

Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*

di Giuseppe Di Gaspare

Sommario: 1. Introduzione – 2. La notoria assenza dell'economia di mercato nell'articolo 41 della Costituzione. – 3. Emendare l'articolo 41: una sentenza senza verdetto? – 4. Una contrapposizione metodologica: interpretazione simbolica vs interpretazione giuridico-strumentale. – 5 Il fuorviante antagonismo dell'iniziativa economica privata al lavoro ed all'utilità sociale. – 6. L'articolo 41: un modello testuale di economia di mercato. – 7. L'articolo 41: da imputato a parte lesa. – 8. La proposta di modifica dell'articolo 41 nel d.d.l. Cost. approvato in Consiglio dei Ministri. – 9. Paradigmi ricorsivi: illecito vs illegittimo. – 10. Segue: controlli *ex ante* vs *ex post*. – 11. Un diritto senza azione? La disapplicazione giudiziaria – 12. Contrastare l'incertezza.

1. Introduzione

C'è sostanziale accordo, tra chi vuole modificare l'articolo 41 della Costituzione e chi è contrario, sul fatto che l'articolo 41 non garantisce l'economia di mercato. Per i primi, si tratta di una colpa e perciò l'articolo va emendato; per i secondi, invece, è, se del caso, una felice colpa e perciò va lasciato in pace.

Secondo questi ultimi l'articolo 41 definisce un buon compromesso tra stato sociale ed economia di mercato, non ostacola le liberalizzazioni e va pertanto salvaguardato (da ultimo G. Zagrebelski, P. Rescigno). Anche il presente saggio è per la conservazione dell'attuale formulazione, ma per il diverso motivo che non è necessario cambiarlo perché, così come scritto, l'articolo 41 riconosce già pienamente l'iniziativa economica privata come diritto fondamentale e quindi non è necessario riscriverlo per affermare quello che vi è già stato scritto dal Costituente. Ne consegue che il cattivo stato di salute dell'economia di mercato in Italia non è imputabile all'articolo 41 ma piuttosto alla sua mancata applicazione.

L'articolo 41, dunque, da imputato a parte lesa.

Ed in effetti, il saggio propone una lettura secondo la quale l'articolo 41 definisce un modello "testuale" di economia di mercato. Il riconoscimento dell'iniziativa economica privata come diritto costituzionalmente garantito ad ogni cittadino è limitato solo dal rispetto della dignità e della sicurezza delle persone. L'effettività del diritto costituzionale implica necessariamente l'apertura del mercato a tutti i cittadini, la parità di accesso tra gli stessi e dunque la concorrenza e – conseguentemente – l'economia di mercato e pertanto la sua corrispondenza all'utilità sociale. Solo quando la concorrenza non è possibile, a causa dei fallimenti del mercato, è ravvisabile in concreto il «contrasto con l'utilità sociale». In quei casi sono perciò ammissibili le misure escludenti l'iniziativa privata di cui all'articolo 43 della Costituzione. Altrimenti la legge non può inibire il libero svolgimento dell'iniziativa né contrastarla, essa può solo indirizzare e coordinare l'attività

* Testo della Relazione Introduttiva del Seminario di Studi su *Modificazione o applicazione dell'articolo 41 della Costituzione*, promosso dal Centro di Ricerca sulle Amministrazioni Pubbliche "V. Bachelet", d'intesa con i Dottorati di Diritto Pubblico e di Diritto ed Economia, svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli di Roma, il 25 febbraio 2011.

economica verso fini sociali, ma senza eliminare il mercato. Questa interpretazione testuale dell'articolo 41 si ricava applicando semplicemente il normale metodo analitico sistematico che si usa per l'applicazione della legge (cfr. l'articolo 12 del c.c. sull'interpretazione della legge).

L'interpretazione testuale è però rimasta velata dalla notoria convinzione dell'assenza di un diritto soggettivo di iniziativa economica garantito dalla Costituzione. Si dà così per scontata l'assenza dell'economia di mercato nell'articolo 41 rendendosi superflua una sua rilettura. Si abolisce in questo modo di fatto l'interpretazione testuale. Anche le proposte di modifica dell'articolo 41 attualmente sul tappeto ne sono prive, sebbene, per ovvie ragioni di logica e di semantica, dovrebbero contenere un'analisi dell'attuale testo per confrontarla con gli effetti delle modifiche da introdurre.

In questo modo non si capisce neppure cosa viene emendato e perché e quali siano le differenze tra le nuove disposizioni e quelle precedenti.

Si passa, così, conseguentemente ad un problema di metodo, come si interpreta la Costituzione?

Al fondo, la lettura dottrina sedimentata nel tempo sembra basarsi su estrapolazioni parziali di enunciati costituzionali e loro sistematizzazione concettuale in valori. Questa metodologia ha comportato una specie di rimozione del testo sottostante. In questo modo la Costituzione diviene il terreno di incontro e scontro di valori decontestualizzati e rappresentati come simboli che si affrontano e si bilanciano attraverso la ponderazione reciproca in termini di compatibilità, proporzionalità, ragionevolezza. Per l'articolo 41 tra i valori in campo, l'«utilità sociale» finisce per sovrastare «l'iniziativa economica privata». In quanto astratta del testo, quest'ultima non sarebbe un diritto costituzionale di cittadinanza, ma la concettualizzazione di un interesse individualistico contrapposto a quello di tutti i consociati e, per questo motivo, inevitabilmente di minor rilievo costituzionale. Nell'Olimpo dei simboli costituzionali, l'iniziativa economica privata è un dio minore.

Il saggio *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto* di M. Neves fornisce una convincente spiegazione del fenomeno. La lettura simbolica su base concettuale allontana l'interprete dal testo costituzionale e trasporta il dibattito nell'empireo dei significati concettuali. Neves propone di ricorrere all'interpretazione mezzi/fini per contrastarne l'applicazione: ricercare il significato del testo degli articoli e conseguentemente il modello testuale desumibile logicamente dallo loro connessione in modo da verificarne la coerenza logica con gli obiettivi dichiarati. Con questo metodo si riconduce la Costituzione, quale legge fondamentale, alla tipologia delle leggi e ci consente di porre con chiarezza il quesito di fondo della sua applicazione.

La legge costituzionale si interpreta e si applica in modo diverso dalle altre leggi?

Se la risposta è negativa, anche per l'articolo 41 si apre una diversa problematica.

Ci si deve allora necessariamente interrogare sul motivo per cui le disposizioni dell'articolo 41, sebbene tutelino l'iniziativa economica come diritto costituzionale, non prevalgano sulle norme di legge ordinaria contrastanti. Più esattamente e "tecnicamente" per quale ragione queste ultime non vengano disapplicate. Nel saggio si ritiene la loro disapplicazione da parte del giudice ordinario ammissibile. Non vi è alcun divieto esplicito né nella Costituzione né nella legge istitutiva della Corte Costituzionale del 1948. Nessuna norma costituzionale impedisce, se non una silenziosa prassi difettiva, al giudice ordinario di accertare la lesione del diritto di iniziativa economica individuale in un giudizio a seguito di un'azione di riconoscimento del diritto, oppure di danno proposta da un qualsiasi cittadino che si ritenga leso.

Nella non giustiziabilità del diritto costituzionale si rinviene il punto critico del sistema e l'assenza dell'economia di mercato. Non è sufficiente che il diritto di iniziativa economica sia "consacrato" in Costituzione: finché esso rimane "concretamente" senza tutela giudiziaria non ci può essere economia di mercato.

La tutela della Corte Costituzionale è nel nostro ordinamento solo indiretta e molto mediata. Ed, in effetti, va ricordato che secondo la Corte di Giustizia dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, la Corte Costituzionale italiana non è un giudice in senso proprio cui i cittadini possano rivolgersi per la difesa dei loro diritti.

Nel nostro sistema giudiziario, dunque, il giudizio di legittimità costituzionale si presta ad essere necessariamente integrato con il rimedio della disapplicazione delle norme di legge contrastanti da parte del giudice ordinario. Del resto, è quello cui il giudice nazionale è tenuto nell'applicazione del diritto comunitario a fronte di norme statali contrastanti. La disapplicazione appare il rimedio principale e la soluzione praticabile per risolvere concretamente il problema dell'assenza di effettività dell'articolo 41 della Costituzione.

Il disegno di legge del Governo e le ultime proposte di modifica insistono nel cercare una risposta al problema dove esso non c'è. Al di là delle intenzioni di liberalizzazioni, il d.d.l. approvato in Consiglio dei Ministri il 9 febbraio 2011 è sbagliato e va nella direzione opposta. Se approvato, rischia di creare un problema là dove non c'era, cioè, nel testo. Affidare alla legge ordinaria la tutela della libertà economica significa eliminare la tutela costituzionale dell'iniziativa economica. La legge ordinaria non è la soluzione ma fa parte del problema. I diritti fondamentali infatti sono stati costituzionalizzati, negli stati di diritto, proprio per metterli al sicuro dagli ondeggiamenti delle maggioranze parlamentari, per impedire che possano modificarli o sopprimerli con legge ordinaria. Affermare perciò che «tutto quello che non è vietato dalla legge è permesso» rende il legislatore ordinario arbitro dell'attività economica privata ed amplia il tasso di incertezza delle imprese data la flessibilità delle leggi (in particolare, nel nostro ordinamento: legge finanziaria, mille proroghe, leggi omnibus varie, legislazione regionale). Cresce così l'incertezza del diritto ed aumentano anche i costi ed i tempi dell'attività economica.

Se le intenzioni sono quelle di innescare dei processi di liberalizzazione, allora il rimedio principale è la disapplicazione. Nel saggio si indicano nei paradigmi lecito/illecito ed ex ante/ex post i due schemi teorici giuridici da tenere presenti per ridurre l'asimmetria informativa e la discrezionalità dell'Amministrazione. Parametri idonei, se applicati coerentemente, ad abbattere l'incertezza del quadro giuridico in cui le imprese attualmente operano. Essi sono evocati confusamente nei due schemi di d.d.l. presentati dal Governo, ma devono invece essere attentamente vagliati nelle loro modalità di applicazione. Nell'ultimo paragrafo sono presentate specifiche misure di portata generale che, a legislazione costituzionale invariata, possono contribuire, insieme alla disapplicazione giudiziaria, ad innescare meccanismi autonomi di riduzione dell'inefficienza amministrativa e di apertura dei mercati alla concorrenza.

2. La notoria assenza dell'economia di mercato nell'articolo 41 della Costituzione

Le proposte di modifica dell'articolo 41 della Costituzione sono in genere scarsamente motivate, data la notoria inadeguatezza del testo, così come attualmente formulato, ad assicurare nel nostro ordinamento il pieno effettivo dispiegarsi dell'economia di mercato. In genere alle proposte non si associa un testo alternativo, anche se ultimamente sono stati presentati tre disegni di legge parlamentare (AC 3039; AC 3967; AS 2269) e una proposta di modifica del testo d'iniziativa del Governo è stata approvata nel Consiglio dei Ministri del 09 febbraio 2011 (cfr., infra, par. 8).

Un'altra conseguenza peculiare della cattiva fama dell'articolo 41 è che nelle proposte di relativa modifica è assente una analisi giuridica dell'articolato vigente. In genere, si riscontra il cattivo stato di salute della libertà di impresa nella nostra economia e se ne deduce che è il momento di girare pagina cambiando l'articolo 41.

Anche le ultime proposte di iniziativa parlamentare chiamano in causa dati ed andamenti economici incontrovertibilmente negativi a cui in qualche modo far risalire la necessità di un consistente emendamento dell'attuale versione dell'articolo 41.

Va detto che la richiesta di modifica è ricorrente nel tempo. È stata formulata spesso da economisti, (ad esempio Quadrio Curzio), e quindi si spiegherebbe così il motivo per cui non sono corredate dalla formulazione di un testo alternativo. Mi sembra di ricordare solo tra i giuristi un testo del Professor Bognetti – ormai piuttosto risalente –, che allora mi aveva colpito per non essere molto diverso dalla versione originaria. Cambiavano le parole ma direi il senso – nella sostanza – era lo stesso.

Sembrerebbe quasi che, all'articolo 41, pur messo sul banco come imputato principale dell'assenza di mercato nel nostro ordinamento, non siano state opposte precise contestazioni di addebiti.

In genere, questo difetto di motivazione dei capi di accusa può essere ricondotto al modo prevalente di porre i problemi di interpretazione della Costituzione come un dibattito sui concetti.

Se esaminiamo come viene prospettato il collegamento tra assenza di mercato e articolo 41 si può rilevare che la tendenza più diffusa è quella di estrapolare singoli enunciati del testo e poi da essi si arriva a rapide e spesso non ben argomentate induzioni.

In genere gli enunciati estrapolati vengono esaminati nella loro connessione concettuale. E questi enunciati finiscono per essere posti a confronto tra loro e con altre enunciazioni che si ricavano dalla costituzione come ad esempio «il diritto al lavoro» sempre però intesi come enunciati concettuali. Questi concetti contrapposti nella comparazione assumono la caratura di valori e si tratta di pensarne (e ponderarne) il relativo peso specifico.

Con questo modo di procedere, l'articolo 41 finisce così per presentarsi come il terreno di scontro tra valori potenzialmente contrapposti. Nel testo dell'articolo 41 l'iniziativa economica libera avrebbe in particolare nell'utilità sociale il suo principale antagonista.

In questo senso la previsione che «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale» appare un limite intrinseco, incombente e naturalmente ostativo al libero dispiegarsi dell'iniziativa economica. Nella stessa prospettiva del limite estrinseco viene normalmente presentato anche il riferimento ai «fini sociali» presentati come del tutto *esterni* all'impresa.

Ho appena usato il termine "impresa" invece che «iniziativa economica privata» o «attività economica», credo, senza che qualcuno abbia fatto caso all'intervenuta sostituzione terminologica e concettuale.

Anche questo è un effetto della concettualizzazione.

Per chi si occupa dell'articolo 41 in genere i due termini sono sinonimi. L'iniziativa economica e l'impresa privata sono sostanzialmente la stessa cosa. Proprio per questa traslitterazione concettuale si usa spesso il termine impresa. In modo quasi automatico nei discorsi e nelle menti dialoganti l'iniziativa economica privata viene commutata in impresa, un qualcosa di immediatamente più concreto e alla quale si aggiunge sempre, per automatico sillogismo ed ulteriore semplice sforzo di concretezza, il predicato di capitalista.

È un uso ormai avvalorato dal tempo: da iniziativa economica privata a impresa ed imprenditore capitalista il passo è breve, anzi è inevitabile.

Quando poi ci volgiamo alla «attività economica» in cui si traduce l'iniziativa economica dell'impresa capitalistica l'imposizione di finalità sociali ad opera della legge appare ai più un passaggio obbligato.

Nella sostanza questa superfetazione concettuale al testo dell'articolo 41 di enunciati disconnessi dall'articolo 41 per poi essere sviscerati nel loro autonomo significato si pone a fondamento di letture necessariamente riduttive della sfera di libertà economica privata.

Nella interpretazione dominante dalla ponderazione degli enunciati valoriali del secondo e terzo comma con il primo conseguirebbe che l'articolo 41 nell'attuale testo potrebbe legittimare dunque una riduzione anche in termini minimali dello svolgimento dell'attività economica privata e di conseguenza che la possibilità di escludere il libero mercato in settori sensibili ed importanti ove potrebbe prevalere l'utilità sociale. La riduzione dell'ambito di esplicazione dell'iniziativa economica ogni qual volta ci si imbatta in qualcosa di socialmente rilevante sarebbe dunque la cifra dominante e la causa della debolezza costitutiva e costituzionale (verrebbe da dire nel duplice senso del termine) dell'iniziativa economica privata nel nostro ordinamento.

Ci sono ovviamente varianti sul tema che non fanno altro che articolarlo e arricchirlo. Ma l'approccio cui ho accennato è prevalente tra i costituzionalisti e tra i giuristi in genere, ed è abbastanza diffuso tra storici ed economisti. Ai loro occhi, anzi, questa lettura non farebbe altro che confermare una realtà fattuale di una economia di mercato che latita nel nostro Paese.

In questo modo induttivamente si avrebbe anche la prova provata della sua assenza e si sarebbe trovato così anche il colpevole.

Tutti innocenti verrebbe da dire, salvo l'articolo 41 della Costituzione.

Ci sono vari riscontri di fatto.

Il circolo si chiude facilmente. Tutti gli indici che ci posizionano in coda alle classifiche mondiali sulla libertà economica e sulla apertura dei mercati e più in generale sul corretto funzionamento del rapporto tra istituzioni ed economia avrebbero così nell'articolo 41 la *causa causati*.

Non c'è economia di mercato perché appunto la nostra Costituzione non la prevede. La Costituzione non la prevede perché l'articolo 41 è mal formulato e quindi se ne ricavano disposizioni ambigue. In assenza del presidio della forza di legge della Costituzione l'iniziativa economica libera è latitante.

Tutti d'accordo, dunque, per introdurre l'economia di mercato bisogna modificare l'articolo 41, rimuovere l'intoppo che ne blocca forzatamente il libero esplicarsi.

La relazione causa ed effetto è così ben definita e la ricetta è semplice, come mai non averci pensato prima?

3. Emendare l'articolo 41: una sentenza senza verdetto?

Sia consentito qualche dubbio.

Le cose stanno effettivamente così? È proprio la nostra Carta costituzione che impedisce ed ostacola l'economia di mercato, oppure l'assenza in concreto di un generale riconoscimento della libertà economica – è questo il senso dell'economia di mercato – è da imputarsi piuttosto ad altri fattori, ad altre cause che con la previsione costituzionale – ed, in particolare, con l'articolo 41 – hanno poco a che vedere ?

E se, invece, l'articolo 41 non avesse una funzione limitativa e ostativa della libertà economica ma all'opposto la affermasse? Facesse, cioè, tutto sommato e sommessamente bene il proprio mestiere? Se così fosse, se la previsione costituzionale affermasse l'economia di mercato ci troveremmo di fronte ad un paradosso, in quel caso ci dovremmo interrogare sulle cause, della sua mancata attuazione. La posizione processuale sarebbe ribaltata e si dovrebbe allora istruire un diverso processo nel quale l'articolo 41 non sarebbe imputato ma parte lesa (cfr., infra, para 7).

Non possiamo perciò limitarci a constatare la "notoria" cattiva reputazione di cui gode l'articolo 41; la risposta deve essere ricercata proprio nell'esame del testo costituzionale.

Bisogna, altrimenti detto, istruire correttamente il processo all'articolo 41.

Andando più a fondo nella rubricazione dei capi di imputazione.

Se, in effetti, è l'articolo 41 l'ostacolo all'economia di mercato bisogna individuare in esso ed essenzialmente in esso le disposizioni che abbiano questa forza giuridica inibente.

A questo punto si incontra il limite della lettura costituzionale per concetti.

Sul piano della contrapposizione tra valori l'esame è di fatto sviato dalla diatriba concettuale e valoriale che si innesca avvalorata poi da riscontri teorici e da altri contributi scientifici, filosofici e sociologici. Le dispute tra economisti di diverse scuole, gli inserimenti nella disputa di diversi approcci delle diverse correnti di pensiero storico, economico, sociologico fanno rapidamente involare il confronto dal testo normativo. Si spicca il volo ed il testo dell'articolo 41 rimane giù in basso lontano dall'empireo delle dispute tra esperti. Dal confronto concettuale sul testo al confronto tra concetti e tra teorie e scuole di pensiero il discorso si sposta su altri piani prendendo via via connotati diversi.

Al termine del quale a seconda di come si risolve la disputa si arriva alla decisione sulla emendabilità. Per chi sostiene l'*economia sociale di mercato* in genere il testo va bene così come è scritto per chi invece è favorevole all'*economia di mercato* senza aggettivi il testo va riformulato. Insomma, si è in genere d'accordo che l'attuale formula non garantisce l'economia di mercato ma a seconda dell'opzione di fondo si arriva alla conclusione che l'articolo 41 va modificato oppure lasciato in pace.

Le conclusioni sono in qualche modo implicite nelle premesse. Se si è per l'economia di mercato l'articolo 41 va modificato se, invece, si è per l'economia sociale di mercato, per lo stato sociale o altre formule compromissorie, l'articolo 41 nella sostanza va bene così.

In definitiva, da qualunque approccio si parta si torna sempre allo stesso notorio e condiviso punto di partenza: nell'articolo 41 non c'è l'economia di mercato.

Cambia solo l'apprezzamento del fatto e le conseguenze da trarne: per chi vuole l'economia di mercato va modificato per chi, invece, vuole possibile anche l'economia di mercato temperata dalla rilevanza del sociale va bene così.

In definitiva, la divergenza è sulla valutazione del fatto, ma non sulla sua rilevazione essendo incontrovertibile che la nostra Costituzione non sancisce l'economia di mercato.

L'assenza dell'economia di mercato anche se una felice colpa, sempre di colpa si tratta.

Su questo modo di ragionare c'è nella sostanza una unanimità di fondo che fa da velo per i giuristi ad un problema metodologico.

Dobbiamo insistere sul punto soprattutto se si vuole mettere le mani nel testo.

Qualsiasi riscrittura dell'articolo 41 presuppone logicamente una sua previa interpretazione nel testo attuale anche per evitare il rischio che modificandolo si incorra inavvertitamente nella riproposizione degli stessi difetti.

In altri termini, modificare, significa emendare, correggere, ma correggere cosa e perché?

Una previa lettura al cambiamento dell'articolo appare logicamente ineludibile.

Bisogna perciò evitare un processo sommario che, sulla base della sua cattiva fama, porti ad anteporre la condanna all'esternazione del giudizio, come nel *Paese delle Meraviglie*, quando la Regina di Cuori vuol far tagliare la testa di Alice e pretende «la sentenza prima del verdetto».

Così, con l'articolo 41 della Costituzione se si vuole emendarlo non ci si può limitare alla constatazione della generica e notoria cattiva fama, né saltare a piè pari la sua lettura critica per proporre eventualmente un testo alternativo.

La ricerca della colpevolezza si riverbera allora su un problema essenzialmente metodologico.

Se adottiamo l'approccio prevalente nella chiave di lettura oppositiva e conciliativa dei valori, il significato dell'articolo 41 dovrebbe essere decifrato nel bilanciamento tra l'iniziativa economica privata, l'utilità sociale, la libertà e sicurezza, i fini sociali. Più i valori sono indeterminabili, più il

compito di bilanciamento ed i parametri di costituzionalità appaiono incerti ed il giudizio si fa complesso. Più le maglie interpretative si aprono.

Questo ci conduce ad un altro aspetto dell'inadeguatezza dell'articolo 41 come garanzia dell'economia di mercato. L'inadeguatezza sembra a doppia fase può essere declinata cioè in chiave positiva anche ai fini dell'economia di mercato. L'articolo 41 non garantisce ma neppure esclude l'economia di mercato, in quanto non pone limiti ai processi di liberalizzazione.

L'articolo 41 una specie di porta girevole che apre a 360 gradi su qualsiasi soluzione legislativa?

L'articolo 41 allora se pone raramente limiti al legislatore quando questi si rifà al parametro dell'utilità sociale e dei fini sociali per limitare l'iniziativa economica privata, al contempo non sembra anteporre gli opposti limiti di utilità sociale alle liberalizzazioni e alle privatizzazioni, quando il legislatore, al contrario, intenda premere l'acceleratore sulla libertà economica.

L'articolo 41, *bonne a tout faire*?

La giurisprudenza della Corte Costituzionale è in realtà piuttosto circoscritta.

Chi l'ha anche ultimamente analizzata, il Professor Ceccanti nella sua interrogazione al Governo (AS 3-01900), ha potuto far constare – con ragione – che l'articolo 41 non è stato un ostacolo alle riforme.

Di per se questa constatazione sembrerebbe dirimente sul punto. Se l'articolo 41 non è un ostacolo perché cambiarlo?

Ma rimane il fatto che, per chi vuole affermare l'economia di mercato la norma costituzionale dovrebbe fare qualcosa in più, dovrebbe imporre la libertà di iniziativa economica come diritto e farla rispettare ad un legislatore spesso recalcitrante: non basta che l'art 41 non sia un ostacolo alle liberalizzazioni. L'ambito di intervento della Corte Costituzionale è stato in realtà piuttosto circoscritto.

4. Una contrapposizione metodologica: interpretazione simbolica vs interpretazione giuridico-strumentale

Vorrei richiamare l'attenzione su di un paradosso. Credo che tutti i giuristi siano positivisti e, anche se non lo sanno, siano adepti praticamente della teoria pura del diritto di Kelsen. Credo cioè che siano tutti d'accordo sul punto che l'interpretazione giuridica consista in un'interpretazione logica (analitica e sistematica) del testo e solo del testo normativo "puro".

Eppure per il testo costituzionale a vedere bene questo stringato e codificato metodo è quasi caduto in desuetudine.

Insomma, di fronte alla Costituzione non si usano i ferri del mestiere e ci si rimette all'autorità, dottrina e alla giurisprudenza della Corte Costituzionale così come stratificatasi nel tempo.

In questo modo, dietro la risalente stratificazione giurisprudenziale e dottrina il testo degli articoli costituzionali tende a scomparire.

Questa impressione in forma più estesa ho già avuto modo di esplicitarla nello scritto su *Il lavoro quale fondamento della Repubblica* (in *Diritto Pubblico*, 3/2008, pp. 863 e ss; un prima versione già in *Amministrazione In Cammino*, 2008). Ora trovo una autorevole conferma ed un utile integrazione esplicativa ad opera di Marcelo Neves, un costituzionalista brasiliano della Pontificia Università di San Paolo, che ha pubblicato il saggio *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto* (Pensa ed., Lecce, 1996).

Questa chiave di lettura mi sembra particolarmente utile per capire il fenomeno della rimozione del metodo dell'interpretazione testuale della Costituzione e la vorrei esplicitamente segnalare.

La conseguenza della rimozione del metodo di interpretazione testuale e la sua sostituzione con una lettura simbolica dei significati da esso desumibili potrebbe essere, secondo Neves, l'occultamento delle disposizioni costituzionali. Dietro l'omaggio riverente al simbolo e alla sacralità del testo si nasconderebbe la disapplicazione di larghe parti del dettato costituzionale.

Neves invita a soffermarsi sul *disaccordo* tra la *costituzione simbolica* ed i *modelli testuali della costituzione*. Invita cioè a confrontarsi sull'interpretazione del testo per misurare lo scarto applicativo tra i modelli che si possono ricavare dal suo esame e la simbolizzazione dei valori che ne vengono desunti.

Neves riferisce questo schema di analisi a quelle che chiama le «costituzioni periferiche» (in America latina soprattutto).

In sintesi, nel saggio piuttosto breve ma denso, utilizza la contrapposizione con i modelli testuali come chiave esplicativa della discordanza tra l'enfasi posta nei testi costituzionali sui diritti dei cittadini e la democrazia e l'effettivo spazio giuridico in cui le libertà e i diritti politici dei singoli possono esplicarsi in quegli ordinamenti. La costituzione simbolica prevarrebbe sulla funzione giuridico-strumentale della costituzione come il suo significato latente rispetto al suo significato espresso. La contemplazione dei valori sottesi – Neves parla più esattamente di simboli – finirebbe così per fare da velo alla analisi logico strumentale, quella che cioè si interroga sul rapporto tra mezzi/fini del testo costituzionale. Una delle conclusioni che ne trae è che dalla simbolizzazione potrebbe scaturire la *concretizzazione decostituzionalizzante*, di fatto, dunque, una persistente inattuazione del dettato costituzionale. Questa prassi decostituzionalizzante secondo Neves non sarebbe altro che un modo per assicurare la *persistenza delle strutture reali di potere*.

Ovviamente pensa al Brasile ed ad altre esperienze analoghe, il testo è risalente – la traduzione è del 1996 – e la discrepanza forse oggi è attenuata.

Vorrei comunque rimanere lontano dalle indubbe suggestioni della decostituzionalizzazione trasformista e gattopardesca che il saggio di Neves sembra evocare sullo sfondo e concentrarmi invece sull'aspetto focale – ai nostri fini – della analisi giuridico strumentale mezzi/fini.

Nel nostro caso, il richiamo alla dominanza di un dibattito sui concetti – sui *simboli* nella terminologia di Neves – piuttosto che sulle disposizioni normative desumibili dal testo mi sembra colga nel segno dei rilievi finora svolti.

È il punto centrale e il dato più sensibile per noi del suo ragionamento. Possiamo prenderlo perciò come un invito ad addentrarci in una lettura giuridico-strumentale del testo costituzionale.

Il primo passo da fare – e va fatto consapevolmente – è pertanto quello di allontanarsi dal simbolismo concettuale che deriva dalla consolidata lettura valoriale in modo da esplicitare, nell'analisi normativa, il senso delle norme dell'articolo 41.

Vorrei cercare di indicare alcuni inciampi del percorso da intraprendere.

Il dibattito stratificato sui valori e sulla loro ponderazione – l'utilità sociale nel suo contrapporsi all'iniziativa economica – nel caso in specie – ha fuorviato *ab origine* qualsiasi interpretazione giuridico-strumentale del testo. Come questo avvenga risulta per contrasto dall'interpretazione testuale. Bisogna perciò prescindere subito da questa dicotomia, apparentemente esplicativa, per non anteporre alla lettura del testo una concezione – già preconstituita – di «utilità sociale» e una identificazione concettuale tra «iniziativa economica» ed impresa.

Un atteggiamento laico, che altrove ho definito luterano, cerca immediatamente nella lettura e nella interpretazione testuale, il significato delle norme.

Se la Costituzione è un legge credo dovremmo *interpretarla per applicarla*.

Il richiamo all'articolo 12, *l'interpretazione della legge*, del capo II del nostro Codice Civile sull'applicazione delle leggi in generale fa al caso nostro ed esplicita il metodo di interpretazione:

«nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore».

Non trovo obiezioni al riguardo per applicare questo metodo anche alla Costituzione.

Mi pare del resto condivisa in sede di teoria generale l'affermazione che le norme costituzionali si distinguono dalle altre norme esclusivamente in ragione della loro supremazia gerarchica nel sistema delle fonti e della forza e resistenza al cambiamento del testo.

Nella loro struttura sono perciò norme giuridiche come le altre e conseguentemente vanno interpretate secondo gli ordinari canoni di interpretazione giuridica, appunto l'articolo 12 del Codice Civile.

5. Il fuorviante antagonismo dell'iniziativa economica privata al lavoro ed all'utilità sociale

Prima di passare all'analisi dell'articolo 41 dobbiamo rimuovere consapevolmente le contrapposizioni valoriali che ne condizionano a priori l'interpretazione come quella che facendo leva sul fondamento lavoristico della Repubblica, subordina l'iniziativa economica privata al lavoro, inteso come lavoro dipendente, e, in questo modo, contrapponendolo, per converso, identifica l'iniziativa economica privata con il datore di lavoro, *alias* l'imprenditore capitalista.

Intrappolata l'iniziativa economica privata in quella contrapposizione (iniziativa economica=impresa=capitalista), la libertà dell'articolo 41 si riduce essenzialmente allo svolgimento di un'attività per la ricerca del profitto. Un valore ed un interesse privato ed individualista – non vorrei dire egoista – ma necessariamente cedevole all'interno di un rapporto nel quale la controparte debole – il lavoratore – ha costituzionalmente maggiore peso valoriale ex articolo 1 e merita, pertanto, maggiore tutela sociale.

Tutto vero o verosimile ma assolutamente fuori campo per l'articolo 41. Nella sostanza questo confronto dualistico ed ideologizzato impedisce di cogliere la portata sistemica dell'affermazione della libertà di iniziativa economica, preclude cioè la comprensione del modello testuale.

Ho cercato, nel richiamato studio sul lavoro quale principio costitutivo della Repubblica (cfr., *Il lavoro quale fondamento della Repubblica, op. cit.*) di mettere in chiaro l'approccio fuorviante che deriva da questa contrapposizione evidenziandone i manifesti, in quanto peraltro spesso apertamente dichiarati, presupposti ideologici. Rimossi i filtri ideologici che riducono e riconducono, nella interpretazione costituzionale, il lavoro al lavoro dipendente, la lettura che si propone conduce a riconoscere al lavoro un significato più ampio, tale da suffragarne il carattere fondativo di cui all'articolo 1 della Costituzione, senza con questo nulla togliere nella nostra Costituzione alla tutela del lavoro dipendente in tutte le sue forme, anche quelle precarie, e fuori dall'archetipo del lavoro dipendente a tempo indeterminato. Non vorrei allargare il discorso a questo punto, oggi particolarmente sensibile.

Mi limito perciò solo ad un richiamo solo per ribadire che quando si arriva alla lettura dell'articolo 41, partendo da quella deformante contrapposta prospettazione i giochi ponderali dei valori sono già fatti. Le conclusioni sono già presupposte ed implicate nell'approccio generale per cui il lavoro ed il lavoro dipendente coincidono e, quindi, l'iniziativa economica, attratta nella sfera di manifestazione del potere dell'imprenditore/capitalista, deve essere inevitabilmente contenuta e ricondotta entro un margine di compatibilità con il riconoscimento del «diritto al lavoro», che spetta alla Repubblica promuovere.

In questa ottica, la «utilità sociale» ed i «fini sociali» che appunto lo stesso articolo 41 richiama espressamente esorbitano da quel testo quali clausole generali derogatorie che si impongono – e sovrastano – l'iniziativa economica.

6. L'articolo 41: un modello testuale normativo di economia di mercato

Credo che, a questo punto, possiamo passare all'interpretazione giuridico strumentale del testo.

E porci la domanda sul modello normativo. È desumibile dal testo un modello di economia di mercato ed il testo, così come formulato, risponde alle finalità per cui apparentemente è stato scritto cioè affermare l'iniziativa economica privata libera.

In altri termini, l'articolo 41 è idoneo, nella sua struttura logico funzionale, a garantire la libertà di iniziativa economica privata di cui al primo comma?

Mi sembrano questi i quesiti cui cercare di rispondere.

Ora, anche qui, prima di procedere, bisogna liberarsi – almeno io sento di doverlo fare come allievo – da una stranezza metodologica, per quanto autorevolmente affermata da Massimo Severo Giannini.

La cito perché la ritengo sintomatica di un disagio autorevole rispetto all'articolo 41 della Costituzione della migliore dottrina.

Vado a memoria.

Secondo Giannini i tre commi dell'articolo 41 contengono proposizioni giuridiche equiordinate, per cui il comma primo «*l'iniziativa economica è libera*» non costituisce la regola generale, ma solo un enunciato equiparato agli altri due commi. Dunque, il secondo e terzo comma non sarebbero logicamente subordinati o conseguenti, ma enunciati equivalenti, anch'essi di rango generale.

Se proviamo a rompere i nessi di consequenzialità tra i commi, però, non capiamo più niente.

Richiamo questa posizione perché oggi mi sembra sintomatica dell'affiorare di un certo intelligente imbarazzo.

Solo la sconessione del testo e la scomparsa della regola generale e prioritaria della libertà di cui al primo comma, infatti, apre la strada "tecnicamente" alla lettura valoriale che abbiamo sinteticamente richiamato. Ponendo il secondo ed il terzo comma sul piano del primo, come equivalenti affermazioni generali per cui la comparazione tra iniziativa economica e utilità sociale trasmigra, per effetto della sconessione, liberata dalla logica stringente del testo, al piano della contrapposizione concettuale e simbolica (per dirla con Neves).

Ma, se rimaniamo nel sistema interpretativo generalmente accettato, la consequenzialità di senso nella connessione delle proposizioni non può essere rimossa. Ci si deve chiedere allora se – ed in che modo – l'affermazione di cui al primo comma di libertà si trovi con il secondo e terzo comma dello stesso articolo 41, una relazione strumentale di mezzi e fini. Al di là della puntualizzazione del Neves, direi, anche che, peraltro verso, questo è il metodo tradizionale comunemente accettato nell'interpretazione giuridica delle leggi anche da noi.

Solo in questo modo è possibile rispondere alla domanda se esiste nella Costituzione un modello testuale di economia di mercato.

Seguiamo perciò l'approccio metodologico tradizionale per cui il significato di un testo normativo risulta dal senso – come ricordato – «*fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore*».

Sgombrato il terreno metodologico, nella sua sequenzialità logica, l'articolo 41 non sembra particolarmente complicato.

Anzi, come dovrebbe essere un testo costituzionale che si rivolge a qualsiasi cittadino, è scritto in modo chiaro e con parole semplici.

Trascriviamo perciò integralmente il testo nei tre commi per poterci tornare agevolmente nel corso della lettura.

«L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.»

Passiamo ora ad esaminarli nell'ordine. Il primo comma pone – come sempre del resto – la regola generale, senza la quale l'articolo perde di senso logico e le proposizioni risulterebbero sconnesse. Essa è dunque la proposizione principale.

Il primo comma recita *«L'iniziativa economica privata è libera»*.

L'affermazione ha evidentemente una portata generale in quanto riconosce a tutti i cittadini tale diritto.

Ogni cittadino pertanto può intraprendere qualsiasi iniziativa economica senza possibilità di subire discriminazioni o limitazioni che non derivino dalla norma stessa della Costituzione. Se l'affermazione del diritto è contenuta nella Costituzione il suo limite deve trovare nella stessa il suo fondamento.

L'ovvio sotteso collegamento tra la libertà economica e la cittadinanza ci permette inoltre di affermare il carattere universale e generale di tale diritto.

Ne consegue pertanto una posizione giuridica di uguaglianza, uno status dei cittadini, protetto nell'esercizio di tale libertà di fronte alla legge.

L'iniziativa economica privata è, dunque, il modo più immediato, direi alla portata di tutti, attraverso il quale i cittadini possono rendersi autonomamente attivi, esercitando senza intermediazioni di sorta o senza passive aspettative del posto di lavoro, il loro diritto/dovere costituzionale al lavoro su cui la Repubblica si fonda. È necessario pertanto prestare adeguata attenzione alla rilevanza costituzionale della libertà individuale di iniziativa economica privata come forma primordiale e aspecifica del diritto al lavoro ed alle implicazioni derivanti per la sua effettiva tutela.

Affinché chiunque possa accedere al mercato per svolgervi liberamente un'attività lavorativa autonoma (professionale, commerciale, d'impresa) è necessario che tale libertà abbia generale riconoscimento e che qualsiasi mercato sia effettivamente accessibile – su un piano di parità giuridica – a tutti e sia dunque aperto alla concorrenza. Di modo che, per effetto dello stesso diritto, tutti possano esercitarvi (nel mercato) un'attività economica, svolgendo una attività lavorativa liberamente scelta, scambiando e acquisendo diritti di proprietà su beni e servizi e avendo, al contempo, la garanzia del rispetto e della conservazione del guadagno realizzato.

Appaiono così due relazioni essenziali.

Non vi può essere iniziativa economica senza diritto costituzionalmente garantito di proprietà.

Non vi può essere la libertà di iniziativa economica senza l'apertura del mercato.

Essi sono due elementi coesenziali. L'una implica fenomenologicamente l'altro.

Non ci può essere iniziativa economica senza un mercato in cui essa possa svolgersi, così come – verrebbe da dire – non si può nuotare senza acqua.

Il secondo comma recita che l'iniziativa economica privata *«[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»*.

L'iniziativa economica individuale privata e libera non ha – e non deve avere – nel suo svolgimento altri limiti di quelli ad essa direttamente riferiti dal 2° comma dell'articolo 41 *«in modo da non recare danno alla libertà alla sicurezza e alla dignità umana»*. Solo il rispetto degli altri diritti fondamentali limita pertanto la libertà di iniziativa economica. Essa non può fare da ostacolo alle

libertà altrui, anche della stessa libertà di iniziativa economica degli altri cittadini, e non può ledere la sicurezza e la dignità umana.

Il costituente sul punto è chiaro; specifica cioè che *nel suo svolgersi non può arrecare danno*. Il danno è un qualcosa di tangibile – anche quello immateriale – qualcosa di concreto di cui tutti possono avere consapevolezza e quindi è prevedibile. È la consapevolezza che si basa sulla prevedibilità degli effetti del proprio comportamento che fonda a sua volta la colpevolezza. Chi arreca danno era normalmente in grado di prevedere l'eventuale danno ed è pertanto chiamato a risponderne. Il danno per fatto illecito è dunque legato alla rimozione dell'asimmetria informativa. Ma anche questo nesso, forse proprio perché troppo evidente, non sembra essere effettivamente adeguatamente preso in considerazione. In genere non è toccato, sembra scontato e lo è, ma ha implicazioni sistemiche da approfondire e su cui torneremo.

Per il momento, ai fini dell'analisi testuale è sufficiente avere accertato che il limite dell'iniziativa economica come diritto fondamentale è dato dal rispetto dei diritti fondamentali della persona umana. Non solo degli altri cittadini ma anche dei singoli individui che cittadini non sono. E questo limite va sempre rispettato, dall'inizio alla fine dello svolgimento dell'iniziativa economica. Essa trova nel potenziale danno un limite di carattere permanente.

Bisogna però approfondirne le implicazioni.

La prima parte del 2° comma, a parte il suo approfondimento, è il punto meno controverso. Sembra ovvio e lo è che la libertà individuale sia limitata dal rispetto degli altrui diritti fondamentali e che il rispetto implica necessariamente il divieto di arrecare danno.

Che dire, invece, del «*contrasto con l'utilità sociale*»?

Non è certo un diritto fondamentale individuale, anzi fa riferimento inequivocabilmente all'interesse della società e della collettività.

Siamo – evidentemente – su un'altra lunghezza d'onda e verrebbe spontaneo pensare che ove contrasti l'interesse di uno con quello degli altri, intesi come società, sia l'interesse generale che deve prevalere, tanto più che l'interesse individuale può, nella contrapposizione, essere ricondotto alla ricerca individuale del proprio tornaconto.

Esatto, ma non pertinente. Siamo infatti scivolati fuori dall'articolo e passati ad una contrapposizione concettuale. Dobbiamo perciò soffermarci sul contrasto con l'utilità sociale. È il punto più spinoso inteso, come già accennato, come clausola generale limitativa.

Sull'utilità sociale, proprio in questa logica di scavo concettuale, si è scritto molto e non è certo possibile darne conto in questa sede.

Se rimaniamo però ancorati al testo della Costituzione, come dobbiamo fare, ci troviamo subito di fronte all'interrogativo di come la libertà di iniziativa economica privata, quale diritto fondamentale, che trova negli altri diritti fondamentali della persona il proprio limite, possa venire a trovarsi – concretamente – «*in contrasto con la utilità sociale*» in modo da essere quindi effettivamente recessiva?

Bisogna soffermarsi attentamente su questo aspetto.

Evidentemente, per la Costituzione, ci sono *dei modi di essere* dell'iniziativa economica non conformi all'utilità sociale.

Questi modi devono però risultare dall'eggesi del testo costituzionale in modo palese, altrimenti sarebbe giocoforza il rinvio al legislatore ordinario per definirli (come, in effetti, è stato auspicato e fatto) facendo venire meno il carattere di diritto fondamentale dell'iniziativa economica privata che risulta, invece, dalla sua affermazione di principio nel primo comma e dalla limitazione esclusiva ad opera degli altri diritti fondamentali cui appunto non deve arrecare danno.

Dobbiamo pertanto a questo punto fare un passo indietro e chiederci se ci sia una qualche ragione specifica per la quale la libertà di iniziativa economica si riconnetta all'interesse di tutta la società e

dunque anche evidentemente all'utilità sociale. Essa è accettata e riconosciuta solo ed in quanto generica manifestazione di libertà, oppure questa forma di autonomia individuale ha in sé una qualche specifica valenza che le ha fatto acquistare, agli occhi del Costituente, lo status di diritto fondamentale?

La risposta positiva, a mio avviso, deriva dal collegamento tra libertà economica ed economia di mercato e dalla comprensione del necessario svolgimento della libertà economica dinamicamente nel mercato, dalla loro coesistenzialità.

L'universalità e la generalità del riconoscimento della libertà economica, quale diritto individuale dei cittadini, implica immediatamente la concorrenza. Ogni cittadino ha tale diritto e può pertanto accedere al mercato.

In questo modo l'accesso universale al mercato genera la concorrenza, a sua volta la competizione genera efficienza (allocativa e produttiva) ed innovazione diffusa. Efficienza ed innovazione derivano dunque dalla concorrenza.

Se non c'è concorrenza, allora non c'è neppure un sistema economico efficiente. In questo ordine esplicativo si dipanano l'universalità del diritto, la concorrenza, l'efficienza del sistema economico e, dunque, si manifesta il naturale generale effetto socialmente utile dell'iniziativa economica privata quale elemento fondativo e coesenziale dell'economia di mercato.

Questi sillogismi sono dunque impliciti ma inequivocabilmente conseguenti al riconoscimento della libertà di iniziativa economica.

In questo senso – ed è questo il punto – la libertà economica ha una connaturata «*utilità sociale*» che è insita nel suo svolgersi in concorrenza.

Ne consegue, per altro verso, che in assenza di competizione quando non si svolge nel mercato essa possa svolgersi in contrasto l'utilità sociale. Quando non c'è concorrenza il predicato della utilità sociale può dunque venire meno e ribaltarsi nel suo opposto.

Ora, se la libertà di iniziativa economica è negata come diritto universale accessibile a tutti i cittadini, in quanto concretamente di fatto esercitata o concessa invece come privilegio riservato ad alcuni o a pochi individui, non si genera un mercato efficiente e non si realizza pertanto alcuna utilità sociale.

Siamo in presenza, in questa ipotesi, dei classici *fallimenti del mercato*, cioè di inefficienze economiche di cui fa le spese la collettività per impossibilità di funzionamento (concorrenziale) del mercato. Allora tutto si spiega. Il secondo comma acquista connotati definiti di senso. In questi casi c'è «*contrasto con l'utilità sociale*». Ma solo in questi casi.

Allorquando i fallimenti del mercato si presentano in forma di attività economiche che non sono esercitate, oppure non sono esercitabili in regime di concorrenza, c'è il contrasto con l'utilità sociale. Interviene, nella nostra Costituzione, il correttivo dell'articolo 43 che delimita le misure, costituzionalmente ammissibili e solo quelle, da parte del legislatore ordinario, per fare fronte ai fallimenti del mercato (monopoli o oligopoli di fatto o naturali) ivi esplicitamente indicati e circoscritti. Ed, in effetti, sciogliendo il ragionamento implicito nel testo costituzionale, l'iniziativa privata è libera in quanto si suppone che tale libertà sia socialmente utile e che il libero mercato sia il sistema migliore di allocazione delle risorse economiche.

Ma se così non fosse, se invece di essere utile socialmente l'iniziativa economica si trovasse in contrasto con l'utilità sociale, essa logicamente potrebbe essere vietata.

Si tratta, però, di una ipotesi estrema.

È necessario un vero e proprio «*contrasto*» dell'utilità individuale «*con l'utilità sociale*», per cui la prima è doverosamente recessiva e deve cedere il campo.

Si deve perciò verificare una concreta fattispecie in cui l'iniziativa economica, per il suo stesso svolgersi, invece di essere utile, anche socialmente, come è di norma, possa provocare danno alla collettività. Questa situazione estrema, di conflitto con l'interesse generale, non può essere

apprezzata discrezionalmente dal legislatore. Il contrasto deve pertanto essere in *re ipsa* e cioè obbiettivo ed evidente.

Ora questo conflitto si registra essenzialmente in caso di monopoli (naturali o di fatto) quando cioè l'iniziativa economica di un singolo o di pochi non incontrando, nella ricerca della massimizzazione del profitto, i limiti della competizione, arreca, per il suo stesso svolgersi, un danno alla collettività. In questi casi, pertanto, è possibile intervenire con misure anche radicali come, ad esempio, la esclusione dei privati da quel settore economico. In questi casi perciò e solo in questi casi può trovare applicazione, «*a fini di utilità generale*», la riserva di attività economica a favore dello Stato di enti pubblici e di comunità di lavoratori e di utenti prevista dall'articolo 43 della Costituzione.

Abbiamo in questo modo spiegato, credo, la portata del secondo comma e precisato il carattere di limiti che la libertà economica incontra nella nostra Costituzione come in genere nelle costituzioni che riconoscono e si basano sull'economia di mercato con riferimento esclusivo al testo costituzionale e connettendo, secondo le intenzioni del costituente, l'articolo 41 all'articolo 43.

Il discorso appare nella sostanza in linea con la concezione tradizionale dell'economia di mercato.

Vorrei solo far notare come su questa base riferendosi esplicitamente all'articolo 41 sia stato possibile, senza alcun problema, introdurre nel nostro ordinamento l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con la legge 287 del 1990. Vorrei solo aggiungere che mentre l'articolo 41 fonda le misure di ordine comportamentale sull'impresa, obbligandole in caso di violazione a determinati comportamenti, l'articolo 43 potrebbe – se rettamente inteso – consentire, a mio avviso, anche misure strutturali atte a reintrodurre la concorrenza senza ricorrere alla riserva di legge in base alla teoria dei poteri impliciti (cfr., al riguardo, G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, pp.89 e ss.) e consentire con legge l'attribuzione alla Autorità Antitrust di poteri di intervento strutturale sulle imprese imponendo misure di scissioni o cessioni di rami di azienda per aprire i mercati alla concorrenza.

In questo senso, il nostro sistema Antitrust non solo è avvalorato dall'articolo 41 della Costituzione ma potrebbe essere, su quella base, anche ulteriormente rafforzato dall'articolo 43. È un'opzione da tenere presente se si vuole appunto rafforzare la concorrenza nel nostro sistema. Ho varie volte accennato a questo punto e spero di riprenderlo in chiavi più propositive.

Il terzo comma, recita, infine che «*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*».

Le limitazioni dell'iniziativa economica sono, dunque, solo quelle del secondo comma, una volta superate e nel loro ovvio permanente rispetto, *l'iniziativa economica privata* libera di svolgersi diviene, nel suo concreto esercizio, *attività economica privata* (articolo 41, 3° comma).

Una volta in regola con le leggi che, in attuazione del secondo comma dell'articolo 41, prescrivono, a chiunque voglia intraprendere un'attività economica, il rispetto di determinati requisiti soggettivi e di presupposti o modalità oggettive per il suo svolgimento in modo da non arrecare danno ad altri soggetti, l'iniziativa privata, pienamente libera di realizzarsi e rimanendo all'interno di quei binari di liceità, dinamicamente diviene *attività economica*.

Questa connessione logico-giuridica tra «*iniziativa economica*» e «*attività economica*» non è stata, secondo me, messa nel giusto risalto mentre è di fondamentale importanza nell'assetto sistematico dell'articolo 41.

Se l'iniziativa economica privata è libera, nel rispetto degli obblighi previsti dal *neminem ledere* (art. 41, 1° e 2° comma), il suo manifestarsi quale *attività economica*, non può essere più impedito e non deve trovare ulteriori ostacoli nell'esercizio. È una attività che si manifesta per effetto di un principio di autodeterminazione libero che una volta ammesso non può essere nuovamente delimitato. Si capisce così il motivo per cui *l'attività economica* può essere solo *indirizzata e coordinata* tramite *programmi e controlli* sulla base della legge, ma non dunque vietata.

Su questa base si spiega il motivo per cui la nostra Costituzione ammetta quindi solo una programmazione indicativa e non coercitiva dell'attività economica pubblica e privata. Una programmazione economica degli interventi e delle azioni dello Stato volta a fornire all'imprenditore pubblico o privato un quadro generale di riferimento che possa influire sulle condizioni generali di contesto e di calcolo di convenienza per consentirgli di definire le proprie strategie imprenditoriali in relazione ad obiettivi (*finalità sociali*) perseguiti dal legislatore. Quest'ultimo può anche cercare di orientare le imprese verso quei programmi, ad esempio, con incentivi per la localizzazione nelle zone più svantaggiate. In questo caso è ovvio che debba anche prevedere gli opportuni controlli affinché, una volta concessi gli incentivi per determinati programmi, l'attività economica venga effettivamente coordinata e indirizzata verso quei fini (liberamente scelti). È evidente, dunque, che i programmi e i controlli opportuni previsti dalla legge per l'indirizzo e il coordinamento dell'attività economica non possono far venire meno lo svolgimento della libertà di iniziativa economica che è logicamente e giuridicamente un prodromo della attività.

Riconosciuta la prima, la seconda necessariamente ne consegue.

In altri termini, l'indirizzo e il coordinamento dell'attività economica, in quanto logicamente e giuridicamente effetti del suo svolgimento, non possono costituire uno strumento per inibirla quando è in corso limitando così per questa via e successivamente l'iniziativa economica privata o rendendone quantomeno più oneroso l'esercizio. Una volta che il diritto sia stato esercitato nei limiti dell'articolo 41, 2° comma e rimanga in quei limiti non ce ne possono essere altri per altri scopi posti. Sulla base di tale logica giuridica distinzione va, pertanto, definita la portata applicativa dell'articolo 41, 3° comma, secondo il quale la legge determina «*i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*».

C'è un ulteriore profilo di questa disposizione sulla quale è necessario richiamare l'attenzione. La norma in questione contempla sia l'attività economica privata sia la pubblica. La libertà di iniziativa economica è però solo privata. Ne consegue che solo l'iniziativa economica dei privati gode nel nostro ordinamento di una "copertura" costituzionale, con il logico corollario che l'attività economica pubblica può essere radicalmente e integralmente eliminata senza contrastare in alcun modo con la Costituzione.

Non si è voluto attribuire, dunque, allo Stato alcun diritto costituzionalmente garantito all'esercizio delle attività economiche. Lo Stato imprenditore non è, pertanto, per la nostra Costituzione, libero di intraprendere come un qualsiasi privato. Non gode di un generale diritto di accesso al mercato. La Costituzione tiene evidentemente conto della realtà economica del suo tempo: l'attività economica pubblica è sicuramente ammessa, ma si tratta di un mero riconoscimento di fatto.

L'*iniziativa economica* pubblica non esiste come diritto pubblico soggettivo dello Stato. I pubblici poteri non usufruiscono di alcuna garanzia costituzionale e l'attività economica, che essi direttamente o indirettamente si trovano ad esercitare, può perciò essere dismessa volontariamente o inibita anche con legge ordinaria in qualsiasi momento senza ledere alcun diritto (dello Stato o di soggetti pubblici) costituzionalmente protetto.

Dal diverso grado di copertura costituzionale si deduce che non ci sono limiti alla privatizzazione delle imprese in mano pubblica operanti nel mercato concorrenziale.

Nella specie, lo scopo precipuo della norma non è, però, tanto quello di consentire anche l'attività economica pubblica, quanto di sottoporla allo stesso regime giuridico dell'attività economica privata, al fine di evitare che l'attività economica pubblica usufruisca di agevolazioni specifiche da parte dello Stato-proprietario e goda dunque di vantaggi competitivi a danno delle imprese private concorrenti.

È pertanto vietata anche una specifica politica di ausilio e incentivazione differenziata dell'attività economica pubblica o riconoscere di fatto alla stessa un quadro di riferimento speciale e privilegiato rispetto a quella privata.

Se ammissibile – è questo il significato dell'articolo 41, 3° comma – l'attività economica pubblica non può essere pretesto per alterare il normale gioco della concorrenza e dunque non può godere, *per fini sociali*, di una disciplina di indirizzo e di coordinamento di favore rispetto all'attività economica privata.

In altri termini, il perseguimento di *fini sociali* non è un'esclusiva dell'attività economica pubblica perché perseguibili, allo stesso modo, tramite l'attività economica privata.

Ne consegue che i programmi e controlli opportuni stabiliti per legge devono indirizzarle e coordinarle potenzialmente entrambe ed in via generale senza distinguere tra l'una e l'altra. L'indirizzo e il coordinamento non possono avere pertanto carattere strutturalmente discriminatorio e devono essere formulati in via generale e applicati conseguentemente senza discriminazioni, nel rispetto della parità di condizioni degli operatori pubblici e privati sul mercato.

A *fortiori* si deve dedurre, dal divieto di discriminazione tra attività pubblica e privata, il divieto generale di qualsiasi discriminazione nello svolgimento delle attività economiche.

Se, infatti, non è possibile discriminare tra attività pubblica e attività privata non è, a maggiore ragione, neppure possibile discriminare all'interno di quest'ultima con la conseguenza che le norme di legge, sulla cui base si definiscono programmi e controlli, debbano essere tali da consentire l'accesso a tutti gli operatori del settore o del mercato interessato.

Si dovrebbe pertanto ritenere, conclusivamente, che mentre sono possibili, a fini sociali, leggi direttive generali, rivolte indistintamente a tutte le imprese di un settore o di determinate zone del territorio nazionale, dovrebbero essere ritenute contrarie alla Costituzione le leggi provvedimento in materia economica. Esse sono infatti leggi che direttamente assegnano soltanto a singole imprese o ad alcuni gruppi o categorie di imprese specifici ed esclusivi ausili pubblici o altri vantaggi normativi o regolatori, comunque economicamente apprezzabili, rafforzandone in questo modo la posizione competitiva sul mercato in danno agli altri privati concorrenti.

7. L'articolo 41: da imputato a parte lesa

Devo dire, che da un punto di vista di un giurista liberale pratico, non vedo necessità di modifiche dell'articolo, seguendo la logica dell'analisi strumentale dei mezzi e dei fini, per dare ai tre commi il significato che essi già hanno di piena tutela della libertà economica e del mercato concorrenziale.

L'esame giuridico strumentale dell'articolo 41 sia per le singole disposizioni, sia nella loro connessione logica sono congruenti nel rapporto mezzi/fini con l'affermazione del principio di libertà dell'iniziativa economica privata.

Il processo all'articolo 41 termina quindi nell'istruttoria con un non luogo a procedere e con un proscioglimento pieno.

Tutto a posto verrebbe da dire. O, meglio, tutto a posto e niente in ordine purtroppo .

Derivano dall'interpretazione testuale dell'articolo 41 alcune immediate disposizioni applicative.

In sintesi.

Accesso al mercato come libertà del cittadino e manifestazione immediata del suo diritto e dovere di lavorare e conseguente obbligo da parte della Repubblica di apertura dei mercati recintati. La legge non può ostacolare questa libertà di accesso a meno che non comporti un danno alla libertà, alla dignità e alla sicurezza degli altri cittadini. Ad esempio, la prostituzione, per citare un argomento di attualità, è un mercato illecito perché lede la dignità, non solo delle donne, e non può

essere introdotto o liberalizzato per legge. Ma negli altri casi fuori dagli illeciti il principio di libertà prevale.

La seconda disposizione che deriva dalla generalità del diritto dei cittadini e dal divieto di discriminazione è che le norme di legge in materia di attività economica devono essere generali, rivolgersi potenzialmente a chiunque in modo da non discriminare tra pubblico e privato e ovviamente tra gli stessi privati. Le politiche di orientamento delle attività economiche previste per legge poi non possono essere coercitive o distorsive della concorrenza.

Queste disposizioni normative costituzionali – non saprei come altrimenti definirle – conseguono necessariamente dall'interpretazione dell'articolo 41 però non sono rispettate e non lo sono mai state. Emerge così che il problema – al fondo – non è la modifica bensì l'applicazione dell'articolo 41.

Non si può confondere il testo costituzionale con la realtà dell'economia ed imputare al testo che non viene applicato, la schizofrenia tra una costituzione economica, formalmente liberale, ed una realtà economica piattamente contrastante.

Il contrasto risalta poi con maggiore evidenza aggirato il paravento del simbolismo concettuale e riscoperto, verrebbe da dire, il senso proprio delle parole del Costituente.

L'articolo 41 non si tocca ed è corretto lasciarlo così. La realtà dell'economia è però molto lontana, se non opposta.

Cosa fare allora per ridurre lo scarto ed assicurarne l'effettiva vigenza?

8. La proposta di modifica dell'articolo 41 nel d.d.l. cost. approvato in Consiglio dei Ministri

La risalente non applicazione fa sembrare irrimediabilmente ingenua la domanda di cosa fare per assicurare l'effettiva vigenza di un articolo della Costituzione che, in vigore dal 1948, prevede formalmente il rispetto dell'economia di mercato, senza che questa si sia mai stata pienamente realizzata.

Riscriverlo può essere un espediente, un mezzo per mettere la parola fine ad una vicenda di non applicazione e consentire di girare pagina senza troppe penose retrospettive?

Espediente allentante, ma è pericoloso.

Se il problema è fuori dall'articolo 41, se lo si riscrive, ammesso che non si facciano errori di scrittura, non cambia nulla. Sarebbe solo un'operazione trasformistica.

C'è il rischio – ben concreto – che il tutto si risolva in un'altra operazione di facciata, anche piuttosto lunga e complicata, dati tempi per il procedimento di modifica di una norma costituzionale che poi probabilmente ci riporta al punto di partenza: una nuova situazione di stallo.

O peggio. Vediamo perché.

Proviamo a dare un occhio al disegno di legge costituzionale del Governo recante «*Modifica degli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione*» approvato il 09 febbraio 2011 in Consiglio dei Ministri.

In una lettura mezzi/fini, dobbiamo chiederci se è adatto all'introduzione dell'economia di mercato.

Il testo proposto dell'art 41 è il seguente

«L'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge.

Non possono svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, con gli altri principi fondamentali della Costituzione o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge si conforma ai principi di fiducia e leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni ed i cittadini prevedendo di norma controlli successivi».

La nuova formulazione, al comma 1, fa espressamente riferimento in modo congiunto alla *iniziativa* ed alla *attività* che, come abbiamo visto, nell'attuale testo costituzionale non sono poste su un piano di identità; come verrebbe interpretata questa *equiparazione*? Una riduzione del diritto a vantaggio di una tutela di una situazione di fatto (l'attività). Qualche dubbio è lecito.

Ma concentriamoci sulla clausola generale di libertà, anzi di permissività, che non è proprio la stessa cosa. Intanto tra la prima e la seconda frase non c'è consequenzialità: cosa sarebbe questo "tutto"? Dovrebbe essere qualsiasi effetto dell'attività economica, oppure "tutto" in generale? E come si fa a distinguerlo questo "tutto"? Quantomeno il "tutto" andrebbe scritto diversamente.

Ma prendendo per buono il nesso di consequenzialità univoca con l'attività economica rimane da comprendere la portata del divieto. Cosa si intende per «espressamente vietato»?

Faccio un esempio astratto ma tipologico. Una norma di legge che prescrive un passaggio procedurale, un termine e sottopone l'attività ad un onere, di fatto non la vieta espressamente ma la subordina al rispetto di una norma. In caso di inosservanza, cosa si fa? Non credo si possa affermare, a meno di non eliminare il principio di legalità dal nostro ordinamento, che in generale il privato si possa svincolare dal rispetto della norma di legge e fare "tutto" quello che vuole.

Ad esempio, se il passaggio procedurale fosse propedeutico ad una autorizzazione ad un permesso, come andrebbe a finire? Si può svolgere una attività economica senza le previste autorizzazioni?

Se ci mettiamo in questa logica di aspettativa e di permissività si rischia che l'iniziativa economica receda sotto l'incalzare di norme conformanti l'attività economica o addirittura che ne condizionino il manifestarsi sin dall'inizio.

Il limite del «contrasto» poi si amplia estendendosi dall'utilità sociale agli «altri» principi fondamentali. Quell'enunciato «altri» è praticamente una bomba ad orologeria. L'utilità generale sarebbe allora un *principio fondamentale* come gli «altri». E cosa può fare l'attività economica di un privato a fronte di una «utilità sociale» che coinciderebbe con il bene comune e che solo il legislatore può individuare? Non basta.

Quali sono ancora gli «altri principi fondamentali»? La Corte Costituzionale si è a volte pronunciata su di essi, ma non sono certo di semplice enumerazione e soprattutto rimangono da decifrare nelle loro eventuali situazioni di contrasto potenziale con l'attività economica.

Lo stato sociale e di mercato, il lavoro, l'autonomia politica e il riparto della potestà legislativa, la sussidiarietà orizzontale nonché quella verticale. Ovviamente questi sono solo alcuni principi, ce ne sono *altri* tra gli «altri».

Proviamo solo ad immaginare un caso: le Regioni potrebbero – con "legge" – vietare determinate attività o conformarle diversamente, magari in applicazione di «altri» fondamentali principi costituzionali? Perché no?

Se finora si può dubitare che nella legge di cui al terzo comma dell'articolo 41 della Costituzione sia includibile anche la legge regionale per i limiti posti al legislatore regionale in materia di diritti fondamentali – come secondo me è l'iniziativa economica privata – con la novella proposta non ci sarebbero più remore.

Il tasso di legislazione vincolistica potrebbe modificarsi oscillando a seconda dell'orientamento politico delle maggioranze parlamentari o assembleari? Direi di sì senza particolari problemi.

La palla tornerebbe nuovamente in mano al legislatore: aprire o meno l'accesso ai mercati ed in che misura sarebbe il risultato di una scelta politica delle maggioranze di governo. Scelte sempre rivedibili, ovviamente nei limiti della soglia di rilevanza comunitaria.

Saremmo di nuovo punto e a capo.

Con una differenza in peggio. Non avremmo più la copertura del diritto soggettivo individuale che attualmente il primo ed il secondo comma assicurano ai cittadini, almeno nella lettura evidenziata.

Nella modifica, la *sostanziale* scomparsa dell'iniziativa economica sono diritto per via della sua equiparazione alla attività economica che, se pure predicata come libera, è un dato di fatto che deve vedersela con svariati possibili principi costituzionali contrastanti.

Se dovessimo andare avanti sulla via delle modifica si aprirebbe perciò uno scenario di incertezza, potenzialmente pieno di sorprese, di cui non se ne sente la necessità se all'opposto l'obiettivo è affermare la certezza del diritto e libertà di iniziativa economica privata.

9 Paradigmi ricorsivi: illecito vs illegittimo

Le intenzioni del disegno di legge sembrerebbero opposte. Il primo comma dell'articolo 41 modificato – «...è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge» – sembra, a prima vista, rispondente al *principio liberale che ciò che non espressamente vietato è lecito*.

Ed è probabilmente questa l'intenzione liberalizzante che sarei portato a capire, quando ascolto il Ministro dell'Economia.

C'è però una differenza tra la proposta di modifica del primo comma dell'articolo 41 della Costituzione ed il principio del *neminem ledere* che il Ministro nella sostanza evoca.

Per cercare di illustrarla devo introdurre la differenza tra i macro paradigmi lecito/illecito e legittimo/illegittimo (cfr., *amplius*, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., pp. 58 e ss.).

Entro il paradigma lecito/illecito, l'esercizio dell'iniziativa economica del privato si risolve in una semplice previsione personale della propria azione. Se il comportamento non provoca danno ingiusto a terzi il comportamento è lecito e quindi giuridicamente corretto. Ovviamente se il privato si sbaglia e danneggia poi qualcuno, arreca danno e ne risponde.

Essendo in grado di prevedere le conseguenze del mio comportamento sono chiamato a rispondere anche per danno extracontrattuale: nel nostro codice, appunto l'articolo 2043. In altri termini, la prevedibilità del danno o è elemento costitutivo del danno o comunque è un aggravante del comportamento.

Il controllo e l'intervento *ex post* perciò non aprono al far west, ma rafforzano la certezza del diritto e lo fanno con effetto immediatamente deterrente. In altri termini, se sono consapevole che se metto in atto comportamenti che possono provocare dei danni, sarò effettivamente e concretamente chiamato a risponderne, starò attento alle mie azioni.

La prevedibilità rafforza la certezza del diritto e la tutela dei terzi potenziali danneggiati.

Mi sembra che nella bozza del citato d.d.l. del Governo, quando si fa riferimento ad un controllo *ex post* – «la legge...prevedendo di norma controlli successivi» si abbia nella sostanza in mente uno schema del genere.

Ma per attuarlo sono necessarie alcune precondizioni altrimenti il controllo *ex post* si trasforma in un boomerang, torna indietro e colpisce – *ex post* – l'impresa. Se infatti abbandoniamo lo schema lecito/illecito il privato non è più in grado di prevedere ragionevolmente gli effetti della propria azione.

Il cittadino che si deve muovere entro lo schema legittimo/illegittimo non può più prevedere alcunché perché la sua azione diviene indeterminata e la relativa valutazione – quasi sempre – sfugge al diretto interessato perché comporta un'interpretazione della legge. cioè bisogna rispondere alla domanda se il comportamento è conforme a legge e l'interpretazione della legge per la sua applicazione è di competenza della Amministrazione. A quest'ultima, dunque, è necessario rivolgersi per conoscerne l'avviso e per farsi rilasciare gli atti confermativi o abilitativi necessari per non incorrere in violazioni di leggi amministrative e nelle conseguenti sanzioni.

Nella applicazione della legge spesso l'Amministrazione ha un potere discrezionale il cui esercizio non è assolutamente prevedibile *ex ante* da parte del privato.

Di fronte all'incertezza dell'esercizio del potere discrezionale, introdurre uno schema *ex post* di controllo basato sulla conformità alla legge avrebbe effetti paralizzanti. Il privato non avrebbe un canone semplice (come il danno prevedibile) cui commisurare il proprio comportamento anticipandone gli effetti possibili. Meglio – allora – aspettare il rilascio *ex ante* del provvedimento; si perde tempo nell'attesa, ma una volta saputo quello che permesso, l'imprenditore può procedere con un tasso di incertezza molto ridotto.

Se introduciamo in Costituzione il principio che «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge» siamo all'interno nel paradigma legittimo/illegittimo, cioè dei possibili *lacci e laccioli* dai quali invece credo il Ministro Tremonti vorrebbe sciogliere le imprese italiane.

Ed in effetti il principio di legalità dell'azione amministrativa sottopone l'Amministrazione alla riserva di legge ex articolo 23 della Costituzione per cui «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge». Nel nostro ordinamento pertanto non c'è provvedimento amministrativo che non rispetti tale principio, ma proprio per questo la riserva di legge si trasforma da limite a fondamento del potere amministrativo. Qualsiasi *prestazione personale* – anche *i lacci e laccioli* lo sono –, se prevista dal legislatore può essere imposta dall'Amministrazione al privato.

Vorrei perciò insistere sulla maggiore efficienza sistemica del macro paradigma lecito/illecito.

Deriva infatti da questa fondamentale dicotomia di macro paradigmi una differenza di costi e di tempi dell'iniziativa economica privata. In un caso, l'imprenditore è normalmente libero immediatamente di agire, salvo rispondere della propria azione se arreca danno a terzi, anche, se del caso, penalmente. Ne consegue che la fonte principale di regolazione dei rapporti giuridici è rimessa all'autonomia dei privati e dunque al contratto è quindi anch'essa libera. Nell'altro caso, invece, l'imprenditore, ogni qual volta l'inizio di una attività economica, oppure sue fasi rilevanti siano sottoposte a leggi amministrative, deve attendere l'esito di uno specifico procedimento amministrativo, normalmente disciplinato da apposite norme di legge, al termine del quale l'Amministrazione farà conoscere se, ed in che modo, agire.

10. Segue: ex ante vs ex post

Se l'intenzione è quella di sciogliere l'iniziativa economica *dai lacci e dai laccioli*, allora, non dobbiamo fare altro che applicare l'articolo 41. Il primo ed il secondo comma nella loro connessione logica giuridica affermano appunto questo. Solo il danno alla dignità e alla sicurezza delle persone limita la libertà di iniziativa economica. Se non c'è danno, l'iniziativa è lecita e non può essere impedita dalla legge. Il «*contrasto con l'utilità sociale*» abbiamo cercato di spiegarlo sostanzialmente con i fallimenti del mercato (cfr., *amplius*, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., pp. 89 e ss.) e, non derivante dalla legge, non è nemmeno *definibile con la legge*. La legge entra in scena solo nel terzo comma e si limita ad orientare eventualmente, ed in modo non coercitivo, l'attività economica.

Del resto, se si vogliono eliminare i controlli *ex ante* e trasferirli *ex post* bisogna prendere sul serio i diritti fondamentali: non solo l'iniziativa economica, ma anche la dignità e la sicurezza, che della prima costituiscono i limiti essenziali. Non è necessario scriverlo in Costituzione perché il principio vi si trova già affermato. «*L'opponibilità degli interessi pubblici all'esercizio dell'iniziativa economica privata tende infatti ad essere circoscritta alla tutela di quegli interessi fondamentali costituiti dalla sicurezza e dalla salute della persona umana, delle sue libertà e dalla salvaguardia dell'ambiente in cui essa vive. Le forme di questa tutela vengono però sottratte a valutazioni discrezionali dell'amministrazione. Lo sviluppo delle normazioni tecniche, di standardizzazione e di*

conformazione dei beni e dei servizi nonché della loro modalità di produzione e di utilizzazione, traducono questa tutela a favore del cittadini, del consumatore e dell'ambiente in norme e prescrizioni direttamente ed immediatamente vigenti nei confronti degli operatori economici, i quali possono e devono conformarsi senza, a questo punto, la superflua interposizione del provvedimento amministrativo.

*Se si assume questo punto di vista, tutte le tradizionali funzioni conformative dell'impresa, dell'attività imprenditoriale e di utilizzazione economica dei beni possono essere ricondotte a questo schema logico-giuridico che consente l'eliminazione ex ante del provvedimento e lascia, semmai, all'autorità amministrativa funzioni di accertamento successivo per assicurare l'effettiva conformazione alle regole». (Cfr. G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992 pp. 417 e ss.).*

Utile al riguardo potrebbe essere anche l'obbligo di trasformazione delle autorizzazioni singole in autorizzazioni generali (cfr.: par.12)

11. Un diritto senza azione? La disapplicazione giudiziale

Una interpretazione conforme al testo costituzionale è però solo il punto di partenza. Si tratta oggi in concreto di promuovere una specie di restaurazione giuridica liberale, rimuovere limitazioni derivanti dalla legislazione vigente e dalla prassi giudiziale.

La giurisprudenza, anche costituzionale, nel tempo ha considerato – e tuttora considera – l'iniziativa economica, a contatto con i pubblici poteri, degradarsi in interesse legittimo. Il fatto che il danno ora sia (parzialmente) risarcibile non ne modifica la qualificazione giuridica strutturale depotenziata rispetto al diritto soggettivo, almeno nell'interpretazione del giudice amministrativo.

C'è poi un altro profilo che riduce l'accesso alla tutela giurisdizionale. La degradazione del diritto in interesse legittimo consente solo una azione di ripristino della situazione lesa, a parte il ristoro dell'eventuale lesione della legittimità violata. Questo significa che per agire in giudizio bisogna essere toccati, mettiamola così, da un atto amministrativo essere cioè destinatari dell'atto. Un soggetto terzo, toccato indirettamente, può opporsi all'atto solo se dimostra di essere controinteressato, se è indirettamente leso ma sempre in modo concreto, altrimenti non c'è possibilità di un'azione diretta. Se non c'è giudizio e non c'è neppure la possibilità di richiedere un eventuale giudizio incidentale sulla legittimità della norma. Se poi la lesione deriva direttamente dalla norma di legge non è possibile agire in alcun giudizio: il diritto costituzionale degradato ad interesse non può aspirare ad alcuna tutela nei confronti della legge.

Nei giudizi civili va ancora peggio.

Il giudice giudica su rapporti esistenti e sui loro conflitti per cui se l'iniziativa non si è tradotta in alcuna situazione soggettiva e non c'è conflitto in atto tra parti non vi è possibilità di adire il giudice semplicemente per farsi riconoscere il diritto o il danno per la sua esclusione per legge da un determinato settore o mercato.

Un'azione in giudizio a tutela dell'iniziativa economica privata si troverebbe quindi sbarrata la strada davanti al giudice ordinario da una sfilza di rigetti per inammissibilità, per irricevibilità, per mancanza contrattuale per inapplicabilità della lesione extra contrattuale per effetto di legge.

Il cittadino qualunque non può perciò invocare direttamente una lesione derivante da legge del suo diritto fondamentale di iniziativa economica. Le possibilità poi che ciò possa avvenire in giudizio costituzionale con il sollevamento di un giudizio incidentale sono ancora più scarse.

Abbiamo visto del resto come le pronunce siano scarse e poco significative, poco più di una trentina in più di cinquant'anni.

Non ho elementi a sostegno di fatto di quanto dico, siamo veramente nel campo delle prove silenziose; per averle bisognerebbe interpellare i danneggiati o i preclusi spesso ignari ed acquiescenti.

Basti pensare alla sequela silenziosa dei cittadini danneggiati nell'interesse legittimo, che a costituzione invariata, per circa cinquant'anni si sono visti sbarrare la strada al risarcimento dalle conformi pronunce delle supreme Corti sulla non risarcibilità dell'interesse legittimo.

Se vogliamo uscire da questa impasse, la soluzione è già in Costituzione: bisogna prendere l'iniziativa economica privata sul serio come un diritto e considerare la Costituzione per quello che è: una legge superiore alle leggi ordinarie. Come ogni legge, anche la legge fondamentale della Repubblica va applicata e – se violato – il titolare del diritto sancito dalla Costituzione deve potersi difendere direttamente davanti al giudice.

Una norma di legge ordinaria che viola la libertà di iniziativa economica e non sia riconducibile immediatamente al divieto di arrecare danno agli altri cittadini, secondo gli ordinari canoni di interpretazione e applicazione del diritto, va disapplicata dal giudice ordinario.

Non c'è nessuno divieto espresso nella legge istitutiva della Corte Costituzionale in tal senso. Una cosa è la cassazione della legge dall'ordinamento giuridico interno per effetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale che spetta solo alla Corte; altra cosa è disapplicare una norma di legge di cui si rileva il contrasto nel corso di un giudizio con il diritto costituzionale vigente.

Si deve riconoscere in genere l'esperibilità dell'azione di risarcimento del danno ex articolo 2043 e delle azioni di riconoscimento del diritto. Il discorso sui rimedi è comunque aperto e una volta affermata l'esperibilità della tutela giudiziaria non mi sembra il caso di entrare negli aspetti tecnico processuali dell'azione.

Siamo anche qui all'interno dell'articolo 28 della Costituzione, anch'esso colpito dal *sonno dogmatico* nonostante le denunce risalenti (M. Nigro, G. Marongiu) e che appunto prescrive il rimedio dell'azione per responsabilità civile e penale contro i funzionari e i dipendenti dello Stato per lesione dei diritti dei cittadini.

Il rimedio processuale della disapplicazione non ha in sé di niente di straordinario.

Rientra nel metodo ordinario di applicazione della legge, in base al quale il giudice è tenuto a disapplicare le norme inferiori contrastanti con quelle superiori con effetti ovviamente solo nel caso oggetto di giudizio. E la sentenza è sempre soggetta al ricorso in Cassazione per violazione di legge. D'altra parte è quello a cui il giudice nazionale è già tenuto nell'applicazione del diritto comunitario. Il principio del primato del diritto comunitario sulla legislazione degli Stati membri, nelle materie del Trattato, implica l'applicabilità diretta delle norme comunitarie e quest'ultima non sarebbe possibile concretamente se il giudice non fosse tenuto a disapplicare, ove contrastante, la legge nazionale. Non si vede allora perché le disposizioni della nostra Costituzione, il cui primato sulla legge ordinaria è indiscusso, debbano rimanere senza effettiva vigenza.

Questo compito non spetta alla Corte costituzionale la quale non è nel nostro ordinamento un giudice dei diritti in quanto non è consentito ai cittadini il ricorso in via diretta alla stessa.

Per questo motivo la Corte di Strasburgo sui Diritti dell'Uomo non la considera un grado di giudizio e, per dir meglio, non considera la Corte Costituzionale un giudice. La Corte Europea, infatti, ha escluso che il nostro giudizio di costituzionalità della legge possa rientrare tra i rimedi processuali a garanzia dei diritti dell'uomo per il suo carattere eventuale e per le modalità di svolgimento (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Adunanza plenaria 28 sett./22 nov.1989, n.7/1988/151/205).

Questa forma speciale di giudizio sulle leggi e non sui diritti è compatibile con uno Stato di diritto solo ove si riconosca il diritto di azione davanti al giudice ordinario per il risarcimento del danno conseguente ad una violazione di un diritto costituzionale protetto del cittadino anche se il danno è causato da una norma di legge con esso contrastante.

Dobbiamo munirci di un'azione: il nostro ordinamento lo consente ed è la disapplicazione quale tecnica per espungere le norme subordinate contrastanti con la legge costituzionale da applicare, quella attività che nel *common law* rientra nella *judicial review*.

Si tratterebbe di invertire una prassi, in vero piuttosto pesante.

Ma dal dilemma non si esce.

Se non c'è azione non c'è diritto, e se non c'è diritto l'interpretazione rischia di risolversi in dispute sui simboli.

In quest'ultimo caso, anche il nostro ordinamento repubblicano in definitiva sarebbe riconducibile allo schema proposto da Neves della *costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto*.

12. Contrastare l'incertezza

Alcune misure di portata generale per rafforzare la certezza dell'applicazione del diritto e la tutela giudiziale dei cittadini:

- *Trasformare l'azione per omissione di atti d'ufficio in un'azione civile (o penale) di danno.*

Sostituire nella legge 241 del 1990 e successive modificazioni alla denuncia penale per omissione d'atti d'ufficio nei confronti del funzionario inadempiente responsabile del procedimento, l'azione per risarcimento del danno davanti al giudice civile.

Il privato vessato o "aggravato" per usare il termine di legge ha interesse al risarcimento del danno, non riceve alcun vantaggio dalla denuncia penale, anzi è presumibile che non gli giovi per i futuri rapporti con l'Amministrazione. L'applicazione della legge penale è, in questi casi, a tutela di un interesse pubblico ed è alla Amministrazione stessa o ai suoi controllori che spetta il compito della denuncia alla procura, eventualmente anche seguito dell'azione risarcitoria proposta dal privato. La norma sarebbe perfettamente in linea con la previsione costituzionale della responsabilità civile e penale dei funzionari di cui all'articolo 28 della Costituzione.

- *Trasformare le concessioni amministrative in autorizzazioni:* (riprendere cioè le conclusioni dell'Autorità Antitrust nell'indagine avviata già nel 1994) *e trasformare le autorizzazioni singole in autorizzazioni generali.*

Integrare questa proposta dell'Antitrust per quello che riguarda le autorizzazioni singole (permessi, nulla osta e licenze) con l'indicazione di trasformare quest'ultime in autorizzazioni generali come già possibile per il diritto comunitario. Questo va appunto nel senso di rafforzare il controllo *ex post* liberando l'iniziativa economica senza deresponsabilizzarla. Ma c'è di più: *l'autorizzazione generale apre i mercati regolamentandoli ex ante.*

L'Amministrazione competente dovrebbe perciò esplicitare, in un atto autorizzativo generale, requisiti, presupposti, modalità e limiti dell'esercizio della attività economiche ivi autorizzate. I privati sarebbero così tenuti a conformarsi alle disposizioni ed a comunicare alle Amministrazioni l'inizio delle attività. In altri termini, meccanismi di legittimazione all'esercizio delle attività che, nell'ottica di realizzare effettivamente il passaggio a forme di controllo *ex post*, riprendano ed estendano la logica di funzionamento della denuncia/dichiarazione di inizio attività (DIA) e, più di recente, della segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), superandone i relativi profili di criticità, tra i quali quello della corretta messa a fuoco del nesso tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica.

In tale linea di ragionamento, va perciò colta al fondo di questa opzione, a favore della regolazione e della normazione tecnica e della riduzione dell'area del procedimento e del provvedimento, la tendenza della discrezionalità amministrativa a tramutarsi in discrezionalità tecnica «*in un'attività*

di preventiva regolazione volta indistintamente a tutti i soggetti interessati» (Cfr., *Il potere nel diritto pubblico*, op. cit., pp. 419 e ss.).

Al riguardo, probabilmente con il recepimento della cd. Direttiva Servizi si è perso una buona occasione. Ritengo comunque che la trasformazione, per legge, delle autorizzazioni amministrative singole in autorizzazioni generali avrebbe l'effetto di rafforzare la riduzione dell'incertezza e dell'asimmetria informativa, non solo degli imprenditori ma anche dei consumatori e dei terzi in genere che possono essere danneggiati da illeciti.

In questo caso, anche le sanzioni in cui si può incorrere devono essere chiare in precedenza in modo da rafforzarne la deterrenza. Non possono essere discrezionalmente definite e applicate *ex post*. Vanno chiaramente indicate prima in modo che chi svolge l'attività sappia con certezza a cosa può andare incontro in caso di difformità.

L'attività amministrativa in questo modo si tecnicizza ed elimina gli abusi. Come è noto, la discrezionalità amministrativa consiste in un'attività dell'Amministrazione di adeguamento della norma al caso concreto. L'adeguamento contiene un margine libero di apprezzamento discrezionale della Pubblica Amministrazione. Se questo potere discrezionale viene esercitato con un provvedimento amministrativo, il privato a cui è destinato sa cosa deve e può fare in concreto. Perde ovviamente tempo nell'attesa del suo rilascio, ma, al termine, si elimina quantomeno l'incertezza.

Se spostiamo l'esercizio del potere discrezionale al controllo *ex post*, consentendo al privato di agire senza previo provvedimento, il privato può agire immediatamente ma nell'incertezza. Ed in effetti, a seconda di come l'Amministrazione valuterà l'interesse pubblico nel caso concreto, il privato verrà a conoscere se l'attività svolta o in corso di svolgimento è legittima o meno.

Venirne a conoscenza *ex post* non è certo rassicurante. C'è il rischio di dover smettere o ricominciare da capo. Un inutile dispendio, non solo di tempo, ma ora anche di risorse ed energie, con necessità di impiegarne di nuove per modificare l'attività per non incorrere in sanzioni. Insomma danni di varia natura. Se si vuole ampliare lo spazio di libertà degli imprenditori bisogna ridurre l'incertezza sull'esito del controllo *ex post* e perciò eliminare *ex ante* il margine di discrezionalità.

In altri termini, bisogna obbligare l'Amministrazione a dichiarare prima tutte le regole operative che il privato, ogni cittadino, deve rispettare per svolgere un certo tipo di attività. In termini giuridici questo significa trasformare la discrezionalità amministrativa in discrezionalità tecnica, dando cioè prima comunicazione delle alternative e delle opzioni escluse: un po' – per capirci – il metodo della *black list* nel diritto comunitario.

La traduzione della discrezionalità amministrativa in discrezionalità tecnica avrebbe il pregio di rafforzare non solo la tutela dell'iniziativa economica ma la tutela dei diritti fondamentali delle persone. Ovviamente le norme tecniche sono giustiziabili per contrasto con la libertà di iniziativa economica e se inutili o vessatorie il giudice può disapplicarle e condannare a risarcire i danneggiati.

- *Limitare il ricorso alla legge.*

Bisogna sempre ricordare quando ci occupiamo dei diritti economici che le costituzioni rigide, come la nostra del 1948, sono state inventate proprio per sottrarre le libertà dei singoli alla discrezionalità politica delle maggioranze parlamentari e all'abuso del legislatore ordinario.

La legge ordinaria non è una soluzione, ma fa parte del problema della complicazione e della compressione dei diritti dei singoli. Tramite essa si creano discriminazioni e si introducono vari lacci e laccioli. Qualsiasi provvedimento amministrativo che limita le libertà non fa altro che applicare qualche norma di legge. La legislazione fonda il potere amministrativo e spesso ne protegge gli abusi e le discriminazioni.

La costituzionalizzazione dei diritti nello Stato di diritto democratico ha appunto lo scopo di sottrarre gli stessi alla discrezionalità del legislatore ed ai cambiamenti di orientamento delle maggioranze parlamentari. Bisogna perciò cercare di limitare il ricorso alle leggi discriminatorie in quanto in contrasto con il 3° comma dell'articolo 41 (cfr., supra, para 6) a parte i limiti di costituzionalità che potrebbero portare anche alla disapplicazione.

Vanno – a mio avviso – chiariti alcuni altri punti: a) lo spinoso problema della legislazione regionale, direi che andrebbe sancito che non ha competenza in materia di diritti fondamentali e quindi non può limitare l'esercizio nel territorio nazionale dell'iniziativa economica dei singoli.

Credo che non sia difficile convenire sul fatto che il Costituente del 1948 quando si riferisce alla legge nell'articolo 41 della Costituzione si riferiva esclusivamente a quella del Parlamento. Se avesse potuto immaginare la modifica dell'articolo 117 e ss., avrebbe sicuramente *specificato* del Parlamento. Ma anche l'interprete non può non tenere conto che la legge nella prima parte della Costituzione a tutela dei diritti fondamentali è sempre la legge del Parlamento. Modificando un articolo della Costituzione non si possono modificare tutti gli altri di riflesso. Del resto, anche nelle costituzioni degli Stati federali (di diritto) i diritti fondamentali dei cittadini sono garantiti sempre dallo Stato Federale.

L'attribuzione della legislazione primaria alle Regioni per le materie di cui all'articolo 117 non può portare a confondere o a ridurre i diritti fondamentali dei cittadini alle materie in cui si esercita la potestà legislativa regionale.

Si presta poi – a me sembra – poca attenzione all'articolo 120 che è uscito illeso dalla confusa novella costituzionale del 2001 e che continua a prevedere che «*la Regione non può istituire dazi e d'importazione di esportazione e di transito fra le regioni. Non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose*».

Qui veramente andrebbe bene una interpretazione evolutiva ed adattiva della Corte Costituzionale resa possibile anzi doverosa dal richiamo al diritto comunitario nel novellato articolo 117: basterebbe rifarsi alla consolidata e ampia casistica della giurisprudenza della Corte di Giustizia della UE in materia di rispetto del divieto di dazi e di misure ad effetto equivalente per sgombrare il terreno dalle velleità micro protezionistiche o fiscaliste delle Regioni.

Anche in questo caso però ci vuole un giudice che inizi a disapplicare la legislazione regionale contrastante. La Corte Costituzionale potrebbe altrimenti intervenire, mi sembra, solo in caso di sollevamento di conflitti tra Stato e Regioni. Un rimedio sempre soggetto agli ondeggiamenti degli orientamenti politici delle maggioranze di Governo centrali e regionali.