, 290 (338).

⁴⁹ Sul dibattito sulla c.d. *Wirtschaftsverfassung* in Germania, cfr. L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali*, Torino, 2002, spec. 46 ss. e per la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco 77 ss. Sul punto cfr. anche R. MICCÙ, «Economia e Costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, cit., 243 ss. e, se si vuole, F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della costituzione italiana*, cit., 12 ss.

⁵⁰ L. EINAUDI, È un semplice riempitivo!, in *Prediche inutili* (1959), Torino, 2011, 300 ss. Sul punto concordano poi le analisi già richiamate di M. FOUCault, *Nascita della Biopolitica. Corso al Collège de France*, cit., 126 ss. che appare piuttosto critico tuttavia nei confronti delle teorie degli ordoliberali.

⁵¹ Per questa lettura, mediata attraverso la stigmatizzazione del concetto di "costituzione economica", cfr., per tutti, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 132-133 che rielabora in questo senso le teorie di C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, cit., spec. 149 ss. e H. EHMKER, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtssprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe, 1961, spec. 5 ss.

⁵² G. AZZARITI, *L'ordine giuridico del mercato*, in *Forme e soggetti della democrazia pluralista: considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, 2000, spec. 152 dove l'Autore riprende le suggestioni e le idee già espresse nel suo intervento riportato in N. IRTI (a cura di), *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., 3 ss.

⁵³ Emblematicamente cfr. J.M. BUCHANAN – R.E. WAGNER, *La democrazia in deficit. L'eredità politica di Lord Keynes* (1977), Roma, 1997.

concorrenza a principio costituzionale. Alla realizzazione di questo obiettivo sarebbe in definitiva funzionalizzato il «principio generale della liberalizzazione». Questi peraltro sembrano i due principali fronti su cui oggi si stanno rivedendo le basi degli attuali spazi di legittimazione e limitazione ad intervenire in campo economico dello Stato.

Non è questa la sede per approfondire le questioni che investono la riforma introdotta con la legge costituzionale n. 1 del 2012. Appare opportuno, però, collegare lo sforzo del legislatore di promuovere la concorrenza, valorizzato nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale, nello scenario più ampio richiamato perché entrambe le strade rappresentano tasselli di una “metamorfosi” della forma di Stato che affronta il rapporto tra economia e politica e che si impone nell’“eccezione”, ma vuole al contempo farsi “regola”. Spesso i due piani, peraltro, quello della regola a regime e quello congiunturale, sembrano confondersi⁵⁴, in un contesto complessivo in cui, tuttavia, le inestricabili connessioni e le linee di tensione tra economia e politica emergono con sempre maggiore forza.

La norma impugnata appare in questo quadro chiaramente di taglio “congiunturale” con la sua ansia di deregolazione che, una volta posta in essere, tuttavia, avrà esaurito la sua spinta, ma ha al contempo un’ambizione di durata che travalica l’immediato con l’idea di ispirare anche la legislazione successiva, in una fase in cui l’eccezione si dovrà far regola.

La pronuncia in commento della Corte costituzionale, in questo senso, pare avallare una lettura che ribadisce l’innesto nel sistema costituzionale del principio di concorrenza in un’ottica, dunque, che apre ad alcune delle suggestioni prospettate dalle idee degli ordoliberali. E ciò viene avvalorato, tra le righe, dalla decisione stessa nel modo in cui pare accogliere e recepire quelle interpretazioni che hanno sostenuto come la riforma dell’art. 41 Cost. proposta dal Governo⁵⁵ fosse superflua se non dannosa, ma comunque sovabbondante. E, tuttavia, la decisione lascia aperti, in questa prospettiva, alcuni dubbi interpretativi vista l’ampia discrezionalità rimessa al legislatore da un sistema che a livello costituzionale, pur con le autorevoli critiche mosse a questa definizione⁵⁶, può considerarsi “misto” nella sua capacità di limitarsi ad escludere gli estremi, lasciando nel mezzo ampia libertà di azione⁵⁷ e che continua ad incorporare nell’art. 3 Cost. «la supernorma della convivenza medesima, condizionante e finalizzante le altre norme, la base dinamica della convivenza, cioè la trasformazione della società non omogenea e non giusta, in una società più omogenea, più equilibrata e più giusta»⁵⁸. Per quanto si debba rilevare, infatti, l’attenzione con cui la Corte è sempre attenta nel sottolineare che i limiti previsti in Costituzione – ed eventualmente in quelli ulteriori individuati dalla legge – per la libertà di iniziativa economica e il suo svolgimento non debbano venir pregiudicati, il forte accento su quello che viene definito «principio generale della liberalizzazione» appare capace di plasmare in modo significativo la futura interpretazione della Costituzione che, unitamente alla riforma dell’art. 81 Cost., sembra, come detto, presagire a una trasformazione complessiva della forma di Stato.

A questo proposito, in conclusione, si possono effettuare due ultime considerazioni. In primo luogo, come emerge anche dalla decisione sul “caso Alitalia” (sent. n. 270 del 2010), si può affermare che l’art. 41 Cost. sia ancora oggi perfettamente vigente e goda di una forte capacità applicativa⁵⁹, quando ne ricorrano i presupposti, sebbene si collochi in un contesto generale in cui ormai l’intervento pubblico, diverso da quello di tipo regolatorio, si dovrebbe atteggiare non più a regola, ma ad eccezione. Corollario logico che deriva da

⁵⁴ Critico, in questo senso, A. BRANCASI, *L’introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it che nota come la riforma costituzionale del 2012 non sempre sembri distinguere correttamente tra norme “congiunturali” e norme “strutturali”.

⁵⁵ Cfr., sul punto, con ampi riferimenti alle diverse posizioni espresse sulla possibilità di riforma, F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, cit., 14 ss.

⁵⁶ M. LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1991, 376 e, ancora e nello stesso senso, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dern. dir.*, n. 4-1, 1994-1995, 566.

⁵⁷ G. AZZARITI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., spec. 156.

⁵⁸ Così A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 42.

⁵⁹ Sui rischi di parlare di «quiescenza» e di una possibile «piena riattivazione nella ipotesi [...] che il movimento del “pendolo” ne riporti in auge la capacità prescrittiva» cfr. R. NANIA, *Le libertà economiche: impresa e proprietà*, ora in R. NANIA (a cura di), *L’evoluzione delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, cit., spec. 276 ss. In proposito, considera «un eccesso di drammatizzazione» il dibattito innescato sull’art. 41, comma 3, L. ELIA, *Intervento*, in N. IRTI (a cura di), *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, cit., 22, in una prospettiva in primo luogo storica consapevole del mutato ruolo dello Stato nel tempo in un periodo complessivo in cui il comma 3 non si è mai inteso in senso dirigistico in senso stretto, finendo di fatto, come sembra ormai fare in effetti la Corte, con «l’identificare i fini sociali oggetto della riserva di legge statuiti nel 3° comma principalmente con i limiti d’iniziativa economica indicati nel comma precedente» (23).

questa affermazione è la superfluità, come già riferito, per la Corte *in primis*, di possibili modifiche dell'art. 41 Cost. che già incorpora i principi dell'economia di mercato⁶⁰.

In secondo luogo, però, va ribadito che l'affermazione per cui «una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva [...] genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche [...] e, dunque, in definitiva, reca danno alla stessa utilità sociale» (Cons. in dir. n. 7. 5), per quanto possa apparire in linea con la giurisprudenza precedente citata (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009), in realtà può aprire anche ad un controllo sulla "utilità" dei provvedimenti di regolazione in materia economica rischiando così di legittimare un intervento forse troppo incisivo da parte della Corte costituzionale. Infatti, se con utilità ci si riferisce all'«utilità sociale» intesa, da un lato, come limite all'iniziativa economica, cui il "principio di liberalizzazione" e la concorrenza stessa sono strumentali⁶¹, e dall'altro, come possibile limite alla stessa concorrenza in senso oggettivo (sent. n. 270 del 2010), allora il problema è da ridimensionare. La Corte da sempre ha utilizzato in questo senso la clausola dell'utilità sociale come «princípio-valvola» e «concetto di valore» di cui va sottolineata l'inevitabile valenza «dynamica» attenta al mutamento delle situazioni di fatto e capace di operare come limite⁶².

Diverso invece il caso in cui, in un contesto in cui il legislatore ha un compito positivo di "liberalizzare", l'"utilità" venisse intesa anche come efficacia e "non sovrabbondanza" della regolazione rispetto all'obiettivo di ottenere maggiore concorrenza, in quanto tale controllo non sembra possibile, almeno nel merito dei provvedimenti, in sede di giudizio di legittimità costituzionale.

Da ultimo, si può sottolineare, tuttavia, come la sentenza riconosca e valorizzi un punto che stempera notevolmente alcuni dei rischi indicati ed è il richiamo continuo alla necessità di dare un'applicazione integrale alla Costituzione in un'ottica secondo la quale i limiti alla concorrenza e alla libertà di iniziativa economica non possono considerarsi esauriti nell'art. 41 Cost., ma devono essere individuati anche in altri interessi di rango costituzionale all'esito di operazioni di bilanciamento, senz'altro problematiche⁶³, ma che hanno il pregio di ribadire l'unicità del dettato costituzionale e la stretta interconnessione tra i temi dell'economia e gli altri ambiti della vita comune che, anche in prospettiva europea, sono emersi da tempo, consentendo un ampliamento delle sfere di concreta operatività dell'Unione e dei campi di intervento della Corte di giustizia⁶⁴.

⁶⁰ In questo senso, di recente, critico verso le proposte di riforma in quanto non necessarie, cfr. G. DI GASPERE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it.

⁶¹ Anche per evitare che si verifichino quello che è stato definito il «paradosso della libertà di concorrenza» da F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Dir. e soc.*, n. 3-4 del 2009, 383 ss.

⁶² Cfr., sul punto, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., spec. 117 ss. e, più specificamente sulla giurisprudenza costituzionale, 134 ss.

⁶³ Sul problematico bilanciamento operato dalla Corte in occasione della sent. n. 270 del 2010, cfr. criticamente M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 53 ss. Questa operazione si caratterizzerebbe in realtà per essere non un vero bilanciamento bensì un «test di proporzionalità e di non eccessività, verificando se le misure intese ad assicurare l'utilità sociale che incidono sulla libertà di concorrenza sono appropriate e idonee allo scopo e non vanno al di là di quanto è necessario per ottenere il risultato» (54).

⁶⁴ Cfr. sul punto P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 139 ss.