

## Art. 41

[RAFFAELLA NIRO]

*L'iniziativa economica privata è libera.  
Non può svolgersi in contrasto con la 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.*

**Precedenti costituzionali:** artt. 29 (proprietà) e 26 (libertà individuale), Statuto albertino; VII e IX dichiarazione Carta del Lavoro; artt. 37 e 39 Progetto di Costituzione.

**Riferimenti comparati:** Belgio, art. 23; Finlandia, art. 18; Irlanda, art. 45; Lussemburgo, art. 11; Portogallo, art. 61; Spagna, art. 38.

**Diritto UE:** artt. 2, 4, 85 e 86 Trattato di Roma; artt. 2 e 3A Trattato di Maastricht; artt. II-16, artt. III-14 ss. e III-69 ss. Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa.

**Legislazione di riferimento:** art. 2082 c.c.; l. 136/1953; l. 1589/1956; d.p.r. 1670/1962; l. 685/1967; l. 287/1990.

### Giurisprudenza:

a) **comunitaria:** CGCE, 14.5.1974, C-4/73, Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung c. Commissione; 13.12.1979, C-44/79, Hauer c. Land Rheinland-Pfalz; 7.2.1985, C-240/83, Procuratore della Repubblica c. Association de défense des Brûleurs d'huiles usagées; 9.9.2004, C-184/02 e C-223/02, Regno di Spagna e Repubblica di Finlandia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'UE.

b) **costituzionale:** sui limiti dell'iniziativa economica: sentenze 78/1958; 5/1962; 45/1962; 4/1962; 40/1964; 30/1965; 27/1969; 237/1975; 548/1990; 63/1991; 439/1991; 427/1995; 196/1998; 190/2001; 27/2003; sulla tutela della concorrenza: sentt. 223/1982; 241/1990; 14/2004; sulla libertà contrattuale: sentenze 30/1965; 241/1990.

**Letteratura:** AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972; AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni cost.*, 1992, 7 ss.; BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971; BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968; BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1993; CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova, 1978; CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 300 ss.; COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia. I «diritti di cittadinanza» tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Torino, 2001; ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 37; GALGANO, *Art. 41*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1982, I ss.; GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989; GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovrapposizione tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quaderni cost.*, 1992, 21 ss.; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto pubbl.*, V, Torino, 1990, 375 ss.; MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956; MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989; MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Trasformazioni della funzione legislativa. I «vincoli» alla funzione legislativa*, a cura di Modugno, Milano, 1999, 245 ss.; NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania, Ridola, Torino, 2001, I, 69 ss.; OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Aa.Vv.*, *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 70 ss.; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 457 ss.; PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Politica del diritto*, 1993, 327 ss.; PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di Tosato E.*, II, Milano, 1982; PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.

**Sommario:** 1. Precedenti, origine e linee evolutive. 1.1 Le origini. 1.2 I «precedenti» dell'art. 41 Cost. 1.3 L'art. 41 Cost. nel dibattito in Assemblea Costituente: i «dilemmi» di una formula. 1.4 L'art. 41 Cost. secondo il diritto comunitario. 2. Commento. 2.1 La nozione di «iniziativa economica»: l'«oggetto» tutelato dalla norma. 2.2 I limiti del 2° co. e la questione della riserva di legge. 2.3 Il limite dell'utilità sociale: il contributo della giurisprudenza costituzionale. 2.4 Iniziativa economica privata e tutela della concorrenza. 2.5 I «programmi» e i «controlli». 3. Riferimenti internazionali, sovranazionali e comparati. 3.1 Iniziativa economica e mercato nella normativa comunitaria. 4. La disposizione fra crisi e riforma. 4.1 L'art. 41 Cost. di fronte al diritto comunitario: è in uno «stato di quiescenza»?

### 1. Precedenti, origine e linee evolutive

1.1 *Le origini.* - Tutte le indagini sulle «origini» della libertà di iniziativa economica assumono come atto di «nascita» di tale libertà quello del riconoscimento della stessa come diritto «autonomo» dal diritto di

proprietà, di cui in precedenza si ritiene fosse quasi un «segmento interno», per giunta di scarso rilievo, avviluppata com'era nelle sue spire, nell'ambito di un sistema «dominante» per eccellenza, contraddistinto, sul piano economico, dal modo di produzione agricolo ed artigianale, finalizzato all'autoconsumo,

e sul piano politico dalla complessa architettura feudale. È così che l'«emersione storica di un autonomo concetto di attività economica»<sup>1</sup> si rinvia in coincidenza dello sviluppo dei traffici mercantili e dell'affermarsi dell'economia di scambio, la quale trova nelle strutture dell'età comunale (nelle c.d. «città libere»), che segnano la dissoluzione dell'ordinamento feudale, un assetto anticipatore di quello dello Stato moderno. È in quest'ultimo, infatti, che la libertà economica conosce la sua piena consacrazione, come dimostrato dalla proclamazione, nella Francia rivoluzionaria, del principio della «libertà del commercio e dell'industria» (1. 2-17 marzo 1792)<sup>2</sup> – parallelo alla configurazione della proprietà quale «diritto sacro ed inviolabile» (art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino) – principio simbolicamente rivelatore dell'abolizione del precedente sistema politico-economico nel quale il commercio e l'industria non costituivano esercizio di libertà, ma attività il cui svolgimento era possibile solo con il consenso dello sovrano, mediante «privilegi» concessi singolarmente<sup>3</sup>. Una forma di riconoscimento di siffatto principio, sia pure implicito, si era, d'altro canto, già avuta in Inghilterra, in corrispondenza dell'elaborazione della teoria dei «diritti naturali» (e dell'importante contributo ad essa dato da Locke)<sup>4</sup> e della identificazione, fra di essi, in particolare della «libertà personale» e della «proprietà privata» dalla cui combinazione si desunse il riconoscimento della predetta libertà di industria e di commercio.

**1.2 I «precedenti» dell'art. 41 Cost.** – Nonostante i richiamati sviluppi, sono tuttavia rare le costituzioni ottocentesche che contengono un'espressa e peculiare tutela dell'iniziativa ed attività economica, distinta ed autonoma rispetto a quella prevista per la proprietà, prevalendo il modello tradizionale dell'indistinzione o del riconoscimento implicito della libertà economica nella proclamazione del diritto di proprietà. Nel segno della predetta tradizione si colloca anche lo Statuto albertino, il quale pone fra i «diritti e doveri dei cittadini», accanto alle classiche libertà civili (la libertà individuale, la libertà di domicilio, la libertà di stampa), il riconoscimento e la tutela di «tutte le proprietà», nel limite del rispetto

dell'«interesse pubblico legalmente accertato» (art. 29). È, infatti, secondo questa «chiave di interpretazione» che Santi Romano rintracciava, fra le «libertà dei sudditi» statutariamente consacrate, non solo la c.d. «libertà di attività»<sup>5</sup> – comprensiva della «libertà professionale» consistente nella facoltà di «chi possiede quei requisiti di capacità richiesti dalle norme generali» di «scegliere l'attività lucrativa che più gli conviene, sia nel campo delle professioni in senso stretto, sia in quello delle arti, delle industrie e del commercio»<sup>6</sup> –, ma anche la c.d. «libertà patrimoniale», la quale «integra la libertà di attività», costituendo il patrimonio «un mezzo di esercizio, un effetto ed un campo dell'attività personale»<sup>7</sup>: tale libertà patrimoniale – che pure costituisce «fondamento di molte facoltà che il diritto pubblico abbandona al diritto privato perché le regoli nei loro momenti e nelle loro conseguenze specifiche»<sup>8</sup> – è contraddistinta da caratteri pubblicistici, che si rinvencono, in particolare, con riferimento alla espressa proclamazione dell'invioabilità dei c.d. diritti quesiti ed all'invioabilità delle proprietà, intesi quasi quali «svolgimenti» (impliciti) della prima libertà, pur non espressamente evocata dal testo dello Statuto. È utile ricordare come del riconoscimento (costituzionale) dell'autonomia (e della libertà) dell'iniziativa economica privata dallo Stato si ritiene che fosse espressione quel c. comm. del Regno d'Italia adottato nel 1882 e proteso ad affermare l'autoregolazione del processo economico anche attraverso la stessa separazione del c. comm. dal c.c., in linea con la concezione liberistica dello Stato e con le teorie della scuola economica classica inglese<sup>9</sup>.

Per un espresso riconoscimento del ruolo centrale assegnato dall'ordinamento alla iniziativa economica privata in Italia occorre, però, attendere la c.d. Carta del Lavoro, elaborata nella vigenza dell'ordinamento corporativo fascista (21.4.1927)<sup>10</sup> e contraddistinta, tuttavia, dall'accoglimento di un modello, per certi versi, contrapposto perché di tipo funzionalista. La predetta Carta, infatti, pur affermando la residualità dell'intervento dello Stato nella produzione economica («l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente la iniziativa privata o quando siano in

<sup>1</sup> In questo senso v. BALDASSARRE, 1971, 584.

<sup>2</sup> Sul punto v. COCOZZA, 2001, 12 ss.

<sup>3</sup> Sul punto v. GALGANO, 1982, 8.

<sup>4</sup> Sul punto, diffusamente, BALDASSARRE, 1971, 584-585.

<sup>5</sup> ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, (testo del 1914), pubbl. nel 1988, 101 ss.

<sup>6</sup> ROMANO S., *cit.*, 101.

<sup>7</sup> ROMANO S., *cit.*, 102.

<sup>8</sup> ROMANO S., *cit.*, 102.

<sup>9</sup> Sul punto COCOZZA, 2001, 14-15.

<sup>10</sup> Sulla configurazione della Carta del Lavoro come «testo base della politica economico-sociale corporativa» v. FRANCESCHELLI, *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974, 364.

gioco interessi politici dello Stato»<sup>11</sup>), espressamente qualificava l'iniziativa economica privata come «lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione»<sup>12</sup> finalizzato al perseguimento degli obiettivi di «benessere dei singoli e sviluppo della potenza nazionale»<sup>13</sup>, specificando che l'organizzazione privata della produzione è una «funzione di interesse nazionale» e che «l'organizzazione dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato»<sup>14</sup>. La «produzione economica» – al perfezionamento della quale si riteneva concorressero non solo coloro che svolgevano un'attività organizzata di impresa, ma anche coloro che esercitavano una libera professione o un'arte – era oggetto, in linea di principio, dell'iniziativa economica dei privati, consentendosi allo Stato di intervenire, nelle forme del «controllo, incoraggiamento e della gestione diretta» non solo, in un'ottica sussidiaria, nei casi di assenza o insufficiente esercizio dell'iniziativa privata, ma anche nel caso più significativo del ricorrere della necessità di realizzare gli «interessi politici dello Stato»<sup>15</sup>.

**1.3 L'art. 41 Cost. nel dibattito in Assemblea Costituente: i «dilemmi» di una formula.** – La questione del rapporto fra iniziativa economica privata e pubblica, già delineata e risolta nei termini succintamente richiamati dalla Carta del Lavoro, è stata anche una delle questioni poste al centro del dibattito svoltosi in Assemblea Costituente in relazione all'approvazione delle disposizioni della nuova Costituzione repubblicana relative all'attività economica. È noto, infatti, che il testo dell'attuale art. 41 non è che la risultante finale di un dibattito acceso testimoniato dalla redazione, in sede di III Sottocommissione, di due distinti articoli (art. 37 e 39) espressivi di due diverse visioni dell'attività economica, cui erano sottese differenti opinioni circa la qualificazione dell'iniziativa economica privata e la definizione degli ambiti dell'intervento dello Stato: l'una (espressa dall'art. 37) volta a configurare la medesima attività eco-

nomica come interamente finalizzata all'esclusivo perseguimento del benessere collettivo e dunque funzionalizzabile a fini sociali (Mortati)<sup>16</sup>, fini definibili dallo Stato mediante «piani» dal contenuto vincolante per i privati; l'altra (contenuta nell'art. 39), viceversa, volta a riconoscere l'iniziativa economica privata come libera e ad impedire però che essa potesse recar danno all'utile pubblico. L'inconciliabilità delle tesi sottintese dalle richiamate disposizioni fu la ragione della soppressione della previsione delle necessarie finalità da perseguire mediante l'attività economica, privata e pubblica, di cui all'art. 37 (che, nel testo originario, avrebbe dovuto precedere ogni altra affermazione sull'iniziativa economica) e del sostanziale recepimento del testo dell'art. 39, al quale finiva con l'essere aggiunto quel 2° co. dell'originario testo dell'art. 37 del progetto, nella sua versione però «depurata» in quanto volta ad evitare che, in sede di programmazione economica nonché di determinazione legislativa di forme di indirizzo e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata a fini sociali, l'iniziativa economica privata potesse essere negata mediante l'adozione di «piani» vincolanti per i privati. È evidente che in tale modo si operava una scelta in favore del riconoscimento dell'iniziativa economica privata in termini di libertà (1° co. dell'attuale art. 41)<sup>17</sup>; e tuttavia, da un lato, la si corredeva di una serie di limiti, penetranti ed importanti, corrispondenti al non contrasto con la sicurezza, la libertà, la dignità umana, ma soprattutto con l'utilità sociale (2° co.), formula fortemente criticata per la sua «pericolosa genericità» da Einaudi<sup>18</sup>, dall'altro, la si «assoggettava» alla possibilità che il legislatore statale intervenisse a determinare programmi, a prevedere controlli per indirizzare e coordinare la medesima iniziativa a fini sociali, così da indurre addirittura taluno in dottrina<sup>19</sup> a qualificare la norma che ne era risultata come «indeterminata nel suo nucleo politico centrale» e «anfibia», suscettibile, cioè, di essere sviluppata in due opposte direzioni. È infatti il peculiare «statuto»

<sup>11</sup> Così dichiarazione IX.

<sup>12</sup> Così la dichiarazione VII.

<sup>13</sup> Dichiarazione IX.

<sup>14</sup> Dichiarazione VII.

<sup>15</sup> Sulla qualificazione del valore della massimizzazione della produzione come «valore tipico [...] di ordinamenti in cui la politica di potenza (anche economica) trova il proprio riconoscimento anche al livello normativo» come dimostrato dall'«ordinamento fascista, nel quale il principio veniva espressamente preveduto, anche se in una fonte di dubbia precettività quale la Carta del Lavoro (dichiarazioni II e VII, 2° co.)» v. LUCIANI, 1983, 139.

<sup>16</sup> In favore della funzionalizzazione sociale dell'iniziativa economica si era espresso, in particolare, Mortati: v. l'intervento nella seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 3931.

<sup>17</sup> In favore dell'idea secondo la quale l'assetto definitivo delle disposizioni costituzionali rivelava l'avvenuto mutamento di prospettiva circa l'attività economica privata, non più subordinata al raggiungimento di fini predeterminati dal pubblico potere, v. MAZZIOTTI, 1956, 150 ss.

<sup>18</sup> V. l'intervento nella seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 3937-38. Sul punto, nell'ambito della rievocazione dei lavori preparatori, v. PACE, *Libertà d'iniziativa economica*, in Id., 1992, 458.

<sup>19</sup> CHELI, 1960, 300 ss.

dell'attività economica delineato dall'art. 41 Cost. - e, più ancora, la considerazione delle diverse «anime» che all'elaborazione del medesimo avevano contribuito - ad aver provocato, in specie all'indomani dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, tante e così diverse e contrastanti interpretazioni, al punto da fare della disposizione in esame una delle disposizioni costituzionali di più controversa interpretazione, ma anche ad un tempo la «chiave di volta» dell'intera Costituzione economica italiana, intesa - quest'ultima - nel suo significato «neutro» di insieme delle disposizioni costituzionali inerenti ai rapporti economici<sup>20</sup>.

Da un lato, infatti, l'esplicita - ed innegabile - proclamazione della libertà di iniziativa economica e la inevitabile connessione di quest'ultima non solo con la consacrazione costituzionale della proprietà privata (art. 42) - peraltro demandata, quanto al riconoscimento ed alla garanzia, al legislatore ordinario -, ma soprattutto con le altre libertà individuali, in quanto ritenuta espressione della personalità umana

in un ordinamento costituzionale che pone al proprio centro lo sviluppo della persona umana (i diritti di quest'ultima), non poteva non indurre a ritenere accolta nel sistema quella «certa dose di liberismo economico» auspicata da Einaudi come garanzia della stessa «libertà di pensare»<sup>21</sup>. Dall'altro, il mancato espresso riconoscimento dell'inviolabilità di siffatta libertà, nonché l'apprestamento di vincoli assai più rigidi e penetranti di quelli previsti per le libertà civili all'esercizio della medesima, hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà uno status di libertà «dimidiata», di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile, diversamente da queste ultime, come diritto fondamentale e conseguentemente priva dei caratteri ritenuti propri (solo) di siffatti diritti<sup>22</sup>, ove non addirittura, pur in contrasto con le risultanze dei lavori preparatori (e con la configurazione stessa di un diritto di libertà), di situazione soggettiva funzionalizzabile al mero perseguimento di quei fini di utilità

<sup>20</sup> È, infatti, noto che l'espressione «costituzione economica» - utilizzata dalla dottrina italiana in una maniera, come si è detto, prevalentemente descrittiva, volta ad indicare solo l'insieme delle norme costituzionali concernenti i rapporti economici - è stata ed è tuttora, da taluno, impiegata in un senso tutt'altro che neutro. Esiste, cioè, un'accezione di costituzione economica secondo la quale essa corrisponderebbe ad un «complesso normativo in qualche misura autonomo rispetto all'insieme della Costituzione, della quale peraltro sarebbe il nocciolo essenziale, il dato realmente infungibile attorno al quale finiscono per ruotare i (viceversa) contingenti contenuti delle disposizioni relative ai rapporti politici, sociali»: così LUCIANI, 1990, 375. Tale nozione di «costituzione economica» si era affermata nel dibattito giuspubblicistico tedesco, all'indomani della prima guerra mondiale, in relazione al tormentato avvento della democrazia pluralistica in Europa ed alla necessità di coniugare, ad un tempo, diritto ed economia, «sia per affermare libertà, sia per assicurare interventi pubblici nella sfera economica» (così COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di «costituzione economica»*, in *Dir. economia*, 1992, 90) ed era stata ribadita negli anni cinquanta, in corrispondenza dell'emersione della concezione neoliberista dell'«economia sociale di mercato». A fronte delle richiamate esigenze, infatti, la dottrina giuspubblicistica tedesca, nel suo filone liberale, che aveva recepito le concezioni della scuola fisiocratica del pensiero economico, aveva identificato nella *Wirtschaftsverfassung* l'«ordinamento giuridico della vita economica», contraddistinto da proprie regole e propri «valori», autonomi e diversi da quelli operanti negli altri contesti nei quali si esplicano le attività sociali dell'uomo e quindi - nel settore economico, appunto, - potenzialmente confliggenti e prevalenti sugli altri. Si era, in altri termini, delineata - da parte dei principali sostenitori di tale indirizzo (fra cui BOHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, 1933; EUCKEN, *Die Grundlage der Nationalökonomie*, Berlin, 1959) - una netta separazione tra la sfera dell'economico e tutte le altre sfere in cui si esplicano i rapporti sociali degli individui ed il conseguente «isolamento» della disciplina dei rapporti economici dal complessivo sistema giuridico-costituzionale, simbolizzato dalla «costituzione economica» intesa quale «modello normativo autofondantesi, ossia capace di trovare in se stesso il proprio specifico valore e, come tale, in grado di dar vita altresì a nuove categorie giuridiche»: così BALDASSARRE, 1971, 582, nt. 2. Il risultato era quello della «distinzione-separazione fra Stato e società», più precisamente di una «contrapposizione (...) fra Stato e mercato», «inaccettabile per un ordinamento democratico» e tanto più «nelle Costituzioni degli odierni Stati sociali» (così LUCIANI, 1990, 132-133).

In apparente polemica con i sostenitori della tesi della Costituzione economica si era espresso SCHMITT, *Il custode della Costituzione* [1931], trad. it., Milano, 1981, 149) il quale, nel sottolineare l'inadeguatezza della configurazione di una «costituzione economica» in un ordinamento liberale come quello delineato dalla Costituzione di Weimar, osservava che una costituzione politica del tipo di quella di Weimar, che contenesse in sé una costituzione economica senza essere da quest'ultima sostituita, «sarebbe una formazione di fantastica mostruosità, giacché conterrebbe al suo interno costituzioni diverse e contraddittorie»: le norme sulla costituzione economica fonderebbero, infatti, una «seconda costituzione complementare che metterebbe nuovamente in discussione tutto quanto l'impianto organizzatorio precedente», a meno di non voler ritenere che detta costituzione economica sia non già parte integrante della Costituzione dello Stato, ma - in linea con le indicazioni suggerite dai primi sostenitori della Costituzione economica - «una costituzione economica della società, separata dalla Costituzione dello Stato» e quindi da essa del tutto autonoma.

<sup>21</sup> Sul punto v. PACE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 458.

<sup>22</sup> V., in particolare, LUCIANI, 1983, 582 ss. Sul peculiare statuto che contraddistinguerebbe i diritti fondamentali della persona - fra i quali non rientrerebbe quello della libertà di iniziativa economica - v. anche BALDASSARRE, *Le trasformazioni dell'impresa di fronte alla Costituzione*, in *Democr. e dir.*, 1977, 28.

sociale individuati dall'attività pubblica di programmazione dell'attività economica<sup>23</sup> letta come «pianificazione» vincolante ed autoritativa, in linea peraltro con quelle altre previsioni della Costituzione economica italiana di cui all'art. 43 in tema di collettivizzazioni nonché di cui all'art. 42 in tema di «funzione sociale» della proprietà privata.

Ora, ove si escludano le interpretazioni della disposizione in esame adottate – all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana – sulla suggestione di quelle posizioni presenti in Assemblea Costituente anche se rimaste sconfitte nel dibattito sull'approvazione delle norme relative ai rapporti economici, vistosamente incompatibili con il dettato costituzionale, appare ragionevole la molteplicità delle opzioni interpretative suscitate dal peculiare «statuto» dell'iniziativa economica privata delineato non solo dalla medesima disposizione in esame o dalle altre disposizioni costituzionali relative ai rapporti economici, ma anche – e forse soprattutto – dalla inevitabile connessione di queste ultime con i principi fondamentali, di eguaglianza oltre che di libertà, accolti dalla Costituzione repubblicana come cardini dell'intero ordinamento democratico. Alla stessa accusa rivolta nei confronti della normativa contenuta nell'art. 41 in esame di essere, non solo di difficile interpretazione, ma «disarmonica» o addirittura «contraddittoria» e «di compromesso» per il fatto di contenere ad un tempo l'affermazione di valori di libertà individuale ed il riconoscimento di esigenze di controllo e programmazione delle attività dei singoli da parte dei pubblici poteri nel nome di valori sociali e di interessi generali<sup>24</sup>, è stata opposta (dalla dottrina ma più ancora dalla giurisprudenza costituzionale<sup>25</sup>) la possibilità, anzi la necessità di una lettura unitaria della stessa norma, proprio alla stregua di quei principi fondamentali caratterizzanti il «nuovo» ordinamento costituzionale e volti ad esaltare la centralità della persona umana, in specie dei diritti assegnati a quest'ultima (in primo luogo dei diritti di libertà), in un'ottica di (eguale) garanzia dei singoli e delle formazioni sociali da essi create, nei confronti dei poteri pubblici e privati<sup>26</sup>. In questa me-

desima prospettiva si è ritenuto di rintracciare nell'art. in esame il fondamento di un sistema ad «economia mista»<sup>27</sup> (formula, questa, aspramente criticata), corrispondente non già ad un modello economico preciso, ma semplicemente ad un sistema risultante dal contemporaneo riconoscimento della libera iniziativa privata – che non deve, tuttavia, svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, su cui è fondato il sistema costituzionale – e da forme (eventuali) di intervento pubblico volte ad indirizzare e coordinare «a fini sociali» l'attività economica pubblica e privata.

**1.4 L'art. 41 Cost. secondo il diritto comunitario.** – Le richiamate ambiguità sottese alla formula dell'art. in esame, quindi, sono state, almeno in parte, presto fuggite dagli indirizzi della prevalente giurisprudenza costituzionale, affermatasi sin dai primi interventi della Corte costituzionale sul punto<sup>28</sup> (nonché di una parte della dottrina), nel segno del riconoscimento e della garanzia della iniziativa economica privata come diritto di libertà e dell'esclusione della funzionalizzazione del diritto, oltre che dal fallimento di quell'unica esperienza di legge di programmazione, la l. 685/1967 contenente il «primo piano quinquennale», unanimemente classificata, in ragione dell'assenza in essa di qualunque contenuto normativo, «libro dei sogni»<sup>29</sup>. E tuttavia è solo con l'accelerazione del processo di integrazione europea avutasi all'inizio degli anni novanta – oltre che con il consolidamento del «primato» del diritto comunitario – che talune opzioni interpretative sono state definitivamente estromesse dal sistema, ritenendosi così avviato quello che è stato qualificato come il «processo di emancipazione dallo schema dirigitico prefigurato dalla Costituzione»<sup>30</sup>. La scelta in favore del «principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art. 4.2 TCE), il divieto di aiuti pubblici alle imprese, unitamente con la proclamazione della libertà di circolazione dei capitali, delle merci, dei servizi e delle persone<sup>31</sup>, immediatamente vincolanti per le politiche economiche degli Stati

<sup>23</sup> In tal senso, v., in particolare, MORTATI, *Il diritto al lavoro*, in *Atti della Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione*, IV, 1, Roma, 1953, 79 ss.

<sup>24</sup> In questo senso v. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 175-176. Sul punto v. anche MORBIDELLI, 1989, 1.

<sup>25</sup> Per le principali indicazioni di dottrina e giurisprudenza sul punto si rinvia *infra* par. 2.1.

<sup>26</sup> Sul punto v. COCOZZA, 2001, 30.

<sup>27</sup> Sulla formula dell'«economia mista» v. BALDASSARRE, 1971, 587.

<sup>28</sup> Per indicazioni più dettagliate sul punto v. *infra* par. 2.1.

<sup>29</sup> Si trattava della l. 685/1967, di approvazione del primo Piano economico quinquennale 1966-1970 con cui si intendeva determinare il «quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo e di tutti gli investimenti pubblici».

<sup>30</sup> Così NANIA, 2001, 78.

<sup>31</sup> Per una più puntuale disamina dei caratteri della disciplina comunitaria dell'iniziativa economica e del mercato si v. *infra* par. 3.

membri, hanno inevitabilmente inciso sulla portata dell'art. 41 imprimendo a quest'ultimo caratteri in parte nuovi, di cui il legislatore ordinario si è, in alcuni casi, fatto carico di assicurare gli «svolgimenti». È così che, da un lato, - in linea con l'affermazione comunitaria della centralità della tutela della concorrenza, «raccolta» e «sviluppata» dal legislatore ordinario, in particolare, con la l. 287/1990<sup>32</sup> - si sono dispiegate le virtualità concorrenziali «nascoste» nelle pieghe del 1° co. dell'art. in esame (non da tutti condivise in dottrina<sup>33</sup>), ravvisandosi la libertà di concorrenza come naturale espressione dello svolgimento della libertà di iniziativa economica (oggi confermata dall'espressa consacrazione costituzionale della «tutela della concorrenza» nell'art. 117, 2° co., come sostituito dalla l. cost. 3/2001), e si è desunto dalla medesima previsione l'implicito riconoscimento (e l'implicita, connessa tutela) del mercato (concorrenziale) inteso come sistema oggettivo capace di esprimere il massimo realizzabile di efficienza economica e di crescita del tenore di vita collettivo; dall'altro, si sono fortemente ridimensionate quelle indicazioni di cui al 2° e 3° co. (fino al punto di indurre a ritenere le medesime previsioni «quiescenti» al pari di quelle di cui all'art. 43<sup>34</sup>) volte a legittimare gli interventi pubblici nell'economia, anche alla luce di quel principio di «sussidiarietà orizzontale» consacrato dall'ordinamento comunitario, appunto, e volto a sanzionare definitivamente la recessività dell'intervento pubblico in economia, la sua progressiva riduzione ove non la sua emarginazione a fronte del riconoscimento della competenza generale e prioritaria del privato in materia economica.

## 2. Commento

**2.1 La nozione di «iniziativa economica»: l'«oggetto» tutelato dalla norma.** - L'elevata problematicità (richiamata *supra*) della interpretazione della disposizione in commento è subito dimostrata da quello che è stato, per molto tempo, un primo, centrale snodo interpretativo: quello della identificazione dell'oggetto tutelato dalla norma. Si sono, infatti, contrapposte, in dottrina, ipotesi molto diverse, con con-

seguenze ricostruttive talora inconciliabili. In primo luogo, si è ritenuto di distinguere l'«iniziativa economica» dal suo «svolgimento», ravvisando la prima nel solo atto propulsivo dell'attività (corrispondente alla decisione se intraprendere o meno un'attività economica e comprensivo della eventuale destinazione dei capitali al processo produttivo<sup>35</sup>) di cui si è postulata l'assoluta libertà<sup>36</sup>, il secondo, viceversa nella disciplina dello svolgimento della medesima attività ed in particolare nella disciplina dell'impresa, ritenuta al contrario assoggettata ai penetranti limiti di cui al 2° (ed al 3°) co. della medesima norma<sup>37</sup> e, per certi versi, del tutto estranea al medesimo raggio d'azione della libertà.

Di tale ipotesi, che delineava una «frattura» interna della norma identificando, quindi, due distinti oggetti della stessa, è stata - fin da epoca risalente - esclusa la fondatezza, in particolare dalla giurisprudenza costituzionale che ha, in ripetute occasioni, affermato che la «garanzia posta nel 1° co. di quest'articolo [...] riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento»<sup>38</sup>, riconoscendo così l'unitarietà dell'oggetto tutelato dalla norma e la conseguente necessaria applicazione anche all'atto di iniziativa dei limiti posti dal 2° (e dal 3°) co. della stessa. Tale soluzione non ha tuttavia sciolto definitivamente il nodo dell'oggetto tutelato dalla norma in esame. Altre ipotesi ricostruttive sono state, infatti, elaborate sul punto ed hanno portato alla prefigurazione di ulteriori scenari confliggenti.

Da un lato, vi è chi ha ritenuto di dover ricondurre all'art. in esame la sola attività di impresa, in ragione della parentela lessicale tra le parole «iniziativa» ed «intrapresa» economica connesse all'aggettivazione «economica» nonché alla definizione di imprenditore di cui al c.c. come colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi (art. 2082 c.c.)<sup>39</sup>, facendo leva anche sull'idea che solo l'esercizio di una simile attività (corrispondente all'esercizio di un «fascio di libertà» fra cui la libertà di disporre dei beni, la libertà di investire i capitali, la libertà di destinarli alla produzione o allo scam-

<sup>32</sup> Si tratta della l. 287/1990, recante «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato».

<sup>33</sup> Escludeva che fosse nelle intenzioni dei costituenti assegnare all'art. 41 Cost. il riconoscimento (e la tutela) della libertà di concorrenza AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Atti del Convegno di Ferrara, 11-12.10.1991, Padova, 1997, 7 ss.

<sup>34</sup> Sull'incidenza della realizzazione dell'integrazione europea sulle norme costituzionali relative ai rapporti economici ed in specie sull'art. 41 Cost. si v. *infra* par. 4.

<sup>35</sup> Nel senso di ricomprendere l'atto di destinazione dei capitali al processo produttivo nell'atto di iniziativa v. BALDASSARRE, 1971, 593.

<sup>36</sup> V., in specie, MAZZIOTTI, 1956, 153; ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Milano, 1954, 184.

<sup>37</sup> Così BALDASSARRE, 1971, 595.

<sup>38</sup> Così in C. cost. 35/1960; v. anche C. cost. 54/1962.

<sup>39</sup> In questi termini GALGANO, 1982, 3.

bio di beni o servizi o all'acquisizione di ricchezza, la libertà contrattuale, il potere di organizzare il processo produttivo) potesse giustificare l'eventualità, contemplata dal 2° co. della disposizione in esame, di uno svolgimento contrastante, in particolare, con la «dignità umana» e quindi la necessaria opposizione di limiti (con conseguente giustificazione della esclusione della configurazione della libertà economica come diritto della persona ed affievolimento della stessa)<sup>40</sup>.

Dall'altro, si è delineata la tesi di chi viceversa ha rintracciato nell'art. 41 la copertura costituzionale di ogni atto con cui il soggetto sceglie il fine economico che intende perseguire e, in via immediata, l'attività con cui organizza i mezzi per raggiungerlo, in linea con l'idea della configurazione della libertà economica come di un diritto di libertà propria della persona, giungendo a comprendervi non solo l'esercizio di una libera professione, ma anche la prestazione di lavoro subordinato o addirittura la scelta di formare organizzazioni sindacali di categoria o di aderire ad organizzazioni sindacali già esistenti<sup>41</sup>.

Ora, al di là della complessità logica di una riconduzione di attività quali l'adesione o anche la formazione di organizzazioni sindacali di categoria o anche dello stesso lavoro subordinato al concetto di «iniziativa economica», occorre ricordare che tale tesi è stata, nei suoi estremi sviluppi, disattesa dalla prevalente dottrina e dalla stessa giurisprudenza costituzionale, la quale, tuttavia, sulla scia delle indicazioni dei lavori preparatori della Costituzione, ha egualmente escluso la riconducibilità alla sola attività di impresa dell'«iniziativa economica privata», essendo l'impresa soltanto una delle forme di esercizio dell'attività economica<sup>42</sup>, rintracciando nella disposizione in commento il fondamento costituzionale (e la disciplina) anche di altre attività economiche sebbene non organizzate ad impresa, quali quelle occasionali o anche il lavoro autonomo, fino in alcuni casi a comprendervi (non senza vivaci critiche) l'esercizio di attività economiche consistenti nelle professioni intellettuali<sup>43</sup>.

Quanto, infine, alla possibilità di rintracciare nelle maglie della disposizione in commento un autonomo fondamento della libertà contrattuale, essa si è rite-

nuto potesse ravvisarsi solo ove fosse stata accolta la nozione ampia di iniziativa economica privata di cui si è detto sopra, corrispondente ad ogni attività da cui possa derivare un vantaggio economico a chi la svolge<sup>44</sup>: una volta accantonata, come si è visto, tale ipotesi, la libertà contrattuale finisce con il risultare costituzionalmente fondata solo in quanto si riveli strumentale alla realizzazione di una situazione soggettiva espressamente protetta dalla Costituzione e corrispondente, ad esempio, alla libertà di iniziativa economica o al diritto di proprietà, cosicché ogni limite posto alla libertà contrattuale si rivela legittimo – come affermato dalla Corte costituzionale – solo in quanto «preordinato al raggiungimento degli scopi previsti e consentiti dalla Costituzione» in relazione alla situazione sostanziale<sup>45</sup> e quindi anche in relazione all'iniziativa economica<sup>46</sup>.

## 2.2 I limiti del 2° co. e la questione della riserva di legge.

– Al di là della questione della complessità (ove non dell'impossibilità) di una elencazione di tutte le attività specificamente riconducibili all'iniziativa economica di cui all'art. in esame, le indicazioni richiamate in relazione all'oggetto tutelato dalla norma confermano il dato dell'unitarietà della disposizione in esame, almeno alla stregua degli indirizzi ormai più che consolidati della giurisprudenza costituzionale. Questo comporta la conseguenza – segnalata sin da epoca assai risalente da una parte della dottrina<sup>47</sup> – per la quale il 2° co. dell'art. in esame fa corpo con la proclamazione di libertà del 1° co. cosicché deve ritenersi che «il diritto di cui al 1° e al 2° co. dell'art. 41 non è riconosciuto dalla Costituzione in modo assoluto, ma solo entro i limiti fissati dal 2° co. dell'articolo stesso»<sup>48</sup>, limiti esterni al diritto, i quali incidono quindi sulla configurazione della situazione soggettiva di libertà. Quanto a tali limiti – che corrispondono al riconoscimento di altrettanti principi costituzionali, quali la libertà, la sicurezza, la dignità umana, nonché l'utilità sociale – si è posto il problema della loro operatività e si sono, anche in tal caso, fronteggiate due distinte tesi: l'una, confortata fin da epoca risalente dal conforme indirizzo della giurisprudenza costituzionale, secondo la quale essi sarebbero oggetto di una riserva di legge

<sup>40</sup> Sul punto si sofferma BALDASSARRE, 1971, 599, il quale muove dall'assunto secondo il quale i diritti della persona sono «espressione vivente della stessa dignità umana».

<sup>41</sup> In questo senso v. MAZZIOTTI, 1956, 151; ESPOSITO, *La Costituzione*, cit., 172.

<sup>42</sup> Così dagli atti della discussione generale in III Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, seduta del 3 ottobre 1946, in A.C., Discussioni, III Sottocommissione, 181-182. Sul punto v. diffusamente PACE, 1992, 465.

<sup>43</sup> In questo senso cfr. C. cost. 13/1961, 17/1976, 59/1976; problematicamente v. C. cost. 89/1984.

<sup>44</sup> Nel senso appena detto v., in particolare, MAZZIOTTI, 1956, 151.

<sup>45</sup> In questo senso cfr. C. cost. 30/1965, 241/1990.

<sup>46</sup> Sul punto v. ancora PACE, 1992, 469.

<sup>47</sup> Così ESPOSITO, 1962, 33 ss.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

implicita, desumibile dagli stessi «principi generali informativi dell'ordinamento democratico secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura»<sup>49</sup>, l'altra che, viceversa, ne sostiene l'immediata precettività, ritenendo che, «indipendentemente da leggi che diano maggiore precisione o concretizzazione alle formule adottate dalla Costituzione lì dove essa stabilisce limiti, divieti o binari per lo svolgimento delle iniziative, i singoli siano tenuti a rispettare i limiti fissati dall'art. 41, 2° co., Cost., i giudici a decidere sul loro rispetto e le autorità esecutive, nei limiti della propria competenza, ad imporne l'esecuzione anche attraverso l'emissione di atti regolamentari»<sup>50</sup>. Quest'ultima tesi – che dietro l'idea dell'esistenza di una riserva di legge implicita in materia di limiti all'iniziativa economica privata ravvisa la inammissibile sopravvivenza, sotto mentite spoglie, della configurazione delle disposizioni costituzionali come meramente programmatiche (che aveva avuto «qualche successo» appena entrata in vigore la Costituzione repubblicana, ma che era stata, poi, presto superata in buona misura grazie al contributo della giurisprudenza costituzionale) – è stata ripresa e «svilupata», in dottrina, con particolare riferimento agli interessi e diritti costituzionali contemplati nella seconda parte del 2° co. dell'art. in esame. Si è cioè evocata l'idea dell'immediata precettività della previsione dei limiti all'iniziativa economica privata corrispondenti alla tutela della libertà, della dignità umana e della sicurezza, interessi e diritti già espressamente contemplati in altre disposizioni costituzionali e quindi già immediatamente efficaci nei confronti dell'operatore economico sotto forma di doveri di rispetto delle situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate (i diritti di libertà del dipendente e del terzo, la sicurezza del dipendente e del terzo, la dignità del dipendente e del terzo), ma suggestivamente richiamati attraverso la «formula omnicomprensiva» del 2° co. dell'art. in commento a fini di ulteriore garanzia dell'immediato rispetto dei medesimi da parte di chiunque eserciti la libertà economica<sup>51</sup>. Detta preoccupazione – di assicurare il ri-

spetto di quei diritti ed interessi già costituzionalmente tutelati – si è ritenuto, d'altro canto, che si giustificasse anche in considerazione delle peculiari caratteristiche della libertà economica, la quale si realizza prevalentemente attraverso atti giuridici aventi contenuto patrimoniale, implica la trasmissibilità, rinunciabilità e disponibilità dei singoli diritti che al titolare spettano sui vari beni costituenti l'azienda, ecc., caratteristiche che rendono ragione di una maggiore compressione della medesima nell'ipotesi di contrasto con i suddetti diritti ed interessi, e che costituiscono fondamento giustificativo, ad un tempo, della configurazione della predetta libertà come «diritto non essenziale della persona»<sup>52</sup> ovvero della più estrema esclusione – sostenuta da altra dottrina<sup>53</sup>, ma contraddetta dalla giurisprudenza costituzionale – della medesima libertà dal novero dei diritti fondamentali, ritenuti dotati di un rango superiore e di caratteristiche quindi peculiari (fra cui, ad esempio, l'irriducibilità), con conseguenze perciò assai più radicali sulla qualificazione della libertà in commento<sup>54</sup>. Proprio le predette caratteristiche peculiari della libertà in commento, d'altro canto, giustificerebbero la necessità dell'intervento del legislatore ordinario, a prescindere dall'esistenza o meno di una riserva di legge implicita, tutte le volte in cui tale libertà possa essere pregiudicata dalla imposizione di un obbligo o di un divieto di carattere personale o patrimoniale (ai sensi dell'art. 23 Cost.) o anche allorquando – come in molte delle ipotesi cui si riferivano le decisioni della Corte costituzionale nelle quali è stata affermata l'esistenza di una riserva di legge implicita – detto intervento si riveli doveroso al fine di soddisfare il principio di legalità dell'azione amministrativa (ai sensi dell'art. 97 Cost.), delineandosi l'attribuzione di compiti o di poteri alla P.A.<sup>55</sup>. In favore, tuttavia, del riconoscimento dell'esistenza di una riserva di legge implicita nel 2° co. dell'art. in esame, vanno, come si è detto, le indicazioni della Corte costituzionale, la quale, sin da epoca assai risalente<sup>56</sup>, ha ritenuto di rintracciare, nelle pieghie delle disposizioni costituzionali in materia economica (artt. 41, 42, 43 e 44), «una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di

<sup>49</sup> Cfr. C. cost. 4/1962.

<sup>50</sup> In questo senso v. ancora ESPOSITO, 1962, 33.

<sup>51</sup> Sul punto v. PACE, 1992, 483.

<sup>52</sup> In questi termini PACE, 1992, 477, il quale, muovendo dalla previsione, operata dall'ordinamento, della scindibilità del concreto esercizio dalla giuridica titolarità della libertà economica – diversamente da quanto previsto in tema di libertà civili – ne ricava la «non essenziale» inerenza della predetta libertà economica alla persona umana.

<sup>53</sup> Cfr., in particolare, LUCIANI, 1983, 582 ss.

<sup>54</sup> Così BALDASSARRE, 1971, 582.

<sup>55</sup> In questo senso PACE, 1992, 481.

<sup>56</sup> Nel senso di dare atto alla Corte costituzionale «di non aver avuto remore sin dalla prima ora [...] nell'estendere la riserva di legge al campo in questione, nonostante il suo intervento fosse destinato ad assomigliare agli occhi di molti ad una temeraria riscrittura della disposizione costituzionale» si esprime NANIA, 2001, 76.

legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante»<sup>57</sup>: costante che sembrerebbe confermata dallo stesso testo dell'art. 41 in esame, il quale, prevedendo espressamente, al 3° co., il necessario intervento del legislatore ordinario per la determinazione dei programmi e controlli opportuni «perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (per la definizione cioè di quelli che sono stati configurati come i limiti «positivi» dell'attività economica privata), si è ritenuto che non possa non esigere egualmente anch'è implicitamente, anche per i limiti negativi di cui al 2° co., il medesimo intervento del legislatore ordinario. E ciò tanto più ove si tenga conto che, fra i predetti limiti «negativi» di cui al 2° co., ve ne è uno, quello del non contrasto con «l'utilità sociale», la cui vaghezza ed indeterminazione ne rende quanto meno complessa l'immediata operatività, implicando l'opportunità, ove non la necessità, dell'intermediazione del legislatore.

**2.3 Il limite dell'utilità sociale: il contributo della giurisprudenza costituzionale.** – Quanto a quest'ultimo limite, è noto che fu oggetto del più acceso e contrastato dibattito, sin dal suo primo appalesarsi, in ragione della ritenuta difficile qualificazione della formula impiegata, tanto ampia (e generica) da essere considerata, in sede di Assemblea Costituente<sup>58</sup>, da Einaudi, addirittura inconoscibile, in quanto espressiva di una norma indeterminata ed indeterminabile<sup>59</sup>. Di una simile formula – che ha inciso ed incide non poco sulla stessa qualificazione della natura dell'iniziativa economica privata (diritto di libertà non fondamentale, situazione soggettiva funzionalizzabile, ecc.) – sono state proposte le più varie interpretazioni, e si sono delineati i più diversi contenuti, ravvisandosi in essa ora l'esigenza di raggiungere i massimi livelli di occupazione, attraverso una lettura proposta da Mortati che congiungeva in maniera sistematica l'art. 41 all'art. 4 Cost.<sup>60</sup>, ora il «recupero» della nozione utilitaristica di Bentham secondo cui essa corrisponderebbe alla «maggior

quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini»<sup>61</sup>, ora ancora il «benessere economico collettivo» inteso quale «progresso materiale di tutti in condizioni di eguaglianza»<sup>62</sup>. In considerazione della oggettiva difficoltà di identificare una precisa definizione di «utilità sociale» e della «irriducibile poliedricità» della medesima, riferibile a due distinti campi applicativi costituiti ora dai rapporti interni dell'unità produttiva, ora dalla sua attività rivolta all'esterno, e quindi riferibile ora ai bisogni dei lavoratori dipendenti, ora a quelli dell'intera società ovvero di quei soggetti che nella singola fattispecie si presentino investiti dell'interesse sociale<sup>63</sup>, si è proposta la qualificazione dell'utilità sociale quale «principio-valvola» che consente «l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali», ma anche quale «concetto di valore» intriso di «giustizia sociale», che partecipa dei caratteri dei valori costituzionali che connotano l'ordinamento, e che quindi è teso alla realizzazione di quel progetto di trasformazione della società italiana voluto dal 2° co. dell'art. 3 Cost.<sup>64</sup>. In tal modo, se da un lato si è esclusa ogni forma di «pietrificazione» della nozione di utilità sociale attraverso un unico intervento del legislatore<sup>65</sup>, dall'altro si è riconosciuto il rilevante ruolo dello stesso nella individuazione delle singole (e svariate) fattispecie normative nelle quali si rintracci l'utilità sociale, ma soprattutto si è evidenziato il fondamentale compito dell'organo di giustizia costituzionale, chiamato a verificare, in virtù della propria posizione istituzionale di garante della Costituzione, in primo luogo i fini effettivamente perseguiti dalla legge (nel nome della necessità di evitare il contrasto con l'utilità sociale) e l'idoneità dei mezzi predisposti a perseguirli. Detto controllo (di cui si è sottolineata la estrema delicatezza in ragione del carattere complesso del parametro sia in relazione alla sua formazione, vale a dire al «ricorso a criteri non espressamente codificati o, come pure si dice impropriamente, extragiuridici», sia in relazione alla sua struttura, vale a dire alla «mutabilità e mobilità degli specifici valori che vi si incarnano»<sup>66</sup>), è stato, sin da tempi assai risalenti, svolto dalla Corte costi-

<sup>57</sup> Cfr. C. cost. 40/1964.

<sup>58</sup> Così nella seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 3938.

<sup>59</sup> In tal senso si espresse Einaudi in Assemblea Costituente, arrivando alla conclusione che «una norma la quale non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale ed arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma, essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi di interpretazione saranno conformi a ciò che non esiste».

<sup>60</sup> Così appunto MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 141 ss.

<sup>61</sup> In tal senso v. COLI, *Proprietà ed iniziativa privata*, in *Comm. Calamandrei-Levi*, Firenze, 1950, I, 363.

<sup>62</sup> Così SPAGNUOLO VIGORITA, 1959, 243.

<sup>63</sup> In questi termini BALDASSARRE, 1971, 603.

<sup>64</sup> Così LUCIANI, 1983, 117.

<sup>65</sup> Sul punto ancora LUCIANI, 1983, 117 ss.

<sup>66</sup> Così BALDASSARRE, 1971, 605.

tuzionale, la quale, a partire dalla sentenza 14/1964, ha provveduto a delineare i confini del proprio intervento, riconoscendosi competente a sindacare la palese contraddizione dei fini di utilità sociale perseguiti dal legislatore con i presupposti di fatto accertabili, la non assoluta inidoneità dei mezzi predispolti dal legislatore rispetto allo scopo ed infine il perseguimento di finalità palesemente diversa da quella di utilità sociale formalmente indicata<sup>67</sup>. Le caratteristiche di un simile sindacato – sebbene non sempre identicamente svolto, ma talora connotato in termini più «formali» in quanto volto a verificare solo la riconducibilità dei fini perseguiti dalla legge allo spettro delle possibilità consentite dalle clausole costituzionali, altre volte invece più penetrante ed incisivo sulle scelte operate dal legislatore<sup>68</sup> – rendono arduo desumere dalle pronunce della Corte una nozione di «utilità sociale» puntualmente definita, non solo in ragione del risvolto «negativo» del controllo (sono censurate le scelte del legislatore che non corrispondono ad una «utilità sociale»), ma anche per la varietà dei fini di volta in volta ritenuti idonei a configurare la predetta utilità sociale. E tuttavia, se una precisa definizione di utilità sociale si rivela inaccessibile, è comunque possibile rintracciare, al fondo delle decisioni in tema una «logica comune» corrispondente al principio «secondo cui sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione»<sup>69</sup>, che coincidano cioè con altri interessi o diritti costituzionalmente tutelati, quali, ad esempio, la salute, l'ambiente, il diritto al lavoro, ecc., interessi e diritti la cui tutela imponga, nel bilanciamento con l'iniziativa economica privata, una limitazione di quest'ultima, proprio alla stregua del 2° co. dell'art. 41 in commento. A tal proposito si è osservato che esisterebbe una sorta di «nucleo minimo» del concetto di utilità sociale corrispondente al complesso di «valori che la Costituzione protegge con norme specifiche in materia di libertà personale, sindacale, di espressione e di informazione, di insegnamento; di diritto alla salute, al salario «sufficiente», all'assistenza e previdenza; di tutela del pae-saggio [...]»<sup>70</sup>, non tutti riconducibili ai limiti di cui

alla seconda parte del 2° co. dell'art. 41 e cioè ai limiti della libertà, sicurezza e dignità, ma riferibili anche ad altre situazioni soggettive espressamente protette dalla Carta costituzionale, come ad esempio quelle relative ai diritti sociali, in particolare ove considerati in relazione ai loro presupposti storici di strumenti di attuazione della libertà eguale. In questa direzione vanno quelle decisioni nelle quali la Corte ha riconosciuto il fondamento costituzionale di utilità sociale di quelle limitazioni poste dal legislatore all'attività imprenditoriale nel nome della tutela del diritto dei lavoratori al riposo settimanale<sup>71</sup> o del diritto al mantenimento e all'assistenza sociale<sup>72</sup> o della tutela della donna lavoratrice<sup>73</sup>. Non contraddicono quanto sopra evidenziato, anzi sembrano confermare la tesi della esistenza di un «nucleo minimo» della nozione di utilità sociale in parte coincidente con i limiti di cui alla seconda parte del 2° co. della norma in commento, quelle decisioni della Corte nelle quali si sono individuati, contestualmente, come fondamenti costituzionali delle limitazioni poste all'iniziativa economica privata dal legislatore, sia i limiti di cui alla seconda parte del 2° co. dell'art. 41 in commento, sia il limite dell'utilità sociale, quasi a «rafforzare» la scelta operata dal legislatore e a suggerire una sostanziale contiguità fra gli indicati limiti nel nome della tutela dei diritti e degli interessi costituzionalmente tutelati e quindi della necessità di un contemperamento degli stessi con la libertà di iniziativa economica. È così che la Corte ha rintracciato il fondamento del limite posto all'iniziativa economica avente ad oggetto il gioco d'azzardo nel contrasto con l'utilità sociale oltre che nel danno a libertà, sicurezza e dignità umana arrecato dal gioco d'azzardo<sup>74</sup>, così pure ha ritenuto di ravvisare una ragione di utilità sociale nell'abolizione del lavoro notturno dei fornai necessario a garantire la salute – e quindi anche la sicurezza – dei fornai<sup>75</sup>. Il riferimento al limite dell'utilità sociale, congiuntamente ai limiti della libertà, sicurezza e dignità, ha, d'altra parte, caratterizzato la giurisprudenza costituzionale degli anni novanta, con particolare riferimento alla tutela del diritto dell'individuo a vivere in un ambiente non degradato<sup>76</sup>: se, infatti, nella sentenza 427/1995, la Corte, chiamata a pronunciarsi sul con-

<sup>67</sup> Sul punto v. NICCOLAI, *Sull'utilizzo del principio dell'utilità sociale in una sentenza sulla panificazione*, in *Giur. cost.*, 1991, 472 ss.

<sup>68</sup> Sul punto v. MORRONE, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 2001, 1473-1474.

<sup>69</sup> Così LUCIANI, 1983, 138.

<sup>70</sup> In questi termini CAVALERI, 1978, 37.

<sup>71</sup> C. cost. 111/1974.

<sup>72</sup> C. cost. (ord.) 36/1969.

<sup>73</sup> C. cost. 27/1969.

<sup>74</sup> C. cost. 237/1975.

<sup>75</sup> C. cost. 21/1964. Sul punto v. le indicazioni di COCOZZA, 2001, 44.

<sup>76</sup> Ancora COCOZZA, 2001, 45.

dono edilizio, ha rigettato le censure prospettate in relazione alla presunta lesione di interessi costituzionalmente protetti quali la dignità umana, minacciata dall'abusivismo edilizio, ritenendo detti interessi, corrispondenti all'utilità sociale, adeguatamente tutelati dai rilevanti limiti posti al condono (sul tema è «tomata» nella recente sentenza 196/2004, nella quale ha sottolineato il necessario contemperamento fra gli interessi coinvolti, realizzato nel nome dell'utilità sociale, dalla disciplina sul condono quali la tutela del paesaggio, della cultura, della salute, oltre che di quegli altri interessi, pure di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell'abitazione e del lavoro), nella ord. 186/1996, in tema di rifiuti speciali di origine industriale, assimilabili agli scarichi tossici e nocivi, ha rintracciato il fondamento giustificativo degli obblighi di comunicazione inerenti alla quantità e qualità dei rifiuti prodotti non tanto e non solo nel limite dell'utilità sociale (più volte successivamente connesso alla tutela dell'ambiente<sup>77</sup>), quanto esplicitamente nel limite della sicurezza, libertà e dignità umana «da ricollegarsi anche alla tutela dell'ambiente» in cui l'individuo vive. In alcuni casi, tuttavia, è più arduo rinvenire le tracce di quella «logica comune» alla maggior parte delle pronunce della Corte sul tema di cui si è detto prima: è accaduto, infatti, in alcune occasioni, che siano stati ritenuti di «utilità sociale» interessi attinenti alla sfera squisitamente economica, più difficilmente riconducibili alle previsioni espresse di cui alla carta costituzionale e corrispondenti a valori economici generali quali l'incremento della produzione<sup>78</sup>, «l'equilibrio locale di mercato tra domanda e offerta»<sup>79</sup>, i «valori aziendali» della concorrenzialità e competitività delle imprese nonché il «sistema economico produttivo vigente»<sup>80</sup>, tutti valori il cui fondamento è rintracciato nella stessa proclamazione costituzionale della libertà di iniziativa economica anche se

sganciati dalla sfera della libertà di iniziativa ed ancorati piuttosto al mercato inteso quale struttura oggettiva. Di quest'ultimo – del cui implicito (e consapevole) riconoscimento nelle maglie del medesimo art. 41, in sede di Assemblea Costituente, si è, in dottrina, dubitato<sup>81</sup>, rintracciandosi la «scoperta» del medesimo solo sulla scia dell'integrazione comunitaria – si sono rinvenuti i caratteri di quei fini di utilità sociale «ai quali deve essere finalizzata l'attività imprenditoriale», nonostante essi si siano risolti in una compressione ad un tempo di diritti ed interessi «altri», quali ad es. i diritti dei lavoratori subordinati dell'impresa, ed anche degli stessi diritti di iniziativa economica degli altri operatori, in una prospettiva di prevalenza della protezione del «sistema economico vigente»<sup>82</sup>. Si è, in altri termini, finito con l'intendere l'utilità sociale come una sorta di «ordine pubblico economico», ma in un senso che sembrerebbe piuttosto distante da quello fatto proprio dalla dottrina francese ed accolto, sulla suggestione di quest'ultima, anche in Italia, già sul finire degli anni sessanta<sup>83</sup>: non già, infatti, come la risultante della «combinazione» del principio di libertà (di iniziativa economica privata) con il principio di giustizia, rispetto al cui soddisfacimento il miglioramento delle condizioni economiche complessive o l'efficienza del sistema economico possano rivelarsi strumentali, ma piuttosto come l'insieme delle ragioni della produttività e dell'efficienza del sistema economico nazionale (le ragioni del «mercato»), elevate a ragioni giustificatrici del sacrificio delle sfere di libertà del soggetto, ivi compresa la libertà economica costituzionalmente consacrata. Tale «eterogenesi» dei fini di utilità sociale – contraddetta in altre decisioni della Corte, nelle quali si è viceversa sottolineato il carattere meramente strumentale dell'efficienza del sistema economico complessivo rispetto ai principi di libertà ed eguaglianza<sup>84</sup> – si sarebbe determinata in

<sup>77</sup> Cfr., fra le altre, C. cost. 196/1998 e 190/2001.

<sup>78</sup> V. C. cost. 78/1958, 5/1962, 45/1962, 30/1965.

<sup>79</sup> Cfr. C. cost. 63/1991.

<sup>80</sup> Cfr. C. cost. 439/1991.

<sup>81</sup> In questo senso v., in particolare, AMATO, *cit.*, 7 ss.

<sup>82</sup> Così ancora C. cost. 439/1991.

<sup>83</sup> Si fa riferimento alla tesi di FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, su cui si è soffermato FERRI, *L'ordine pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 464 ss. L'Autore ha sottolineato come tale nozione fosse stata elaborata dalla dottrina francese in riferimento all'esperienza di «cauto intervento dello Stato [...] nell'attività economica diretta ad arginare l'espandersi del dirigismo privato e, in un certo senso, ad assicurare l'effettivo funzionamento degli stessi principi liberali della libertà di concorrenza e della libertà contrattuale, attraverso la eliminazione delle posizioni di monopolio e del conseguente squilibrio nelle posizioni dei contraenti, specie in materia di lavoro».

<sup>84</sup> In questo senso va C. cost. 97/1969 nella quale l'esigenza «di un ordinato sviluppo del mercato», realizzato attraverso l'attribuzione al prefetto del potere di concedere la licenza per l'apertura di magazzini a prezzo unico, è giustificata in funzione dell'interesse della società ravvisato nella condizione che sia evitato il «rischio che una totale liberalizzazione [...] possa tradursi nella creazione di monopoli non corrispondenti all'interesse dei consumatori e quindi della collettività»; cfr. anche C. cost. 223/1982 e 548/1990; in C. cost. 27/2003 l'efficienza del servizio pubblico farmaceutico viene ritenuta strumentale alla realizzazione del diritto alla salute oltre che del diritto di iniziativa economica degli altri esercenti le farmacie.

corrispondenza della affermazione comunitaria, enfatizzata dalla accelerazione del processo di integrazione, del mercato concorrenziale e della conseguente necessità di leggere le disposizioni del dettato costituzionale in materia economica in maniera conforme rispetto alle indicazioni comunitarie. Si accendeva così il dibattito attorno alla possibilità di rintracciare nelle maglie della disposizione in commento il riconoscimento costituzionale della libertà di concorrenza o ancora del mercato (concorrenziale) e non solo con riferimento alla clausola dell'utilità sociale<sup>85</sup>, come dimostrato dalla stessa l. 287/1990, la quale reca «norme per la tutela della concorrenza e del mercato» «in attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica».

**2.4 Iniziativa economica privata e tutela della concorrenza.** – Se in dottrina si è da tempo sostenuto – sebbene con autorevoli voci dissenzienti<sup>86</sup> – che fosse possibile desumere, sulla base delle stesse indicazioni dei costituenti, dall'art. in commento il fondamento costituzionale della libertà di concorrenza, come libertà per certi versi conseguente alla configurazione della libertà di iniziativa economica quale libertà valevole *erga omnes*, e cioè non solo nei confronti dello Stato e dei pubblici poteri ma anche nei confronti degli altri privati, così da qualificarla quale «eguale possibilità» di tutti i privati «di attivarsi materialmente e giuridicamente nello stesso settore» e quindi «di confrontarsi vicendevolmente, sottoponendo al giudizio del mercato la valutazione, e il conseguente successo, delle reciproche iniziative, necessariamente sempre nuove e diverse, in una competizione senza fine»<sup>87</sup>, si è anche rilevato che solo con l'adesione dell'ordinamento italiano all'ordinamento comunitario, ed in particolare con gli sviluppi di quest'ultimo, si sono forniti robusti strumenti di tutela della concorrenza, e di resistenza nei confronti di quelle letture dei limiti posti all'iniziativa economica privata dallo stesso 2° co. dell'art. in esame volte a determinarne una surrettizia estensione in favore dell'intervento diretto dello Stato nell'economia, fino a giungere alla consacrazione costituzionale espressa della concorrenza, operata dall'art. 117 come modificato dalla l. cost. 3/2001, quale bene o fine o valore costituzionalmente rilevante da perseguire, assegnato, nell'ambito della nuova ripartizione di competenze fra diversi livelli territoriali di governo, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Tale percorso interpretativo – che si snoda lungo traiettorie

non sempre identiche, muovendo dalla libertà di concorrenza e passando attraverso il mercato concorrenziale comunitario e la concorrenza *tout court* di cui al nuovo art. 117 – ha coinciso con una diversa declinazione della concorrenza nella stessa giurisprudenza costituzionale. E, infatti, se è possibile rinvenire in alcune decisioni più risalenti della Corte la qualificazione della concorrenza quale libertà che «integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori» ed è ad un tempo «diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti ed a contenerne i prezzi»<sup>88</sup>, o ancora quale «valore basilare della libertà di iniziativa economica [...] funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori»<sup>89</sup>, è nelle decisioni più recenti che sembra sfumare il richiamo alla concorrenza nei termini di libertà ed accentuarsi invece una diversa «dimensione» della medesima nozione proprio sulla suggestione delle indicazioni comunitarie. Nella sent. 14/2004 la Corte, infatti, non solo afferma che «dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, misure *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza», ma precisa anche che la tutela della concorrenza «costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»: con ciò adombrando l'idea di una valenza oggettiva del mercato concorrenziale, inerente non più tanto o comunque soltanto alle sfere di libertà dei soggetti (comprehensive della libertà di concorrenza, intesa come una sorta di «altra faccia» della libertà di iniziativa economica dei soggetti) quanto al sistema economico oggettivamente considerato, in linea con quel principio «ordinatore» della Comunità di un'«economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art. 4, 1° co., TCE) per la realizzazione del quale sembra pertanto possibile il sacrificio o comunque la compressione delle medesime sfere di libertà economica consacrate dall'art. in commento.

<sup>85</sup> In favore della riconducibilità al limite dell'utilità sociale della disciplina della concorrenza si è espresso OPPO, 1990, 70.

<sup>86</sup> V., in particolare, AMATO, *cit.*, 7 ss.; IRTI, 1998, 18.

<sup>87</sup> In questi termini PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2004, 262-263.

<sup>88</sup> Così C. cost. 223/1982.

<sup>89</sup> Così C. cost. 241/1990.

**2.5 I «programmi» e i «controlli».** – Nell'orizzonte dell'art. in esame in precedenza delineato, il riconoscimento della iniziativa economica privata di cui al 1° co. come libertà consente di leggere i limiti ad essa apposti dal 2° co. come limiti «esterni» all'attività economica privata: il che vuol dire che l'attività economica è garantita anche ove non persegua fini di utilità sociale o non miri allo sviluppo della libertà, della sicurezza e della dignità umana, essendo sufficiente – per soddisfare il precetto costituzionale – che essa non sia svolta in contrasto con tali valori. Nella medesima prospettiva di riconoscimento e tutela della «libertà economica» si svela – di contro a letture «funzionaliste» che non poca fortuna hanno avuto in particolare negli anni sessanta e settanta, sulla base di una fraintesa contiguità con la disciplina delle collettivizzazioni prevista dall'art. 43 – la portata della previsione del 3° co. della disposizione in commento, nella parte in cui attribuisce alla legge il compito (la facoltà) di determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Si è, infatti, rilevato che, «se si ritiene che tra le attività economiche private rientrino quelle che costituiscono lo svolgimento della libertà di iniziativa (art. 41, 1° e 2° co.)<sup>90</sup>, la conclusione è evidente: la previsione di «fini sociali» da perseguire con programmi e controlli non può implicare negazione di quella libertà»<sup>91</sup>. E infatti non può ritenersi che la legge determinativa di programmi e controlli abbia la capacità di far venir meno il principio della libertà dell'iniziativa economica non solo in ragione della unitarietà dell'art. 41 (e dei suoi tre commi), ma anche sulla base delle risultanze dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, che rivelano che, in sede di dibattito, la scelta dell'introduzione del termine «programmi» – in luogo di «piani» – nonché del termine «controlli» implicasse un regime di libertà dell'iniziativa economica privata, pur soggetta a limiti importanti<sup>92</sup>: in questa chiave, la legge determinativa dei programmi e controlli già si riteneva non potesse far altro che indicare degli obiettivi, dotati di una valenza puramente orientativa o persuasiva o «indicativa» (ad esempio mediante misure di incentivazione<sup>93</sup>), e non autoritativa, senza quindi incidere sulla libertà del privato di

determinare le proprie iniziative e di organizzarsi di conseguenza. Il che è stato in più occasioni ribadito dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha precisato che i «programmi» ed i «controlli» non devono essere tali da sopprimere l'iniziativa privata ma solo da indirizzarla e condizionarla<sup>94</sup>, e che – sebbene non debbano essere tali da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificando le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative<sup>95</sup> – essi possono affermarsi in vista del perseguimento di fini di utilità sociale, come nel caso dell'assunzione obbligatoria di determinate categorie di soggetti (orfani di guerra, invalidi), particolarmente meritevoli di tutela<sup>96</sup> o nel caso del divieto di licenziamento delle lavoratrici a causa del matrimonio, a tutela della libertà e dignità delle donne lavoratrici<sup>97</sup> o ancora nel caso della previsione della chiusura settimanale dei pubblici esercizi e la disciplina dell'orario dei negozi, connesse alla tutela del diritto del lavoratore al riposo<sup>98</sup>.

La previsione del 3° co. dell'art. in esame presuppone pertanto alcuni elementi: in primo luogo, la consapevolezza dell'incapacità del mercato di autoregolarsi e di garantire l'«ottimo sociale» e la conseguente attribuzione alla legge del compito di regolazione dell'attività economica in vista della necessità di correggere i «fallimenti» del mercato; in secondo luogo, la garanzia della «riserva (relativa) di legge» in base alla quale solo la legge può intervenire a limitare, sempre dall'esterno, l'attività economica e deve farlo determinando criteri e direttive idonei a contenere in un ambito ben delineato sia l'attività normativa secondaria che la concreta esecuzione amministrativa<sup>99</sup>; ancora, la scelta di una «programmazione» indicativa o per incentivo, contrapposta ad ogni forma di pianificazione totalitaria, di per sé incompatibile con il riconoscimento della libertà economica. Tale ultimo elemento impone una ulteriore riflessione: la legge determinativa dei programmi e controlli opportuni, perché l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, ha ad oggetto non solo l'attività economica privata, che costituisce esercizio della libertà di iniziativa econo-

<sup>90</sup> C. cost. 78/1958, 5/1962, 30/1965.

<sup>91</sup> Così PACE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 487.

<sup>92</sup> Sul punto v. NANIA, 2001, 74-75.

<sup>93</sup> In questo senso BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 918 ss.

<sup>94</sup> Così C. cost. 78/1970.

<sup>95</sup> Così C. cost. 548/1990.

<sup>96</sup> Così C. cost. 279/1983.

<sup>97</sup> Così C. cost. 27/1968.

<sup>98</sup> Così C. cost. 94/1976.

<sup>99</sup> Così C. cost. 52/1958.

nica privata consacrata dall'art. in commento, ma anche l'attività economica pubblica. Quest'ultima indicazione, mentre svela la possibilità che l'attività economica sia svolta dai pubblici poteri in condizioni di parità e di concorrenza con i privati imprenditori – possibilità che ha aperto le porte allo Stato imprenditore e moltiplicato negli anni le forme di intervento pubblico nell'economia, portando alla proliferazione degli enti, dagli enti pubblici economici alle società a partecipazione statale, in un'ottica di governo dell'economia teso, almeno negli intenti, a realizzare la direzione politica del processo economico ed il contestuale rispetto del mercato e delle sue leggi (dalla l. 136/1953, istitutiva dell'Eni, alla l. 1589/1956, istitutiva del Ministero delle Partecipazioni Statali, al d.p.r. 1670/1962 regolante l'organizzazione dell'Enel) –, sollecita la precisazione che detta attività non costituisce e non può costituire esercizio di una libertà, ma piuttosto una funzione, assegnata dalla legge al soggetto pubblico e strutturalmente destinata a soddisfare esclusivamente la fi-

nalità sociale per la quale tale attività viene imputata al soggetto pubblico, in una prospettiva di garanzia di non pregiudizio dei privati<sup>100</sup>.

È soprattutto dagli anni novanta, tuttavia, che tale «delimitazione» dell'intervento pubblico nell'economia si è andato profilando in linea anche con una «ripresa» del principio di sussidiarietà dell'azione statale nel settore della produzione economica<sup>101</sup>, principio – secondo il quale «l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato» e «può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta» – già affermato nella dichiarazione IX della Carta del Lavoro, recepito da Pio IX nella enciclica *Quadragesimo anno* e ribadito dalla *Centesimus annus*, ma tornato in auge anch'esso sulla spinta dell'integrazione comunitaria (ed oggi costituzionalmente consacrato nel diverso ambito della ripartizione dell'attività amministrativa dall'art. 118)<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Nel senso indicato v. in particolare PACE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 478 ss. Nel senso, viceversa, di ritenere che «l'attività economica svolta dai pubblici poteri in condizioni di parità e di concorrenza con i privati imprenditori è essa stessa iniziativa economica privata» si esprime GALGANO, 1982, 18 ss.

<sup>101</sup> Sul punto v. NANIA, 2001, 81; PACE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 479 ss.

<sup>102</sup> È noto che una riflessione sul principio di sussidiarietà – desunto dall'intreccio dei rapporti fra libertà, autonomia e livelli di governo e contraddistinto dalla duplice dimensione di garanzia dell'autonomia del soggetto sussidiato, con conseguente necessità che l'intervento di ausilio sia regolato e giustificato, e di «garanzia che, rispetto a situazioni in cui il soggetto sussidiato dimostri insufficienza di risorse, possa contare sul sussidiante per la realizzazione dei propri interessi» (così D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, 8-9) – è a lungo mancata nella letteratura italiana e si è avviata – quasi esclusivamente con riferimento alla c.d. sussidiarietà verticale – solo all'inizio degli anni novanta. Se, infatti, in Assemblea Costituente è possibile rintracciare i segni di un – pur limitato – dibattito su tale principio, rivelato dall'o.d.g. Dossetti del settembre 1946 (peraltro mai posto in votazione), dopo di esso «si ebbe invece una eclissi della sussidiarietà nel dibattito costituzionale in Italia»: così RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, in AA.Vv., *La riforma costituzionale*, Milano, 1999, 183. E ciò differentemente da altre esperienze di democrazie pluralistiche del secondo dopoguerra, come ad es., quella della Repubblica federale tedesca, in cui – in linea prevalentemente con le teorizzazioni di Althusius – il principio di sussidiarietà, sebbene originariamente non scritto espressamente nel *Grundgesetz*, era comunemente inteso quale «principio di struttura non scritto del diritto costituzionale», ed era fondato non solo sul riconoscimento della dimensione comunitaria dei diritti fondamentali e sull'assetto federale, ma prima ancora sulla clausola dell'intangibilità della dignità dell'uomo e sul riconoscimento di un diritto generale al libero sviluppo della personalità (in relazione ai predetti principi si erano rintracciati i fondamenti costituzionali della «economia sociale di mercato» e dell'idea secondo la quale alle iniziative individuali avrebbe dovuto riconoscersi il primato, gravando sullo Stato la funzione di garante dell'«ordine sociale» fondato sulla libertà individuale, e quindi una competenza «concorrente e sussidiaria nella sfera socioeconomica»: sul punto RIDOLA, cit., 186). È stato efficacemente rilevato in dottrina che il lungo silenzio sulla sussidiarietà nel dibattito dottrinale italiano è stato probabilmente causato «in parte dalla circostanza che la riflessione sulla sussidiarietà ha scontato in Italia una certa unilateralità, poiché essa si è svolta prevalentemente all'interno della cultura di ispirazione cattolica» (così RIDOLA, cit., 182) – come dimostrato dal fatto che detta riflessione è stata aperta dalla citata enciclica *Quadragesimo anno* di Pio XI, espressiva della dottrina sociale della Chiesa elaborata sulla scia della rilettura del pensiero aristotelico proposta da Tommaso d'Aquino – in parte per la «peculiare configurazione che assunse il principio costituzionale pluralistico nel quadro del patto costitutivo» e per la «preoccupazione che la ricerca di strumenti di integrazione del tessuto pluralistico potesse comportare il sacrificio di spazi di libertà per le formazioni sociali» (ancora RIDOLA, cit., 182). È pertanto indubbio che la riscoperta della sussidiarietà è avvenuta anche sulla scia del dibattito sollevato dalla consacrazione del principio nell'ordinamento comunitario e della considerazione delle «ricadute» di tale consacrazione nell'ordinamento interno sulla base dell'accelerazione del processo di integrazione europea, tenuto conto del fatto che tale principio – sebbene codificato, all'art. 5, 2° co., TCE, con riferimento ai rapporti fra competenze comunitarie e competenze degli Stati membri (come sussidiarietà «verticale» quindi) – ha sollevato un dibattito che ha riaperto l'interesse anche in relazione alla sussidiarietà «orizzontale», rivelando l'interdipendenza fra la dimensione verticale e quella orizzontale del principio, come dimostrato dal fatto che, ad esempio, «la scelta della dimensione territoriale ottimale di funzioni di regolazione dell'economia e del mercato si ripercuote sugli equilibri complessivi dei rapporti fra pubblico e privato» (così ancora RIDOLA, cit., 206). Efficacemente è stato osservato che la «cultura della sussidiarietà in materia economica ha trovato linfa vi-

Rispetto a tale riscoperta risulta viceversa assai datato il dibattito relativo alle leggi di «programmazione». È infatti noto che le più attente analisi sul punto si sono avute attorno agli anni sessanta, nei quali si riteneva opportuno impostare la politica di programmazione economica generale, al fine di ottenere il duplice risultato dell'attribuzione al Parlamento della elaborazione delle scelte strategiche in campo economico attraverso la legge e della tutela, mediante la legge, delle situazioni giuridiche soggettive. La legge di programmazione, in altri termini, avrebbe dovuto sottrarre alla «mutevole facoltà del potere esecutivo»<sup>103</sup> la determinazione degli indirizzi di politica economica ed assicurare continuità all'indirizzo politico legislativo in materia economica<sup>104</sup>, superando la frammentarietà degli interventi che avevano caratterizzato la politica economica dei primi governi di centrosinistra, condannati a vita breve. L'obiettivo era quello di applicare il metodo della programmazione economica generale per individuare i fini di politica economica da perseguire ed i mezzi adeguati per raggiungerli, delineando le apposite procedure di programmazione. Di contro alle indicazioni costituzionali, è in questa fase che viene recuperato il riferimento ai «piani» (nel segno della necessità di assicurare «una legislatura, un Governo, un Piano»), anche se l'unica esperienza – peraltro destinata al fallimento – di legislazione di piano sarebbe stata quella della l. 685/1967, di approvazione del «Primo piano quinquennale 1966-1970», tesa – almeno secondo le indicazioni contenute nella stessa legge cui era allegato il Piano – a definire «il quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo e di tutti gli investimenti pubblici». Anche tale esperimento – come si è detto fallito prima ancora di essere attuato – ha sollevato un dibattito dottrinale, dividendosi la dottrina fra chi sosteneva l'opportunità (ove non la necessità) di una simile legislazione a fini ad un tempo di identificazione precisa degli obiettivi economici da perseguire – e quindi di vincolo ai governi – e di tutela degli operatori economici stessi<sup>105</sup> e chi, viceversa, segnalava l'inutilità del ricorso alla legislazione, essendo sufficiente l'atto di direttiva parlamentare per la specificazione dell'indirizzo politico assunto dal programma<sup>106</sup>.

### 3. Riferimenti internazionali, sovranazionali e comparati

**3.1 Iniziativa economica e mercato nella normativa comunitaria.** – Si è osservato in dottrina che una «progressiva restituzione alle libertà economiche private del ruolo che ad esse deve competere nelle economie di mercato»<sup>107</sup> – oscurato ove non obliterato in ordinamenti come quello italiano nei quali si sono delineati per molto tempo, nel settore economico, indirizzi di stampo prevalentemente «dirigistico» – si è avuta parallelamente alla progressiva affermazione dei principi posti alla base dell'integrazione europea<sup>108</sup>. Si è anche segnalato, tuttavia, che detti principi, pur fornendo nuova linfa alle libertà economiche, rivelano un approccio profondamente diverso alla «questione economica», dimostrato dalla scelta in favore del «principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art. 4 Trattato di Roma) quale principio ispiratore della politica economica della Comunità e degli Stati membri (costretti al vincolo di «conformità») nonché degli obiettivi comuni da essi perseguiti, principio da cui sembra scaturire – come del resto confermato in seguito dalla stessa giurisprudenza comunitaria – non solo e non tanto il riconoscimento, in ambito europeo appunto, delle libertà economiche, ma soprattutto la «attestazione della loro idoneità a dar vita ad un sistema oggettivo (il "mercato", appunto) capace di esprimere, in virtù dei suoi meccanismi interni di autoregolazione, il massimo realizzabile di efficienza economica e di crescita del tenore di vita complessivo»<sup>109</sup>. E infatti se già nel testo originario del Trattato di Roma si identificavano, come obiettivi, quello di «promuovere mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni tra gli Stati che ad essa partecipano» (art. 2), in seguito, dapprima con l'Atto Unico europeo, poi con il Trattato di Maastricht, detti obiettivi venivano «rafforzati» ed identificati, fra l'altro, nella «crescita sostenibile, non infla-

tale [...] nel fenomeno di trasferimento della sovranità verso un orizzonte comunitario.[...] È fatto noto che la Comunità europea [...] abbia sempre rivendicato la materia delle libertà economiche alla propria stretta competenza, sottraendo amplissimi spazi al potere di intervento degli Stati membri. Ciò è avvenuto, da un lato, mediante il recupero di uno *status* della sussidiarietà [...] quale area di competenza dei privati avente dignità costituzionale, e dall'altro sottraendo completamente la materia all'intervento degli Stati membri»: così MOSCARINI, 1999, 261.

<sup>103</sup> Così C. cost. 35/1961.

<sup>104</sup> In questo senso BARBERA, 1968, 1.

<sup>105</sup> Così PREDIERI, 1963, 293.

<sup>106</sup> Per una ricostruzione del dibattito sul punto v. CARABBA, *Programmazione economica*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1137 ss.

<sup>107</sup> Così NANIA, 2001, 78.

<sup>108</sup> Sul punto v. anche PACE, *Gli aiuti*, cit., 263.

<sup>109</sup> Così ancora NANIA, 2001, 78-79.

zionistica e che rispetti l'ambiente», nell'«elevato grado di convergenza dei risultati economici» (così l'art. 2 modificativo del Trattato istitutivo), da realizzarsi peraltro in conformità ai seguenti principi direttivi: «prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile» (art. 3A). L'ispirazione che sottintendeva le previsioni comunitarie, in altri termini, si mostrava di segno «funzionalista» anche con riguardo alle stesse libertà economiche, la cui piena esplicazione veniva comunque condizionata e subordinata alla realizzazione degli «interessi generali» della Comunità (poi dell'Unione), tendenti a confondersi appunto con quelle esigenze di crescita economica e di stabilità, di realizzazione del mercato unico, identificate fra gli scopi essenziali dell'azione della medesima Comunità (ed Unione). Di tale approccio «funzionalista» è, d'altro canto, possibile desumere tracce anche nelle norme solitamente richiamate a sostegno del riconoscimento e dell'affermazione comunitaria delle libertà economiche, e cioè dalle norme *antitrust*, da quelle previsioni volte a favorire la realizzazione della libera concorrenza mediante il controllo ed il divieto di pratiche (gli accordi fra imprese e tutte le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese in posizione dominante sul mercato) ritenute lesive delle potenzialità del mercato concorrenziale. Tali pratiche sono, infatti, sanzionate sempre che non «contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico» (art. 85, n. 3): il che configura la stessa tutela della libertà di concorrenza, contemplata nei trattati, nei termini di tutela del sistema di mercato nelle sue oggettive strutture piuttosto che come tutela delle sfere di libertà individuale (funzionalmente condizionate al primo). L'impianto «funzionalista» espresso dalle norme dei Trattati è stato, d'altro canto, confermato dalla giurisprudenza comunitaria, fin dai suoi primi interventi sul tema, com'è dimostrato da alcune decisioni ormai risalenti divenute famose: in questa direzione va, infatti, ad esempio, la c.d. sentenza Nold adottata dalla Corte di Giustizia nel 1974<sup>110</sup>, nella quale quest'ultima ha espressamente affermato che diritti come quello al libero esercizio delle attività economiche «lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto di tutela», co-

sicché la loro garanzia «fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico», rintracciato quest'ultimo, nella specie, nel miglioramento della distribuzione dei prodotti e ritenuto tale da giustificare la compressione della libertà economica di una pluralità di soggetti autonomi; e, nello stesso senso, sembrano andare tutte le indicazioni della giurisprudenza comunitaria in tema di tutela dei diritti di libertà (ivi comprese le libertà economiche), ancorate o, meglio, desunte dalle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» – intese però quali mere «fonti di cognizione»<sup>111</sup> – ed alla Convenzione di salvaguardia delle libertà fondamentali, ma immerse in un orizzonte di riferimento assai distante da quello degli ordinamenti costituzionali degli Stati, proprio perché comunque condizionato e conformato al perseguimento dei predetti obiettivi di interesse generale connessi alla «congiuntura economica della Comunità»<sup>112</sup>. Da più parti si è rilevato che le successive modifiche apportate ai trattati istitutivi, in particolare con il Trattato di Amsterdam del 1997 prima e, soprattutto, con il Trattato di Nizza del 2001, poi, avrebbero fortemente «temperato» il suddetto approccio funzionalista in tema di tutela dei diritti<sup>113</sup>, in corrispondenza dell'affermazione di altri obiettivi rispetto a quelli della efficienza e della stabilità economica, quali quelli inerenti alla politica sociale ed all'occupazione, alla sicurezza e difesa comune, e soprattutto alla tutela ed al rafforzamento della «cittadinanza europea», prefigurando scenari assai più omogenei rispetto a quelli di «partenza» degli ordinamenti costituzionali degli Stati, ivi compreso l'ordinamento costituzionale italiano, scenari che dovrebbero essere confermati dall'ormai avvenuta approvazione (il 29.10.2004) del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa. Quest'ultimo, infatti, da un lato facendo propria la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (nella Parte II), dall'altro, soprattutto, individuando prioritariamente i valori fondanti dell'UE (art. I-2), rintracciati, fra l'altro, proprio nella dignità umana, nella libertà e nell'eguaglianza, rispetto agli obiettivi della medesima Unione (art. I-3), identificati, almeno in parte, sulla falsariga dei tradizionali obiettivi originariamente perseguiti dalla Comunità, quali ad es. la crescita economica equilibrata e la stabilità dei prezzi (ma in un'ottica, almeno dichiarata, di realizzazione della piena occupazione e del progresso sociale, oltre che di elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente), avrebbe segnato la fine

<sup>110</sup> CGCE, 14.5.1974, C-4/73, Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung c. Commissione.

<sup>111</sup> Sul punto v. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di Falzea, Spadaro, Ventura, Torino, 2003, 35-36.

<sup>112</sup> In questo senso v. CGCE, C-44/79, Hauer, in tema di limiti all'esercizio dell'attività di viticoltore, e CGCE, C-240/83, A.D.B.H.U.

<sup>113</sup> Sul punto v. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, 80 ss.; v. anche COZZOLINO, *cit.*, 37-38.

del «dinamismo funzionalista»<sup>114</sup>. Una simile prospettiva, che potrebbe trovare qualche, pur ancora isolata ed anticipata, conferma in qualche più recente pronuncia della Corte di Giustizia, più attenta al profilo della tutela dei diritti (ivi compresi i diritti economici), come ad es. nel caso della sentenza resa lo scorso 9.9.2004<sup>115</sup>, in cui la libertà di iniziativa privata (che «si confonde con il libero esercizio di un'attività lavorativa») è stata bilanciata non già con esigenze di efficienza del sistema economico complessivo, ma con le ben diverse esigenze di tutela della sicurezza pubblica (nella specie della sicurezza stradale) intesa quale tutela dell'incolumità dei singoli, non ha mancato e non manca tuttavia di sollevare critiche e perplessità. E infatti non solo si segnala la estrema genericità della formula dell'art. II-16 che colloca la libertà di impresa fra le altre libertà limitandosi a riconoscerla in conformità con «il diritto dell'Unione» e con le «legislazioni e prassi nazionali», rivelando così una complessiva arretratezza della Carta rispetto ai principi comuni alle Costituzioni nazionali, ma si sottolinea anche come, nella medesima Carta si presupponga il vigore di quei valori e di quei principi-chiave della costituzione economica europea (mercato, concorrenza, ecc.) già da lungo tempo operanti (ed ora in svariati punti esplicitamente richiamati: cfr. artt. III-14 ss., in tema di mercato interno, artt. III-69 ss., in tema di politica economica e monetaria, ecc.), i quali peraltro resterebbero comunque affidati alle cure della Corte di giustizia, «che è stata il motore della difesa e dello sviluppo della missione funzionalista dell'Unione»<sup>116</sup>. Al di là delle formule testuali impiegate, la futura configurazione della libertà economica europea (e dei suoi limiti) costituisce dunque una questione largamente dipendente dalla interpretazione che della nuova Costituzione europea sarà data soprattutto dagli organi giurisdizionali competenti: una pagina dunque ancora tutta da scrivere.

#### 4. La disposizione fra crisi e riforma

**4.1 L'art. 41 Cost. di fronte al diritto comunitario: è in uno «stato di quiescenza»? –** La tormentata vicenda del riconoscimento e della tutela della libertà economica nell'ordinamento costituzionale italiano, fin qui succintamente richiamata, continua, oggi, a

conoscere ulteriori fasi di «difficoltà», in buona misura dipendenti da un insieme di elementi già richiamati nelle righe che precedono. E, infatti, se già intorno agli anni ottanta veniva prospettata l'opportunità, ove non la necessità, di una revisione costituzionale delle disposizioni costituzionali in materia economica, ivi compreso l'art. 41 in commento, nel senso di una esplicitazione del principio secondo il quale l'iniziativa economica privata avrebbe dovuto essere «garantita come struttura imprescindibile di un sistema economico che vuole organizzarsi per servire principalmente le domande del mercato»<sup>117</sup>, a fini di contenimento delle massicce forme di intervento pubblico nell'economia che si erano nell'esperienza date o, più ancora, di «direzione pubblica dell'economia», con l'inevitabile effetto di trasformare una disposizione, quella in commento, da strumento di garanzia di una libertà, quella economica, appunto, a strumento di garanzia di un sistema economico oggettivamente inteso (di mercato concorrenziale), con la successiva progressiva realizzazione del processo di integrazione europea tale risultato ha finito con l'essere raggiunto (implicitamente) a livello di interpretazione. Di tale risultato costituiscono dimostrazione tutte quelle decisioni della Corte costituzionale (in particolare le più recenti già richiamate) nelle quali quest'ultima, in tema di iniziativa economica privata ha richiamato la giurisprudenza comunitaria e, prima ancora, la stessa normativa comunitaria sul punto (a cominciare dai trattati istitutivi) ravvisando in quest'ultima – e nella sua diretta applicabilità nell'ordinamento italiano nonché prevalenza sulle norme del medesimo, all'insegna delle limitazioni di sovranità consentite – un radicale cambiamento del modo di intendere tutta quella parte della Costituzione dedicata ai «rapporti economici» con la conseguente trasfigurazione della portata della tutela che la Costituzione appresta alla predetta libertà di iniziativa economica privata<sup>118</sup>. In particolare, la richiamata operazione interpretativa, esaltando la proclamazione di libertà contenuta nel 1° co. dell'art. in commento in chiave di norma di riconoscimento del mercato (concorrenziale), tende a neutralizzare, al punto da renderle «quiescenti», in quanto contraddette dalla normativa comunitaria in tema e quindi inapplicabili, non solo le indicazioni di cui al 3° co. inerenti alla possibilità di un intervento pubblico di indirizzo e coor-

<sup>114</sup> In tal senso PINELLI, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, in *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa*, Bologna, 2003, 33-34.

<sup>115</sup> CGCE, 9.9.2004, C-184/02 e C 223/02, Regno di Spagna e Repubblica della Finlandia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea.

<sup>116</sup> In questi termini v. DI PINO, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 1787-1788.

<sup>117</sup> Sul punto v. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, 171.

<sup>118</sup> Così SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 324.

dinamento dell'iniziativa pubblica e privata in vista del perseguimento di «fini sociali» – in combinazione con il depotenziamento dell'art. 43 in tema di collettivizzazioni, reso necessario dalla considerazione della politica comunitaria in tema di «aiuti di Stato» – ma anche quelle di cui al 2° co., inerenti ai limiti allo svolgimento dell'iniziativa economica privata. Di questi ultimi, infatti, non solo si oblitera ogni possibile riferimento al non contrasto con l'utilità sociale nei termini di clausola di bilanciamento fra iniziativa economica privata e diritti sociali, ma anche gli stessi richiami alla libertà, sicurezza e dignità come beni costituzionalmente rilevanti potenzialmente confliggenti con lo svolgimento dell'iniziativa economica privata sembrano essere ridimensionati così da assumere una valenza assolutamente «emergenziale», a fronte della progressiva affermazione, questa sì coerente con il dettato comunitario, dell'esistenza di un limite alla libertà economica individuale, immanente a quest'ultima e penetrante, costituito dalle esigenze di tutela dello stesso sistema economico di mercato in funzione del quale la predetta libertà economica risulterebbe conformata. Una simile interpretazione se, da un lato, sembrerebbe confermare lo «scoordinamento» tra le disposizioni costituzionali vigenti nell'ordinamento italiano in materia economica ed i

principi fondanti dell'UE<sup>119</sup> – al punto da giustificare le istanze di revisione costituzionale di chi, nel timore della possibilità di un ritorno ad una lettura che respinga le innovazioni intervenute in tema di libertà economiche ancora una volta all'esterno del quadro costituzionale<sup>120</sup>, propone l'abrogazione esplicita delle disposizioni costituzionali contenute nel 2° e nel 3° co. dell'art. in commento<sup>121</sup> – potrebbe prospettare qualche problema in relazione alla inevitabile connessione delle clausole ritenute «quiescenti» con quei principi fondamentali di libertà ed eguaglianza che connotano – e sono perciò insopprimibili – l'intero ordinamento costituzionale<sup>122</sup>. Essa, tuttavia, prefigura anche la possibilità di ulteriori svolgimenti – e quindi della piena riattivazione delle predette disposizioni – in corrispondenza della evoluzione del diritto comunitario ed in particolare della recentissima approvazione del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, ove si desumesse da esso, sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale oltre che delle indicazioni testuali al momento, come si è detto scarsamente indicative [v. *supra* par. 3], l'eclissi della prospettiva funzionalista e la nuova affermazione della primazia dei diritti e della loro tutela in una prospettiva di effettiva realizzazione della coesione sociale.

<sup>119</sup> Sul punto v., in particolare, NANIA, 2001, 83.

<sup>120</sup> Ancora NANIA, 2001, 84.

<sup>121</sup> Si può leggere in stretta connessione con le istanze di revisione delle norme costituzionali in tema di rapporti economici di cui si è fatto cenno il testo dell'art. 56 del (fallito) progetto di riforma della Parte II della Costituzione – elaborato dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali istituita con l. cost. 1/1997 – volto a fornire una prima consacrazione costituzionale al principio di «sussidiarietà orizzontale», sull'influsso della normativa comunitaria e del ruolo a detto principio da quest'ultima riconosciuto in particolare con riguardo ai rapporti economici. In relazione, infatti, alle suggestioni evocate dal dibattito comunitario che è sorto attorno alla consacrazione del principio in questione [su cui v. *supra* nt. 102], è stata ravvisata la necessità dell'inserimento della sussidiarietà in apertura del progetto di revisione costituzionale, quale «fondamento del nuovo modello di Repubblica» (così il relatore D'Onofrio, in Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, Relazione al progetto sulla forma di Stato, 4.11.1997), tenuto conto della collocazione strategica assunta da tale principio «sul crinale fra la sfera del decentramento istituzionale e quella dell'autonomia del sociale, in quanto criterio ispiratore di un processo di socializzazione dei poteri pubblici»: così RIDOLA, *cit.*, 179-180. È così che, nel dibattito che ha condotto all'elaborazione dell'art. 56 del progetto (il quale, nella sua ultima formulazione del 4.11.1997 recitava: «nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonomia iniziativa dei cittadini anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo criteri di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i criteri di omogeneità e di adeguatezza»), la sussidiarietà è stata invocata anche come «clausola di apertura indiscriminata a processi di privatizzazione, suscettibile di ricadute profondamente innovative sulla prima parte della Costituzione» (così RIDOLA, *cit.*, 180) con particolare riguardo proprio al campo delle libertà economiche ed all'ambito di operatività delle formule di cui al 2° e 3° co. dell'art. 41 qui all'esame. Per la critica della richiamata lettura del principio di sussidiarietà v. FERRARA, *Revisione costituzionale e principio di sussidiarietà: due figurazioni*, in *Nuova fase*, 1997, V, 61 ss. Una critica rivolta all'esperienza della Commissione bicamerale con riferimento specifico all'elaborazione del testo dell'art. 56 relativo al principio di sussidiarietà è formulata da MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? Spunti problematici sulla costituzionalità della legge costituzionale n. 1 del 1997, istitutiva della c.d. Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, in *Giur. it.*, 1998, 3, il quale ha rilevato l'incompatibilità del principio di sussidiarietà quale proposto nel progetto della Bicamerale con un progetto di riforma che avrebbe dovuto investire la sola II Parte della Costituzione proprio in considerazione del fatto che esso avrebbe introdotto «una prospettiva completamente nuova non solo nei rapporti economici ma anche nel più generale status del soggetto». Sul nesso fra sussidiarietà e libertà economiche v. MOSCARINI, 1999, 245 ss.

<sup>122</sup> L'inutilità di una abrogazione del 2° co. dell'art. 41 Cost., a fronte della proclamazione di cui al 2° co. dell'art. 3 Cost. nonché delle norme che contemplano i diritti sociali, la libertà di organizzazione sindacale ed il diritto di sciopero, è sottolineata da PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Presentazione alla terza edizione*, Padova, 2003, VII-IX.