

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 5 - dicembre 2011

ECONOMIA DI MERCATO E
REGOLAZIONE STATALE:
LA CONTROVERSIA TEDESCA SULLA
WIRTSCHAFTS VERFASSUNG E IL
“POSTO” DELL’ART. 41 DELLA
COSTITUZIONE ITALIANA

Francesco Saitto

**ECONOMIA DI MERCATO E REGOLAZIONE STATALE:
LA CONTROVERSIA TEDESCA SULLA
WIRTSCHAFTSVERFASSUNG E IL “POSTO” DELL’ART.
41 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA**

Francesco Saitto

*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell’Università di Siena*

Il lavoro ripercorre, dopo aver ricostruito il dibattito dottrinario tedesco e la giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht in materia di Wirtschaftsverfassung e aver sottolineato alcune differenze con la realtà italiana, lo spazio che, a partire dall’Assemblea costituente, hanno avuto i principi del mercato concorrenziale e dell’iniziativa economica privata alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale. Questi si sono lentamente affermati nella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha, nel tempo, dato sempre maggiore spazio al principio della concorrenza anche alla luce del diritto comunitario e dell’introduzione in Costituzione dell’art. 117, comma 2, lett. e).

This work analyses, also in comparison with the German literature and the Bundesverfassungsgericht’s jurisprudence on the so-called “Economic Constitution”, the space that the principles of competitive market economy and of private enterprise have played in the Italian constitutional order since the time of the Constituent Assembly and in light of the Italian Constitutional Court’s jurisprudence. The article will show how these two principles have become increasingly relevant in the jurisprudence of the Constitutional Court due to developments in European Union Law and the introduction of art. 117, comma 2, lett. e) in the Italian Constitution.

Sommario

1. Premessa
2. Ordine costituzionale dell’economia e Stato costituzionale. Il primo dibattito tedesco in materia di *Wirtschaftsverfassung* e la ricerca di un *institutionelles System*
3. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e la dimensione oggettiva dei diritti fondamentali. Multidimensionalità e integrazione nelle pieghe della *Wirtschaftsverfassung*
4. Il dibattito sull’art. 41 Cost.: mercato e libertà di iniziativa economica privata in Italia

5. La Corte costituzionale sull'ordine del mercato, la libertà di iniziativa economica «presa sul serio»: a) Il principio di concorrenza nella giurisprudenza costituzionale precedente alla modifica del Titolo V
6. *Segue*: b) «concorrenza “per” il mercato e concorrenza “nel” mercato»: la giurisprudenza costituzionale nel nuovo quadro delle competenze
7. *Segue*: c) Regolazione del mercato e art. 41 Cost., una virtuosa osmosi tra iniziativa economica, concorrenza e altri interessi costituzionalmente rilevanti
8. Verso una conclusione: un difficile equilibrio nell'art. 41 Cost

«Ihr Italiener habt das Wechslergeschäft und die Banken erfunden; das verzeih' euch Gott. Aber die Engländer erfanden die ökonomistische Gesellschaftslehre, und das wird der Genius des Menschen ihnen niemals verzeihen»^{*}

1. Premessa

Nell'approcciarsi allo studio dell'art. 41 della Costituzione italiana, tornato di attualità in un momento in cui da più parti se ne propone una modifica¹, può risultare utile partire dall'analisi dell'esperienza tedesca in cui ha rappresentato, senza dubbio, un momento centrale la controversia sulla c.d. *Wirtschaftsverfassung*. Molti, infatti, sono gli spunti di riflessione che possono essere di interesse anche nell'analisi dell'esperienza italiana tra cui, in particolare, da un lato, quella affannosa ricerca di un ordine costituzionale dell'economia, che il Tribunale costituzionale ha sempre negato, e quella concezione multidimensionale dei diritti² intesi, però, sempre, come diritti del singolo, e, dall'altro, l'affermazione nel tempo, nonostante l'assenza di un articolo che esplicitamente accogliesse il principio dell'economia di mercato, di un ordine economico vivente aperto e concorrenziale.

* MANN, *Der Zauberberg*, Berlin, 2008, 518-519. Così dice Naphta a Settembrini disquisendo sull'utilità – o meno – della vita in monastero. (T.d.A.: «Voi italiani avete inventato il sistema delle operazioni di cambio e le banche; e per questo che Dio vi perdoni. Ma gli Inglesi inventarono la dottrina dell'economia di mercato e per questo il Genio dell'Uomo non li perdonerà mai»)

¹ Al momento alla Camera dei Deputati vi sono depositati quattro progetti di legge volti a modificare, tra altri, anche l'art. 41 (A.C. 3039; A.C. 3054; A.C. 3967; A.C. 4144, quest'ultimo di iniziativa governativa, gli altri parlamentare). Il Dossier è disponibile al sito http://documenti.camera.it/Leg16/Dossier/Testi/AC0626_0.htm. Proponeva già la modifica di questa parte della Costituzione QUADRIO CURZIO, *Perché rifare la Costituzione economica italiana*, in *Il Mulino* 4/1996, 690 ss.

² Su cui cfr., per tutti, HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983, trad. it. RIDOLA (a cura di), *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993 e, nella letteratura italiana, in particolare, RIDOLA, *Diritti fondamentali*, Torino, 2006, 148 ss.

In questo breve contributo verrà analizzata, in primo luogo, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale tedesca in materia, per poi sviluppare il lavoro seguendo gli itinerari che il dibattito scientifico e la giurisprudenza costituzionale hanno percorso in Italia, anche alla luce della riforma costituzionale del 2001 che ha introdotto la materia della «tutela della concorrenza».

2. Ordine costituzionale dell'economia e Stato costituzionale. Il primo dibattito tedesco in materia di *Wirtschaftsverfassung* e la ricerca di un *institutionelles System*

In riferimento al concetto di *Wirtschaftsverfassung*, il dibattito che si è svolto in Germania e che si è intrecciato prima, con i temi del federalismo e dello Stato sociale, poi con quelli dell'unificazione e dell'integrazione europea, appare particolarmente ricco di suggestioni che si legano strettamente alla dogmatica dei diritti e alle loro molteplici dimensioni.

La ricostruzione del dibattito tedesco, in questa prospettiva, specialmente con riferimento alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, permette di osservare le diverse concezioni, che si sono scontrate o susseguite, di un concetto particolarmente criticato persino per quanto concerne l'*an* stesso del suo utilizzo³. La via prescelta e seguita in quel contesto

³ Cfr. RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, *Enc. Giur. Treccani*, vol. X, 2001 che, molto critico, pur negando ogni valore giuridico alla nozione, ricostruisce con ampi riferimenti bibliografici il dibattito sul concetto e sul suo utilizzo sottolineando i vari significati che sono stati attribuiti alla nozione di "Costituzione economica" e proponendo di utilizzare piuttosto altre espressioni a seconda dell'idea che si vuole rendere e dell'ambito disciplinare in cui si opera (7-8). Inoltre, l'Autore della voce sostiene anche che la traduzione corretta per *Wirtschaftsverfassung*, che resta comunque problematica tanto che l'A. come espressa scelta di metodo preferisce non tradurla, sarebbe *Costituzione dell'economia* (6). Anche MICCÙ, «*Economia e Costituzione*»: *una lettura della cultura giurpubblicistica tedesca*, in *Quad. Plur.*, 1996, spec. 250 ss. si scontra con la «polisemia» (251) del concetto e i diversi utilizzi che ne vengono fatti. Stabilito che il suo uso comunque non può mai essere neutrale, l'Autore lega strettamente la nascita del concetto «con l'avvento dello Stato sociale» (251) e all'esperienza costituzionale weimariana. In particolare, poi, l'Autore ripercorre i diversi usi di tale espressione, che ha assunto nel tempo vari significati a carattere meramente fattuale o normativo (256) e anche le diverse norme a cui si può far riferimento a seconda che ci si limiti o meno al testo costituzionale.

storico-culturale dal *Bundesverfassungsgericht* per affrontare nodi teorici di grande intensità può rappresentare, in parte, dunque, un significativo parametro di confronto anche nell'interpretazione del dibattito che ha interessato l'art. 41 della Costituzione italiana.

In Germania, la «controversia»⁴ sul tema della *Wirtschaftsverfassung* ha visto confrontarsi diverse generazioni di studiosi ed ha prevalentemente riguardato l'esistenza o meno di un insieme di norme precettive capaci di vincolare il Legislatore nelle scelte di politica economica. Dovendosi confrontare con l'assenza di un capo dedicato alle libertà economiche e ai rapporti economici, così come avviene, invece, nella Costituzione italiana o come avveniva nella stessa Costituzione di Weimar⁵, il primo problema con cui si sono

Individua, poi, tre significati del concetto CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica* (1995), Roma-Bari, 2010, 3 ss. In una prima accezione si farebbe riferimento alle norme che in senso formale regolano in Costituzione, o anche a livello ordinario, ma sempre con «rilevanza costituzionale» (3), i rapporti economici. In una seconda, fatta risalire al pensiero di Dicey, la nozione assume un significato più ampio calandosi però nella realtà inglese e prendendo in considerazione lo studio della pubblica opinione. Una terza prospettiva è quella, infine, che estende l'interesse anche alle norme che regolano gli aspetti amministrativi. In ogni caso, comunque, vi si legge, in questa analisi non ci si può fermare allo studio di istituti, norme e prassi, ma sempre è necessario tener conto anche di fattori sociali e culturali (4-5). Ampia la gamma di significati che può assumere la nozione anche per BIANCO, voce *Costituzione economica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III Agg., Torino, 2008, 259 ss. il quale rinviene comunque un'utilità nell'utilizzare l'espressione "Costituzione economica", intendendosi con tale espressione un'idea «complessa e problematica» (261) in cui coesistono un «contenuto giuridico della Costituzione economica soltanto descrittivo della disciplina costituzionale della materia economica, con il concetto di Costituzione economica come categoria» (271); un concetto che, peraltro si distinguerebbe dalla nozione di «ordine pubblico economico», di origine francese, su cui cfr. BIANCO, voce *Ordine pubblico economico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III Agg., Torino, 2008, 493 ss. che sarebbe più comprensivo (494). Sul punto cfr. anche nt. 7.

⁴ Così HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, in *DÖV*, 1956, 361 ss.

⁵ È noto, infatti, come il Capo V della parte seconda di questa Costituzione, dall'art. 151 all'art. 165, regolasse la «vita economica» dello Stato imponendo, all'art. 151, par. 1 Cost., che «l'ordinamento della vita economica» dovesse «corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo» (le traduzioni sono tratte da CARDUCCI (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, in CERRINA FERONI – FROSINI – TORRE (a

dovuti necessariamente scontrare gli interpreti è stato l'individuazione stessa delle norme da prendere in considerazione per delimitare i confini della c.d. "Costituzione economica" tedesca⁶.

cura di), *Codice delle Costituzioni*, Torino, 2009, 361 ss.) e aggiungendo, poi, che solo entro questi limiti fosse da tutelare la libertà economica dei singoli. L'art. 153 Cost. Weimar sanciva poi il celebre principio per cui «la proprietà obbliga», ammettendo anche dei casi in cui era possibile procedere a espropriazione e prevedendo, all'art. 48 Cost. Weimar, che il diritto di proprietà, che comunque rimaneva un diritto fondamentale, potesse essere sospeso. Molto importante, infine, proprio l'art. 165 Cost. Weimar, sui consigli operai che tanto ha interessato SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin, trad. it. A. Caracciolo (a cura di), *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, spec. 149 ss il quale negava a questi consigli un carattere statale-organizzatorio riconoscendogli solo un significato economico (150).

Cfr., brevemente e prevalentemente con carattere ricognitivo, BADURA, *Grundrechte und Wirtschaftsordnung*, in MERTEN – PAPIER (a cura di), *Handbuch der Grundrechte*, Band 2, Heidelberg, 2006, 222. Ricostruisce il dibattito weimariano MICCÙ, «Economia e Costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, cit. spec. 258 ss. Fondamentale è il contributo della scuola degli ordoliberali di Friburgo in quanto, vi si legge, la «Costituzione economica deriva dal particolare concetto di "ordine economico" e "sociale", proprio dei neoliberali, con il quale essi intendono un *sistema di regole* che costringe le scelte delle persone all'interno del rispettivo assetto sociale e che in tal senso genera un modello di azioni e transazioni» (259). La differenza con il *Laissez-faire* sarebbe l'emersione, dunque, della «cornice giuridico-istituzionale» e il riconoscimento allo Stato del compito di predisporla. Con Böhm, poi, si delinea un chiaro valore giuridico e normativo di questo concetto (260). L'Autore analizza anche il pensiero di Neumann, il quale fondamentalmente valorizza il concetto in una dimensione storica (267) e sottomette alla Costituzione politica la Costituzione economica negando che l'art. 165 della Costituzione di Weimar potesse integrare «un'autonoma Costituzione economica» (268), e di Schmitt, sul quale si tornerà.

Cfr. anche sul punto RIDOLA, *La Costituzione, la politica e il conflitto in una pagina di storia della scienza giuridica italiana*, in RUOTOLO (a cura di), *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, 2909 ss. il quale, nel ricostruire gli influssi della rielaborazione teorica sulla *Wirtschaftsverfassung* weimariana nel dibattito italiano, vede la «fissazione» nella Costituzione di Weimar di «un quadro di principi e di istituti di composizione del conflitto sociale, indirizzati ad assicurare un *Ausgleich* delle condizioni di vita ispirato ad obiettivi di giustizia sociale».

⁶ Le norme del *Grundgesetz* che sono state oggetto, in questo contesto, delle diverse ipotesi ricostruttive sono: l'art. 2, che al comma 1 sancisce il libero sviluppo della propria personalità; l'art. 9, in particolare gli *Abs. 1 e 3* in materia di libertà di fondare associazioni; l'art. 12, in materia di libertà di professione; il 14 concernente il diritto di proprietà e l'espropriazione; e, infine,

Il nodo principale della controversia, nonostante le critiche che già Carl Schmitt aveva sollevato sull'opportunità dell'utilizzo stesso del concetto⁷, però, non si è incentrato tanto sulla possibilità di servirsi dell'espressione. Piuttosto gli interpreti si sono interrogati sulla sua esistenza e, in caso, su quale fosse la *Wirtschaftsverfassung* prescrittiva per il Legislatore. Specialmente nella sua fase iniziale, almeno fino alla monografia di Ehmke del 1961, dunque, il concetto di *Wirtschaftsverfassung* è stato ampiamente utilizzato⁸ e ciò nonostante il famoso *Investitionshilfe Urteil*⁹ che ha sancito che l'unico limite alla discrezionalità politica del Legislatore fossero le norme del *Grundgesetz* e che, pertanto, ha rifiutato le varie letture proposte sull'esistenza di un vincolo costituzionale specifico in capo al Legislatore in materia di politica economica.

Il dibattito in materia di *Wirtschaftsverfassung* ha visto contrapposte molte teorie tra cui quella della *Nicht-Entscheidung*

l'art. 15 che regola la socializzazione di alcune categorie di beni come le risorse naturali o i mezzi di produzione.

⁷ SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, cit., spec. 149 ss. Schmitt che, in concreto, osservava che fosse impossibile parlare di "Costituzione economica" in relazione alla Costituzione di Weimar in quanto lo Stato, pur essendo uno Stato economico, è uno Stato "totale" dove non è più possibile separare Costituzione «sociale» e Costituzione «economica» come avveniva nel secolo Diciannovesimo. L'Autore individua, a questo proposito, quella che definisce «una chiara discrepanza» (152) nel fatto che vi è uno Stato economico senza alcuna Costituzione economica e ciò perché, nonostante lo Stato intervenga attivamente nell'economia per rispondere alle domande della società pluralista, la Costituzione sarebbe fondamentalmente «neutrale» (149) in campo economico. In Italia le tesi di Schmitt e poi di Ehmke e Scheuner che hanno sostenuto la non utilizzabilità di tale concetto, pur se con accenti diversi, sono state riprese in particolare da LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 132-135; LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. V, Torino, 1991, 375; e, più recentemente, ID., *La produzione della ricchezza nazionale*, in RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, 265 ss.

⁸ Nella lettura italiana sul punto si vedano, in particolare, MICCÙ, «*Economia e Costituzione*»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, cit., 243 ss e CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, 2002, spec. 46 ss.

⁹ BVerfG 4, 7.

di Krüger¹⁰, quella della *Soziale Marktwirtschaft*, sulla falsariga delle tesi di Röpke e Eucken, di Nipperdey¹¹, quella della *gemischte Wirtschaftsverfassung* di Huber¹², ma si è sostanzialmente scontrato con le due decisioni fondamentali in materia del *Bundesverfassungsgericht* del 1954 e del 1979 e con le forti critiche opposte, in dottrina, da Ehmke¹³ e da Scheuner¹⁴

¹⁰ In particolare, cfr. KRÜGER, *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, in *DVBl.* 1951, Heft 12, 361 ss.

¹¹ Celeberrimo il suo saggio del 1954 NIPPERDEY, *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, in *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, 1954, 3 ss.

¹² HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, in *DÖV* 1956, Hefte 4, 5, 6, 7, 97 ss.

¹³ EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtssprechung des Supreme Court zur Wirtschaftregulierung*, Karlsruhe, 1961, spec. 5 ss. Il quale, ponendosi in una linea di continuità ideale con le tesi di Smend dell'integrazione, si oppone a tutte quelle ricostruzioni che, utilizzando la nozione di *Wirtschaftsverfassung*, presupporrebbero una lettura del rapporto tra Stato e società di divisione. L'Autore, in particolare, leggendo la realtà tedesca attraverso la lente del costituzionalismo statunitense, critica questa visione che apparterrebbe alla tipica concezione dello Stato liberale ormai superata dallo Stato costituzionale.

Molto critico nei confronti di Ehmke fu Mestmäcker, giurista culturalmente legato alla scuola degli ordoliberali. In un saggio del 1964 MESTMÄCKER, *Wirtschaft und Verfassung*, in *DÖV*, 1964, 606 ss., l'Autore ha fondato le proprie obiezioni principalmente sul fatto che Ehmke avrebbe operato una indebita trasposizione della realtà americana in Germania, peraltro spesso travisandola (spec. 608 ss.) e interpretando la giurisprudenza della *Supreme Court* fino al *New Deal* solo come una difesa del *Laissez-faire* dovuta principalmente allo «Schatten der Furcht» (607) (*ombra di paura*) del socialismo. Inoltre, egli sostiene anche che nella ricostruzione prospettata dall'Autore di *Wirtschaft und Verfassung* manchi in concreto la spiegazione del come Ehmke motivi la perdita di valore (*Wertlosigkeit*) del concetto di *Wirtschaftsverfassung* (608)

¹⁴ SCHEUNER, *Einführung in Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, Athenäum, Frankfurt, 1971, 9-84. In quest'opera, in primo luogo, l'Autore ripercorre la storia del rapporto tra Stato ed economia dal 1945 suddividendo lo sviluppo in tre fasi: la prima, protattasi fino alla metà degli anni Cinquanta, con il tentativo da parte della dottrina di delineare una teoria precisa dell'ordine costituzionale economico e durante la quale hanno un influsso prevalente le teorie del liberalismo. Una seconda in cui, fino agli anni Sessanta, lo Stato inizia ad aumentare il proprio intervento in ambito economico e cresce il dibattito circa l'esistenza di una "Costituzione economica" effettivamente vincolante per il Legislatore. Durante la terza fase, che inizia con la seconda metà degli anni Sessanta, si conferma un sempre maggiore interventismo statale e vengono anche approvate importanti riforme costituzionali come quella dell'art. 109 GG

e, quindi, l'introduzione della clausola dell'equilibrio economico generale. Nella seconda parte, ricostruisce la storia dell'ordine giuridico dell'economia nel diciannovesimo secolo che si distingue da quello del periodo in cui Scheuner scrive proprio in virtù del forte intervento statale, anche se già negli anni Ottanta del secolo diciannovesimo si stava affermando la nuova tendenza ad un intervento sempre maggiore in ambito economico. Secondo l'Autore, i principali caratteri dell'ordine liberale sarebbero quattro: 1) la vita economica organizzata in base al principio di libertà dei singoli; 2) questa si fondava sulla libertà dei cittadini di concludere contratti, sul diritto di proprietà e sulla libertà di esercitare un'attività commerciale; 3) la guida dell'economia sarebbe stata lasciata all'autonomia dei privati e al diritto di disporre della loro proprietà; 4) lo Stato avrebbe avuto in questo contesto solo un compito di polizia e controllo (15). Questo sistema avrebbe mostrato i primi segni di cedimenti con la fine degli anni Settanta quando, con l'aumento dei compiti pubblici e un fisco in crescita, lo Stato cominciò ad aumentare il proprio intervento in ambito economico. Dopo aver trattato l'esperienza weimariana, Scheuner affronta il tema della *Wirtschaftsverfassung* al tempo del *Grundgesetz* dove, per l'appunto, vista l'assenza di un capo espressamente dedicato alla vita economica, il dibattito si è incentrato sull'esistenza di un ordine economico vincolante per poi riaccendersi con l'introduzione di un obiettivo costituzionale come l'equilibrio economico generale in Costituzione (21-22). Le critiche rivolte al concetto, anche per Scheuner, si fondano sul fatto che questo troverebbe il suo fondamento nella separazione tra Stato e società e tra Costituzione politica ed economica, intesa come parte separata, ma che questa cesura nel moderno Stato costituzionale avrebbe perso ogni significato (23). In questo senso, l'Autore propone di «congedarsi» (*Abschied zu nehmen*) da questo concetto per concentrarsi sulla Costituzione come *Gesamtordnung* (ordine complessivo) (24). Dopo aver ripercorso a titolo di esempio alcune delle principali concezioni che si sono confrontate sulla nozione, Scheuner ribadisce come nell'utilizzare questo termine vi sia un pericolo perché racchiude in sé ancora quella tendenza ad individuare un autonomo sistema di norme in materia economica. Per questo motivo, sarebbe più opportuno parlare di ordine economico (26). Il rifiuto all'utilizzo di questa espressione, tuttavia, secondo l'Autore, non è sufficiente a negare che vi sia una specifica scelta in materia economica operata dal *Grundgesetz*, anche se, in uno Stato democratico, il diritto costituzionale può ammettere un'ampia varietà di ordini economici. Ed è questo il motivo per cui il *GG* non racchiude nessuna specifica concezione vincolante dell'economia (27). Scheuner, tuttavia, chiarisce che la neutralità della Legge fondamentale non vuol dire che al Legislatore è lasciata una piena libertà. È una libertà limitata in primo luogo dall'operatività dei diritti fondamentali che operano «nella loro funzione di limiti» (*in ihrer Funktion als Schranken*), anche se, in alcune circostanze, la legge opera anche come un mezzo di sviluppo dei singoli diritti che altrimenti rischierebbero di essere ineffettivi (29-30). Il Legislatore, infatti, non viene solo limitato dalle norme sui diritti fondamentali, ma ha anche l'obbligo di garantirne un pieno godimento (34). Elaborate queste constatazioni, poi, Scheuner include nel problema dell'intervento statale nell'economia in uno Stato democratico costituzionale anche tutte quelle norme

alla fondamentale premessa che presiederebbe all'utilizzo del concetto di "Costituzione economica", ovvero, la separazione tra Stato e società¹⁵.

La diatriba prende origine, tramanda Nipperdey¹⁶, dal *Kommentar* di Mangoldt al *Bonner Grundgesetz* dove si era espressa l'idea che di fatto i Costituenti avessero rinunciato alla formazione di un catalogo di diritti fondamentali volti a regolare la vita sociale e culturale a causa della totale incertezza del presente rispetto ai futuri sviluppi economici e culturali¹⁷.

Nella lettura di Krüger, che si pone apertamente nel solco della distinzione tra Costituzione politica ed economica,

di organizzazione volte, per esempio, a dare attuazione allo Stato sociale e che consentono allo Stato di perseguire obiettivi di carattere sociale. Il principio dello Stato sociale, infatti, per esempio, opera come mezzo di correzione della libertà in materia di ordine costituzionale economico. (64).

¹⁵ In effetti, per esempio, la ricostruzione che fa BALLERSTEDT in *Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung*, in *AöR*, 1949, 129 ss., tutta fondata sui principi del *Rechtsstaat*, è difficile non vedere quanto ancora risenta dell'idea di una separazione tra il campo della pianificazione economica, e dunque la politica, e quello dell'economia. Ma si veda anche ID., *Unternehmen und Wirtschaftsverfassung*, in *JZ* 1951, 486 ss. dove l'autore prova a delineare il contenuto del concetto di *Wirtschaftsverfassung* in particolare in relazione all'iniziativa economica e la tutela della proprietà.

¹⁶ NIPPERDEY, *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 5.

¹⁷ Sembra opportuno richiamare anche brevemente, da un lato, chi, idealmente antagonista a quelle visioni, tra cui quelle, sia pur con accenti diversi, di Huber e Scheuner, tendenti alla valorizzazione della clausola dello Stato sociale, ha prospettato un impianto che, incentrandosi su una concezione formale dello Stato e la clausola dello Stato di diritto si è ad esse contrapposto, dall'altro, invece, chi ha visto nelle potenzialità della *Wirtschaftsverfassung* anche la possibilità di un'evoluzione in un senso collettivista e socialista. Il primo riferimento è naturalmente a FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel* (1964), trad. it. AMIRANTE (a cura di), *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, il quale, in continuità con le teorie di Schmitt, di cui peraltro è allievo, e pur sottolineando un inestricabile nesso tra Stato ed economia, svaluta il concetto di "Stato sociale" che sarebbe contrastante con quello di Stato di diritto (46) e, in particolare, teorizza particolari limiti al potere dello Stato di tassare la proprietà con fini redistributivi. Cfr., in particolare, i saggi *Concetto e natura dello stato sociale di diritto* (29 ss.) e *Abbiamo troppo o troppo poco stato?* (81 ss.). Il secondo a ABENDROTH, *Das Grundgesetz*, Pfullingen, 1966, 64 ss. il quale, considerando a tal punto la Legge fondamentale neutrale in campo economico, sostiene, attraverso una lettura dell'art. 15 GG, che il *Grundgesetz* lascerebbe persino la possibilità al Legislatore di trasformare lo Stato in senso socialista.

sostenendo l'esistenza di una «Vielfalt von Verfassungen»¹⁸ (molteplicità di Costituzioni), si nega che sia possibile in materia economica trovare una precisa indicazione vincolante. Facendo riferimento in particolare al relativismo kelseniano e al pensiero di Radbruch, egli, infatti, sottolinea come, in una concezione meramente formale di democrazia, peraltro oggi, per quanto discussa, superata dalla dottrina¹⁹, sia impossibile rinvenire una specifica «materielle Entscheidung»²⁰ (scelta materiale). Proprio per questo motivo, Krüger individua un limite fortissimo all'attività del Legislatore il quale, non avendo la Costituzione scelto per una determinata politica economica, non potrebbe in nessun caso porre in essere delle norme capaci di sostituire (*ersetzen*) «diese Nicht-Entscheidung durch eine positive Entscheidung»²¹ (questa Non-scelta tramite una scelta positiva). In definitiva, se il relativismo è alla base del principio democratico, ciò non significa solo che la Costituzione non incorpora alcuna teoria economica, ma anche che è vietata ogni scelta politica che renda nel futuro impossibile porre in essere una determinata politica economica²².

Il *Grundgesetz*, dunque, non incorporerebbe nessuna «Wirtschaftsverfassung» e ciò significherebbe che – questo il punto centrale delle tesi di Krüger – «die Nicht-Entscheidung» è da considerarsi come una condizione costituzionale (*Verfassungszustand*)²³ in base alla quale sarebbe possibile per il giudice delle leggi intervenire.

Fondamentale, tuttavia, nel dibattito è l'intervento di Nipperdey che, costruendo un sistema attraverso

¹⁸ KRÜGER, *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 361.

¹⁹ Su cui cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007; ma anche ID., *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2009, 1 ss. Si veda poi il suggestivo BARCELLONA, *La Costituzione politica della società*, in *Dem. dir.*, 4/1994-1/1995, 129 ss. il quale afferma: «è “conservatrice” ogni veduta che accetta di declinare la democrazia come un modo di essere dello Stato, che la riduce a questo, che la trasforma in una mera tecnica per selezionare il ceto politico dirigente e quindi determina l'identificazione della sfera politica come “sfera separata”, e non già come una forma di società, come la Costituzione politica del sociale» (137).

²⁰ KRÜGER, *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 361.

²¹ ID., *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 362.

²² ID., *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 362.

²³ ID., *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 363.

un'interpretazione dell'art. 2, *Abs.* 1 del *Grundgesetz*, posto in connessione con gli artt. 9 *Abs.* 3, 12 e 14, proclama di aver individuato «die Magna Charta der Markt- oder Wettbewerbswirtschaft»²⁴. Nel suo saggio l'Autore sostiene che il *Grundgesetz*, contrariamente a quanto prospettato da Krüger, avrebbe operato una precisa scelta in materia di *Wirtschaftsverfassung* in quanto dal principio del libero sviluppo della personalità, come declinato nella sua dimensione economica, deriverebbe l'obbligo per il Legislatore di garantire l'economia sociale di mercato che «ist im Grundgesetz festgelegt»²⁵, attaccando frontalmente quell'opinione dottrinale che vedeva nella concezione relativista, ed in quel senso neutrale, la soluzione al problema. L'art. 2, *Abs.* 1, *GG*, nella lettura proposta da Nipperdey, rappresenta il corrispettivo dinamico della *Menschenwürde* e incorporerebbe da un lato, la libertà di concorrenza del singolo nel mercato, dall'altro «die Institutionelle Garantie der marktwirtschaftlichen Verfassung»²⁶ (la garanzia istituzionale di una Costituzione che protegge un'economia sociale di mercato).

Dalla combinazione dell'art. 2, *Abs.* 1, *GG* con gli artt. 12, 14 e 9, *Abs.* 3, *GG* Nipperdey poi costruisce l'impianto della sua economia sociale di mercato, lasciando sempre sullo sfondo, però, – e questo sarà il motivo principale della critica rivoltegli da Huber – il problema dello Stato sociale. Nonostante sia famosissima, infatti, la definizione data della *soziale Marktwirtschaft* che rappresenterebbe «eine dritte wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnung»²⁷ che si porrebbe a metà dei due estremi della *Planwirtschaft* e dell'*ökonomischer Liberismus*, il ruolo dello Stato e il suo intervento restano ai margini della riflessione e legati all'applicazione del principio di sussidiarietà²⁸, rendendo legittima una intromissione statale solo

²⁴ NIPPERDEY, *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 16.

²⁵ ID., *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 1.

²⁶ ID., *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 9.

²⁷ ID., *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 18.

²⁸ ID., *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 22. Sul principio di sussidiarietà nella tradizione culturale e giuridica tedesca si veda, per tutti, ISENSEE, *Der Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Berlin

quando il mercato non è in grado da solo di gestirsi. Tuttavia, su questo punto la debolezza delle teorie di Nipperdey emerge fortissima, riaprendo, utopicamente, all'idea di un mercato capace di autoregolarsi²⁹.

Con grande slancio critico, nei confronti in particolare di Nipperdey, come detto, Huber nel 1956 scrive un saggio intitolato significativamente *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*. L'Autore riconosce fundamentalmente quattro teorie in materia di *Wirtschaftsverfassung*. La prima è la «Neutralität Lehre» di Krüger e la seconda la teoria dell'economia sociale di mercato di Nipperdey. Huber, rispetto ad essi, deve confrontarsi però anche con un altro fatto molto importante: l'*Investitionshilfe Urteil* del 1954 che rappresenta una alternativa rispetto alle tesi già enunciate. Con essa, come si dirà, il *Bundesverfassungsgericht* ha stabilito che il *Grundgesetz* non ha operato nessuna decisione in materia di politica economica, ma che ciò non significa l'accoglimento della teoria della *Nicht-Entscheidung* perché il Legislatore, libero di perseguire le scelte economiche ritenute nella sua discrezionalità opportune, ha come

1968. Nella letteratura italiana sulle diverse matrici culturali del principio, cfr. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralista*, in CERVATI – PANUNZIO - RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi dell'innovazione in Italia*, Torino, 2001.

²⁹ Sulla capacità del mercato di autoregolarsi, in senso critico e come utopia, cfr. K. POLANY, *The Great Transformation* (1944), trad. it. VIGEVANI (a cura di), *La grande trasformazione*, Torino, 2010, 277 dove l'Autore esplicitamente pone alla base della «grande trasformazione», di cui tratta, «il fallimento dell'utopia del mercato», ma cfr. anche 313. Per un ampio studio sull'idea e sul concetto di mercato e concorrenza, anche attraverso riferimenti al pensiero di Smith, von Hayek, Buchanan e Polany, cfr. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 15 ss. Sui vari significati che può assumere il termine «mercato», come luogo, come istituzione, come ideologia o come paradigma di azione, e sulla loro sostanziale interconnessione, cfr., poi, FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *Stato e società*, 1992, 291 ss. Il mercato come ideologia viene associato, attraverso il pensiero di Weber, al grado di autonomia riconosciuto all'individuo e viene dunque strettamente legato all'idea di libertà intesa come non ingerenza dello Stato in ambito economico. In questo senso, il mercato svolgerebbe una «funzione di carattere costituzionale» (300).

Molto interessante, sul punto, una recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* in cui il mercato come luogo viene associato alle basi stesse della vita democratica e della formazione del pluralismo (BVerfG, 1 BvR 699/06 del 22.2.2011) in connessione, in particolare, alla libertà di riunione.

limite ultimo il rispetto della Legge fondamentale stessa⁵⁰. Questa ampia discrezionalità, in particolare, deriverebbe dall'art. 74, nr. 11, GG che sancisce per il Legislatore federale la competenza concorrente ad intervenire in materia economica e in quella del diritto dell'economia (*das Recht der Wirtschaft*).

Pur partendo da presupposti simili a Nipperdey e valorizzando, in particolare, le potenzialità dell'art. 2, Abs. 1, GG, Huber sostiene che nella ricostruzione di Nipperdey l'attenzione data al tema dello Stato sociale e di prestazione è eccessivamente riduttiva. Infine, l'Autore enuncia la sua teoria per la quale il *Grundgesetz* avrebbe incorporato una «garanzia della Costituzione mista» («Garantie der gemischten Wirtschaftsverfassung») in ragione della quale sarebbe possibile, dall'interpretazione congiunta degli articoli sui diritti fondamentali e dei vincoli derivanti dallo Stato sociale al Legislatore, desumere un sistema complessivo oggettivo di libertà e vincoli tale da delineare un preciso ordine costituzionale dell'economia⁵¹.

Per quanto, come detto, i presupposti siano i medesimi di Nipperdey e, in particolare, vi si ritrovi la valorizzazione del catalogo dei diritti fondamentali, Huber arriva a risultati radicalmente differenti. Dopo aver infatti criticato le tre teorie citate⁵², in particolare quella di Krüger e quella accolta dal

⁵⁰ BVerfGE 4, 77 ss.: «Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierung- und Gesetzgebungsgewalt, noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde soziale Marktwirtschaft» non avendo il GG «ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entscheiden» (T.d.A.: «La Legge fondamentale non garantisce nè la neutralità politico-economica del potere esecutivo e legislativo, nè una economia sociale di mercato governabile solo con mezzi conformi al mercato» perchè «non ha espressamente deciso per un preciso sistema economico»). È evidente come in questo modo il Tribunale costituzionale si discosti dalle tesi radicali di Krüger che, pur millantando neutralità, in realtà ripetevano quell'utopia del mercato autoregolantesi. Secondo i giudici di Karlsruhe, il Legislatore avrebbe quindi piena autonomia, «sofern er dabei das Grundgesetz beachtet».

⁵¹ HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 97-98.

⁵² La tesi di Krüger viene respinta *in toto* perchè avrebbe conseguenze paradossali come la totale «destatalizzazione dell'economia» (*Enstaatlichung*) che sarebbe con la stessa statualità dello Stato incompatibile («die absolute Enstaatlichung der Wirtschaft [...] wäre mit der "Staatlichkeit des Staates" unvereinbar», HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 98). La tesi del *Bundesverfassungsgericht* viene respinta, poi, perchè – afferma

Bundesverfassungsgericht, marchiate come espressione di teorie relativiste³⁵, l'Autore afferma come per il moderno Stato costituzionale le questioni economiche e sociali abbiano un rilievo «esistenziale» («existenzielle») perché esso è inevitabilmente economico e sociale³⁴. In particolare, il fatto che, come sancito dal Tribunale, il *Grundgesetz* non abbia «ausdrücklich» (esplicitamente) recepito una determinata concezione dell'ordine economico non è corretto, a meno che, nella visione di Huber, questa «mancanza» non venga interpretata in senso stretto e ciò perché, dalla lettura della Legge fondamentale, emerge dagli articoli sui diritti fondamentali, dagli articoli 20 e 28, dalle norme in materia di competenza esclusiva e concorrente e, infine, dalle norme in materia di organizzazione fiscale dello Stato (artt. 105-115 *GG*) un ben preciso quadro di norme in materia economica che devono considerarsi vincolanti per il Legislatore³⁵. Questo insieme di norme costituirebbe un vero e proprio «Ordnungsleitbild»³⁶ (modello di ordine) che incarnerebbe un *institutionelles System* (sistema istituzionale) e darebbe vita al carattere quintessenziale del *Grundgesetz* ovvero, la già richiamata, «institutionelle Garantie einer gemischten Wirtschaftsverfassung»³⁷ (garanzia istituzionale di una costituzione mista dell'economia).

Huber – se la libertà del Legislatore di compiere scelte in materia di ordine costituzionale dell'economia fosse confermata, darebbe di fatto la possibilità al potere politico, nella sua discrezionalità e con il solo limite non precisamente definito del rispetto delle norme del *Grundgesetz*, di imporre qualsiasi ordine economico ad ogni cambio di maggioranza (99). La tesi di Nipperdey, infine, per lo scarso rilievo concreto dato alle norme sullo Stato sociale (101).

³⁵ Entrambe queste teorie, infatti, sarebbero espressione dei principi propri del relativismo giuridico e, partendo dal presupposto che una Costituzione di uno Stato democratico-liberale non può essere interpretata nel senso di aver scelto una determinata teoria economica a scapito delle altre, cadrebbero in errore in quanto, al contrario, la Costituzione di uno Stato liberale-democratico non può non incorporare i principi fondamentali dell'ordine economico. In questa luce, “neutralismo” e relativismo sarebbero espressione di un sistema costituzionale solo formale ormai superato.

³⁴ Così HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 100.

³⁵ ID., *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 100.

³⁶ ID., *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 102.

³⁷ ID., *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 101.

Tuttavia, sarà proprio questa interpretazione che il Tribunale costituzionale si rifiuterà sempre di accogliere⁵⁸.

3. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e la dimensione oggettiva dei diritti fondamentali. Multidimensionalità e integrazione nelle pieghe della *Wirtschaftsverfassung*

Il nucleo della “Costituzione economica” tedesca così come vivente è racchiuso in due decisioni fondamentali, la prima, di cui in parte si è già detto, è la c.d. *Investitionshilfe Entscheidung*³⁹, il secondo il c.d. *Mitbestimmungsurteil*⁴⁰ ed è, nel

⁵⁸ Un sostenitore di un’interpretazione unitaria del *Grundgesetz* è BADURA, *Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrecht*, in *JuS* 1976, 205 ss., il quale, dopo aver ricostruito la giurisprudenza del Tribunale costituzionale ed essersi soffermato sui diversi significati che può assumere il concetto di *Wirtschaftsverfassung*, prova a delineare il contenuto della nozione. Pur essendo, infatti, vero che la Legge fondamentale non precisa un certo ordine giuridico dell’economia, sarebbe comunque necessario operare una interpretazione unitaria della Costituzione che tenga conto anche, per esempio, del principio dello Stato sociale e non isoli i diritti fondamentali dalle altre norme.

³⁹ BVerfGE 4, 7. Fondamentale anche l’*Apothekenurteil* (BVerfGE 33, 303) dell’11 giugno 1958 in cui si ribadì nuovamente questa neutralità sottolineando proprio come (punto 63) la discrezionalità del Legislatore può essere limitata solo con riferimento alla Legge fondamentale perché «das Grundgesetz ist wirtschaftspolitisch in dem Sinn neutral, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen darf, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte, beachtet» (T.d.A.: «circa il carattere economico-politico, la Legge fondamentale è in tal senso neutrale, in quanto il Legislatore può seguire ogni politica che a lui sembri adeguata, nei limiti in cui rispetti la Costituzione e, in particolar modo, i diritti fondamentali»). A questo proposito, facendo riferimento all’art. 12 GG, che tutela la libertà di professione, parametro per la prima volta in quel giudizio, il Tribunale ha affermato anche che una legge non può essere considerata incostituzionale sulla base dell’art. 12 GG solo perché sarebbe in contrasto con una la politica economica statale prescelta o perché non in armonia con una certa dottrina o, ancora più evidentemente, perché il giudice non la approva. In questo modo, il Tribunale non solo si ritira dal campo della *Wirtschaftspolitik* escludendo un suo intervento in materia volto a sanzionare scelte che rientrano nella discrezionalità (*Ermessen*) del Legislatore, ma sembra avanzare una interpretazione dei diritti, da leggere singolarmente e non come sistema istituzionale vincolante il Legislatore a porre in essere determinate politiche economiche, come unico limite all’azione del Legislatore.

suo complesso, rimasto invariato⁴¹ nonostante l'introduzione, avvenuta nel 1967 nel *Grundgesetz*, del vincolo dell'equilibrio economico generale (*gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht*)⁴².

Distanziandosi, da un lato, dalle teorie di Nipperdey e, con lui, degli Ordoliberali e, dall'altro, dalle idee di Krüger, il *Bundesverfassungsgericht*, infatti, nel 1954 sostiene la tesi della neutralità economico-politica (*wirtschaftspolitische Neutralität*) del *Grundgesetz* ancorando i limiti della responsabilità politica del Legislatore al solo rispetto della Legge fondamentale⁴³.

⁴⁰ BVerfGE 50, 290.

⁴¹Tanto che recentemente RUFFERT, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, in *AöR*, 2009, 197 ss. ha affermato la necessità che, anche alla luce dell'evoluzione storica e, in particolare, dell'integrazione comunitaria, è necessario intervenire a ridefinire i confini del concetto al fine di garantire effettività e tutela reale ai diritti economici.

⁴² In particolare, sul punto, fondamentale è stato il c.d. *Euro-Beschluß* (BVerfGE 97, 350) del *Bundesverfassungsgericht*, con cui si negò l'esistenza di un diritto fondamentale alla stabilità economica svuotando di fatto di contenuto prescrittivo l'allora vigente articolo 109 GG, e confermando un'ampia discrezionalità in capo al Governo in materia di scelte di politica economica. Sul problema, cfr., in particolare, CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, cit., 13 ss.

Occorre dire che, con la *Föderalismusnovelle II* e l'introduzione poi della c.d. *Schuldenbremse* nel 2009 con la modifica, tra altri, proprio degli artt. 109 e 115 GG e l'individuazione di parametri ben precisi da rispettare per il Legislatore al momento della predisposizione del bilancio, il dibattito sull'intervento dei giudici costituzionali in un campo così politico è destinato a riaprirsi. Su molti profili problematici della riforma, ed in particolare per quanto concerne la responsabilità dei giudici in materia di controllo delle leggi di bilancio, cfr. NEIDHARDT, *Staatsverschuldung und Verfassung: Geltungsanspruch, Kontrolle und Reform staatlicher Verschuldungsgrenzen*, Tübingen, 2010. Sempre sulla riforma ed in particolare sul meccanismo della c.d. *Schuldenbremse* cfr. LENZ, *Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz*, in *NJW* 2009, 2561 ss.

⁴³ Sulla comunque ampia giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in materia economica, cfr. BADURA, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat*, in *AöR* 1967, 382 ss. e anche, più recentemente e con aperture anche ai tribunali superiori non costituzionali, SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, in ISENSEE – KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, Heidelberg, 2006, spec. 896 ss. In particolare, con riferimento all'interpretazione dell'art. 12 GG, occorre dare conto, inoltre, in questa rassegna di almeno altre due pronunce: la prima è il famosissimo *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377), già richiamato alla nt. 39, del 1958 in materia di libertà di professione (art. 12 GG) in cui il

Bundesverfassungsgericht ha sancito che nell'articolo 12 GG non viene proclamata una *Gewerbefreiheit* come principio oggettivo, ma come diritto garantito ai singoli per quanto la professione non debba essere necessariamente intesa in senso tradizionale e non sia corrispondente ad un chiaro *Berufsbild* (immagine professionale). L'art. 12 GG va, dunque, inteso in senso ampio. Nella stessa decisione, inoltre, il Tribunale ha elaborato la c.d. "teoria dei gradi" (*Stufentheorie*) in ragione della quale la limitazione ammissibile del diritto varia di intensità a seconda che questa incida sull'esercizio (*Berufsausübung*) o sulla scelta stessa del lavoro (*Berufswahl*) secondo una scala crescente. Cfr., sul punto, SCHEUNER, *Einführung*, cit., 36 ss. il quale afferma che il Tribunale distingue tra limitazioni all'esercizio della professione e quelli alla scelta della professione e considera legittimi quei limiti che appaiono ragionevoli (*vernünftige*) al fine di tutelare il bene comune (*Gemeinwohl*). In questo senso, bene comune e diritto del singolo devono essere ponderati tra loro: più intensa è la limitazione del diritto, più forte deve essere il motivo posto a suo fondamento. Anche in questa decisione, dunque, il Tribunale non ricostruisce la *Berufsfreiheit* in un'ottica di sistema enfatizzando la dimensione oggettiva, ma piuttosto declinandola nella sua dimensione soggettiva. In questo senso, viene accolta con favore da Scheuner. La seconda è il *Numerus clausus Urteil* del 1972 (BVerfGE 33, 303) con cui il Tribunale ha, attraverso una lettura congiunta dell'art. 12 GG con il principio di uguaglianza (art. 3 GG) e quello dello Stato sociale, dichiarato incostituzionali quelle norme che ponevano dei limiti all'accesso all'università. In materia di diritto di proprietà, il riferimento necessario è al *Feldmühle-Urteil* del 7 agosto 1962 in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha ricostruito il contenuto e i limiti del diritto di proprietà facendo riferimento anche alla clausola del libero sviluppo della personalità, al principio di uguaglianza e al principio dello Stato sociale e di diritto. In questa decisione, il Tribunale ha affermato, richiamando la neutralità del *Grundgesetz* in materia di *Wirtschaftsverfassung* e negandone una concezione istituzionale sistemica, che per verificare quali siano i margini di azione giuridica occorre far riferimento ai principi costituzionali generali, come lo Stato sociale e di diritto, e ai singoli diritti fondamentali (punto 42). In particolare (punto 52), il diritto di proprietà viene ritenuto un diritto fondamentale e il riferimento che ad esso viene operato nel *Grundgesetz* rappresenta una scelta di valore (*Wertentscheidung*) considerata di particolare importanza per uno Stato sociale e di diritto e ciò perché la proprietà viene considerata come «il più importante istituto giuridico per definire gli ambiti dei patrimoni privati». L'intervento statale legislativo necessario ai sensi dell'art. 14 GG, dunque, deve essere compatibile con la scelta di valore operata dalla Legge fondamentale e con le altre norme come il libero sviluppo della personalità, il principio di uguaglianza e dello Stato sociale e di diritto in essa contenute.

Da ultimo, in materia di *Vereinigungsfreiheit* riferimento, oltre al *Mitbestimmung Urteil*, è al *Dortmunder Hauptbahnhof Beschluss* (BVerfG, 2 BvR 54/62) del 30 novembre 1965. Nella decisione, un breve trattato sulla libertà di associazione, in materia di libertà e attività sindacale, il Tribunale ha sancito che l'art. 9, Abs. 3 GG protegge non solo il diritto dei singoli, per tutti e per tutte le professioni, di associarsi, ma anche il diritto dell'associazione in

Il rifiuto definitivo, tuttavia, opposto dai giudici di *Karlsruhe* all'ipotesi di una *Teilverfassung* capace di condizionare le scelte economiche del Legislatore viene formulato nelle sue pratiche implicazioni con la decisione del 1979⁴⁴. Su questa pronuncia la dottrina si è ampiamente misurata⁴⁵, ma il *Bundesverfassungsgericht* in essa ha negato che sia possibile ricostruire un sistema istituzionale economico vincolante dagli articoli in

quanto tale di perseguire i propri obiettivi. A questo fine, le attività svolte dai singoli per promuovere i fini dell'associazione, devono anch'essi essere considerati protetti (punto 20). Nel *Mitbestimmung Urteil*, poi, il Tribunale costituzionale ha affermato (punto 182) che l'art. 9, comma 3 non appartiene ai classici diritti fondamentali («Art. 9 Abs. 3 GG gehört nicht zu den "klassischen" Grundrechten») perché questo si è sviluppato solo in seguito al processo di industrializzazione e che pertanto nella interpretazione non può non farsi riferimento al suo sviluppo storico. Nonostante ciò, secondo il Tribunale, il diritto si configura come un diritto di libertà che tutela «die Freiheit des Zusammenschlusses zu Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und die Freiheit der gemeinsamen Verfolgung dieses Zwecks». Inoltre, fanno parte del contenuto del diritto anche la possibilità di svolgere tale attività liberi da interventi statali, la libertà negativa di uscire o di non partecipare ad una associazione e il diritto dei singoli a perseguire i fini propri dell'associazione (punto 183).

In merito, recentemente, denuncia una «prekäre Koalitionsfreiheit» (precaria libertà di associazione) RUFFERT, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, cit., 227 il quale sostiene che si va affermando una difesa meno efficace di questa libertà in particolare a causa di un sempre maggiore intervento statale in ambiti propri della autonomia collettiva.

⁴⁴ Cfr., per un quadro preciso del problema, BADURA, *Grundrechte und Wirtschaftsordnung*, in MERTEN – PAPIER (a cura di), *Handbuch der Grundrechte*, Band II, Heidelberg, 2006, spec. 224 e ss. e anche SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, in ISENSEE – KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, Heidelberg, 2006.

⁴⁵ Su cui si vedano, in particolare, tra i moltissimi contributi, MEESSEN, *Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1979, 833 ss.; WEBER, *Mitbestimmung – Sprengkörper der Verfassungsstruktur?*, in *AöR*, 1979, 521 ss. il quale, in particolare, ricostruisce il dibattito tedesco sulla *Wirtschaftsverfassung* alla luce della fondamentale decisione del 1979 e il rifiuto della visione dell'«institutioneller Zusammenhang» perseguita e disegnatata anche da quei professori, Badura, Rittner e Rütters che avevano preparato il ricorso contro la legge sulla *Mitbestimmung*. Interessante, inoltre, il contributo di BÄUMLER, *Abschied von der grundgesetzlich festgelegten »Wirtschaftsverfassung«*, in *DÖV*, 1979, 325 ss. il quale, dopo aver ripercorso il dibattito sul tema della *Wirtschaftsverfassung*, afferma che con la sentenza in commento si sarebbe dato il definitivo congedo (Abschied) all'idea stessa di un ordine costituzionale dell'economia posto nel *Grundgesetz*.

materia economica, ovvero, come detto, su tutti, l'art. 9, l'art. 12 e l'art. 14 del *Grundgesetz*⁴⁶. Tuttavia, con questa decisione, il Tribunale ha anche colto l'occasione di delimitare meglio e precisare i confini della precedente sentenza. Sono infatti i singoli diritti ad essere innalzati a limiti⁴⁷ della relativa apertura (*relative Öfffenheit*)⁴⁸ della Legge fondamentale, per quanto in una multidimensionalità fino ad allora sostanzialmente inedita⁴⁹ e in una dinamica interdipendenza tra dimensione oggettiva e soggettiva che dal *Lüth Urteil*⁵⁰ già caratterizzavano i diritti fondamentali⁵¹.

Pur non chiudendo il dibattito in materia⁵², questa sentenza segna la posizione del *Bundesverfassungsgericht* che, di fatto, da allora, non è più mutata. Il Tribunale costituzionale, infatti, in quell'occasione, da un lato, ha negato, ancora una volta, che vi fosse una garanzia istituzionale in difesa del mercato e della concorrenza, dall'altro ha stemperato la tesi della neutralità del *Grundgesetz*, rimodulandone le ambiguità e affermando che l'apertura in materia economica fosse comunque relativa e che la discrezionalità del Legislatore trovasse un limite specifico nel rispetto dei diritti fondamentali.

⁴⁶ Cfr., per l'appunto, WEBER, *Mitbestimmung – Sprengkörper der Verfassungsstruktur?*, cit., spec. 524 ss.

⁴⁷ Così RUFFERT, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, cit., 199.

⁴⁸ Così BVerfGE 50, 290 (338)

⁴⁹ In questo senso RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 148 ss.

⁵⁰ BVerfG, 1 BvR 184/54 del 15 gennaio 1958

⁵¹ Cfr. WEBER, *Mitbestimmung – Sprengkörper der Verfassungsstruktur?*, cit., spec. 527 ss. il quale sostiene come il Tribunale non solo si sarebbe rifiutato di accogliere una dimensione istituzionale sistemica dei diritti in materia economica, ma avrebbe anche rifiutato (*ablehnen*), problematizzandola, l'impostazione del *Lüth Urteil* perché la dimensione soggettiva nella decisione in commento si integra con la dimensione oggettiva e viene da questa rafforzata.

⁵² Molto noti, per esempio, al di là delle discussioni sulla sentenza in sé, il saggio di HÄBERLE, *Soziale Marktwirtschaft als "Dritte Weg"*, in ZRP, 1993, 383 ss. in cui l'Autore sostiene, riprendendo, ma reinterpretando le teorie di Nipperdey che la economia sociale di mercato sia di fatto un elemento caratterizzante dello Stato costituzionale moderno nel suo attuale livello di sviluppo. Cfr., inoltre, SODAN, *Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung*, in DÖV, 2000, 361 ss. il quale sostiene che, anche alla luce del diritto europeo, la priorità al privato sarebbe un principio della attuale *Wirtschaftsverfassung*. Cfr. anche di HÄBERLE, *"Wirtschaft" als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen*, in Jura, 1987, 577 ss.

Il passaggio tra la dimensione oggettiva, pur interpretata in un'ottica di stretta interconnessione con la dimensione soggettiva, dei singoli diritti e la costruzione di una garanzia istituzionale di sistema può sembrare breve, ma è esattamente ciò che il *Bundesverfassungsgericht* non ha mai voluto fare. Ciò non ha impedito, però, pur non essendo necessaria la costruzione di un «Systemzusammenhang», di tutelare la concorrenza e il mercato, perché a questo fine sono comunque considerati sufficienti i singoli diritti fondamentali⁵³.

In questo senso, come affermato, in nessun caso l'ampia discrezionalità riconosciuta può essere tale da porre in gioco la forza normativa della Costituzione⁵⁴. La sentenza del 1979, infatti, ha posto i confini entro i quali è libero di agire il Legislatore, individuando così il limite negativo alla sua discrezionalità⁵⁵. Tuttavia, anche questa interpretazione dei diritti fondamentali, secondo la quale questi non costituirebbero un "sistema" di norme, viene immediatamente precisata dal Tribunale il quale ha affermato che questi diritti vanno comunque interpretati in connessione con le altre norme costituzionali con cui rappresentano comunque un'unità irrinunciabile. I *Grundrechte*, d'altronde, non possono essere interpretati «senza prendere in considerazione le sovrapposizioni, le integrazioni e le interrelazioni tra la loro tutela e quella degli altri diritti fondamentali e senza riguardo per i principi della Legge fondamentale che li sostengono»⁵⁶. Da questo quadro multidimensionale e di intreccio tra dimensione difensiva e oggettiva, tuttavia, non è possibile cogliere un quadro di sistema vincolante, in quanto i singoli diritti devono comunque essere

⁵³ In questo senso, cfr. SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, cit., 895.

⁵⁴ Così, ancora, ID., *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, cit., 897.

⁵⁵ Cfr. BVerfGE 50, 290 (336) dove si legge: «diejenigen Einzelgrundrechte, welche die verfassungsrechtliche Rahmenbindungen und Grenzen des Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Einführung einer erweiterten Mitbestimmung markieren».

⁵⁶ BVerfGE 50, 290 (336): «Diese lassen sich nicht ohne Berücksichtigung der Überschneidungen, Ergänzungen und Zusammenhänge zwischen ihrem Schutzbereich und dem anderer Grundrechte und nicht ohne Rücksicht auf die das Grundgesetz tragenden Prinzipien auslegen».

interpretati, sia pur nel complesso della Legge fondamentale, come *Einzelgrundrechte*.

Per quanto quella richiamata rappresenti la posizione di *self-restraint* elaborata nel tempo dal Tribunale, ciò non ha impedito che il *Bundesverfassungsgericht*, in altre circostanze, prendesse in considerazione un ordine economico vivente («bestehende Wirtschaftsordnung»⁵⁷), individuandolo come un sistema di libera concorrenza. Quest'ultimo non sarebbe vincolante per il Legislatore stesso, ma consisterebbe nel sistema da lui posto in essere dando la «priorità al mercato»⁵⁸. Anche in quelle occasioni in cui, comunque, il *BVerfG* sembra riconoscere questa priorità al mercato, che viene sempre letta attraverso la tutela dei singoli diritti con conseguente negazione di un "sistema"⁵⁹, ma ciò non appare esente da problemi.

Emblematica, a questo proposito, appare una pronuncia del 2002⁶⁰, in cui il Tribunale ha affermato che la concorrenza «autorizza e limita» (*ermöglichen und begrenzen*) interpretando in quest'ottica lo stesso art. 12 *GG* e, di fatto, quasi delineando una difesa dei diritti fondamentali che fosse conforme alle regole di mercato⁶¹. In particolare, in questa decisione, il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto che non violasse il diritto delle

⁵⁷ BVerfGE 32, 305 (317).

⁵⁸ Così SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, cit., 899.

⁵⁹ Ancora più esplicito era stato il *Bundesverfassungsgericht* nel fare riferimento ad una «bestehende Wirtschaftsverfassung» già nel *Steinmetz-Wettbewerb Beschluss* del 1972 (BVerfG, 1 BvR 170/71) dove il Tribunale ha affermato espressamente che fa parte della Costituzione economica vivente il principio della libera concorrenza di domanda e offerta e che rientra nei limiti del potere del Legislatore regolare la concorrenza sleale (punto 19). Si richiama ancora, invece, una «bestehende Wirtschaftsordnung», in cui si ribadisce che la concorrenza fa parte dell'ordine economico vivente e rientra nell'ambito dell'esercizio della professione di cui all'art. 12 *GG*, nel *Nachrichtenübermittlung Beschluss* del 12 ottobre 1977. Questa decisione, in materia di telecomunicazione e trasmissione di dati e sul sistema di autorizzazioni vigenti per operare in quel campo, appare particolarmente significativa, inoltre, perché il Tribunale, considerando compatibile la disciplina, sottolinea come, più che attraverso interventi diretti mirati, in questo sistema economico e nello "Stato di prestazione" (*Leistungsstaat*), il Legislatore intervenga attraverso piani, sovvenzioni o una gestione diretta dei compiti pubblici (*von Aufgaben der staatlichen Leistungsverwaltung*).

⁶⁰ BVerfGE 105, 252 (268)

⁶¹ Cfr. SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, cit., 900.

imprese alla loro libertà di intraprendere, né il loro diritto di proprietà⁶² la comunicazione, effettuata dal Governo federale, che rendeva pubblico il fatto che in alcune marche di vino era stata rinvenuta una sostanza tossica. La pubblicazione di questa lista, infatti, aveva provocato immediatamente la reazione dei soggetti interessati che, tuttavia, si erano visti rispondere che l'azione del Governo non era in contrasto con i loro diritti. In primo luogo, il Tribunale ha motivato la sua decisione sostenendo che il diritto di cui all'articolo 12 *GG*, che nell'ordine economico vivente (appunto la *bestehende Wirtschaftsordnung*) concerne le condotte professionali dei singoli e delle imprese, non protegge contro la diffusione di informazioni corrette, anche se queste incidono negativamente sul diritto, avvantaggiando alcuni concorrenti rispetto ad altri⁶³ e che in nessun caso l'art. 12 *GG* protegge comportamenti contrari alla concorrenza⁶⁴ e ciò perché il diritto fondamentale non copre la libertà di descriversi da soli ai terzi⁶⁵. Il *Bundesverfassungsgericht* è andato poi anche oltre ed ha affermato che ciò è dovuto al fatto che la massima conoscenza possibile delle informazioni è alla base stessa di un sistema concorrenziale funzionante⁶⁶ e che per questo motivo, dato che il mercato da solo non è in grado di garantire questa trasparenza, è necessario l'intervento statale⁶⁷.

Certo i giudici hanno tentato di individuare anche un limite a questo potere statale⁶⁸, ma, in ogni caso, appare evidente come la costruzione giuridica operata dal *BVerfG* appaia piuttosto "istituzionale" e sembri trascendere persino la dimensione oggettiva del singolo diritto tanto che, nel commentare questa decisione, c'è chi ha denunciato una vera e propria «erosione» (*Erosion*) della libertà di professione⁶⁹. Questa "messa a sistema"

⁶² Le censure fondate sull'art. 14 *GG* vengono respinte, in quanto, come da giurisprudenza costante, questa tutela non protegge le situazioni potenziali, ma solo quelle concretamente già possedute dai singoli da indebiti interventi statali *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (73 ss.).

⁶³ *BVerfG*, 1 BvR 558/91 del 26.6.2002, Absatz-Nr (40).

⁶⁴ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (41).

⁶⁵ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (43).

⁶⁶ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (44).

⁶⁷ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (45).

⁶⁸ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (60).

⁶⁹ M. Ruffert, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, cit., 223.

dei principi della libera concorrenza è evidente in particolar modo nel momento in cui il Tribunale ha affermato che, se di fatto l'attività economica si svolge secondo i principi del mercato in libera concorrenza, l'ambito di tutela dei diritti fondamentali deve tenere in considerazione le norme che limitano e consentono la concorrenza stessa⁷⁰. È chiaro, in questo passaggio, come la lettura e la restrizione conseguente dei diritti fondamentali alla luce della *bestehende Wirtschaftsordnung* rappresenti un elemento che stride con la dottrina della neutralità, specialmente se letto insieme all'enunciazione per cui la *Berufsfreiheit* (art. 12 GG) protegge il concorrente proprio nei limiti delle regole giuridiche così determinate⁷¹.

Si registra, dunque, dal quadro descritto, una forte ambiguità di fondo in questa giurisprudenza, che, se da un lato appare ferma e costante nel negare l'esistenza di una dimensione oggettiva di sistema, dall'altro apre, attraverso l'interpretazione dei singoli diritti, a delle interpretazioni che appaiono quanto mai vicine ad un ordine economico ben preciso e, in fondo, vincolante anche il Legislatore.

4. Il dibattito sull'art. 41 Cost.: mercato e libertà di iniziativa economica privata in Italia

A differenza di quanto accade nel *Grundgesetz*, la Costituzione italiana dedica l'intero Titolo III della Parte I alla regolazione dei rapporti economici. In particolare, tra queste norme, spicca per la sua rilevanza l'art. 41 Cost. che disciplina la libertà di iniziativa economica privata, ponendo, tuttavia, limiti e condizioni al suo esercizio e che è assunto, ormai, anche alla luce del dibattito dell'impatto del diritto comunitario sul diritto interno, a vera e propria pietra angolare della "controversia" italiana in materia di ordine dell'economia⁷².

⁷⁰ BVerfG, 1 BvR 558/91, cit., (41) dove si legge «die rechtlichen Regeln ..., die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen».

⁷¹ BVerfG, 1 BvR 558/91, cit., (41). Cfr., sul punto, RUFFERT, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, cit., 225.

⁷² Si fa riferimento, in particolare, non solo alla presunta abrogazione dell'art. 41, comma 3, su cui cfr. problematicamente MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 24, ma anche, in maniera netta, IRTI, *L'ordine*

giuridico del mercato (1998), Roma-Bari, 2009, spec. 137 e cfr. anche MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. e Soc.*, 3/1999, 460, quanto piuttosto alla possibilità di fondare in Costituzione il principio di concorrenza in senso oggettivo, non tanto declinato in un'ottica competenziale, ovvero nell'ambito dell'art. 117, comma 2 Cost. (su cui cfr. *infra* nt. 95), quanto valoriale e, dunque, nello stesso art. 41 Cost., su cui la dottrina si è divisa (*contra* e, dunque, riconoscendovi una forza solo verticale regolante il rapporto tra Stato e individuo, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 224 e IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 16 ss.; *pro* GALGANO, Art. 41, in GALGANO – RODOTÀ, *Rapporti economici*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1982, 11 ss., il quale in particolare valorizza, al fine di affermare che l'iniziativa economica privata deve svolgersi in regime di concorrenza, l'art. 43 Cost. e il divieto di monopoli (12), ma anche GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e Costituzione economica*, Padova, 1978, spec. 88 ss.; inoltre, anche alla luce del diritto comunitario e combinandone l'interpretazione con l'art. 43 Cost., cfr. ancora GHIDINI, voce *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 786 ss., spec. 793). Problematicamente, ma *contra*, sul rapporto tra iniziativa economica e concorrenza, OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 65-66 il quale rileva come la libertà di concorrenza sia «valore implicito nella libertà di iniziativa», ma nega che sia ricavabile un «principio antimonopolistico» (66) dalla stessa libertà in quanto, anche la libertà di concorrenza, si atterrebbe solo come «libertà verso lo Stato e libertà tra gli operatori» e quindi in nessun modo la detta libertà sarebbe configurabile come vincolo, dato che intese, concentrazioni, monopoli sarebbero svolgimento della libertà e non potrebbero «trovare in essa la propria condanna» (66). Diverso, ma collegato, il problema della riconducibilità della concorrenza come valore costituzionale nell'ambito del 1° o del 2° comma dell'art. 41. Solleva dubbi nel ricondurre la concorrenza nella sua dimensione «strutturale» all'art. 41, comma 1 Cost., recentemente BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, in *Dir. Pubbl.* 1-2/2010, 207 ss.. L'Autore ritiene necessario operare una «trasposizione» (209) della libertà di concorrenza dato che «i peculiari caratteri della libertà di concorrere, che valgono a distinguerla dalle altre libertà, stanno proprio nell'impossibilità di concepirla in chiave puramente individuale e nella necessità di vedervi una componente strutturale del mercato». Da ciò deriverebbe che non può dedursi dal comma 1 dell'art. 41 Cost. la tutela della concorrenza, che «va invece ricercata nel comma successivo, nel senso che la struttura concorrenziale del mercato presenta una utilità sociale che può giustificare limitazioni a quella stessa libertà individuale da cui la concorrenza si è ormai emancipata» (210), in questo senso «la concorrenza sarebbe cosa diversa dalla libertà di iniziativa economica e, quale caratteristica strutturale del mercato, si atterrebbe a condizione affinché la libertà di iniziativa economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale» (211). *Contra* PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 2/1993, 329 il quale riconduce nel comma 1 anche la tutela della concorrenza. Cfr. ancora, nel primo senso, LIBERTINI, *Autonomia*

Nonostante ciò, come è stato sostenuto, in Germania «le garanzie al diritto d'impresa riconosciute in via indiretta dalla Legge fondamentale rappresentano un argine già piuttosto solido, che non ha avuto bisogno, a differenza di quanto accaduto

privata e concorrenza nel diritto italiano, in *Riv. Dir. Comm.*, 2002, 442, il quale, in particolare, rinviene un fondamento costituzionale per la «concorrenza effettiva», nel secondo, CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della costituzione e principi comunitari*, cit., 233 ss. che rinviene il fondamento della legislazione *antitrust* nel 1° comma. Ancora sulla distinzione tra dimensione oggettiva e soggettiva cfr., FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 532 ss. il quale, pur senza richiamare l'art. 41 Cost., distingue la concorrenza in senso soggettivo, da quella in senso oggettivo. La prima coinciderebbe con la garanzia della libertà di iniziativa economica e sarebbe presupposto necessario, ma non sufficiente della seconda. Si interroga sul significato di libertà di iniziativa economica anche TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli art. 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. Dir.* 1/1992, spec. 16 ss. che individua come premessa logica necessaria del disposto costituzionale non tanto quello che viene definito «il modello dell'economia di "libera" concorrenza», quanto «la libertà formale di accesso al mercato». Sul punto si veda anche PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, 1979, spec. 1219 ss. L'Autore nega, nel contributo citato, che l'art. 41 Cost. abbia declinato l'iniziativa economica come «situazione di carattere oggettivo», rilevando questa sempre «in termini di situazione soggettiva» (1219), che può poi concretarsi o in un diritto soggettivo o in una posizione di interesse legittimo. Sottolineava già questa duplice valenza delle norme volte a regolare la concorrenza in senso oggettivo, dandone però nel complesso un bilancio positivo, NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in NANIA –RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 203. Su questo dibattito, cfr. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, cit., 492 ss., il quale distingue tra le cc.dd. «avanguardie di diritto industriale» (492) e i «ritardi dei costituzionalisti» (503). In collegamento, invece, con l'art. 41, comma 3, BOGNETTI, *Il modello economica della democrazia sociale e la Costituzione della repubblica italiana*, in AA.VV., *Verso una nuova Costituzione*, Milano, 1988, 171 ha sottolineato come per la Costituzione «il mercato sia un valore» poiché «attraverso il combinato disposto degli artt. 41, 42, 43 [la Costituzione] contiene appunto – quanto meno – una garanzia a suo favore nei confronti di un insieme di interventi dello Stato». Ancora, sulle varie accezioni del concetto di concorrenza, criticamente rispetto all'uso della nozione da parte della Corte costituzionale, cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Riv. Ital. Econ.*, Suppl. al n. 1/2005, 105 ss. Sull'impatto del diritto comunitario e sullo sviluppo interpretativo di cui è stato oggetto l'art. 41 Cost., cfr. anche GROTTANELLI DE' SANTI, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, vol. II, Milano, 1996, 981 ss.

nell'ordinamento italiano di ulteriori rinforzi [...]»⁷³. Se nell'esperienza tedesca come si è riferito, la concorrenza non è mai assurda, nella sua dimensione oggettiva e sia pur con qualche ambiguità, a valore costituzionale autonomo, nell'esperienza italiana, al contrario, la ricerca di una ricostruzione della concorrenza e del mercato come “valori” ha rappresentato una tendenza che, in particolare, ha squadernato una serie di problematiche con cui l'ordinamento si è nel tempo dovuto confrontare. Non solo, dunque, davanti al Legislatore, ma anche alla Corte costituzionale questi concetti si sono imposti come “problemi” e ciò emerge con particolare evidenza proprio dalla mole di sentenze che sul punto sono state emanate negli ultimi anni.

L'art. 41 Cost., in particolare, è stato oggetto di una interpretazione da parte della Corte costituzionale che, alla luce degli influssi del diritto comunitario⁷⁴, *prima facie*, sembra aver portato sempre più all'affermarsi di una dimensione oggettiva della tutela della concorrenza che può rischiare di entrare in conflitto con la dimensione soggettiva della stessa libertà dando luogo a quello che è stato definito il «paradosso della libertà di concorrenza»⁷⁵.

Dallo studio della genesi di questo articolo e più in generale di tutto il Titolo, emerge, come sottolineato da autorevole dottrina, come sul piano dei principi molte furono le

⁷³ Così CLARICH, *Servizi pubblici e diritto della concorrenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1/2003, 107.

⁷⁴ Su come la concorrenza non possa più essere considerata per il diritto comunitario un valore in sé dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la scomparsa della concorrenza dall'art. 3 del Trattato UE, ma come un valore strumentale a fini socialmente utili, cfr. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Roma 2010, 193 ss. Per l'Autore, l'espunzione di tale riferimento va letto come un rifiuto di «posizioni liberistiche estreme» che peraltro, come si dirà, sembrano rifiutate anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale italiana.

⁷⁵ Così CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. e Soc.* 3-4 2009, 375, il quale denuncia che, superata da parte della Corte costituzionale, «la dimensione solo soggettivistica delle libertà di iniziativa economica», il rischio che la protezione della libertà di iniziativa, intesa come garanzia individuale, sfumi nella tutela del mercato, inteso come valore in sé e non in quanto funzionale agli interessi dei singoli, e che questa dimensione non si affianchi, ma si sostituisca alla dimensione soggettiva appare concreto e da evitare (384 ss.).

sovrapposizioni tra I e III Sottocommissione in un dibattito i cui protagonisti furono, rispettivamente, gli Onn. Togliatti e Dossetti da un lato e gli Onn. Pesenti, Fanfani, Taviani e Ghidini dall'altro⁷⁶. Il dibattito in Costituente⁷⁷, in particolare, di cui recentemente si è anche tentato di rielaborare l'influsso delle teorie del liberalismo⁷⁸ e l'apporto degli industriali⁷⁹, appare particolarmente ricco e variegato. Da esso emerge, da un lato, la prospettiva di un netto rifiuto di uno Stato totalmente estraneo alle dinamiche di mercato e neutrale nei confronti dell'economia e, dall'altro, il tentativo di delineare degli strumenti capaci di abilitare il Legislatore a prevenire ed evitare la formazione dei

⁷⁶ AMATO, *Il Mercato e la Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 8

⁷⁷ Si vedano AMATO, *Il Mercato e la Costituzione*, cit., 7 ss. e GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, in *Dir. Pubbl.* 3 del 2000, 917 ss. Si veda, inoltre, BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999, 44 ss. il quale definisce l'art. 41 Cost. «una norma giuridicamente e «culturalmente nuova»» (55) negando, inoltre, il carattere c.d. «anfibiologico» e rinvenendo nella norma la prevalenza della dottrina sociale cattolica e sottolinea come l'interpretazione di tale articolo richieda una «stretta aderenza con una serie di fattori storici che ne condizionano l'attuazione» (65). Ricostruisce il dibattito anche GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e Soc.* 4/2003, 475 ss. Meno recentemente, una ricostruzione è offerta anche da DE CARLO, *Economia e Costituzione*, Padova, 1978, 123 ss.

⁷⁸ ALICINO, *Liberismi. Luigi Einaudi e il partito pre-liberale*, in BURATTI – FIORAVANTI (a cura di), *I Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana*, Roma, 2010, 372 ss con la bibliografia *ivi* richiamata.

⁷⁹ MANCINI, *Industria. Classe industriale e Costituzione economica: il progetto liberista del "partito degli industriali"*, in BURATTI – FIORAVANTI (a cura di), *I Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana*, cit., 357 ss.. Particolarmente interessanti le pagine dedicate alla «difesa del mercato» da parte di alcuni liberali tra cui Einaudi e Corbino e alla sconfitta delle posizioni più radicali di quegli industriali e, anche, dell'Uomo qualunque che invocavano una forte «estraneità» dello Stato dalle materie economiche, 368 e ss..

monopoli⁸⁰ e ad intervenire, in una certa misura, sulla regolazione dell'attività economica⁸¹.

C'è da aggiungere, che il contesto in cui la Costituente opera è forse uno dei periodi storici di maggiore apertura del mercato italiano, posto sotto la guida di uomini come Corbino, Del Vecchio ed Einaudi⁸². E persino lo stesso Luigi Einaudi, espressione della tradizione liberale, che era entrato in contatto con le idee di von Hayek, non vagheggiava certo un utopistico e assoluto ritrarsi dello Stato dai suoi poteri di regolazione⁸⁵.

⁸⁰ Cfr. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, cit., 928 ss. con, in particolare, riferimento agli interventi di Cortese, che propose di integrare il testo valorizzando il fine di tutelare il consumatore, Einaudi che si poneva in un'ottica di netta opposizione di confronti dei monopoli, Ruini che si contrapponeva ad una visione troppo ottimistica della concorrenza.

⁸¹ Su questo punto il riferimento agli Atti risulta particolarmente interessante visto che da essi emerge che l'Autore che viene evocato come ispiratore dell'art. 41, comma 3 Cost., dallo stesso socialdemocratico Arata, è von Hayek. Ricostruiscono il dibattito che in particolare ha portato all'utilizzo del termine «programmi» e non «piani» e lo scontro tra comunisti e cattolici sia AMATO, *Il Mercato e la Costituzione*, cit., 11 ss., sia GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, cit., 953 ss. Il compromesso, secondo Amato, tuttavia, dà luogo ad «una Costituzione economica che si muove [...] tra neocorporativismo e larvato dirigismo» in cui, se una cultura del mercato appare molto lontana, tuttavia essa appare necessaria al fine di allontanare il comunismo (12). Proprio questa ambiguità si sarebbe riversata sulle norme che regolano l'iniziativa economica privata le quali da un lato la proclamano libera e dall'altro la assoggettano a rigidi e potenzialmente pervasivi limiti. In questo quadro, «la difesa del mercato diviene aprioristica difesa non tanto dello stesso mercato, ma dell'imprenditore in quanto titolare dell'iniziativa privata» che si identificerebbe, in quest'ottica, con la tutela del mercato stesso (12-13).

Particolarmente significativa, però, la sintesi di Ruini che, riprendendo le fila del dibattito sull'art. 41 Cost. e le tesi sostenute dallo stesso Corbino, affermò: «nessuna economia può prescindere da attività dello Stato. Il comunismo puro ed il liberalismo puro sono due ipotesi e schemi astratti che non si riscontrano mai concretamente nella realtà. Si è avuto e si avrà sempre l'intervento dello Stato (anche nelle fasi più libere) e sfere di attività e di imprese privata [...]. La realtà è sempre una sintesi, una risultante della vita economica e negarla è negare la vita stessa», *Atti dell'Assemblea Costituente*, Roma, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1663-1664.

⁸² Lo sottolinea, ancora, AMATO, *Il Mercato e la Costituzione*, cit., 13 ss.

⁸⁵ Così ALICINO, *Liberismi. Luigi Einaudi e il partito pre-liberale*, cit., rispettivamente alle 376-377. Per quanto concerne l'importanza del pensiero dell'economista liberale sui lavori della Costituente e, in particolare, sulla

Da questa rassegna non emerge un'idea univoca del ruolo che avrebbe dovuto ricoprire lo Stato nell'economia e nemmeno una chiara concezione del mercato come istituzione, ma, d'altro canto, *in nuce*, una grande apertura dell'art. 41 Cost. che pare in grado di rispondere a diverse e molteplici sollecitazioni e dotato, dunque, di una certa versatilità a seconda dei diversi contesti storici in cui si trova ad operare attraverso l'interpretazione costituzionale⁸⁴. Non una norma «anfibologica»⁸⁵, come pure fu definita con una certa fortuna, dunque, ma capace di essere oggetto di interpretazioni molteplici⁸⁶, volte a conciliare uno

redazione del 3 comma dell'art. 41 Cost., l'Autore ricostruisce il dibattito che portò al respingimento dell'emendamento Montagnana fino all'approvazione dell'emendamento Arata che certifica l'incompatibilità con il *Laissez-faire* della Costituzione italiana, senza però imporre una specifica visione in materia economica al Legislatore. Ma se il risultato è questo, l'emendamento Arata certifica qualcosa che nei fatti era sempre stato: la possibilità, che è dovere, per lo Stato di intervenire nel mercato e, dunque, in campo economico.

⁸⁴ Ciò sarebbe garantito dall'impossibilità di una *Versteinerung* (pietrificazione) proprio in virtù del fatto che le formule utilizzate, in particolare quella dell'utilità sociale, si caratterizzano per essere «principi-valvola» il che «impone all'interprete la massima sensibilità nei confronti dei mutamenti dei fatti sociali e dei loro effetti sul sistema normativo», LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 121-122. Sul rilievo fondamentale del contesto storico come strumento di ausilio all'interpretazione costituzionale, cfr. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, spec. 1 ss. ove si legge che «il diritto costituzionale vigente dipende in larga misura dal modo in cui i valori costituzionali, i principi fondamentali di un determinato ordinamento costituzionale vengono percepiti, interpretati ed attuati» (15).

⁸⁵ Così CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, 303. Definisce «scolorito» questo carattere CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, cit., 375. Critica, invece, questa lettura Dossetti, richiamato da OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in *Riv. Ass. Ital. Costituz.*, 00/2010, 16-17, il quale ha affermato, proprio nel criticare la «teoria dell'anfibologia»: «Orbene, non ci può essere dubbio che anche la vigente Costituzione tutela ampiamente la libertà di iniziativa economica (41). E non è vero che l'articolo stesso sia – come qualcuno ha sostenuto – una norma anfibologica, per il richiamo che esso contiene all'utilità sociale e alla programmazione [...]. La dottrina e la giurisprudenza hanno già provveduto a togliere ogni anfibologia e a sviluppare un concetto di libertà economica come diritto costituzionale non inferiore, gerarchicamente, agli altri diritti riconosciuti alla persona».

⁸⁶ Nello stesso senso, cfr. BIANCO, *Costituzione ed economia*, cit., 45.

Stato interventista e solidale con le libertà economiche dei privati, e che ha, proprio da un'interpretazione attraverso la lente del diritto comunitario, trovato nuovo slancio.

Non può essere dimenticato quel collegamento che già in sede Costituente emergeva con forza tra i temi elaborati dalla I e dalla III Sottocommissione. Come da più parti autorevolmente sottolineato, infatti, in Italia il riferimento al concetto di "Costituzione economica" non può comunque non prendere in considerazione soprattutto quei principi fondamentali della prima parte che delineano i caratteri essenziali della forma di Stato repubblicana e che indicano la direzione dell'operazione di *trasformazione*, tra i quali, su tutti, l'art. 3, comma 2 Cost., in ragione dei quali qualsiasi intervento statale, in campo economico o meno, non può comunque essere considerato neutrale⁸⁷, e quelle norme che pongono i diritti sociali⁸⁸.

⁸⁷ Il riferimento è necessariamente a PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, spec. 41 ss. il quale descrive l'art. 3 Cost. come «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» (42) e che fonda una libertà intesa come «liberazione da necessità, come libertà dal bisogno», la quale «è sancita dalla Costituzione come fine ultimo e coerente della pianificazione e della regolazione da parte della collettività del momento economico» (47). In questo quadro, secondo Predieri, «non basta al nostro Stato attribuirsi e garantire quello strumento che si dice tipico per il raggiungimento del fine di redistribuzione, la fiscalità e l'intervento sociale dello Stato. L'esigenza di democrazia sostanziale che è conquista esercizio ed azione, si trasforma nella scelta degli strumenti della Costituzione economica formale, coincide con le sollecitazioni derivanti dalla situazione economica di fondo, o dai presupposti della Costituzione economica materiale, per porre compiti di maggior respiro e più profondamente incidenti di quanto non possano attribuirsi allo Stato sociale inteso nel restrittivo significato [...]» (48). Sottolinea anche lo strettissimo legame, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 53 il quale afferma che data la molteplicità di norme che nella Costituzione italiana in materia economica, non è possibile far riferimento solo a queste quando si utilizza espressione «Costituzione economica» in cui bisogna necessariamente prendere in considerazione anche quelle disposizioni che rappresentano «i fondamentali» di questa e che si «pongono anzi in riferimento alle scelte politiche di fondo, relative alla forma di Stato e agli scopi dello Stato, rispetto alle quali le norme espresse rappresentano essenzialmente lo strumento di realizzazione». Da queste premesse, anche Spagnuolo Vigorita vede come primo obiettivo di uno Stato che si qualifica sociale «il *benessere economico collettivo*» (195) che si concretizzerebbe in scelte di indirizzo politico-economico di cui l'art. 41 Cost.

Molti sono stati i campi su cui, poi, la dottrina si è confrontata nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.⁸⁹. Solo a titolo di esempio si possono ricordare la possibilità di annoverare tra la

sarebbe strumento (208). Nello stesso senso, cfr. SAJA, *Costituzione economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale*, cit., 5 e LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., 377-378 nonché in LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 130 ss., il quale vede nell'art. 3, comma 2 la «previsione di un processo di trasformazione» (131). Interessante, sul collegamento tra limiti all'iniziativa economica privata e artt. 2, 3, comma 2 e 4 Cost., la sent. n. 38 del 1960 in materia di assunzione obbligatoria di minorati e invalidi in cui la Corte non riconobbe la lesione dell'art. 41 Cost. proprio in combinato disposto con l'art. 3 Cost.

Sul punto, fondamentale, appare poi MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, vol. III, Padova, 1965, 1084 dove si legge che, nelle società democratiche «il diritto assume una funzione di mediazione tra la realtà economica e un determinato sistema di valori morali, onde l'esperienza economica riceve pienezza di senso e di significato solo dal contenuto materiale della disciplina giuridica» in un ordine economico in cui «la validità delle norme legislative che disciplinano l'economia non dipende semplicemente dal fatto di essere poste da determinati organi competenti e con un dato procedimento, bensì dipende anche da un giudizio sostanziale di conformità del loro contenuto a un sistema di valori fatto proprio dalla Costituzione dello Stato». E proprio all'art. 3 della Costituzione, l'Autore riconosce un valore particolare in questo senso in quanto esso è la sedimentazione del principio per cui «il diritto vincola le scelte politico-economiche dello Stato alle esigenze della giustizia materiale, alla realizzazione di un ordine giusto della società economica» (1086). Denuncia un pericolo attuale per il programma “economico” dell'art. 3, comma 2 Cost. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 24.

Sulle diverse interpretazioni dell'art. 3, comma 2 della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale in materia, piuttosto resta nell'utilizzare l'uguaglianza sostanziale come parametro, cfr. recentemente MANETTI, *La libertà eguale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3/2009, 639 ss.

⁸⁸ Su cui cfr., in particolare, LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 4/1994-1/1995, 545 ss. in cui viene sottolineata, nella prima parte del saggio, la rilevanza nelle democrazie contemporanee della *Chancengleichheit* capace di contemperare la tensione tra libertà ed uguaglianza e, su questa premessa, supera la contrapposizione tra diritti di libertà e diritti sociali, nell'ambito delle democrazie contemporanee in cui è centrale «il collegamento tra Stato sociale e democrazia emancipante» (562).

⁸⁹ Recentemente li ha ricostruiti GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 179 ss.

libertà di iniziativa tra i diritti fondamentali⁹⁰, la distinzione tra

⁹⁰ Vari gli autori che si sono fronteggiati sul tema: per tutti quelli che ritenevano che la libertà di iniziativa non configurasse un diritto con dignità di diritto fondamentale inviolabile in quanto non inerente strettamente alla personalità cfr., in un primo tempo, BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, 1971, 597 ss. e LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 45 ss. («In definitiva, l'iniziativa economica privata non può essere qualificata altrimenti che come libertà [...], di rango però inferiore alle libertà fondamentali e – perciò – inviolabili»), ma anche MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, 1; *contra*, invece, R. Nania, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., 193 ss., il quale afferma, pur ammettendo che le libertà economiche non «potessero accreditarsi della stessa intensità di compenetrazione vantata dalle libertà personali con il valore della persona umana» (196), che esse possono ben essere «declinabili nei termini di *chance* di espressione della personalità e della capacità umana» e sono ricollegabili all'art. 4 Cost. Di conseguenza, secondo l'Autore, anche le libertà in campo economico, che si connoterebbero per un «positivo giudizio di valore» (197), sono da annoverare tra i limiti alla revisione; problematizza PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, cit., 1224 ss., il quale, pur affermando che la libertà di iniziativa economica si differenzerebbe dalle altre libertà civili «in ragione della sua «non essenziale» inerenza alla persona umana», non arriva ad espungere la suddetta libertà dal catalogo dei diritti (cosa che viene catalogata come «omaggio ad un rigido concettualismo» (1227)), in quanto, anche se ne viene esclusa una integrale riconducibilità al catalogo delle «classiche libertà civili», se ne ammette l'articolazione come diritto della persona, sia pur di diversa intensità, a seconda che questa si atteggi a diritto soggettivo o interesse legittimo (1227). È poi tornato sul tema, sfumando la precedente esclusione dell'iniziativa dal novero dei diritti inviolabili, BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, spec. 68 ss. il quale, pur qualificando la libertà di iniziativa come diritto fondamentale, continua a distinguerlo da altri, definiti *diritti inviolabili in senso stretto*, classificandola nella categoria dei *diritti inviolabili in senso ampio*. I diritti afferenti alla prima categoria costituirebbero «precondizioni universali della democrazia», mentre i secondi sarebbero «precondizioni particolari, peculiari a un determinato ordinamento democratico». Questa seconda categoria raggrupperebbe diritti che, sia pur riconducibili all'art. 2 Cost., non sarebbero riconosciuti all'uomo o al cittadino in quanto tale, ma in quanto «conseguenti o connessi al possesso di più particolari *status* o posizioni». La proprietà e l'iniziativa economica (70 ss.) rientrerebbero in questa seconda categoria in quanto «per un verso, non p[ossono] minimamente vantare quel rapporto immediato con i valori della persona che è tipico dei «diritti dell'uomo» e, per un altro, rimanda[no] sostanzialmente a un principio di valore, quello monetario «cosale»» (75).

Anche su questo tema, la Corte costituzionale, per esempio con la sent. n. 155 del 1990 nella lettura datane da NICCOLAI, *Osservazioni sul problema delle libertà economiche*, in *Giur. cost.*, 1990, 1717 ss., è intervenuta in materia

inizio e svolgimento dell'attività economica⁹¹, la presenza o meno, al secondo comma, di una riserva implicita di legge⁹², il dibattito sulla funzionalizzazione dell'iniziativa economica e sul significato della clausola dell'utilità sociale⁹³, la misura e la

sancendo «un progressivo avvicinamento, sotto il profilo dei limiti, dei due tipi di libertà» (libertà fondamentali e libertà economiche). Dalla lettura della giurisprudenza della Corte, infatti, emerge che le clausole dell'utilità sociale e dei fini sociali sono lette come clausole che integrano principi e valori costituzionali (1721), assottigliando in questo modo la distinzione con le altre libertà bilanciabili solo, per quanto riguarda i limiti impliciti, in virtù di «altre esigenze costituzionalmente rilevanti» (1720).

⁹¹ Cfr. *pro* BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 595 e, di nuovo di recente, LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, cit., 260; *contra* NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., 198. Da ultimo, cfr. PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in www.forumcostituzionale.it, 27 ss. Ha risolto nei fatti la diatriba sin dai primi anni di attività la Corte costituzionale con la sent. n. 30 del 1965 affermando che la garanzia di cui al primo comma si estende sia al momento iniziale, sia a quello dello svolgimento dell'attività economica. Cfr. anche GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, cit., 2216 il quale, pur criticando la suddetta dicotomia, ne valorizza alcune potenzialità positive.

⁹² Su cui cfr. *pro* SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., spec. 250 ss. il quale parla di «riserva relativa o impropria» (252); *contra* ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1962, 33 ss. ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. IV, Napoli, 1999, 189 ss.; PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 142 ss.; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 606-607. In un punto intermedio LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 141 ss. dove nega che si possa rinvenire nel 2 comma una generale riserva di legge, non essendo assoggettate neanche tutte le decisioni di cui al 3 comma, ma solo quelle «decisioni di opportunità» (154) distinguendo in questo modo tra ciò che è obbligatorio fare direttamente in base alla Costituzione e ciò che è possibile fare e che ricadrebbe pertanto nella sola discrezionalità del Legislatore. Da queste premesse, l'Autore ricostruisce una «riserva *limitata* ad una certa parte [dell'art. 41] ed in particolare a quella che fa riferimento alla determinazione in concreto del contenuto dell'utilità sociale» (156). La controversia, ad ogni modo, è stata risolta dalla Corte costituzionale che ha affermato che vi fosse una riserva implicita di legge (*ex multis* sent. n. 4 del 1962). Recentemente, su questo punto, cfr. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., 200 e PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, cit., 29 ss.

⁹³ Sulla tesi che l'utilità sociale potesse funzionare da "limite interno" cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico* (1952), Padova, 1976, 1114. Cfr. sul punto NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., 201.

pervasività dei limiti posti dal terzo comma dell'art. 41 Cost.⁹⁴, e, più recentemente, l'impatto del diritto comunitario e il valore dell'introduzione, all'art. 117, comma 2, lett. e) della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza⁹⁵. A

Molte le pronunce sul significato della clausola da parte della Corte costituzionale che ha, nel tempo, lasciato comunque grande libertà al Legislatore individuando un contenuto minimo della libertà nel «ragionevole profitto» e nella «facoltà di organizzazione e dimensionamento dell'impresa», ma ha sostanzialmente declinato il proprio intervento come un controllo di ragionevolezza e proporzionalità. Così, recentemente, cfr. GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, cit., 2212. Per un'ampia ricostruzione della giurisprudenza in materia di utilità sociale, cfr. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 134 ss.

Più recentemente, nel rifiutare la concezione dei diritti del consumatore come una nuova generazione di diritti, li riconduce al 2 comma dell'art. 41 PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in www.costituzionalismo.it, 10.

⁹⁴ Il riferimento d'obbligo è a PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., spec. 91 ss.. Cfr. anche SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 268 ss.

Cfr., di recente, PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, cit., 33 ss.

⁹⁵ Cfr., in particolare, BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Istituz. federal.*, 2/2003, 345 ss. la quale, dopo aver ricostruito le diverse teorie, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, distinguendo tra i diversi piani della concorrenza già in precedenza ricordati e ravvisando un possibile fondamento della libertà di concorrenza nell'art. 41, comma 2 Cost. e non nel comma 1, nega che si possa rinvenire un fondamento valoriale della tutela della concorrenza nell'art. 117, comma 2, lett. e) il quale si configurerebbe solo come una norma sulla competenza (spec. 366 e 372). *Contra* CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2002, 981 ss. in quanto la tutela della concorrenza consisterebbe in «un valore che viene protetto» e che non coincide con la concorrenza ma con la tutela di essa. Ciò significherebbe che «la concorrenza opererà come limite [...] nel senso che il Parlamento dovrà trattare la concorrenza non come un fatto da regolare [...], ma come un valore o un bene o un fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza» (985). Attraverso la competenza in esame, dunque, la tutela della concorrenza si sarebbe costituzionalizzata (987). In quest'ottica, peraltro, l'Autore presuppone che l'art. 41 Cost. non preveda una tutela della concorrenza in senso oggettivo. Il «valore-concorrenza», semplicemente, sarebbe «assente» dalla Costituzione del 1948 (988). Sulla stessa linea, cfr anche BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le*

differenza del dibattito tedesco, dunque, teso in particolare ad affrontare il tema di una Costituzione economica in senso prescrittivo, la controversia in Italia non sembra aver riguardato tanto la forza normativa nei confronti del Legislatore delle norme costituzionali in materia di ordine precettivo dell'economia. Anche se certamente si è discusso di cosa dovesse intendersi con interventismo, dirigismo, pianificazione e, dunque, se la Costituzione delineasse una specifica scelta in campo economico⁹⁶, infatti, si è, sin da subito, largamente affermata l'idea di una "economia mista"⁹⁷ che escludesse gli estremi,

Regioni 4-5/2008, 791 ss. Cfr., infine, CASSETTI, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 2001, la quale nel ribadire che «le origini della concorrenzialità del mercato vanno dunque ricercate innanzitutto all'interno della garanzia costituzionale della libertà di iniziativa economica» (4), cerca di individuare spazi per la competenza regionale, in particolare in materia di industria, commercio e turismo, nel nuovo quadro delle competenze.

⁹⁶ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., spec., 25 ss.

⁹⁷ Su cui, in particolare, cfr., in senso critico rispetto a questa nozione, LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., 376; MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, cit., 1. Sempre LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 566 sostiene che «affermare che i Costituenti optarono in favore di una economia di tipo "misto" non vuol dire un gran che. Tutte le forme di economia sono infatti "miste", nel senso che in tutte sono compresenti elementi di privatezza ed elementi di pubblicità, sia pure diversamente bilanciati [...]. Se, invece, quando si parla di "economia mista" ci si riferisce, in realtà, al "modello economico della democrazia sociale", è evidente che nessuna Costituzione del secondo dopoguerra può permettersi storicamente il lusso di discostarsi da quel modello, che oggi è consustanziale alla forma specifica assunta dalla democrazia pluralistica» (566), un modello in cui «l'economia e il benessere che essa è in grado di produrre non sono il fine, ma il mezzo» (567). Cfr. anche BOGNETTI, *Il modello economica della democrazia sociale e la Costituzione della repubblica italiana*, cit., spec. 138 ss. secondo il quale, il modello tipico di sistema economico dello Stato democratico e sociale caratterizzerebbe tutti «i maggiori stati occidentali contemporanei» (138) e si caratterizzerebbe, tra l'altro, per porre a proprio fondamento la libertà di iniziativa economica, vasti poteri di interventi dello Stato nel mercato, i molti limiti posti alla libertà di iniziativa economica privata e per la predisposizione di misure di previdenza e assistenza sociale, il promovimento delle condizioni di vita degli strati più umili della popolazione, etc... Ancora, cfr. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, cit., 13 il quale sottolinea che pur nel riconoscimento del silenzio sul punto, il fatto che la Costituzione non accolga espressamente il principio del "mercato" e della concorrenza in senso oggettivo non significa che essa esprima un rifiuto per l'economia di mercato.

tutelasse il pluralismo in campo economico e, in particolare, garantisse al politico un'ampia possibilità di intervento nell'economico⁹⁸. In Italia, come si è detto, inoltre, non si è di fatto mai messo in discussione l'indubbia centralità che ha l'art. 3, comma 2, pur escludendo le ipotesi di una funzionalizzazione dell'iniziativa privata in questo senso⁹⁹, nell'indirizzare l'azione statale e nel plasmare la forma di Stato repubblicana in senso sociale e, dunque, in un ruolo di "ridistributore" di ricchezza e di attore della «trasformazione economica»¹⁰⁰ non solo, peraltro, attraverso la leva della fiscalità¹⁰¹.

⁹⁸ PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., spec. 35 ss. dove si legge che il compito dello Stato democratico di perseguire fini sociali è centrale e si situa «in una Costituzione economica materiale ad economia mista».

⁹⁹ Come pure, si è detto, fu autorevolmente sostenuto da MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1114.

¹⁰⁰ Sottolinea come la Costituzione del Novecento diventi strumento di «trasformazione economica» teso alla «attiva rimozione delle diseguaglianze», RIMOLI, *L'Idea di Costituzione*, Roma, 2011, 169.

¹⁰¹ Cfr., sul punto, PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 48 ss. Questo ruolo nasce dalla consapevolezza che vi sono forte diseguaglianze nella società, evidenti per esempio nelle norme costituzionali che impongono, in applicazione del principio di solidarietà, una redistribuzione di risorse a fini perequativi (18), e di un'economia sostanzialmente «dualistica», perché allo stesso tempo, in luoghi diversi, sviluppata e sottosviluppata. Da ciò l'esigenza, secondo Predieri, che incombe sulla comunità «di assumere la correzione prima e la regolazione poi, del sistema economico, fra i suoi compiti fondamentali e necessari» (19). Sul tipo di «Costituzione economica» accolta cfr. anche SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 29, il quale, sottolineando ancora la necessità a fini redistributivi di un intervento statale e la sicura esclusione dal quadro costituzionale della possibilità di configurare l'estremo del comunismo (nonostante quanto sostenuto da LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977) e della concorrenza pura (40), descrive l'art. 41 Cost. come norma «permissiva o legittimante, e non obbligatoria per ciò che concerne una futura realizzazione degli schemi interventistici, dirigistici e pianificati in esso previsti» (350), delineando così un potere pubblico in materia economia, per l'appunto, "totipotente" e capace di adattarsi alle diverse sfide della storia nel modo migliore per raggiungere il fine del benessere generale.

Più recentemente, sulla necessità di leggere il Titolo III attraverso la lente dei principi fondamentali e, in particolare, degli artt. 1-3, OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, cit., spec. 11. Ancora nella parte in cui si legge «l'economia è per la persona, è al servizio della persona» (15).

È necessario, in questo quadro, cercare di valutare che ruolo rivesta, oggi, l'art. 41 Cost. e come e in che misura, a partire da un certo momento storico, pur in assenza di un chiaro ed esplicito richiamato al valore-mercato, questo principio abbia trovato lentamente spazio nell'ordinamento italiano. Da qualche tempo, infatti, in particolare dopo l'approvazione della legge n. 287 del 1990, che ha istituito il c.d. *Antitrust*¹⁰², sia pur non sempre in modo del tutto lineare¹⁰³, l'art. 41 Cost. appare essersi permeato di un contenuto valoriale nuovo da leggere anche in collegamento con l'art. 117, comma 2, lett. e)¹⁰⁴. In questo quadro, la Corte si è, peraltro, fatta interprete dei principi comunitari di libertà del mercato, anche se non sempre pacificamente¹⁰⁵, in particolar modo al fine di definire la sfera di competenza legislativa esclusiva statale.

¹⁰² Legge che si è autoproclamata norma di attuazione dell'art. 41 Cost. e che, in dottrina si è sostenuto, fa riferimento in particolare all'art. 41, comma 1 Cost. e che, di conseguenza, incorporerebbe anche l'obbligo di mantenere un mercato concorrenziale. Cfr., sul punto, CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, cit., 233 ss. *Contra* LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., 442 il quale rinviene nell'art. 41, ma nel comma 2 il fondamento costituzionale della disciplina *antitrust* rappresentando questa l'emergere di un contrasto tra autonomia privata e concorrenza effettiva. Sull'impatto dell'introduzione della legge in commento, cfr. anche LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust – Un bilancio a 10 anni dalla legge, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Roma, 2000, 69 ss. il quale analizza la «la svolta [...] segnata dall'interpretazione filo concorrenziale dell'art. 41 Cost.» e dell'affermarsi del principio di tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano.

¹⁰³ La Corte costituzionale è tornata varie volte sul principio di concorrenza, anche prima che fosse approvata la legge n. 287 del 1990. Si vedano, in particolare, alcune delle sentenze su cui si tornerà nel prosieguo, nn. 223 del 1982, 241/1990, 14/2004, 94/2007, 430/2007 e 45/2010) e, infine, la sent. n. 270 del 2010. Caso isolato, ma non passato inosservato, fu la sent. n. 384 del 1999 in cui la Corte sembrò, pur senza entrare nel merito, «disconoscere» la concorrenza come valore. Su questa pronuncia, cfr. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2965 ss.

¹⁰⁴ Così CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2002, 981 ss.

¹⁰⁵ Si veda, in senso critico per quanto riguarda il richiamo al diritto comunitario, anche, a commento prevalentemente della decisione della Corte costituzionale n. 14 del 2004, CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della*

Proprio per l'importanza che ha rivestito con le sue pronunce la Corte costituzionale è necessario passare in rassegna alcune delle più significative sentenze che hanno avuto ad oggetto il mercato, l'iniziativa economica e il principio di concorrenza al fine di valutare in che misura, da un lato, la libertà di concorrenza e, dall'altro, il mercato concorrenziale sono emersi come valori costituzionali e, in caso, attraverso quale "grimaldello normativo" ed entro quali limiti.

5. La Corte costituzionale sull'ordine del mercato, la libertà di iniziativa economica «presa sul serio»: a) Il principio di concorrenza nella giurisprudenza costituzionale precedente alla modifica del Titolo V

Una delle prime decisioni sul tema è la sentenza n. 223 del 1982¹⁰⁶, con cui la Corte, nel valutare le legittimità dell'art. 2596 c.c. sui limiti contrattuali alla concorrenza, afferma una lettura ambivalente del principio che però non viene ancora considerato costituzionalizzato¹⁰⁷. Da un lato, infatti, – afferma la Corte – la

concorrenza, in *www.federalismi.it*, 5/2004 e LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, cit., 105 il quale interviene per chiarire «diversi equivoci» e, distinguendo tra concorrenza in senso soggettivo e concorrenza «come bene giuridico tutelato», affermando che la seconda si configura come limite della prima e che, dunque, non possa essere ricondotta al comma 1 dell'art. 41 Cost. L'Autore, inoltre, partendo dal presupposto che la Corte «era stata piuttosto insensibile ai valori della concorrenza, prima della riforma costituzionale» (112), analizza alcune sentenze e ne critica l'iter argomentativo che appare contraddittorio e impreciso rispetto ad una chiara nozione di concorrenza (le pronunce esaminate sono le nn. 27 e 275 del 2003, 14, 272 e 345 del 2004, 107, 134, 151, 162 e 175 del 2005). La nozione di concorrenza viene infatti utilizzata secondo molteplici significati con riferimenti non univoci a termini tecnici (come per esempio macroeconomico o concorrenza in senso dinamico). In particolare, promozione della concorrenza e concorrenza in senso dinamico non sarebbero, a differenza di quanto sembra emergere dalla giurisprudenza della Corte, pienamente sovrapponibili. Per esempio, questa sovrapposizione non sarebbe possibile per tutte quelle politiche qualificabili come «sostegno settoriali o territoriali» (116). È considerata «arbitraria», l'equiparazione tra tutela della concorrenza e regolazione della concorrenza.

¹⁰⁶ Sent. n. 223 del 1982, *Giur. cost.* 1982, 2246 ss.

¹⁰⁷ In questo senso, LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, cit.

libertà di concorrenza «integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi»¹⁰⁸. Nonostante queste affermazioni di principio, la Corte sembra ancora lontana dall'affermare la concorrenza come un principio costituzionale¹⁰⁹. Unici limiti presi in considerazione alla discrezionalità del Legislatore in materia di concorrenza, infatti, sono i vincoli derivanti dal diritto comunitario.

In seguito, fondamentale fu la sentenza n. 241 del 1990¹¹⁰ che, emanata poco prima dell'entrata in vigore della legge n. 287 del 1990, alla luce dei principi dell'utilità sociale e dei fini sociali, afferma una lettura strumentale della concorrenza rispetto alla tutela della libertà di iniziativa economica, non riconducendo nel primo comma dell'art. 41 Cost. il principio di concorrenza in senso oggettivo. Questo, infatti, viene ricostruito come strumentale all'esercizio della libertà¹¹¹ e individuato in concreto

¹⁰⁸ Sent. n. 223 del 1982, *cons. in dir.*, n. 2

¹⁰⁹ Critico verso questa decisione BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, cit., 210 il quale sottolinea come in questa pronuncia emerga molto bene il problema della contraddizione che può sorgere tra concorrenza in senso soggettivo e oggettivo di cui la Corte non sembra però avvedersi.

¹¹⁰ Sent. n. 241 del 1990, *Giur. cost.* 1990, 1467, con nota critica di PACE, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà di impresa*, *ivi*, 1482 ss., il quale, come detto, rinviene il fondamento della tutela del mercato e della concorrenza nel primo comma dell'art. 41 Cost. e non nel secondo (1487). Di nuovo in questo senso, PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, cit., 328 dove l'Autore, distinguendo tra libertà *del* mercato, che discenderebbe dalla libertà di iniziativa economica, e libertà *di* mercato, che invece non avrebbe posto in Costituzione in sé come valore assiologicamente fondato, afferma che «resta essenziale, ai fini della libertà *del* mercato, che la tutela della concorrenza vada rinvenuta nella stessa proclamazione della libertà di iniziativa economica (comma 1) e non fra i *limiti* di utilità sociale apponibili ad essa» (329).

¹¹¹ La Corte afferma al considerato in diritto n. 4: «L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza - che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori (sentenza n. 223 del 1982 cit.) - ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale».

nei commi 2 e 3 dell'art. 41, peraltro sottolineandone il collegamento con l'art. 3, comma 2¹¹².

Da ricordare, anche la sent. n. 362 del 1998¹¹³. Oggetto del giudizio una legge regionale lombarda che poneva di limiti all'esercizio di un'attività di impresa nel campo delle agenzie di viaggio e che richiedeva un'autorizzazione per l'apertura di nuove filiali e per lo svolgimento dell'attività. Dichiarando tali norme in contrasto con gli artt. 41, 117 e 120 della Costituzione, la Corte, in questa decisione, rinviene negli artt. 41 e 120 Cost. una «nozione unitaria di mercato che non consente la creazione di artificiose barriere territoriali all'espandersi dell'impresa»¹¹⁴. Questa sentenza, dunque, attraverso una combinazione dell'art. 120 e dell'art. 41 della Costituzione offre un'idea di mercato come luogo fisico, al di fuori della competenza regionale e coincidente con l'intero territorio nazionale, che non può essere limitato da provvedimenti regionali, ma anche come spazio in cui si svolge l'iniziativa privata, che non può essere irragionevolmente costretta, pregiudicando, di fatto, il principio di eguaglianza delle *chances*. In questo caso, dunque, la

¹¹² La Corte ha sancito: «[La libertà di iniziativa economica], invero, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, secondo e terzo comma); e tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza – che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori (sentenza n. 223 del 1982 cit.) – ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie». In questo senso, saluta con soddisfazione questa decisione, BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, cit., 211, il quale, tuttavia, sottolinea come la Corte cadrebbe in contraddizione nell'inciso in cui «qualifica la libertà di concorrenza “come valore basilare della libertà di iniziativa economica”» (nt. 18).

¹¹³ Sent. n. 362 del 1998, Giur. cost. 1998, 3189 ss.

¹¹⁴ Sent. n. 362 del 2008, *cons. in dir.*, n. 5. Al considerato n. 8, inoltre, i giudici sanzionano anche una limitazione della libertà di iniziativa nella sua fase di svolgimento.

regolazione del mercato viene considerata incostituzionale perché la regione non può limitare gli spazi del «mercato unitario», incidendo in questo modo sulle libertà individuali¹¹⁵.

Degna di nota, perché significativa di un importante *overruling* dovuto al diritto comunitario, la sent. n. 443 del 1997¹¹⁶. In particolare, in questa decisione la Corte costituzionale modifica apertamente un proprio precedente orientamento in ragione del quale non era stata dichiarata incompatibile con la Costituzione la disciplina che prevedeva delle limitazioni all'utilizzo di materie prime per la produzione di un certo tipo di pasta¹¹⁷.

Nella sent. n. 20 del 1980¹¹⁸, la Corte si era già pronunciata sulla disciplina che imponeva limiti simili e non l'aveva ritenuta costituzionalmente illegittima ai sensi dell'art. 41, comma 2 Cost. e del limite dell'utilità sociale. Nella successiva sentenza Zoni del 14 luglio 1988, la causa 90/86, la Corte di giustizia, al contrario, considerava questi limiti incompatibili con il diritto comunitario nella misura in cui incidevano sulla libera circolazione delle merci, aprendo, di fatto, alla possibilità che i suddetti limiti continuassero a sussistere per le imprese italiane, ma imponendo l'apertura del mercato alle imprese straniere. La conseguente disparità di trattamento, sia pur in astratto compatibile con il diritto comunitario, viene ritenuta a questo punto incostituzionale con la sentenza del 1997 perché dava vita ad una «discriminazione alla rovescia». Di conseguenza, «non potendo essere [...] risolta mediante l'assoggettamento delle [imprese straniere] ai medesimi vincoli che gravano sulle [imprese italiane], poiché vi osta il principio comunitario di libera

¹¹⁵ Cfr., sulle diverse idee di mercato, ancora FERRARESE, *Immagini del mercato*, cit., 291 ss.

¹¹⁶ Sent. n. 443 del 1997, *Giur. cost.* 1997, 3904 ss., con note di PINELLI, *Adeguamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, ivi, 3915 ss. e di GUZZETTA, *Libertà di circolazione delle merci, principio di uguaglianza e asserita separazione tra ordinamenti comunitario ed interno*, ivi, 3919 ss.

¹¹⁷ La vicenda è stata recentemente ricostruita da DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 800 ss.

¹¹⁸ Sent. n. 20 del 1980, *Giur. cost.* 1980, 171 ss. Già prima, con la sent. 137 del 1971, la Corte aveva considerato, sempre in materia di limiti alle materie prime utilizzate per la produzione della pasta, la legislazione compatibile con il fine dell'utilità sociale.

circolazione delle merci, la sola alternativa praticabile dal Legislatore in assenza di altre ragioni giustificatrici costituzionalmente fondate è l'equiparazione della disciplina della produzione delle imprese nazionali alle discipline degli altri Stati membri nei quali non esistano vincoli alla produzione e alla commercializzazione analoghi a quelli vigenti nel nostro Paese»¹¹⁹. L'importanza pratica di questa decisione è di immediata evidenza. Infatti, essa rappresenta un tassello del processo di profonda revisione della giurisprudenza della Corte costituzionale che nel tempo si è mostrata sempre più attenta alle esigenze di mercato. In questo caso, in particolare, l'obiettivo era assicurare che tutte le imprese concorressero a parità di condizioni iniziali sul mercato e la Corte, a questo fine, per quanto alla luce del principio comunitario della libera circolazione, tende a vedere la competizione in una dimensione che valorizza la soggettività dei singoli concorrenti e non il mercato in sé, come valore.

In seguito, con la sentenza n. 413 del 2002¹²⁰, la Corte è chiamata di nuovo a valutare, sulla base del parametro degli artt. 3 e 41 Cost., un'eventuale violazione del «principio della parità di condizioni tra i possibili concorrenti e della stessa uguaglianza di trattamento tra posizioni potenzialmente simili». Anche in questo caso, nonostante l'esito negativo del giudizio, la valutazione della Corte opera su un piano teso a valutare l'impatto delle regole del mercato sulle posizioni individuali protette¹²¹.

¹¹⁹ Corte cost., sent. n. 443 del 1997, *cons. in dir.*, n. 6.

¹²⁰ Sent. n. 413 del 2002, *Giur. cost.* 2002, 2977 ss.

¹²¹ Il problema, in particolare, verteva sulla legittimità di disposizioni che prevedevano, prima della piena attuazione della direttiva comunitaria n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, un periodo transitorio che favoriva le società già titolari del servizio in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, ammettendone, in deroga alla disciplina generale prevista per le altre, la partecipazione alla gare di affidamento senza limitazioni (intese come limitazioni funzionali e territoriali). Alla luce dell'esigenza di aprire con gradualità il mercato a tutti gli operatori, la norma, l'art. 15, comma 10 del D.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 non viene considerata, tuttavia, incostituzionale. La Corte, in questa sentenza, ha anche affermato che «è tutt'altro che manifestamente irragionevole che il regime transitorio sia determinato dal Legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, tenendo conto, nel regolare

6. Segue: b) «concorrenza “per” il mercato e concorrenza “nel” mercato»: la giurisprudenza costituzionale nel nuovo quadro delle competenze

Con la legge costituzionale n. 3 del 2001 il quadro cambia in ragione dell'introduzione di un dato testuale di grande rilevanza pratica: la materia «tutela della concorrenza» nel catalogo delle materie di competenza esclusiva statale.

Nel nuovo contesto normativo, tuttavia, la prima pronuncia che si analizza è la sent. n. 64 del 2007¹²² che si distingue dalle altre e merita, per questo motivo, un'analisi a parte e preliminare. Con questa decisione la Corte interviene sulla collocazione in Costituzione del principio della concorrenza come valore autonomo deducibile in via interpretativa dall'art. 41 Cost. In questo giudizio, infatti, parametri utilizzati dalla Corte per valutare la costituzionalità di una legge regionale sono, ancora una volta, l'art. 3 e l'art. 41 della Costituzione, mentre nessun riferimento viene fatto all'art. 117 Cost. Alla luce di questi articoli, secondo i giudici, la legge regionale introduce un regime autorizzatorio preferenziale per alcune imprese privo di

il passaggio delle situazioni preesistenti in base ad un regime all'epoca valido in Italia, delle esigenze dello stesso principio di libertà di iniziativa economica e della libertà di concorrenza» (*cons. in dir.*, n. 6). Da questo passo risulta evidente come vi sia una valutazione sul regime transitorio che si ferma alla sua ragionevolezza e non, come avverrà con la sent. n. 1 del 2008, sulla base della riconducibilità degli effetti al campo degli interventi definibili pro-concorrenziali.

La Corte ha anche considerato incostituzionale quella legge della regione Abruzzo che non prevedeva un periodo transitorio in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica nella sentenza n. 29 del 2006, considerando incostituzionale la disciplina regionale perché in contrasto con la disciplina statale in materia di «tutela della concorrenza» che prevedeva un regime transitorio al fine di garantire *un progressivo adeguamento del mercato*. Il parametro utilizzato questa volta, con un esplicito richiamo alla sent. n. 272 del 2004, è però l'art. 117, comma 2, lett. e). La questione è declinata, dunque, in termini radicalmente diversi rispetto alla sentenza del 2002. L'interesse si ha, nei confronti della sentenza n. 1 del 2008, perché, come si dirà, quest'ultima sanzionerebbe con l'incostituzionalità il periodo transitorio non in quanto tale, ma perché il fine da esso perseguito appare del tutto estraneo al fine di garantire *un progressivo adeguamento del mercato*.

¹²² Su cfr. ARCONZO, *La Corte, padrona del giudizio in via principale, riconosce che senza tutela della concorrenza non c'è libertà di iniziativa economica privata*, in *Giur. cost.*, 2007, 628 ss.

ragionevole giustificazione e la norma, quindi, afferma la Corte, «realizza una ingiustificata discriminazione fra imprese sulla base di un elemento territoriale che contrasta con il principio di eguaglianza e con l'art. 41 della Costituzione»¹²³: ciò è lesivo della libertà di concorrenza. Come si è rilevato¹²⁴, in questa pronuncia, in cui la dimensione dell'intervento regionale sicuramente non è in grado, come richiesto invece dalla sent. n. 14 del 2004¹²⁵, di incidere sull'equilibrio economico generale, la Corte non può dedurre una competenza statale dall'art. 117 Cost. e, per intervenire, è obbligata a far perno direttamente sull'art. 41 Cost. inteso nella sua dimensione di garanzia di accesso al mercato e, dunque, ancora una volta, come tutela del pluralismo e dei suoi singoli attori. Non appare, però, da questo punto di vista una decisione da salutare come radicalmente innovativa. Se è vero, infatti, che la riconduzione della libertà di concorrenza all'art. 41 Cost. può sembrare una vera svolta, occorre ricordare che l'iniziativa economica privata, come si è detto, è da tempo associata alla libertà di concorrenza intesa in senso soggettivo.

Ciò non sminuisce, comunque, il rilievo che questa decisione assume sotto un altro profilo, ovvero il fatto che la concorrenza come valore può operare immediatamente e al di là della ripartizione delle competenze quando questa incide sulla dimensione soggettiva della libertà di iniziativa economica. Viceversa, come si dirà, nel caso in cui ci si trovi di fronte ad una limitazione in senso oggettivo, ci si dovrà domandare, in primo luogo, se la disciplina incide o meno sull'equilibrio economico generale, declinando, poi, l'intervento in favore del mercato come unico vero e proprio oggetto della competenza statale.

Nel nuovo contesto normativo, merita, tuttavia, un certo approfondimento la giurisprudenza della Corte che, sulla base dell'art. 117, comma 2, lett. e) ha interpretato la «tutela della

¹²³ Corte cost., sent. n. 64 del 2007, *cons. in dir.*, n. 4.

¹²⁴ ARCONZO, *La Corte, padrona del giudizio in via principale, riconosce che senza tutela della concorrenza non c'è libertà di iniziativa economica privata*, cit., 630.

¹²⁵ Corte cost., sent. n. 14 del 2004, in *Giur. cost.* 2004, 237 ss., *cons. in dir.*, n. 4. La decisione è stata poi seguita in pochi mesi dalle sentenze nn. 272 e 320 del 2004.

concorrenza» come una materia trasversale¹²⁶ e, per il tramite di essa, ha cercato di invertere i principi comunitari della concorrenza.

Con la sent. n. 14 del 2004¹²⁷, vero e proprio *leading case* in materia¹²⁸, la Corte pone in essere, infatti, una decisa accelerazione nel precisare cosa intendere con “concorrenza”. Questa «non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza»¹²⁹ e «non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente

¹²⁶ Sul punto, cfr. ANZON DEMMIG, *I poteri delle regioni*, Torino, 2008, 115 ss. una competenza che finisce, in queste pronunce, per essere molto più comprensiva di ciò che solitamente si qualifica come *antitrust* e che permette di qualificare la competenza in commento come «funzionale». La sentenza 14 del 2004 è stata confermata anche da altre pronunce successive, alcune già citate, come la n. 272 del 2004, le nn. 77, 134 e la 175 del 2005. Si è negato, invece, sulla base del criterio teleologico, la riconducibilità alla competenza statale della disciplina che introduceva strumenti di sostegno per il cinema con la sent. n. 285 del 2005 (118).

¹²⁷ Sent. n. 14 del 2004, in *Giur. cost.* 2004, 237 ss., *cons. in dir.*, n. 4, con note di PACE, *Gli aiuti si stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, *ivi*, 259 ss. e di DOLSO, *Tutela dell’interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, *ivi*, 265 ss.

¹²⁸ Come rilevato da PACE, *Gli aiuti si stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, *cit.*, 260, è la Corte che, senza indicazione da parte dell’Avvocatura dello Stato trova nell’art. 117, comma 2, lett. e) la fonte della competenza statale ed è, dunque, una autonoma «opzione interpretativa». In questa nota, peraltro, l’Autore ribadisce come «la libera concorrenza [abbia] costituito sin dall’origine un valore della nostra Costituzione» essendo riconosciuta la libertà non solo nei confronti dello Stato, ma anche degli altri privati (262). Nella prospettiva accolta, l’art. 117, comma 2, lett. e) avrebbe come oggetto una «doverosa tutela della concorrenza» e direbbe dunque qualcosa di più rispetto all’art. 41 Cost. che si limiterebbe a riconoscerla (263). Critico, recentemente, BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, *cit.*, 223 il quale vede in questa pronuncia una concezione di concorrenza sovrapponibile a quella di «libertà meramente individuale» in una pronuncia in cui «scompare assolutamente il profilo centrale del tipo di assetto strutturale del mercato che la misura di aiuto è suscettibile di determinare».

¹²⁹ Corte cost. sent. n. 14 del 2004, *cons. in dir.*, n. 4.

sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»¹⁵⁰. Limite invalicabile è che la normativa statale incida su un ambito di intervento che, su scala macroeconomica, interessi un livello nazionale e non meramente regionale o locale¹⁵¹.

¹⁵⁰ Corte cost. sent. n. 14 del 2004, *cons. in dir.*, n. 4.

¹⁵¹ Corte cost. sent. n. 14 del 2004, *cons. in dir.*, n. 4. Con la sent. n. 272 del 2004, la Corte, in materia di servizi pubblici di rilevanza economica, ha, da un lato, confermato il proprio precedente orientamento, sancito nella sent. 14 del 2004, in ragione del quale la materia di tutela della concorrenza comprenderebbe anche la promozione della concorrenza stessa, e ha considerato non applicabili, dall'altro, ai servizi privi di rilevanza economica, che non rientrerebbero in un ordine di sistema concorrenziale, le norme in esame. Nella sent. 320 del 2004, in materia di asili nido, ha respinto la tesi dell'Avvocatura in ragione della quale la disciplina introdotta fosse riconducibile alla materia della tutela della concorrenza, valutandola anzi del tutto estranea al mercato, stabilendo che rientrasse, dunque, nella competenza regionale (*cons. in dir.*, n. 7). Nella sentenza n. 345 del 2004, la Corte ha invece incasellato la materia nell'ambito della competenza statale in quanto le norme impugnate «là dove impongono la gara, fissano l'ambito soggettivo ed oggettivo di tale obbligo, limitano il ricorso alla trattativa privata e collegano alla violazione dell'obbligo sanzioni civili (nullità dei contratti) e forme di responsabilità, trovano fondamento [...] nella potestà dello Stato di regolare il mercato e di favorire rapporti concorrenziali nell'ambito dello stesso» (*cons. in dir.*, n. 6.3). Molte le pronunce che sono seguite: in particolare, degne di nota, in cui la Corte riprende e conferma quanto affermato nella sent. n. 14 del 2004: la sent. n. 107 del 2005 e la 162 del 2005 in cui si sancisce l'incostituzionalità della disciplina dovuta all'assenza del carattere macroeconomico dell'intervento, la n. 134 del 2005 e la n. 151 del 2005, dove la dimensione di interesse generale viene invece rinvenuta. Non del tutto lineare, invece, appare la pronuncia n. 175 del 2005. In questo caso la Corte, pur valutando modesto l'intervento, lo considera legittimo e, richiamando la sent. n. 272 del 2004 nella parte in cui comunque non si riteneva competente a «valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali», afferma che «il carattere (asseritamente) modesto dal punto di vista finanziario dell'intervento non è certamente decisivo per escludere la sua riconducibilità alla materia della "tutela della concorrenza" di cui all'art. 117, secondo comma, Cost., ma può, al più, costituire un indizio in tale senso» (*cons. in dir.*, n. 3.1). Nella sent. n. 80 del 2006, in cui il fatto verteva su leggi regionali che introducevano delle deroghe ad una disciplina statale in materia di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, la Corte ha invece sancito, richiamando nuovamente la sent. n. 272 del 2004, la riconducibilità della materia alla competenza statale della tutela della concorrenza e, di conseguenza, ha dichiarato incostituzionali le norme regionali (*cons. in dir.*, n. 10).

Nuova linfa al dibattito è stata portata, poi, da tre pronunce del 2007: la n. 401¹³², la n. 430¹³³ e la n. 431¹³⁴. Con la sentenza n. 401 del 2007 la Corte è intervenuta nuovamente con il fine di chiarire il significato e il contenuto della nozione di «tutela della concorrenza», maneggiando sempre più la questione in una prospettiva tutta rivolta alla risoluzione delle controversie tra Stato-Regioni e svuotando, di fatto, il controllo di proporzionalità-ragionevolezza delineato nella sent. n. 14 del 2004¹³⁵. In primo luogo, viene ribadito che «la nozione di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi «di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali (sentenza numero 14 del 2004; vedi anche, tra le altre, le sentenze numeri 29 del 2006 e 272 del 2004). Rientrano, pertanto, nell’ambito materiale in esame le misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi»¹³⁶. Oggetto della pronuncia, però, in questo caso era la tutela del diritto di accesso degli operatori economici al mercato attraverso procedura di evidenza pubblica. La Corte, dunque, è chiamata a valutare l’eguaglianza di *chances* di tutti gli operatori. Nonostante ciò, essa non sembra porsi sul piano soggettivo del diritto di accesso

¹³² Sent. n. 401 del 2007, in *Giur. cost.* 2007, 4447 ss. con note di CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza?»*, *ivi*, 4559 ss. e LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell’intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell’evidenza pubblica*, *ivi*, 4569 ss.

¹³³ Sent. n. 430 del 2007, in *Giur. cost.* 2007, 4732 ss. Su questa giurisprudenza cfr. 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. 9/2008, in cui si analizzano anche alcune sentenze precedenti e successive al fine di individuare le linee di tendenza sul punto della giurisprudenza costituzionale.

¹³⁴ Sent. n. 431 del 2007, in *Giur. cost.* 2007, 4751 ss.

¹³⁵ In particolare, sottolinea CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza?»*, *cit.*, 4566 come con questa decisione la Corte abbandoni nei fatti il *test* finalizzato a valutare la proporzionalità e la ragionevolezza dell’intervento, concependo la trasversalità in un modo nuovo che rende il suddetto *test* «una “scatola vuota”».

¹³⁶ Corte cost. n. 401 del 2007, *cons. in dir.*, n. 6.7.

al mercato, quanto piuttosto, verosimilmente a causa della sede in cui si inverte il giudizio, sul piano della competenza legislativa a stabilire le procedure volte alla selezione.

La nozione comunitaria di concorrenza, afferma la Corte, «si riflette sull'art. 117, comma 2, lett. e)» e si articola in due diverse dimensioni: concorrenza “per” il mercato e concorrenza “nel” mercato. Nel settore degli appalti, la prima, quella che viene in rilievo nel caso in esame, comprende i criteri di scelta dei contraenti, la seconda si realizza attraverso l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi. Nell'ambito della materia degli appalti, afferma la Corte, si verifica non un intreccio di competenze, ma una prevalenza della competenza statale. Sia pur in questo quadro, alla Corte rimane un importante ruolo di controllo che si articola su due livelli al fine «di individuare gli esatti confini della materia in esame». In primo luogo, la Corte deve valutare «se l'intervento statale sia astrattamente riconducibile [...] ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato o ad entrambi». In secondo luogo, si deve operare un controllo di proporzionalità e di adeguatezza sulla disciplina rispetto al fine perseguito.

Una dimensione oggettivizzata della concorrenza in questa pronuncia è l'unica, anche se, come si dirà, solo parzialmente, presa in considerazione dalla Corte la quale, quasi non ponendosi dalla prospettiva del singolo soggetto concorrente e ricostruendo la questione tutta all'interno del sistema di riparto delle competenze, oggettivizza il mercato la cui tutela e il cui promovimento sono quasi innalzati a unico fine perseguibile per la via dell'art. 117, comma 2, lett. e), il cui raggiungimento è compito dell'azione dei poteri statali. La Corte, in astratto, invece, avrebbe potuto valorizzare il valore dell'iniziativa privata come diritto soggettivo all'eguaglianza delle *chances* nelle procedure di selezione, tutelando in tal modo l'accesso al mercato. Tenta, invece, di arrivare allo stesso risultato *funzionalizzando* quella che è, in realtà, una norma di organizzazione statale, rendendola teleologicamente orientata e volta a invertere nell'ordinamento i principi del diritto comunitario¹³⁷. Eppure maggior respiro, forse, avrebbe avuto la

¹³⁷ I principi sanciti nella sent. 401 del 2007 e nelle successive 430 e 431 sono state poi ribaditi anche in altre sentenze come la n. 322 e la n. 411 del 2008 e la

decisione se la Corte avesse utilizzato, di nuovo, il valore del diritto di iniziativa come obiettivo della concorrenza in senso oggettivo, posta a tutela dunque della posizione individuale, ricostruendo, così, in termini di tutela della libertà individuale, interpretata attraverso la lente del diritto comunitario, più che di compito pubblico, il diritto di accedere al mercato.

Le due pronunce successive si pongono sulla stessa linea, per quanto cerchino di essere più attente alla dimensione soggettiva e assiologia del problema. Con le pronunce nn. 430 e 431 del 2007, infatti, la Corte, nel considerare non costituzionalmente illegittime le norme statali in materia di tutela della concorrenza, ribadisce che la competenza statale copre l'ambito di promozione della concorrenza e che «ciò che occorre verificare è se le norme adottate dallo Stato siano essenzialmente finalizzate a garantire la concorrenza fra i diversi soggetti del mercato (sentenza n. 285 del 2005), allo scopo di accertarne la coerenza rispetto all'obiettivo di assicurare un mercato aperto e in libera concorrenza»¹³⁸. Viene escluso che possano «ricondersi alla "tutela della concorrenza" quelle misure statali che non intendono incidere sull'assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano»¹³⁹. Scopo dello scrutinio, a seguito del quale si determinerà l'affermazione della competenza statale per prevalenza, dunque, è valutare se «la disposizione sia strumentale ad eliminare limiti e barriere all'accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale»¹⁴⁰. Anche se viene richiamata la sentenza n. 64 del 2007, la differente prospettiva è evidente da questi passaggi, pur se simile nei risultati che si vogliono perseguire. La ricostruzione attraverso l'art. 41 Cost. appare, infatti, seguire un *iter* argomentativo diverso che costruisce per sovrapposizioni e accostamenti di dimensioni soggettiva e oggettiva la tutela della concorrenza. Nel valorizzare, viceversa, con tale forza il valore-mercato come fine-valore in sé, capace di scardinare, in virtù del principio di prevalenza, il sistema delle competenze, il quadro si

n. 160 del 2009 su cui, in particolare, cfr. FALZEA, *Il codice dei contratti pubblici ed i limiti dell'autonomia regionale. Nota alla sentenza n. 160/2009 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

¹³⁸ Corte cost. n. 430 del 2007, *cons. in dir.*, n. 3.2.1.

¹³⁹ Corte cost. n. 430 del 2007, *cons. in dir.*, n. 3.2.1.

¹⁴⁰ Corte cost. n. 430 del 2007, *cons. in dir.*, n. 3.2.1.

riconduce non tanto sul piano soggettivo delle capacità di sviluppo dei diritti, e, se si guarda con attenzione, nemmeno, paradossalmente, sul piano oggettivo del valore-mercato, quanto piuttosto sul semplice ambito dei rapporti di competenza tra Stato e Regioni e su quello dei compiti pubblici. Questo non viene, dunque, tanto inteso come fonte di espansione dei diritti, quanto piuttosto come fine-valore in sé, integrante un ben preciso ambito di intervento, a cui il Legislatore sarebbe vincolato. Se, in conclusione, nella sentenza 64 del 2007, la concorrenza è *condicio sine qua non* dell'iniziativa economica privata, nella sent. n. 430, invece, il rapporto quasi si inverte: l'accesso al mercato e la parità delle condizioni per concorrere sul mercato sono *funzionalizzate* al corretto funzionamento del mercato.

La sentenza n. 431 del 2007, poi, si pone nella stessa prospettiva e ribadisce le considerazioni già sviluppate nella precedente pronuncia. Tuttavia, aggiunge la Corte che, «al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni», è possibile che queste intervengano in questo quadro nel caso in cui le eventuali «norme regionali riconducibili a queste competenze abbiano effetti pro-concorrenziali. 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»¹⁴¹. La dimensione ancora una volta tutta calata su un piano oggettivo-competenziale comunque limitato ad effetti pro-concorrenziali appare evidente, per quanto il tentativo appaia quello di ridare uno spazio sia pur minimo alla competenza regionale.

Davvero emblematica di questo processo ermeneutico è la sentenza n. 1 del 2008¹⁴² nella parte in cui esamina la compatibilità con la Costituzione della disciplina di proroga delle concessioni in corso. La legge impugnata (il comma 485 della legge 23 dicembre 2005, n. 266), infatti, prevedeva una proroga *ex lege* di dieci anni per i rapporti in corso. La Corte, nonostante

¹⁴¹ Corte cost. n. 431 del 2007, *cons. in dir.*, n. 5.

¹⁴² Sent. n. 1 del 2008, *Giur. cost.* 2008, 1 ss. su cui cfr. MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in www.federalismi.it, 8/2008.

la auto-qualificazione operata dalla legge che, di fatto, riconduceva la disciplina nell'alveo della materia della tutela della concorrenza, ritiene che tale proroga sia incostituzionale perché «anziché aprire gradualmente il mercato interno dell'energia seguendo le scadenze naturali delle diverse concessioni di grandi derivazioni di acque pubbliche, proroga irragionevolmente queste ultime di dieci anni decorrenti dalla data di scadenza di ciascuna concessione». In particolare, «la norma, dunque, lungi dal costituire uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza, contrasta con i principi comunitari e contraddice apertamente il fine (la tutela della concorrenza), che pur afferma di voler perseguire»¹⁴³. Una tale motivazione rende evidente il grado di sviluppo dell'idea di concorrenza come competenza in cui il mercato concorrenziale diventa, da un lato, limite sostanzialmente assoluto alla disciplina regionale, dall'altro confine della stessa competenza statale, andandosi a configurare come il semplice ambito competenziale della concorrenza alla cui sola tutela o al cui solo promovimento può essere diretta l'azione dei statale l'intervento legislativo. Di conseguenza, anche in questo caso, ad un più attento esame, la pronuncia non appare porsi sul piano delle libertà e della loro tutela, e nemmeno su quello di una nozione critica di mercato che può ben essere in conflitto con la libertà di iniziativa e con altri fini sociali, quanto piuttosto, ancora una volta, su quello delle competenze¹⁴⁴. Non rientrando tale disciplina, per essere in sé espressione di una politica anticoncorrenziale, nella competenza finalistica della tutela della concorrenza, essa, poi, viene ritenuta afferente alla materia di competenza concorrente della «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione. La promozione del mercato perde, se mai aveva avuto, dunque, quella capacità in sé di essere limite all'azione statale e svela la sua debolezza: la disciplina, infatti,

¹⁴³ Corte cost. n. 1 del 2008, *cons. in dir.*, n. 8.5.

¹⁴⁴ Nello stesso senso, MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, cit., 8 dove si legge: «la stessa spettanza della funzione in capo al Legislatore statale dipende, sostanzialmente, dall'attitudine dell'intervento legislativo a produrre effetti pro-concorrenziali». Appare all'Autore «singolare» che la disciplina statale, pur finalizzata a regolare la concorrenza, venga esclusa se non ha come effetto quello di promuoverla, ma di limitarla.

non viene dichiarata incostituzionale perché in contrasto con i principi ontologici del valore-mercato o non incostituzionale perché competenza del Legislatore statale è il più ampio ambito della regolazione del mercato, non necessariamente con effetti proconcorrenziali, ma su un piano riconducibile, ancora una volta, ai rapporti tra Stato e Regioni, tanto che forse un accordo tra Stato e Regioni, se la disciplina fosse ricondotta ad una materia di competenza concorrente, potrebbe forse reintrodurre quella proroga considerata incostituzionale. Anche in questo caso, invece, un approccio che avesse valorizzato l'eguaglianza di *chances* e l'apertura del mercato, letto attraverso un'interpretazione della libertà di iniziativa economica privata, avrebbe potuto garantire un respiro più ampio della pronuncia che avrebbe potuto promuovere un'idea di economia in libera concorrenza come strumentale all'esercizio delle libertà individuali e al benessere generale. Inoltre, si pone senz'altro il problema di stabilire chi e come possa legiferare intervenendo, se del caso a limitare la concorrenza.

Sulla stessa linea e ancora più esplicitamente, deve essere citata la sent. n. 63 del 2008 in materia di aiuti di Stato. In essa si legge, sulla falsariga di quanto già affermato a livello generale di principio nella sent. n. 430 del 2007, che «il riferimento alla “tutela della concorrenza” quale materia di competenza statale esclusiva, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa erariale, non può giustificare l'intervento del Legislatore statale in relazione ad aiuti di Stato, i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza»¹⁴⁵. In questa decisione, però, gli aiuti di Stato sono stati ritenuti illegittimi non perché contrari all'idea di concorrenza e, in particolare, di quella comunitaria, ma perché escludevano dalla loro determinazione, ammissibile in virtù del principio di sussidiarietà verticale¹⁴⁶, le Regioni assegnando ogni discrezionalità al CIPE. In questa decisione, la Corte apre, dunque, a politiche in deroga alla promozione della concorrenza attraverso la leva del principio di

¹⁴⁵ Corte cost. sent. n. 63 del 2008, *cons. in dir.*, n. 4.3.

¹⁴⁶ Cfr. sull'operatività del principio di sussidiarietà verticale alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, per tutti, SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, spec. 75 ss.

sussidiarietà ma per il tramite delle necessarie procedure che garantiscano il coinvolgimento delle Regioni¹⁴⁷. La norma è dunque dichiarata incostituzionale non perché è in violazione dei principi della tutela o del promovimento mercato concorrenziale inteso come valore, ma perché non compensa l'attrazione in sussidiarietà con le necessarie procedure di leale collaborazione. Con le necessarie procedure, pertanto, sarebbe possibile derogare al “valore” della tutela della concorrenza.

Con la sentenza n. 45 del 2010, la Corte torna a pronunciarsi sul tema del valore da attribuire alla materia «tutela della concorrenza» nell'ambito del settore dei lavori pubblici e in un giudizio in via principale nei confronti della Provincia autonoma di Trento. Questa sentenza appare di particolare interesse perché, a differenza di quanto accaduto contro la regione Sardegna con la sent. n. 411 del 2008, la Corte sembra aprire alle ragioni della provincia autonoma. Per tale motivo, la decisione in commento è stata giudicata un vero e proprio «revirement»¹⁴⁸. La pronuncia interviene a specificare quali siano i margini di intervento di una provincia autonoma che abbia una specifica competenza in una materia di lavori pubblici di livello provinciale capace di ripercuotere i suoi effetti sulla materia di competenza esclusiva statale della tutela della concorrenza. Dopo aver ribadito che la nozione di concorrenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) riflette la nozione comunitaria di concorrenza, che integra, tendenzialmente, misure ed interventi “per” il

¹⁴⁷ Al punto 4.1 del considerato in diritto, infatti, è possibile leggere: «Pertanto, il Fondo in esame risulta diretto a perseguire finalità di politica economica – costituite dal sostegno alle imprese in difficoltà, la cui scomparsa dal mercato potrebbe danneggiare il sistema economico produttivo nazionale – che, almeno in parte, sfuggono alla sola dimensione regionale (l'intervento tramite Sviluppo Italia s.p.a. prefigurato dalla norma impugnata non esclude quello analogo delle Regioni, in linea con quanto già avvenuto, come dimostrato dalla legislazione regionale di settore: così ad es. l'art. 10 della legge della Regione Calabria 8 luglio 2002, n. 24; l'art. 8 della legge della Regione Emilia-Romagna 28 dicembre 1999 n. 39); e che sono, perciò, tali da giustificare la deroga al normale riparto di competenze fra lo Stato e le Regioni e la conseguente «attrazione in sussidiarietà» allo Stato della relativa disciplina, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza».

¹⁴⁸ Così, BIN, *Lavori pubblici: quanto «intangibili» sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, in www.forumcostituzionale.it, 5.

mercato¹⁴⁹ e, di fatto, escluso che, in un caso del genere, la competenza provinciale possa considerarsi limitata all’emanazione di norme che abbiano solo «effetti pro-concorrenziali» o «indiretti e marginali»¹⁵⁰, la Corte, tuttavia, ricostruisce la competenza della regione come strumentale alla realizzazione delle libertà comunitarie, andando a definire queste come limiti direttamente operanti della potestà legislativa regionale in materia di lavori pubblici, a cui si accompagnano i limiti interni che, sostanzialmente, sarebbero riconducibili alla materia dell’ordinamento civile e alla disciplina di istituti e rapporti privatistici. Altro ruolo è svolto dalla tutela della concorrenza in questo quadro. Non opera come limite discendente direttamente dalle norme costituzionali o comunitarie, ma attraverso la mediazione dello Statuto. Infatti, pur riconoscendo un certo ambito di intervento in materia di lavori pubblici alla Provincia autonoma, la Corte sostiene che nella misura in cui incida sulla tutela della concorrenza, «la disciplina provinciale non p[uo] avere un contenuto difforme da quella assicurata in ambito europeo e nazionale e, quindi, non p[uo] alterare negativamente il livello di tutela assicurato da quest’ultimo»¹⁵¹.

¹⁴⁹ La Corte indica esplicitamente al *cons. in dir.*, n. 4.1: « a) “le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione” (sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure antitrust; b) le disposizioni legislative “di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese” (citata sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure volte ad assicurare la concorrenza “nel mercato”; c) le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (sentenza n. 401 del 2007)»

¹⁵⁰ In questo senso, BIN, *Lavori pubblici: quanto «intangibili» sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, cit., 5.

¹⁵¹ Corte cost., sent. n. 45 del 2010, *cons. in dir.*, n. 5.

7. Segue: c) Regolazione del mercato e art. 41 Cost.: una virtuosa osmosi tra iniziativa economica, concorrenza e altri interessi costituzionalmente rilevanti

Dal quadro descritto, appare difficile non desumere che, negli ultimi anni in particolare, la Corte ha sempre più elaborato una precisa idea di concorrenza che è andata a formare, di fatto, per il Legislatore, un vero e proprio spazio di intervento in campo economico. La concorrenza «autorizza e limita», afferma il Tribunale tedesco, ma non riesce, almeno nel quadro rigido elaborato dalla giurisprudenza della Corte italiana, a presentarsi senza ombre in un modo contenutisticamente significativo ed assiologicamente orientato. Salvi i riferimenti alla finalità di proteggere le libertà comunitarie e l'accesso al mercato, infatti, i parametri che utilizza la Corte sembrano in realtà declinare la promozione e la tutela del mercato come limite della competenza statale, ma senza alcun vero significato valoriale verso cui questa tutela tende, capace di operare solo nell'ambito di un rigido e, allo stesso tempo, non sempre chiaro, sistema di ripartizione delle competenze. Emblematica la ricostruita implicita possibilità di deroga ai principi della concorrenza secondo il principio di sussidiarietà, ma solo nel rispetto delle necessarie procedure di coinvolgimento delle Regioni.

Ancora in questa prospettiva possono essere incluse altre sentenze. Tra cui, recentemente, la sent. n. 325 del 2010 che è un vero e proprio trattato suddiviso per «nuclei tematici». In questa lunga ed importante decisione, la Corte riconduce, come ormai da giurisprudenza costante¹⁵², nuovamente nell'ambito materiale dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. la disciplina di affidamento e di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, dato che la disciplina è finalizzata alla tutela e alla promozione della concorrenza¹⁵³. In particolare, la materia della “tutela della concorrenza” – afferma la Corte – è il riflesso della nozione comunitaria in ragione della quale è competente lo Stato se con

¹⁵² *Ex plurimis*, sentenze n. 314, n. 307, n. 304 e n. 160 del 2009; n. 326 del 2008; n. 401 del 2007; n. 80 e n. 29 del 2006; n. 272 del 2004 e ancora le sentenze n. 142 del 2010, n. 246 e n. 148 del 2009, n. 411 e n. 322 del 2008.

¹⁵³ Corte cost., sent. n. 325 del 2010, *cons. in dir.*, n. 7.

la sua azione mira «a garantire la concorrenzialità e l'efficienza del mercato stesso»¹⁵⁴.

Maggior respiro hanno, tuttavia, due recenti decisioni. In primo luogo, la sent. n. 270 del 2010 sul “caso Alitalia” e, poi, la n. 67 del 2011 su una disposizione di legge regionale in materia di energie rinnovabili che prolungava una moratoria, favorendo l'operatore pubblico che, pur lasciando aperte alcune ombre sia in merito alla compatibilità del diritto costituzionale interno della concorrenza con quella nozione comunitaria elaborata dalla stessa Corte costituzionale italiana sia rispetto alle teorie del bilanciamento¹⁵⁵, permettono di intravedere alcune luci¹⁵⁶.

Diversa, infatti, sembra la prospettiva assunta nella sentenza n. 270 del 2010 in cui la Corte ridimensiona la propria giurisprudenza in materia di promozione della concorrenza scontrandosi con il fatto che il mercato, in sé, non necessariamente è un bene e che la Costituzione deve abilitare il

¹⁵⁴ Corte cost., sent. n. 325 del 2010, *cons. in dir.*, n. 7. La Corte richiama le sentenze n. 142 e n. 29 del 2010; n. 246 del 2009 e, in particolare, si sofferma su quest'ultima con cui aveva ricondotto la disciplina del servizio idrico alla materia tutela della concorrenza.

¹⁵⁵ Lo sottolinea LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionasti.it, 51 ss. il quale rileva che la Corte abbia operato un bilanciamento tra valori non omogenei e dunque di per se stesso logicamente errato. Sulle criticità delle operazioni di bilanciamento e ponderazione come elemento caratterizzante gli «ordinamenti di democrazia pluralistica» cfr. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 116 ss.

¹⁵⁶ MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, cit., 460 la quale nega, nonostante la «lenta ma progressiva emancipazione dalle strettoie della utilità sociale» (459) che l'art. 41 Cost. possa aprire ad una «interpretazione in senso liberistico dell'art. 41 cost.» poiché «il ruolo della libertà di iniziativa economica privata disegnato dal costituente non somigli[a] affatto, se non a costo di un vero e proprio snaturamento, al sistema delle libertà e della concorrenza di fonte comunitaria». La Corte, tuttavia, motiva ampiamente sul punto e ritiene risolto positivamente il vaglio di compatibilità della normativa in esame con il diritto comunitario.

Riconosce, invece, che anche a livello europeo, attraverso la formula dell'«economia sociale di mercato altamente competitiva», queste esigenze di competizione tra imprese sono destinate a cedere di fronte ad esigenza di benessere collettivo LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. Cost.* 4/2010, 3298.

Legislatore a bilanciarne i lati positivi e i lati negativi¹⁵⁷. Nonostante alcuni commenti molto critici¹⁵⁸, la sentenza sembra infatti sganciarsi, avvantaggiata dal fatto di non trarre origine da un ricorso in via principale, dalla dimensione della “tutela della concorrenza” più volta ribadita e che avrebbe come fine solo la promozione o la tutela della stessa del mercato, ma non includerebbe eventuali interventi “anticoncorrenziali”¹⁵⁹, e tornare al principio del corretto funzionamento del mercato bilanciabile con esigenze di utilità sociale¹⁶⁰. Una sentenza, di fatto, che si confronta con le diverse dimensioni della regolazione del mercato e con la sua utilità per il bene comune e la società¹⁶¹,

¹⁵⁷ In questo senso, DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, cit., 824 che, sulla falsariga del pensiero espresso da BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 1/ 2007, 30, secondo il quale «il “relativismo” è la filosofia ufficiale della Costituzione, i cui unici valori “supremi” attengono al mantenimento del relativismo stesso, del pluralismo non «riducibile» a unità», afferma: «Che il mercato sia solo un'istituzione produttrice di vantaggi, amplificatrice di libertà, generatrice di opportunità costituisce una falsa rappresentazione della realtà così come l'idea che il mercato sia solo un meccanismo foriero di sfruttamento e divoratore di relazioni sociali. Il disegno che traspare dalla Costituzione è quello di tenere assieme concezioni tanto assolute quanto parziali nel tentativo, appunto, di relativizzarle. Le libertà economiche sono quindi riconosciute e garantite, ma al contempo se ne riconosce anche il potenziale desocializzante. Di qui la possibilità (anzi, il dovere) per le istituzioni politiche di intervenire in modo da garantire protezione sociale e prevenire i fallimenti del mercato».

¹⁵⁸ STECCHETTI – AMARETTI, *Il ventennale dell'antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3/2010, 459 ss. Con la decisione n. 270, infatti, secondo gli Autori, la Corte avrebbe contribuito «ad un brusco ridimensionamento dell'oggetto di tante celebrazioni» per il ventennale dell'Antitrust in quanto dalla affermata «necessità di por mano al bilanciamento tra utilità sociale e libertà di concorrenza» (464), la Corte avrebbe decotto il principio per cui «l'art. 41 non [avrebbe] costituzionalizzato la disciplina della concorrenza» (465).

¹⁵⁹ Così, come si è dato conto, in Corte cost., n. 1 del 2008.

¹⁶⁰ C'è da dire, infatti, che il principio del «corretto funzionamento del mercato» (sentenze nn. 110 del 1995 e 236 del 1996 (*cons. in dir.*, n. 2.2)), è stato in alcune circostanze già identificato con la clausola dell'utilità sociale in un ipotetico “bilanciamento” capace di limitare la libertà di iniziativa economica (i.e. obblighi onerosi di portare atti a conoscenza di terzi).

¹⁶¹ Commenta positivamente, nonostante alcune note critiche, la decisione LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, cit., 3296 ss. il quale sostiene, analogamente a quanto affermato nel testo, che con questa decisione «il limite generale dell'utilità

in un quadro in cui si riacquista consapevolezza della necessità che si lasci la possibilità alla «politica [di] guidare, non [di] subire, i processi economici»¹⁶².

Sembra opportuno riportare il passaggio centrale di questa decisione:

«Nonostante, peraltro, il ricordato rilievo dato in qualche occasione al bilanciamento tra utilità sociale e concorrenza, la giurisprudenza di questa Corte ha affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza. Eppure, è chiaro che il parametro costituzionale in esame, stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con "l'utilità sociale" ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a "fini sociali", consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito»¹⁶⁵.

La rilevanza, per quanto possa essere considerata "congiunturale", di queste affermazioni è di immediata evidenza. La Corte riconosce il valore costituzionale della concorrenza, in quanto interesse di rango costituzionale e come regola generale

sociale assume, in relazione alla concorrenza, una duplice valenza. Da un lato, esso dà fondamento costituzionale alle norme *antitrust* come regole del gioco che limitano l'autonomia individuale delle imprese (cioè la «libertà di concorrenza», intesa in senso soggettivo); dall'altro esso giustifica anche – come ampiamente sottolinea la motivazione della sentenza in esame – norme di deroga al principio di tutela della «concorrenza effettiva», purché rigorosamente giustificate sulla base di un bilanciamento con valori costituzionali di rango superiore» (3299).

¹⁶² LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, cit., 270.

¹⁶⁵ Corte cost. sent. n. 270 del 2010, *cons. in dir.*, n. 8.2.

cui dovrebbe essere indirizzata la regolazione. Allo stesso tempo, però, ammette anche che una disciplina che la limiti può essere giustificata in ragione dei commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., che incorporano valori meritevoli di particolare protezione capaci di limitare l'assetto concorrenziale del mercato. La forza normativa di queste disposizioni riemerge, dunque, in tutta la loro forza prescrittiva, riconoscendo ad essi una vera e propria funzione di argine al fine di garantire quelle istanze che servono a proteggere «interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, 2 e 3 comma Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza». La pronuncia, per quanto si collochi al di fuori della libertà di iniziativa economica intesa nella sua dimensione soggettiva, comunque appare inscrivere la concorrenza in una dimensione strumentale al benessere collettivo e, applicando i limiti di cui al 2 e al 3 comma dell'art. 41 al «mercato garantito», sembra nel comma 1 del medesimo articolo, implicitamente, rinvenirvi la sede costituzionale, offrendo un "posto" nuovo all'art. 41 Cost., declinando utilità sociale e fini sociali in una innovata forza normativa che potrebbe far presagire, certo, in alcune circostanze, un nuovo potenziale terreno di scontro con la normativa comunitaria. La Corte sembra sovrapporre, infatti, concorrenza in senso oggettivo e iniziativa economica privata, entrambi interessi di rango costituzionale, ammettendo tuttavia che, interventi sostanzialmente anticoncorrenziali, che non rientrano nella competenza statale ai sensi della lettura che offre la Corte dell'art. 117, comma 2, lett. e), siano compatibili con la Costituzione per la via dei commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost. che riacquista, in questo modo, una indiscutibile centralità. La regolazione del mercato non è in sé, dunque, come non lo è la concorrenza, fonte di utilità sociale ma ne diventa, nei fatti, strumento. Così ricostruita la competenza statale, le esigenze di realizzazione dell'utilità sociale possono ben costituire limite all'ordine concorrenziale del mercato.

In questa pronuncia, dunque, dimensione soggettiva ed oggettiva dell'iniziativa economica, di fatto sovrappoventesi nel comma 1 dell'art. 41 Cost., si ricompongono e si affiancano, dando vita ad un bilanciamento con altri fini costituzionalmente rilevanti che prevalgono e aprono ad una deroga a quelli ritenuti,

anche se come da alcuni sottolineato spesso fraintesi¹⁶⁴, i principi comunitari del libero mercato, che rimangono, certo un'ombra potenzialmente sempre incombente su questo tipo di interventi del Legislatore nazionale.

Si crea, con questa sentenza, una sinergia tutta volta a fornire come base di legittimazione del potere statale di intervento nel mercato e di regolazione il comma 2 e il comma 3 dell'art. 41 Cost., rimettendo al Legislatore la discrezionalità di intervenire anche in limitazione della concorrenza, qualora lo ritenga opportuno al termine di una valutazione a lui riservata a presidio del bene comune¹⁶⁵ e che ben rappresenta come «il modello di struttura economica disegnato in Costituzione [sia] intimamente legato al sistema costituzionale dei rapporti politici e sociali»¹⁶⁶. Operando in questo modo, la Corte, come detto, sembra individuare implicitamente nel comma 1 dell'art. 41 Cost., il principio dell'ordine concorrenziale del mercato, la c.d. concorrenza in senso oggettivo, soggetto ai limiti di cui ai commi successivi in ragione dei quali tale principio può cedere.

¹⁶⁴ In generale sulle virtualità e ambiguità della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato e sulle deroghe comunque ammissibili cfr., di recente, BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, cit., 207 ss. e ancora più nello specifico, sulle decisioni della Commissione e sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di aiuti, alle 239 ss. dove emerge che le Istituzioni comunitarie ammettono e dichiarano compatibili «anche misure di aiuto che falsino o minaccino di falsare la concorrenza». Più nello specifico, sul «caso Alitalia» e il diritto comunitario, cfr. OSTI, *Alitalia: la dolorosa storia*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2/2008, 317 e ss., mentre sulle criticità dell'ordinanza di rimessione che ha dato origine alla sent. n. 270 del 2010, cfr. SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e Costituzione dell'economia nel "singolare" caso Alitalia*, in *Foro Amministrativo TAR*, 5/2009, 1444 ss.

¹⁶⁵ Si vedano, per un «bilanciamento» tra utilità sociale e concorrenza, ma in realtà solo in senso soggettivo, le sentenze nn. 152 del 2010 e 167 del 2009. Nello stesso senso, anche la recente sent. n. 247 del 2010, sul divieto posto da una legge regionale del Veneto al commercio di strada, in cui la Corte distingue apertamente tra i due piani: un primo quello della lesione della competenza statale della «tutela della concorrenza», un secondo quello della lesione dell'art. 41 Cost. bilanciato con i fini di utilità sociale, ma declinato in senso soggettivo.

¹⁶⁶ LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., 376.

Infine, merita di essere ricordata la sent. n. 67 del 2011¹⁶⁷. In questo caso, la Corte è stata chiamata a giudicare della legittimità di alcune norme della legge della Regione Basilicata 30 dicembre 2009, n. 42 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione annuale e pluriennale della Regione Basilicata legge finanziaria 2010). Tra gli articoli impugnati in via principale, particolarmente problematici appaiono quelli che sembrano ritagliare una posizione di privilegio per gli operatori pubblici che, nella lettura della difesa statale, «impone[ndo] un divieto generalizzato ed irragionevole al rilascio di autorizzazioni per l'installazione di impianti da fonti rinnovabili superiori a determinate basse soglie di potenza, come pure un blocco per gli impianti eolici, eccetto i minieolici indicati dalla lettera b)»¹⁶⁸ violerebbero l'art. 41 Cost. perché non indicherebbero in che modo, agendo diversamente, vi sarebbe una lesione della dignità umana, della libertà e della sicurezza. Inoltre, tale posizione di vantaggio, sarebbe anche lesiva dell'art. 41 Cost. e dell'art. 117, comma 2, lett. e) nella misura in cui contrasterebbe con la nozione comunitaria di concorrenza e la libertà di stabilimento. La Corte ha ritenuto la questione fondata proprio in riferimento agli artt. 3, 41 e 117 Cost. considerando irragionevole il prolungamento della moratoria relativamente all'installazione di impianti di energia alimentata da fonti rinnovabili e valutando la posizione di privilegio riconosciuta all'operatore pubblico un «elemento di forte distorsione nell'accesso al mercato delle fonti rinnovabili, assegnando ai soggetti pubblici una indebita e ingiustificata posizione di vantaggio»¹⁶⁹. La Corte, tuttavia, non si limita a considerare l'incostituzionalità come una questione di competenza. Affermando, infatti, che la disciplina regionale «frustra l'esigenza di consentire la piena apertura del mercato», chiosa sostenendo che «ne risulta così pregiudicata la tutela della concorrenza, che appartiene alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., a ulteriore presidio della libertà d'iniziativa economica garantita

¹⁶⁷ Per esempio, nella sent. n. 25 del 2009 in materia di *phone center* la Corte avrebbe potuto in modo agevole, avendo l'Avvocatura di Stato richiamato come parametro anche l'art. 41 Cost., ampliare l'ambito di incidenza della decisione, che invece viene ricostruita tutta nel regime competenze Stato-Regioni.

¹⁶⁸ Corte cost. n. 67 del 2011, *cons. in fatto*, n. 1.2.

¹⁶⁹ Corte cost. n. 67 del 2011, *cons. in dir.*, n. 5.2.

dall'art. 41 Cost.». Appare impegnativa questa affermazione che permette di leggere in una nuova luce anche la giurisprudenza precedente: la promozione e la tutela della concorrenza in senso oggettivo, infatti, trovano il loro fondamento competenziale, inevitabilmente, nell'art. 117 Cost.. Tuttavia, con la citata affermazione la Corte non si limita semplicemente a sancire chi sia il soggetto competente e quale sia l'oggetto della competenza, poiché declina la competenza come premessa logico-strumentale alla tutela dello stesso art. 41 Cost. e, dunque, sotto un profilo teleologico-valoriale contenutisticamente determinato.

Se letta con quanto affermato nella sent. n. 270 del 2010, che teorizza un possibile bilanciamento tra concorrenza, fini sociali e utilità sociale, in un'ottica del tutto estranea al sistema di ripartizione delle competenze e senza alcun riferimento all'art. 117, comma 2, lett. e), la tutela della concorrenza perde, pur elevandosi a interesse di rango costituzionale, quel suo carattere, peraltro mai del tutto affermato, ma solo adombrato, di limite assoluto alla competenza statale e regionale e riprende il suo posto di mezzo o, al massimo, valore strumentale, da un lato, al benessere sociale e, dall'altro, alla piena esplicazione della libertà sancita all'art. 41 Cost.¹⁷⁰. I due piani, infatti, sembrano distinti come emerge, per esempio, nella sent. n. 247 del 2010, in cui la Corte prima esclude l'afferenza alla "tutela della concorrenza" per mancanza del criterio della rilevanza "macroeconomica" della materia ritenendo competente la regione a porre la disciplina impugnata (nel caso di specie il Veneto) e poi considera il vincolo posto alla libertà di iniziativa economica dal divieto di commercio su aree pubbliche in forma itinerante nei centri storici dei comuni compatibile con il limite dell'utilità sociale¹⁷¹.

Dal quadro descritto, si può affermare che non sembra che l'ordinamento costituzionale italiano abbia recepito la concorrenza come valore nell'art. 117, comma 2, lett. e), il quale sarebbe solo una norma abilitante il Legislatore statale ad

¹⁷⁰ Cfr. LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., 382. il quale vedeva nell'art. 41, comma 3 Cost. «la disposizione-chiave» in materia di governo pubblico dell'economia, dato che «il mercato, da solo, non è considerato in grado di assicurare il pieno affermarsi dei valori costituzionali».

¹⁷¹ Corte cost. n. 247 del 2010, *cons. in dir.*, n. 3.3.

intervenire con provvedimenti in favore del mercato¹⁷² che trova però il suo *pendant* contenutistico nel comma 1 dell'art. 41 Cost. Tuttavia, come sostenuto, la regolazione non necessariamente si sostanzia in norme pro-concorrenziali. Dunque, più in generale, il potere statale di intervenire in regolazione dei mercati nel suo complesso si rinviene nello stesso articolo 41 della Costituzione, in particolare, ai commi 2 e 3. Alla luce di questa interpretazione, gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, nel caso in cui risultino meritevoli di maggiore protezione costituzionale, possono prevalere sull'interesse costituzionale ad avere un ordine concorrenziale del mercato. In questo quadro, dimensione oggettiva e soggettiva della libertà di iniziativa economica si rinsaldano virtuosamente nelle maglie dell'art. 41 della Costituzione.

8. Verso una conclusione: un difficile equilibrio nell'art. 41 Cost.

Pur in assenza di una esplicita norma che costituzionalizzasse i principi di economia di mercato, la Corte è stata comunque in grado di elaborare due importanti dimensioni del principio di concorrenza facendole cooperare e, di fatto, tessendo una fitta rete capace di tracciare gli spazi di un sistema costituzionale dei rapporti economici. In questo quadro, entrambe riconducibili nell'alveo dell'art. 41 Cost., la concorrenza in senso soggettivo appare fine e valore autonomo che in parte si sovrappone con la libertà di iniziativa economica, mentre quella in senso oggettivo, intesa come ordine concorrenziale del mercato in sé e, inevitabilmente, come riflesso del diritto comunitario, attraversa

¹⁷² C'è da dire, che già con la sent. n. 326 del 2008, la Corte costituzionale aveva ricondotto alla competenza statale anche quelle misure volte a evitare che un operatore estendesse la propria posizione dominante in altri mercati nell'ambito delle misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e nelle misure di liberalizzazione dei mercati stessi. Nella sentenza n. 270 del 2010, tuttavia, l'operazione ermeneutica è diversa. La concorrenza, infatti, sembra perdere il suo valore di fine in sé, per essere raffigurata come oggetto di un potere regolatorio più ampio finalizzato, da un lato a garantire e promuovere il mercato e proteggere strumentalmente l'iniziativa economica privata, dall'altro ad essere inserito in una ampia trama di bilanciamenti con altri interessi costituzionalmente rilevanti.

l'art. 11 Cost. ed entra come valore e come fine non assoluti, ma, essendo una delle possibili dimensioni della regolazione del mercato, come un interesse costituzionale strumentale da bilanciare con il diritto dei singoli e con gli altri interessi di rango costituzionale, rispetto ai quali può ben soccombere¹⁷³.

Da quanto detto, emerge con chiarezza che l'art. 41 Cost. riconosce già, come recentemente sostenuto¹⁷⁴, l'economia di mercato e che se tale ordine in Italia gode di «un cattivo stato di salute», l'art. 41 Cost. va considerato «parte lesa» e non «imputato»¹⁷⁵. Sebbene l'art. 41 della Costituzione non sia «tra i più perspicui»¹⁷⁶, nell'interpretazione che la Corte fa di questo articolo, la concorrenza rappresenta un dato preliminare ineliminabile in entrambe le sue dimensioni: «l'apertura del mercato», di fatto, si interseca in un rapporto trilatero con l'utilità sociale e i fini sociali, clausole-leve della regolazione, volte a permettere l'intervento statale quando il valore-concorrenza appaia in contrasto con altri interessi costituzionalmente rilevanti¹⁷⁷.

Questa interpretazione, peraltro, lungi dallo stravolgere la concezione dei Costituenti, sembra in un'ideale continuità con quanto affermava Ruini in due occasioni diverse nella seduta antimeridiana del 13 maggio. In primo luogo, quando affermava, sull'indifferenza materiale del termine “piani” rispetto a “programmi”:

¹⁷³ In questo senso, si ridimensionano le paure recentemente sollevate in dottrina da ALGOSTINO, *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2009, 835 e si riespandono, viceversa, quelle potenzialità che, attraverso il paradigma funzionalista del mercato hanno consentito all'Unione una sempre maggiore integrazione per valori, su cui cfr. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella “Costituzione europea”*, in *Quad. cost.*, 1/2000, 15 ss. e ora in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 139 ss.

¹⁷⁴ Così DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammnimo.it, molto critico verso le recenti proposte di riforma dell'art. 41 Cost.

¹⁷⁵ ID., *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, cit., 1.

¹⁷⁶ GIANNINI, *Il diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 177.

¹⁷⁷ Cfr. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, cit., 1.

«Veniamo alla sostanza. La parola piano è per alcuni un feticcio, per altri uno spauracchio. [...] Piano non significa soltanto piano integrale, coattivo, alla russa, che sopprime l'iniziativa privata. Nella nostra Costituzione abbiamo messo che l'iniziativa economica privata è libera. Evidentemente un piano che sopprimesse l'iniziativa economica non è ammissibile [...]. Un metropolitano che diriga l'attività privata (l'esempio è nei libri recenti di neoliberisti come l'Hayek) non compie niente che non sia liberale, anzi assicura la libertà di circolazione. Un piano, naturalmente, può e deve essere di più della bacchetta di un metropolitano»¹⁷⁸.

E, poi, ancora più chiaramente, quando sosteneva, contrastando la proposta di Einaudi sui monopoli:

«Tutta una fase del pensiero scientifico, in economia, riteneva che bastasse la libertà e la concorrenza perché l'*optimum* si verificasse e non vi fossero monopoli. Si è constatato, invece, che questo non avviene; che la libera concorrenza fa sorgere deviazioni, approfittamenti, monopoli, ed allora la corrente liberale o neoliberista, di cui l'onorevole Einaudi è autorevole campione, vuole che per combattere il monopolio si restauri la libera concorrenza che sarebbe, non dirò artificiale, ma non spontanea e naturale. Occorrono interventi dello Stato per ristabilire e mantenere la libera economia di mercato: ed io ho avuto occasione, poco fa, di accennare che in alcuni casi si richiederebbero interventi, a fini di libertà, macchinosi come gli interventi che spaventano i liberisti»¹⁷⁹.

Riecheggia, in questi passi, la dimensione del mercato limitato in favore del commercio di cui già parlava Montesquieu¹⁸⁰, che deve conciliarsi, come emerge dallo stretto

¹⁷⁸ *Atti dell'Assemblea Costituente*, Roma, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1664.

¹⁷⁹ *Atti dell'Assemblea Costituente*, Roma, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1669.

¹⁸⁰ «L'Inghilterra proibisce l'esportazione delle sue lane; vuole che il carbone sia trasportato per mare nella capitale; non permette l'uscita dei cavalli se non castrati; le navi delle sue colonie che commerciano in Europa, devono gettare l'ancora in Inghilterra. Essa ostacola il commerciante, ma a tutto vantaggio del

collegamento richiamato in precedenza tra i lavori della I e della III Sottocommissione, anche con l'eredità del dibattito sull'*homme situé* nelle Costituzioni del pluralismo¹⁸¹, in una prospettiva in cui iniziativa economica, utilità sociale e mercato, nel delineare un *ordine economico vivente* che tenda alla «libera economia di mercato», non sono tra loro in contrapposizione, ma si integrano virtuosamente in un complesso e articolato, ma ricco, rapporto trilatero. In questo equilibrio può e deve trovare il suo spazio un ordine concorrenziale del mercato. Non dunque, nel quadro descritto, una «contrapposizione valoriale»¹⁸² quella tra libertà di iniziativa, concorrenza e utilità sociale, quanto, piuttosto, una necessaria osmosi tra valori in uno Stato democratico pluralista, nella consapevolezza che «una Costituzione, per quanto possa essere “liberista” non può (né deve) garantire il “mercato” come tale, altrimenti tutto diventerebbe suscettibile di valutazione economica e di disponibilità giuridica»¹⁸³.

commercio» così MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1968), vol. II, Milano, 2007, 657.

¹⁸¹ Cfr., su come questa concezione dell'uomo si ponga, come già era accaduto nell'esperienza weimariana, «al centro» del catalogo dei diritti della Costituzione italiana, nello sforzo di ricomporre «l'antitesi tra *Freiheit* e *Gleichheit*», RIDOLA, *La Costituzione, la politica e il conflitto in una pagina di storia della scienza giuridica italiana*, cit., 2909.

¹⁸² DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, cit., 9.

¹⁸³ PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, cit., 328.

