

XVI legislatura

La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione

ottobre 2010
n. 244



servizio studi del Senato

ufficio ricerche nel settore delle
attività produttive e in quello
dell'agricoltura

documentazione di base



Servizio Studi

Direttore Daniele Ravenna

Segreteria

tel. 6706_2451

Uffici ricerche e incarichi

Settori economico e finanziario

Reggente ufficio: S. Moroni _3627

Questioni del lavoro e della salute

Capo ufficio: M. Bracco _2104

Attività produttive e agricoltura

Capo ufficio: G. Buonomo _3613

Ambiente e territorio

Capo ufficio: R. Ravazzi _3476

Infrastrutture e trasporti

Capo ufficio: F. Colucci _2988

Questioni istituzionali, giustizia e cultura

Capo ufficio: F. Cavallucci _3443

S. Marci _3788

Politica estera e di difesa

Reggente ufficio: A. Mattiello _2180

Reggente ufficio: A. Sanso' _2451

Questioni regionali e delle autonomie locali, incaricato dei rapporti con il CERDP

Capo ufficio: F. Marcelli _2114

Legislazione comparata

Capo ufficio: ---

Documentazione

Documentazione economica

Emanuela Catalucci _2581

Silvia Ferrari _2103

Simone Bonanni _2932

Luciana Stendardi _2928

Michela Mercuri _3481

Beatrice Gatta _5563

Documentazione giuridica

Vladimiro Satta _2057

Letizia Formosa _2135

Anna Henrici _3696

Gianluca Polverari _3567

Antonello Piscitelli _4942

I dossier del Servizio studi sono destinati alle esigenze di documentazione interna per l'attività degli organi parlamentari e dei parlamentari. Il Senato della Repubblica declina ogni responsabilità per la loro eventuale utilizzazione o riproduzione per fini non consentiti dalla legge. I contenuti originali possono essere riprodotti, nel rispetto della legge, a condizione che sia citata la fonte.

XVI legislatura

La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione

ottobre 2010
n. 244

a cura di: G. Buonomo
ha collaborato: S. Bonanni

INDICE

PREMESSA

La Costituzione economica del 1948	Pag.	3
Il rapporto dell'impresa con la pubblica amministrazione	"	6
La <i>judicial review</i> e l'Unione Europea.....	"	12

PROFILI COMPARATIVI

<i>Manifeste en faveur de l'inscription dans la Constitution et dans les Déclarations des droit fondamentaux de la liberté d'entreprendre</i> – proposta da L. Kalogeropoulos nel gennaio 2006.....	"	21
<i>Comité de reflexion sur le preambule de la Constitution</i> , (estratto) dicembre 2008	"	35
DE FONTBRESSIN P. , <i>L'Enterprise et les droits de l'homme</i> , 25 marzo 2009	"	37
X Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America (testo annotato a cura della Cornell law school)	"	51
Nota esplicativa dei Capi I e II della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (a cura del <i>Presidium</i>)	"	61
Articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (testo annotato a cura del Parlamento europeo)	"	81

LA COSTITUZIONE ECONOMICA

GIANNITI L., <i>Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"</i> , in "Diritto pubblico", 2000, 1	"	101
MUSU I., <i>Gli aspetti economici della Costituzione italiana: è superato l'art. 41?</i> In "Note di lavoro" n. 3, Università Ca' Foscari, Venezia 2008	"	121
CIOCCA P., <i>Un nuovo diritto per l'economia italiana</i> , in "ApertaContrada", 5 dicembre 2008	"	137
MICOSSI S. - PARASCANDOLO P., <i>L'impresa privata</i> , contributo a gruppo di studio pubblicato da Astrid, la costituzione economica: Italia, Europa (a cura di C. Pinelli e T. Treu), Il Mulino, 2010, p. 173 e ss.	"	143
CINTIOLI F., <i>L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"</i> , intervento alla fondazione Magna Carta del 15 giugno 2010	"	179

PERNA R., <i>L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione economica?</i> , Incontro alla fondazione Magna Carta, 15 giugno 2010.....	" 187
QUAGLIARIELLO G., <i>Rischi e opportunità di una riforma della Costituzione economica</i> , Incontro alla fondazione Magna Carta, 15 giugno 2010	" 197
BALDASSARRE A., <i>Non serve modificare l'articolo 41. A cancellarlo di fatto ci ha già pensato la UE</i> , in "Corriere della Sera", 10 giugno 2010	" 201
<i>Solo una perdita di tempo toccare l'articolo 41</i> , intervista a G. Tabellini, in "La Repubblica", 16 giugno 2010	" 203
TINAGLI I., <i>Costituzione usata come scusa</i> , in "La Stampa", 16 giugno 2010	" 205

EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

LOTTINI M., <i>La libertà d'impresa come diritto fondamentale</i> , in "Il Foro amministrativo", vol. III, n. 2, 2004, p. 541 e ss.	" 209
NATALI L. C., <i>Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza</i> , in "I Contratti", n. 7/2004, p. 729 e ss.	" 217
CASSETTI L., <i>La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza</i> , in "Federalismi.it", n. 5/2004	" 231

EVOLUZIONE NORMATIVA

GAROFOLI R., <i>Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni. Lo stato dell'arte, i problemi sul tappeto e le prospettive possibili</i> , in Giuliano Amato e Roberto Garofoli (a cura di), <i>I tre assi. L'Amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità</i> , Neldirittoeditore, 2009.....	" 247
CORRADO A., <i>Arriva la Scia, segnalazioni invece di dichiarazioni</i> , in "Guida al diritto", n. 37, 19 settembre 2010.....	" 283
Nota dell'Ufficio legislativo del Ministro per la Semplificazione Normativa sulla segnalazione certificata di inizio attività, settembre 2010	" 289

LA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

RAZZANO G., <i>Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese</i> , in “Giurisprudenza italiana”, 2004, n. 4, pp. 718-722	" 297
RAZZANO G., <i>La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà</i> , in Atti del Convegno svoltosi a Cassino il 16 dicembre 2005 sul tema “Sussidiarietà e diritti”, curati da V. Baldini	" 311
STAIANO S., <i>La sussidiarietà orizzontale: profili teorici</i> , in “Federalismi.it”, n. 5/2006	" 325
STERPA A., <i>Il principio di sussidiarietà nel diritto comunitario e nella Costituzione</i> , in “Federalismi.it”, n. 15/2010	" 337

PREMESSA

La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione

La Costituzione economica del 1948

All'antica rivendicazione del costituzionalismo liberale - secondo cui la Carta fondamentale doveva apprestare un *frame of government* (cioè un limite al potere dei governanti) piuttosto che un *instrument of government* (un mezzo per governare meglio) - si era, sin dal finire dell'Ottocento, affiancata una diversa nozione di tutela dell'intrapresa privata: quella della libertà del mercato come condizione di liceità dell'iniziativa economica¹. La regola era ricavabile - *a contrario* - proprio dall'avere la legge previsto l'eccezione, come ebbe a rilevare la stessa Corte suprema degli Stati Uniti d'America quando dichiarò che la legislazione *antitrust* dello *Sherman Act* è “*the Magna Charta of free enterprise*” perché garantisce ad ogni impresa “*the freedom to compete—to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster*”².

Eppure, l'Assemblea costituente risentì di un indirizzo tutt'affatto diverso, quello determinato dalla convergenza di due opposti pregiudizi anti-mercato: quello del neocorporativismo di stampo cattolico-sociale (di cui è traccia nella disciplina della cooperazione)³ e quello del collettivismo di stampo comunista (che portò a prevedere la possibilità di nazionalizzare i monopoli privati, poi incorporata nell'articolo 43 Cost.). Non fu solo per reagire a questa soluzione unidimensionale della battaglia contro i monopoli che insorsero liberali come Epicarmo Corbino e Luigi Einaudi: gli è che il contesto ordinamentale di riferimento⁴ dava da pensare già allora, e non a caso.

La realtà ereditata dal ventennio di dirigismo fascista era riletta dai liberali in una chiave in cui lo Stato corporativo aveva legittimato sia l'intervento diretto in economia con strutture come l'IRI, sia un protezionismo favorevole (solo) ad

¹ B. Libonati, *La categoria del diritto commerciale*, in *Rivista delle società*, 2002, 16. La proclamazione per cui il mercato “è e resta, comunque, libero, proprio e se sottoposto ad alcuni controlli correttivi, quando gli scambi continuino a determinarsi, in esso, in maniera corretta, spontanea e non, dunque, coattiva” è fatta risalire alle *Lezioni* di Luigi Einaudi da Giovanni B. Ferri, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, fasc. 1, p. 19.

² *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972).

³ Nella quale “trionfa il mito del piccolo produttore autonomo, che si autoregola piuttosto attraverso la comunità dei produttori associati che non sul mercato” (Giuliano Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, n. 1, p. 12). Invero, è stato notato che l'onorevole Dominedò, già nella sua relazione alla III sottocommissione, individuava nel particolare tipo di imprese di cui all'attuale articolo 45 Cost. lo strumento di un “sano decentramento economico, da armonizzare con un'organica concezione del decentramento amministrativo”, utilizzando in fondo gli argomenti che sostengono oggi lo sviluppo del cosiddetto “terzo settore”, la cui disciplina potrebbe dunque, proprio nelle norme costituzionali sulla cooperazione, trovare un sicuro aggancio che giustifichi, ad esempio, ordinamenti derogatori della disciplina civilistica e fiscale delle imprese: così Luigi Gianniti, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, in *Diritto pubblico*, 2000, 1.

⁴ Le cosiddette “esternalità” negative rappresentate ancor oggi “da un eccesso di norme intrusive, di norme discrezionali e di norme selettive in base a criteri non trasparenti”, secondo Giuliano Amato, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 18.

alcune grandi aziende: gli emendamenti all'articolo 41 proposti da Cortese⁵ e da Einaudi⁶ si preoccupavano - senza successo, visto il loro esito⁷ - di prevenire effetti (indiretti o voluti) anticoncorrenziali della prosecuzione (o del perfezionamento)⁸ di pratiche di favoritismo statale nei confronti di privati⁹.

Dalla tutela della concorrenza, quindi, la difesa della libertà dell'iniziativa economica privata retrocesse alla sua tradizionale accezione di mera garanzia dall'ingerenza pubblica nell'attività stessa, lasciata ad interventi testuali¹⁰ la cui genericità è stata più volte criticata¹¹ dando luogo ad interpretazioni adeguatrici della Corte costituzionale¹². Ne derivò la vigente formulazione dell'articolo 41, che afferma al primo comma che l'iniziativa economica privata è libera, ma subito precisa che essa non può svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (secondo comma) e che "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali" (terzo comma).

Invero, la dottrina subito provvide a dividersi in ordine alle conseguenze da trarre da questo riconoscimento. La tesi classica registra - rispetto ai diritti sociali dei lavoratori contenuti nel titolo III, sui rapporti economici - una voluta asimmetria di tutela, spiegandola con la differenza tra gli istituti del diritto pubblico di libertà e della mera libertà di fatto; in realtà però quella che era la ricostruzione del sistema delle relazioni sindacali¹³ fu respinta da chi riteneva che, anche al loro interno, l'articolo 41 dispiegasse un ruolo di controlimita¹⁴.

⁵ "La legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore".

⁶ "La legge non è strumento di formazione di monopoli economici e dove questi esistono li sottopone a pubblico controllo".

⁷ L'emendamento Cortese fu ritirato, aderendo il proponente all'emendamento Einaudi, che fu respinto (Assemblea costituente, discussioni, seduta ant. del 13 maggio 1947, pp. 1668-1670).

⁸ Il relatore Meuccio Ruini dichiarò che "non sembra probabile che una legge dichiari apertamente che vuole introdurre un monopolio a favore di privati; e non è facile colpire se lo fa indirettamente o nascostamente" (Assemblea costituente, discussioni, seduta ant. del 13 maggio 1947, pp. 1669). Il relatore affacciò anche la tesi che solo la concorrenza creasse i monopoli.

⁹ Einaudi replicò a Ruini che l'importanza relativa dei monopoli creati dalla legge non era minore a quella dei monopoli sorti da altre cause (Assemblea costituente, discussioni, seduta ant. del 13 maggio 1947, pp. 1669).

¹⁰ Cfr. la richiesta dell'onorevole Colitto di superare l'indifferenza con cui i testi proposti parlavano ora di "iniziativa", ora di "attività" economica (visto che se ne ricaverebbe "l'impressione che l'attività privata, dovendo muoversi in una determinata, precisa direzione, non goda più della libertà" (Assemblea costituente, discussioni, seduta ant. del 13 maggio 1947, p. 1659).

¹¹ Baldassarre, *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 593

¹² Per la quale, ad esempio, "la garanzia posta nel primo comma di quest'articolo (...) riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento" (sentenza n. 30 del 1965). Difende la sineddoche - che identifica "non l'atto storicamente iniziale del processo produttivo di ricchezza, bensì la peculiarità dell'agire del soggetto privato allorché, in concorrenza con altri privati, persegue finalità economiche in una competizione senza fine" - Alessandro Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, vol. II (p. 1598).

¹³ A dire il vero, nel riscontrare questa asimmetria la sentenza n. 29 del 1960 della Corte costituzionale si mantenne al livello dei parametri di cui agli articoli 39 e 40 Cost., giudicando superfluo

Si deve all'ingresso nel nostro ordinamento - sull'abbrivio dell'integrazione europea - della disciplina della concorrenza, anche la qualificazione della tutela dell'iniziativa economica come "diritto" e quindi "forma di garanzia nei rapporti *orizzontali* della concorrenza; e non più, o non solo, libertà rivendicata contro le invasioni *verticali* dello stato": Natalino Irti ebbe in proposito a notare icasticamente come l'articolo 1, comma 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, abbia "reinterpretato" l'istituto richiamando "l'articolo 41, ma soltanto nella parte in cui provvede alla tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica: dove la parola 'diritto' sostituisce la parola 'libertà' "¹⁵. Già in merito, però, la dottrina aveva rilevato che "il riconoscimento giuridico di una 'libertà' (con conseguente attribuzione al soggetto titolare della stessa della facoltà di scelta sul 'se', sul 'come' e sul 'quando' esercitarla) è incompatibile con la sua 'funzionalizzazione'"¹⁶; invece, la presenza dei vincoli di cui ai commi secondo e terzo legittimavano la lettura dell'iniziativa economica privata (*rectius*

pronunciarsi sull'articolo 41. In particolare - ricordato che "*significativa a tal proposito è una sentenza della Corte di cassazione (8 giugno 1953), la quale statuì essere la serrata un atto penalmente lecito, sebbene non, a differenza dello sciopero, esercizio di un diritto. All'incirca nello stesso ordine di idee venne a trovarsi quella parte della dottrina che ritenne di qualificare la serrata come un diritto di libertà, assumendo genericamente tale espressione nel senso di facoltà giuridica di fare tutto ciò che non è vietato dalla legge*" - la Corte sostenne che "*lo sciopero è riconosciuto costituzionalmente come un diritto, destinato però, secondo il preciso dettato dell'art. 40, ad essere regolato dalla legge; e che la serrata, priva di un tal riconoscimento, ma in pari tempo anche della qualificazione giuridico - penale a suo tempo posta dall'ordinamento corporativo, si presenta attualmente come un atto penalmente non vietato o, come si suol dire, penalmente lecito: conclusione che si riannoda alle due significative manifestazioni della coscienza giuridica già ricordate, vale a dire la sentenza della Corte di cassazione, che appunto qualificava la serrata atto penalmente lecito sebbene non - come lo sciopero - esercizio di un diritto, e l'orientamento dottrinale che considera la serrata come un diritto di libertà nel senso larghissimo di facoltà di compiere ciò che non è vietato*" (§ 4 del Considerato in diritto).

¹⁴ Giuseppe Pera, *Serrata e diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1969: pur concordando con la sentenza n. 29 del 1960 della Corte costituzionale sul fatto che la serrata costituisce una libertà di fatto, non conosciuta dall'ordinamento (per cui si differenzia dallo sciopero che, invece, è stato dichiarato diritto pubblico di libertà dall'articolo 40 della Costituzione), l'Autore argomentò l'irrelevanza, anche sotto il profilo dell'illiceità civile, della sola "serrata di ritorsione" motivata dall'impossibilità di dar corso all'attività produttiva; ciò avrebbe evidentemente leso il valore giuridico sotteso all'articolo 41 primo comma.

¹⁵ Natalino Irti, *Iniziativa economica e concorrenza*, in *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 29; i corsivi sono dell'Autore. Invero, la locuzione "diritto di iniziativa economica privata" è oramai entrata nel diritto positivo ai sensi dell'articolo 38 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (anche se l'articolo 10 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 torna a riferire l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi alla "libertà di iniziativa economica). Quanto alla giurisprudenza, la sentenza 4 - 22 giugno 2001, n. 205 della Corte costituzionale dava meramente conto del fatto che i giudici *a quo* (Tribunale amministrativo regionale della Puglia, con tre ordinanze, e il Consiglio di Stato, con un'altra ordinanza) dubitavano della legittimità di una disposizione che "violerebbe poi l'articolo 41 della Costituzione, perché disconoscerebbe, senza apparenti ragioni di utilità sociale, il diritto di iniziativa economica privata"; più di recente, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, con la sentenza n. 1143 del 6 settembre 2010, dava anch'esso conto della tesi dell'appellante - per cui "l'installazione di impianti pubblicitari costituisce espressione del diritto di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost." - ma, nell'accogliere l'appello, si limitava ad invocare i "principi di libertà economica di cui all'art. 41 Cost."

¹⁶ Alessandro Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, vol. II, p. 1596.

dell'attività in cui quell'iniziativa si esplica) come diritto della persona, non inferiore gerarchicamente agli altri ma delimitato "esternamente"¹⁷.

Nell'ultimo decennio la natura anfibia della tutela prospettata da Irti (diritto tra privati, libertà verso lo Stato) è stata però giudicata insufficiente: da un lato si è sostenuto che la "resa della nostra Costituzione economica" ha risentito "delle criticità che caratterizzano in modo strutturale il nostro sistema" (lo stato della finanza pubblica, la scarsa competitività del sistema Paese, frenato dalla regolamentazione a volte eccessiva e burocratica delle attività economiche), le quali "si sono potuti verificare anche perché gli argini costituzionali erano assenti o si sono rivelati insufficienti"¹⁸; dall'altro ci si è spinti a sostenere che l'eccesso della regolazione potrebbe riguardare la stessa legislazione *antitrust* e che "l'apertura del mercato come scelta di fondo deve pur sempre leggersi in una con quella disposizione che riconosce come libertà costituzionale fondamentale, per l'appunto in chiave soggettiva, la libertà di iniziativa economica privata"¹⁹.

Ecco perché va ponderato il contesto ordinamentale in cui tale libertà è destinata ad incidere e le esigenze che si intendono conseguire.

Il rapporto dell'impresa con la pubblica amministrazione

Il mercato come statuto normativo, secondo la citata dottrina²⁰, si articola in norme proibitive, norme attributive e norme conformative: alle prime (norme proibitive) farebbe capo la disciplina della concorrenza, compresa la sanzione di nullità dei negozi stipulati in violazione del divieto di accordi idonei ad alterarla o restringerla; alle seconde (norme attributive) la posizione di soggetti del mercato, legittimati a negoziare beni o servizi al suo interno; alle terze (norme conformative) la tutela dei consumatori, che "disciplinando tipi di negozi, e stabilendo l'efficacia di ciascuno di essi, sono in grado di riversare sull'imprenditore doveri di informazione, e di prevedere specifici rimedi in difesa dell'altra parte". Per tutte queste previsioni, quindi, è astrattamente possibile mantenersi all'interno dello schema privatistico norma/fatto: persino le norme conformative - che, disciplinando i negozi, danno al mercato una peculiare fisionomia - possono limitarsi a mettere a disposizione delle parti strutture formali con cui si modella l'oscuro groviglio degli interessi individuali. Eppure

¹⁷ Alessandro Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, vol. II, pp. 1622-1623.

¹⁸ Raffaele Perna, *L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione economica?*, Incontro alla fondazione Magna Carta, 15 giugno 2010: per l'A. "il baricentro dell'impianto culturale della Costituzione economica è rappresentato dai produttori (lavoratori, imprese pubbliche, imprese private) mentre è del tutto assente la categoria del consumatore, che viceversa rappresenta l'architrate dell'economia di mercato".

¹⁹ Fabio Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, Incontro alla fondazione Magna Carta, 15 giugno 2010; vi si sostiene che "il paradosso della libertà di concorrenza" opera quando "la protezione costituzionale si sposta dalla libertà individuale alla valenza oggettiva del mercato concorrenziale (o meglio di *quel* mercato concorrenziale che, di volta in volta, sarà identificato dal legislatore o dall'Amministrazione, o da un'Autorità indipendente o da un giudice)".

²⁰ Natalino Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 51 e seguenti.

"qui il legislatore può percorrere strade diverse: o risvegliare il senso di attenzione e di responsabilità del consumatore, il quale, ottenute le necessarie informazioni, decide; o istituire forme di controllo amministrativo e giurisdizionale, che in certa misura prescindono dalla volontà della parte. Scelta tra individualismo responsabile e protezione paternalistica (...) La tutela è allora affidata di massima a pubbliche autorità, che vigilano e regolano e proteggono"²¹.

Il "valore assiologico fondante" che traspare in questa visione dei giusprivatisti²² vede con profondo scetticismo, quindi, l'operatività in questo ambito del diverso schema norma/potere/fatto, sul quale si fonda il potere di supremazia della pubblica amministrazione: eppure l'esistenza dei limiti esterni di cui ai commi secondo e terzo dell'articolo 41 rende inevitabile concludere che "l'iniziativa economica privata, nonostante venga costituzionalmente proclamata 'libera', sia assoggettata a una pregnante disciplina pubblicistica. Ciò (...) spiega le ragioni per le quali, a tutela dei valori previsti nell'art. 41, commi 2 e 3, la libertà economica - che, in linea di principio, in virtù della forza normativa della stessa Costituzione, è diritto soggettivo - può, dal legislatore, essere contenutisticamente caratterizzata, nei rapporti con la p.a., come interesse legittimo"²³.

Decenni di contrasto dottrinario e giurisprudenziale - intorno all'esistenza di un nucleo essenziale del diritto, di contenuto incompressibile - non possono sormontare questo dato: vietare che l'iniziativa economica privata possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale è un concetto che lascia un ampio margine di discrezionalità amministrativa. Orbene, se quest'ultima va definita come la ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine all'interesse primario, la sua finalizzazione resta però l'interesse pubblico come interesse della collettività, causa del potere: la discrezionalità deve cioè sempre

²¹ *Ibidem*, p. 59. Lo stesso Autore, del resto, già aveva ammonito contro il "processo di amministrativizzazione del diritto, intollerabile per una democrazia liberale": cfr. N. Irti, in AA.VV., *Persona e mercato - Lezioni*, Cedam, Padova, 1996, p. 100.

²² I quali traspongono anche all'intrapresa privata la giurisprudenza costituzionale (cfr., *e plurimis*, le sentenze 455/1990, 247/1992, 218-304/1994, 416/1995, 27-185-267/1998, 309/1999, 509/2000, 432/2005) secondo cui nessun diritto fondamentale può essere compresso o inciso al punto tale che ne sia pregiudicato o anche solo messo a rischio il contenuto minimo essenziale. Sulla difficoltà di individuare tale limite incompressibile v. O. Chessa, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1170 ss., I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, *ivi*, 1309 ss. ed I. Massa Pinto, *Contenuto minimo essenziale dei diritti e concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2001, 1096 ss..

²³ Alessandro Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, vol. II, p. 1626, al quale si deve anche un censimento degli atti in cui l'iniziativa economica garantita dalla norma costituzionale si incrocia con paralleli interessi pubblici, e cioè: a) la facoltà di scelta dell'attività economica nell'ambito degli oggetti costituzionalmente o legislativamente non vietati ai sensi del secondo comma; b) facoltà di reperire capitali per la realizzazione delle iniziative economiche; c) facoltà di organizzarsi per il perseguimento del fine economico prescelto; d) facoltà di svolgimento delle intraprese legittimamente iniziate; e) potere di richiedere un prezzo o, comunque, un compenso ragionevolmente remunerativo del bene prodotto o del servizio prestato; f) potere di gestire autonomamente l'attività prescelta (pp. 1626-1632)

perseguire un fine che risponda alla causa del potere che si esercita²⁴, benché le modalità del contemperamento di interessi siano lasciate in concreto al decisore amministrativo.

Tra i due versanti si colloca quello in cui la legge - che determina il fine dell'azione della P.A. - non lascia alcun margine di spazio residuale nella scelta del "modus operandi": la discrezionalità viene conseguentemente a mancare e si avrà la cosiddetta attività vincolata della P.A., in cui il legislatore ha deciso precedentemente il modo d'azione cui l'Amministrazione dovrà attenersi. È a questa zona intermedia che s'è appuntata, ai suoi albori, la molteplice spinta di politica legislativa favorevole alle "liberalizzazioni": liberalizzare un'attività la rende direttamente legittimata dalla legge. Che rientri nel modello giusprivatistico o che richieda un'attività non discrezionale della pubblica amministrazione, essa ha il suo titolo nella legge e, pertanto, risponde alla scansione norma-fatto e non ad una scansione norma-potere-fatto. "Liberalizzata non vuol dire naturalmente non soggetta alle regole, alla legge (...), nè sottratta alla generale sorveglianza dell'amministrazione: ma vuol dire attività esercitabile senza un previo titolo amministrativo che l'autorizza. La legge *liberalizza* un'attività quando non richiede più un provvedimento amministrativo quale titolo di legittimazione per quella attività. In questi casi non c'è più un procedimento di autorizzazione, ad iniziativa privata, ma un procedimento di verifica specifica, ad iniziativa pubblica necessaria"²⁵.

I tre ambiti sono quindi - almeno concettualmente - distinguibili: vi è l'attività "libera", cioè quella che è soggetta a verifica successiva ed eventuale; nei suoi confronti, la tutela di interessi diversi da quelli dell'imprenditore (es. consumatori, concorrenti, utenti) passa per altri strumenti sanzionatori od interdittivi, da quelli privatistici di tipo ripristinatorio o risarcitorio²⁶ a quelli

²⁴ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939, 72 ss.

²⁵ Daniele Corletto, *La denuncia di inizio di attività edilizia: un caso di silenzio assenso*, in *La disciplina amministrativa e penale degli interventi edilizi* (a cura di D. de Pretis e A. Melchionda), Trento, 2003, pp. 103-110. Distingue ulteriormente Roberto Garofoli, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni. Lo stato dell'arte, i problemi sul tappeto e le prospettive possibili*, in Giuliano Amato e Roberto Garofoli (a cura di), *I tre assi. L'Amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità*, Neldirittoeditore, 2009: "a. la *delegificazione*, che, in omaggio ad un'esigenza di flessibilità normativa, comporta la concentrazione delle norme in regolamenti, senza tuttavia ridurre il numero e ridimensionarne l'incidenza; b. la *deregolamentazione*, implicante l'eliminazione delle regole legislative o regolamentari *non* indispensabili a tutelare gli interessi pubblici inerenti le specifiche materie, con conservazione delle sole regole *essenziali*; c. la *semplificazione* dei procedimenti amministrativi, conseguente all'attuazione delle stesse politiche di deregolamentazione ovvero alla riduzione dei procedimenti alle sole fasi essenziali; d. la *deamministrativizzazione* (o *liberalizzazione*), implicante la sottrazione di intere attività del privato alle regole amministrative. Quest'ultima, consistente nel liberalizzare attività private, svincolandone l'esercizio ad ogni forma di preventiva verifica o valutazione di tipo pubblicistico, è tecnica di intervento cui è per vero consentito ricorrere residualmente, essendo non agevole ipotizzare una diffusa sottrazione di attività private ad ogni momento di controllo amministrativo".

²⁶ Questi, dopo la sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione sulla risarcibilità degli interessi legittimi, possono coesistere anche con il riconoscimento illegittimamente accordato dalla P.A. all'impresa, nell'esercizio di un'attività discrezionale caratterizzata da "sviamento di potere": cfr. ora articolo 7 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

amministrativi fondati sul generico controllo che la P.A. esercita sul territorio o sugli altri ambiti indirettamente incisi dal risultato dell'attività economica intrapresa. Vi è poi la previsione di un potere²⁷, e di un corrispondente provvedimento dell'amministrazione: all'opposto dell'attività libera, l'attività in questione è soggetta ad uno specifico preventivo consenso (espresso o, dopo silenzio-assenso²⁸, presunto) dell'amministrazione, previa ponderazione di interessi.

Vi è infine l'attività in cui la pubblica amministrazione agisce "sotto dettatura", con mera verifica di titoli richiesti dalla legge e senza valutazione discrezionale: in epoche più risalenti era posta in capo alla magistratura (in sede di volontaria giurisdizione), fu poi spostata in capo agli organi amministrativi dipendenti dall'Esecutivo (sul modello del TULPS, per la valutazione di esistenza di pericoli per la sicurezza pubblica) ed rappresenta ora la cornice nella quale si sono iscritti molti dei poteri regolatori delle autonomie locali. Ora nei testi legislativi succedutisi in tema di liberalizzazione²⁹ è proprio sulla discrezionalità (nella sua

²⁷ Come mero elemento indiziante, cfr. Dario Meneguzzo, *Non sempre la SCIA appare utilizzabile in materia edilizia*, su (<http://venetoius.myblog.it/archive/2010/09/02/non-sempre-la-scia-appare-utilizzabile-in-edilizia.html>), 2 settembre 2010: "Per sapere se l'emanazione di un atto amministrativo richieda valutazioni discrezionali oppure no non serve fare ragionamenti filosofici o metafisici, ma basta leggere la disposizione normativa o l'atto generale che disciplinano il potere di emanare un determinato atto. Dal punto di vista pratico, quando la previsione normativa contiene aggettivi o avverbi, lì spesso sono necessarie valutazioni discrezionali (ma, ovviamente non solo lì)".

²⁸ Il silenzio-assenso "costituisce un tipico rimedio previsto dal legislatore per prevenire lo stesso prodursi delle conseguenze negative collegate all'inerzia amministrativa. La più significativa innovazione, introdotta nel 2005, nel quadro della riforma della l. 241/90, ha riguardato proprio l'ambito di applicazione del silenzio – assenso che, da strumento particolare, utilizzabile solo nei casi individuati dalle norme, diventa istituto ad applicazione generale, utilizzabile ogni qualvolta: il procedimento sia ad istanza di parte; il richiedente miri ad ottenere un provvedimento amministrativo; non si verta in una materia sottratta all'operatività del silenzio-assenso per effetto della stessa previsione dell'art. 20 o per effetto di un successivo decreto del Presidente del Consiglio, all'uopo emanato, non avente natura regolamentare ed adottato su proposta del Ministro competente, sentito il Ministro per la Funzione Pubblica" (Roberto Garofoli, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni. Lo stato dell'arte, i problemi sul tappeto e le prospettive possibili*, in Giuliano Amato e Roberto Garofoli (a cura di), *I tre assi. L'Amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità*, Neldirittoeditore, 2009).

²⁹ Nell'originaria formulazione dell'art. 19, l. n. 241 del 1990, l'istituto che la conseguiva era la denuncia di inizio attività (d.i.a.), la cui praticabilità era relegata: ai soli casi contemplati dal successivo regolamento cui la stessa disposizione primaria rinviava; ai casi in cui l'atto di assenso dell'amministrazione non richiedesse l'esercizio di poteri discrezionali o l'esperienza di prove, né fosse soggetto a limiti o contingenti; agli atti non incidenti sulla tutela di interessi superindividuali, come l'ambiente, il patrimonio storico-artistico, il paesaggio, la salute, od operanti nei settori della difesa nazionale, della sicurezza pubblica. Con l'art. 2 della l. n. 537 del 1993 la d.i.a. fu generalizzata («in tutti i casi...») in cui singole discipline di settore richiedessero, per lo svolgimento di un'attività privata, il previo ottenimento di autorizzazioni, licenze, permessi, nulla-osta ovvero altri atti di assenso, comunque denominati), introducendo un termine perentorio di sessanta giorni entro il quale la P.A. poteva inibire l'attività. La novella operata dall'art. 3, d.l. n. 35 del 2005, convertito con l. n. 80 del 2005, poi, ha notevolmente innovato l'istituto, che trova applicazione anche laddove il rilascio delle autorizzazioni dipenda da valutazioni tecnico-discrezionali. L'art. 9 della legge n. 69 del 2009 ha poi introdotto la fattispecie della d.i.a. cd. "immediata" (in cui l'attività può essere iniziata dalla data della presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente) "nel caso in cui ... abbia ad oggetto l'esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, compresi gli

duplice forma di amministrativa e tecnica)³⁰ che si registra la maggiore pressione di politica legislativa³¹, ma anche di interpretazione giurisprudenziale³².

atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante o comunque a tale fine eventualmente richiesta", in ciò riconfermata dall'articolo 10 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59. Da ultimo ha operato l'articolo 19 della legge 7 agosto 1990 n. 241, come novellato dall'articolo 49, comma 4-bis del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122: esso disciplina la segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.), sostituendo integralmente la disciplina della dichiarazione di inizio attività contenuta nel previgente articolo 19, per "ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi".

³⁰ Il testo iniziale dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990 sottraeva al regime liberalizzato i provvedimenti di abilitazione "che presuppongono, in genere, una valutazione personale dei requisiti di idoneità del richiedente (si pensi alla patente di guida, al porto d'armi, etc.) e, come tali, comportanti l'esperienza di prove, tra l'altro solitamente rimesse ad un giudizio connotato da elementi di discrezionalità tecnica": Garofoli, *loc. cit.*. L'art. 2 della l. n. 537 del 1993 (legge finanziaria per il 1994), pur capovolgendo la clausola residuale e generalizzando l'istituto della DIA, si mantenne entro questo principio, mentre l'art. 3, d.l. n. 35 del 2005, convertito con l. n. 80 del 2005, per la prima volta non richiese più che l'accertamento dei presupposti dell'autorizzazione avvenisse senza "prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecnico discrezionali".

³¹ Ancor più foriero di sviluppi fu giudicato il fatto che il comma 3 dello stesso art. 19 - come novellato dall'art. 3, d.l. n. 35 del 2005, convertito con l. n. 80 del 2005 - prevedesse il potere di revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies*, che mal si concilierebbe con l'assunto secondo cui la nuova d.i.a. si applichi ai soli provvedimenti vincolati, giacché l'esercizio del potere di revoca presuppone l'esistenza di margini di discrezionalità in capo all'amministrazione. Persino l'articolo 49, comma 4-bis del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 ha fatto comunque salvo - su emendamento dell'opposizione 49.1000/17 - il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*.

³² La decisione 5 aprile 2007, n. 1550 della Sesta sezione del Consiglio di Stato affermava che "la d.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione dell'attività, come da molti sostenuto, ma rappresenta una semplificazione procedimentale, che consente al privato di conseguire un titolo abilitativo a seguito del decorso di un termine (30 giorni) dalla presentazione della denuncia; la liberalizzazione di determinate attività economiche è cosa diversa e presuppone che non sia necessaria la formazione di un titolo abilitativo. Nel caso della d.i.a., con il decorso del termine si forma una autorizzazione implicita di natura provvedimentale, che può essere contestata dal terzo entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del perfezionamento della d.i.a. o dall'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto di d.i.a.". Si tratta di un'impostazione che si fonda sulla novella apportata dalla legge n. 80 del 2005 al citato articolo 19, espressamente prevedendo "in relazione alla d.i.a. il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*", con la conseguenza che "se è ammesso l'annullamento di ufficio, parimenti, e tanto più, deve essere consentita l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo". Successivamente, però, con decisione 9 febbraio 2009, n. 717 la sesta Sezione del Consiglio di Stato giungeva ad opposte conclusioni: la d.i.a. è un atto di un soggetto privato e non di una Pubblica Amministrazione, che ne è invece destinataria, non costituendo perciò esplicitazione di una potestà pubblicistica; per effetto della previsione della d.i.a., la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema "norma-potere-effetto", ma è una legittimazione *ex lege*, secondo lo schema "norma-fatto-effetto", in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della P.A.; il riferimento agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, legge n. 241/1990, contenuto nell'art. 19 della stessa legge n. 241/1990, consente alla P.A. di esercitare un potere che tecnicamente non è di secondo grado, in quanto non interviene su una precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione, con l'autotutela classica condividendo soltanto i presupposti e il procedimento; il richiamo agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, di cui all'art. 19 cit., è

Una possibile chiave di lettura della pulsione revisionistica della Costituzione potrebbe quindi essere quella di "disancorare" il dibattito sulle liberalizzazioni dal discrimine "atto discrezionale/atto vincolato": ricercare cioè una norma che renda in futuro possibile superare, ad esempio, la tesi secondo cui "la scelta legislativa di dequotare i vizi formali vada riferita alla sola attività vincolata, cioè a quell'attività nella quale la pubblica Amministrazione non impegna discrezionalità poiché *a priori* norme di carattere generale descrivono una relazione di tipo bilaterale (norma-fatto e non norma-atto-fatto), lasciando in capo all'Amministrazione al massimo interventi di tipo ricognitivo, che sono espressione di un'attività nella quale la pur astratta discrezionalità in concreto ha palesemente un contenuto obbligato"³³.

Sormontare i ristretti margini di operatività dell'istituto rappresentato dalla d.i.a., "la rimarcata tendenza dei privati a diffidare dallo stesso, in uno al rischio di una sua strisciante trasformazione in un autentico silenzio assenso" - cioè tutti i fatti che, fino alla S.c.i.a., inducevano "ad interrogarsi in merito alla sua effettiva utilità quale strumento sul quale seriamente contare nel condurre un'ambiziosa politica di recupero di efficienza procedimentale"³⁴ - è sicuramente un obiettivo di politica legislativa dell'imminente futuro. D'altro canto, se i vincoli dei commi secondo e terzo dell'articolo 41 permangono (come sono destinati a permanere, visto che le ipotesi di revisione costituzionale non li intaccano), resta difficile immaginare che si intenda ritornare alla (sola) strumentazione giusprivatistica, che individua nel mercato e nella giurisdizione attori più in grado di conseguire certi interessi costituzionalmente tutelati, rispetto all'attribuzione di potere alla P.A.. Quest'ultima vede delimitata la sua operatività, anche alla luce dell'incidenza degli oneri amministrativi tra i costi

riferito alla possibilità di adottare non già atti di autotutela in senso proprio, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedurali previsti dai tali norme. In tal modo, il legislatore - nel recepire l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva la sussistenza in capo alla P.A. di un potere residuale di intervento anche dopo la scadenza del termine - si è fatto carico di tutelare l'affidamento che può essere maturato in capo al privato per effetto del decorso del tempo; attesa la natura di dichiarazione privata ascritta alla d.i.a., lo strumento di tutela del terzo rispetto all'attività intrapresa dal dichiarante deve essere identificato nell'azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire innanzi al giudice amministrativo per sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio di attività. Emanata la sentenza di accertamento, graverà sull'Amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato, sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti.

³³ Marco Lunardelli, *L'articolo 21-octies della legge n. 241/90 e le sue applicazioni giurisprudenziali*, pubblicato da Altalex il 1° settembre 2007, capitolo III. Vi si dà conto, più avanti, anche delle difficoltà cui andrebbe incontro l'opposta tesi secondo cui l'art. 21-octies si riferirebbe anche all'attività discrezionale ("l'essenzialità della partecipazione del privato ai fini dello svolgimento della funzione amministrativa" dovrebbe sempre svolgersi "in forme rispettose della legalità costituzionale e comunitaria e in grado di non sopravvalutare né la posizione dell'Amministrazione né il ruolo del giudice", concedendosi al più che "il secondo alinea del secondo comma dell'art. 21-octies debba trovare applicazione solo in presenza di attività vincolata, intendendosi per tale non solo quell'attività qualificata dalla relazione norma-fatto, ma anche quella caratterizzata in astratto da margini di discrezionalità, che però nella concretezza del caso specifico possano condurre, già *ex ante*, ad un'unica e sola soluzione del problema amministrativo; in tale ultima ipotesi si parla di attività solo in concreto a contenuto vincolato").

³⁴ Garofoli, *loc. cit.*

minimi di entrata per l'imprenditore³⁵, ma la stessa vicenda della possibilità di interventi in autotutela dimostra che l'ambito liberalizzato non è l'ambito libero, residuando poteri discrezionali, irriducibili alla sfera dell'amministrativamente indifferente.

La judicial review e l'Unione europea

L'iper-regolazione, proliferata dall'esercizio dei poteri pubblici (spesso decentrati o espressione delle autonomie locali) negli ultimi decenni, ha avviluppato la libera intrapresa di quei lacci e laccioli che oggi fanno invocare un mutamento di approccio, auspicato anche nel comunicato stampa³⁶ del Consiglio dei Ministri del 18 giugno 2010; ad esso si riferisce una serie di notizie di stampa³⁷, che dettagliano anche ipotesi di testo³⁸. Vi si riconosce l'esigenza di interventi regolatori dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali che riguardano "le attività economiche e sociali", ma semmai si prescrive che essi "si informano al controllo *ex post*".

Per conseguire il risultato di "sbloccare" l'intrapresa privata, a partire dal suo momento eziologico, quindi, il problema non è l'esistenza di poteri discrezionali: vuoi perché le normative liberalizzatrici (d.i.a. prima, ed ora *a fortiori* s.c.i.a.) ricadono sempre più anche in questo campo, vuoi perché comunque permane il vincolo per le pubbliche amministrazioni ad operare un controllo. La cultura

³⁵ Più ancora che costi esosi, si tratterebbe di costi che sfuggono alle regole della prevedibilità economica, per le quali: a) il costo minimo di entrata rappresenta una sorta di «costo fisso di lungo periodo» nel senso che appare come elemento costante nella funzione dei costi totali di lungo periodo; b) in quanto elemento costante dei costi totali di lungo periodo, viene ad incidere in misura sempre più contenuta su quantità crescenti di prodotto, generando una flessione del costo medio anche in presenza di costi marginali costanti. Cfr. Gianluigi Alzona, *Costi fissi e economie di scala: alcuni aspetti problematici*, in *L'industria*, luglio-settembre 2009, n. 3, pp. 403-412.

³⁶ "Il Consiglio ha discusso due schemi di disegni di legge, il cui esame era iniziato nella scorsa seduta, fortemente innovativi per quanto attiene allo sviluppo e l'intrapresa di attività economiche. Il primo semplifica drasticamente l'avvio di queste attività, il secondo propone una rivisitazione in senso liberista degli articoli 41 e 118, comma quarto, della Costituzione. Lo spirito che informa il disegno di legge di modifica della Costituzione è improntato alla massima rimozione, ove possibile, di ostacoli che si frappongano fra il libero imprenditore e la realizzazione dell'intrapresa, esaltandone la responsabilità personale nonché il ruolo dei livelli territoriali di governo nel concorso alla realizzazione dell'iniziativa economica".

³⁷ La Stampa, *Meno lacci e imprese più libere*, 18 giugno 2010, p. 5, in (http://rassegna.governo.it/rs_pdf/pdf/SC0/SC042.pdf); La Padania, *Favorire la libertà d'impresa, solo così si torna a crescere*, 19 giugno 2010, in (<http://rassegna.governo.it/testo.asp?d=47628613>).

³⁸ Che secondo Il Velino (baz) 18 giu 2010 12:11 (consultabile alla URL (http://www.ilvelino.it/articolo.php?Id=1148636&t=Deregulation_nel_ddl_il_principio_della_responsabilit%EO_personale)) all'articolo 41 Cost. aggiunge: "*La Repubblica promuove il valore della responsabilità personale in materia di attività economica non finanziaria. Gli interventi regolatori dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali che riguardano le attività economiche e sociali si informano al controllo ex post*". Quanto all'articolo 118 (quarto comma) Cost. l'integrazione è la seguente: "*Stato, Regioni ed Enti locali riconoscono l'Istituto della segnalazione di inizio attività e quello della autocertificazione, lo estendono necessariamente a tutte le ipotesi in cui è ragionevolmente applicabile, con esclusione degli ambiti normativi ove le leggi prevedono fattispecie di delitto o che derivano direttamente dalla attuazione delle normative comunitarie o internazionali*".

giuridica del nostro Paese è così profondamente segnata dai valori giuridici sottesi all'esercizio della discrezionalità amministrativa, che nessuno pare porre in dubbio la legittimazione ad individuare quel punto di equilibrio – tra interessi pubblici confliggenti – che Massimo Severo Giannini aveva indicato come il *proprium* dell'attività amministrativa vincolata solo nel fine.

Invece di ritrarsi, allo Stato è richiesto di operare in positivo: mutare l'arcigna diffidenza del passato in benevolenza, quando non incentivazione, delle iniziative che i privati sono disposti a mettere in campo rischiando in proprio. Si è infatti recentemente sostenuto che "a cominciare dal livello costituzionale, è necessario quindi ripensare l'intera cornice di diritto positivo entro cui l'economia italiana opera. Urge un nuovo ordinamento, per una economia di mercato con regole: conforme ai dettami comunitari, sì, ma capace di corrispondere alle esigenze specifiche del sistema economico italiano così da innalzarne il potenziale di crescita e la capacità competitiva"³⁹. Peraltro, "esaurire il tema della disciplina costituzionale delle libertà economiche sul piano oggettivo-funzionale (della libertà di concorrenza in sé), senza guardare al piano della libertà individuale d'impresa ed al suo concreto dispiegarsi, comporta un metodo che contraddice un sano individualismo metodologico e che potrebbe persino approdare, se spinto agli estremi, ad un terreno scienziata e collettivista, ben lontano dall'analisi corretta di come i fenomeni individuali si manifestano nella società. Il terreno di sviluppo di una norma costituzionale qual è l'art. 41 è quello delle scienze sociali, alle quali non si addice il metodo meccanico tipico di quelle naturali; e questo perlomeno vale se si condividono i postulati di fondo dell'individualismo metodologico"⁴⁰.

Il *modus procedendi* ricalca il tradizionale schema norma/potere/fatto, ma stavolta il potere non è più quello discrezionale dell'amministratore pubblico ma quello del legislatore (nazionale e regionale) vincolato dalla norma costituzionale a conseguire la "garanzia strutturale affinché le regolazioni siano il più possibile ispirate al principio di certezza dei diritti ed al principio di proporzionalità"⁴¹. Si tratterebbe di un risultato volto all'affermazione di un diritto nei confronti dello Stato, secondo una tecnica redazionale ("*La Repubblica promuove il valore della responsabilità personale in materia di attività economica non finanziaria*") vistosamente mutuata dalle norme che hanno ad oggetto il riconoscimento e la tutela dei diritti sociali (e, più ancora, dal principio di eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3 secondo comma Cost.). Prendere a prestito - dalla dottrina dei diritti - uno scudo ancor più solido del passato, contro le ingerenze del pubblico, prefigura lo spostamento del *focus* sulla supplenza dei giudici dinanzi al

³⁹ Pierluigi Ciocca, *Un nuovo diritto per l'economia italiana*, pubblicato il 5 dicembre 2008 su Aperta Contrada.

⁴⁰ Fabio Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, intervento alla fondazione Magna Charta del 15 giugno 2010, consultabile alla URL (http://www.astrid-online.it/La-Costitu/Studi--ric/L-Italia-h/Cintioli-F_Incontro_fondazione-Magna-Carta_15_06_10.pdf).

⁴¹ Giuliano Amato, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998. Ciò dovrebbe avvenire rafforzando "il principio di certezza (...) come un principio che dà agli operatori economici diritti univoci e permanentemente prevedibili nel loro spazio economico".

permanere degli squilibri e delle carenze amministrative⁴²: per conseguire il risultato della liberalizzazione, si ricorre alla stessa strumentazione che abbattè il retaggio corporativo nelle relazioni sindacali; in caso di inadempimento, è facile immaginare che cosa comporti la natura immediatamente precettiva delle norme costituzionali.

L'Autore - che per primo sostenne la "necessità di correggere le tendenze di un governo regolatorio dell'economia caratterizzato, a tutt'oggi, da un eccesso di norme intrusive, di norme discrezionali e di norme selettive in base a criteri non trasparenti"⁴³ - non a caso concludeva auspicando che fosse "possibile portare in giudizio una legge per il mancato rispetto del principio di proporzionalità", il quale "impone una ponderazione della misura adottata rispetto al fine che con essa si intende perseguire".

La locuzione prescelta è interessante: richiedere che Stato, Regioni ed Enti locali estendano "necessariamente" l'istituto della segnalazione di inizio attività (e quello della autocertificazione) "a tutte le ipotesi in cui è *ragionevolmente applicabile*" ricalca il parametro di ragionevolezza cui finora la Corte costituzionale s'è ispirata per valutare la "generica idoneità dell'intervento statale al raggiungimento dell'esigenza di utilità sociale considerata" (sentenza n. 20 del 1980)⁴⁴. In realtà, il giudizio di necessità è stato con più efficacia affiancato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea al diverso giudizio di "proporzionalità" della misura⁴⁵: essa contiene in sé radicati anticorpi, in virtù dei quali il rischio di un approccio meccanicistico alla tutela della concorrenza appare decisamente sventato.

Non è un caso, allora, che la proposta di revisione dell'articolo 41 si affianchi all'estensione del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'articolo 118

⁴² Ciò pare ricalcare anche il parametro, introdotto nella Legge fondamentale tedesca nel 1967, del rispetto dell'equilibrio economico generale, sorto come vincolo di bilancio sia per il *Bund* che per i *Land* ma, più in generale, inteso dalla giurisprudenza costituzionale come norma fondamentale di diritto costituzionale dell'economia.

⁴³ Ciò dovrebbe avvenire rafforzando "il principio di certezza (...) come un principio che dà agli operatori economici diritti univoci e permanentemente prevedibili nel loro spazio economico", nonché "il principio di proporzionalità, che (...) impone una ponderazione della misura adottata rispetto al fine che con essa si intende perseguire": così Giuliano Amato, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 18-19. A dimostrazione che tale riconoscimento è volto all'affermazione di un diritto nei confronti dello Stato (ottenendo la "garanzia strutturale affinché le regolazioni siano il più possibile ispirate al principio di certezza dei diritti ed al principio di proporzionalità"), l'A. prosegue auspicando che "sia possibile portare in giudizio una legge per il mancato rispetto del principio di proporzionalità".

⁴⁴ Per una disamina della giurisprudenza di palazzo della Consulta in materia, cfr. Eduardo Gianfrancesco, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005 fasc. 3, pp. 2209 - 2234.

⁴⁵ Per una disamina della giurisprudenza della Corte con sede a Lussemburgo in materia, cfr. Micaela Lottini, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2004 fasc. 2, pp. 541 - 553. Vi si legge, tra l'altro, che la libertà dell'impresa, seppure astrattamente riconosciuta dalla Corte come diritto dell'individuo, trova però tutela essenzialmente a due condizioni: "da una parte, se la stessa non incide negativamente sul diritto di accesso al mercato; dall'altra se, pur incidendo sulla libertà di accesso al mercato, in ultima analisi la sua tutela possa comportare vantaggi al sistema mercato nel suo complesso" (p. 550).

Cost.⁴⁶: si tratta di un'elaborazione - già nota alla dottrina comparatistica⁴⁷, ma diffusasi a cavallo della modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione⁴⁸ - che tende a superare i confini entro i quali una certa interpretazione l'aveva costretta⁴⁹. Il parere n. 1440 del 2003 della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato aveva infatti delimitato il carattere relazionale della sussidiarietà orizzontale, escludendo che la convergenza fra interessi imprenditoriali privati e interessi degli enti locali potesse essere, di per sé, espressione del principio in questione: esso “va piuttosto riferito ai fenomeni tipici della cittadinanza societaria, laddove si evidenziano attività di interesse generale a cura di soggetti, utenti e agenti al medesimo tempo, operanti nella propria comunità di base”.

È vero che, anche in quest'ambito, si registrano molteplici segnali di un'applicazione più generalizzata, che non richieda un *litmus test* di relazionalità reciproca o di meta-relazionalità⁵⁰. Non si deve dimenticare che i vincoli

⁴⁶ Il cui ultimo comma attualmente recita: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

⁴⁷ A. Rinella, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, 8, in A. Rinella - L. Coen - R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999. Attraverso questa chiave interpretativa l'analisi si salda col diverso filone che la questione ha percorso negli Stati Uniti d'America, dove il principio di sussidiarietà orizzontale riposa sul X Emendamento, ai sensi del quale "I poteri non delegati all'Unione dalla Costituzione, né per essa esclusi dall'ambito statale, sono riservati rispettivamente agli Stati o al popolo" (corsivo aggiunto). Al contrario, si mantiene sul terreno più tradizionale il *Manifeste en faveur de l'inscription dans la Constitution et dans les Déclarations des droit fondamentaux de la liberté d'entreprendre*, proposto da L. Kalogeropoulos nel gennaio 2006: esso rappresenta il più recente tentativo di inserimento nelle Costituzioni continentali di un esplicito riconoscimento della libertà d'impresa. La posizione particolare rivestita dall'impresa nell'ordinamento costituzionale francese (al di là del riconoscimento della proprietà, la norma positiva dell'epoca rivoluzionaria era riferita alla libertà delle arti e dei commerci, per cui solo l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale degli ultimi decenni ha supplito in termini di esplicita proclamazione) aveva indotto Laurence Parisot, presidente di Medef (*Mouvement des Entreprises de France*, cioè la Confindustria francese), a fare propria la proposta nel corso dell'audizione svolta dinanzi al Comitato di riflessione sul Preambolo della Costituzione francese; quest'ultimo però, nella relazione conclusiva del dicembre 2008 (consultabile alla URL ((<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000758/0000.pdf>))), aveva optato per il mantenimento della disciplina esistente.

⁴⁸ G. Razzano, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la "semplificazione"*, in *Dir. Amm.*, 2001, 276, ha anzi rimarcato la connessione col principio di sussidiarietà verticale, che invece riguarda il rapporto tra i vari enti pubblici territoriali, dall'alto verso il basso; un'interessante ricaduta dell'interrelazione della sussidiarietà verticale ed il rapporto con i privati si riscontra nella sentenza della Corte costituzionale 17 giugno 2010, n. 215.

⁴⁹ Per una critica di tale accezione restrittiva, cfr. G. Razzano, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, n.4, pp. 718-722.

⁵⁰ Cfr. G. Razzano, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, in Atti del Convegno svoltosi a Cassino il 16 dicembre 2005 sul tema "Sussidiarietà e diritti", curati da V. Baldini, consultabile alla URL ((<http://www.astrid-online.it/Sussidiari/Studi-e-ri/Razzano-s.o.-fra-programma-e-realt-.pdf>)). Vi si menziona anche la pronuncia del TAR Liguria (Sez. I, 18 marzo 2004, n. 267), per cui il principio di sussidiarietà orizzontale “induce necessariamente a dover riconsiderare sotto nuova e più pregnante luce la valenza della posizione giuridica dei soggetti coinvolti nell'azione amministrativa. Non v'è dubbio, infatti, che lo specifico ruolo ordinamentale attribuito ai privati ed alle loro formazioni sociali sul piano sostanziale riverberi i suoi effetti anche sul piano procedimentale e processuale. Così, per un verso, l'apporto di questi ultimi nell'ambito del procedimento andrà valorizzato non solo in termini di mera collaborazione nell'adozione dei provvedimenti che incidano direttamente la loro sfera giuridica, ma

costituzionali sono "esterni" alla proclamazione di cui al primo comma dell'articolo 41: "l'attività economica costituisce esercizio di un diritto costituzionalmente garantito anche se non persegua fini di utilità sociale o non miri allo sviluppo della libertà, della sicurezza o della dignità umana. È infatti sufficiente, per l'articolo 41 comma 2, che essa non operi in contrasto con tali valori"⁵¹. È il motivo per il quale, ad esempio, l'articolo 43 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, prevede che siano istituite nel Meridione d'Italia "zone a burocrazia zero (...)nel rispetto del principio di sussidiarietà e dell'art. 118 della Costituzione: le "nuove iniziative produttive" che vi saranno avviate - godendo del silenzio accoglimento di cui alla lettera a) del comma 1, in difetto di esercizio del potere commissariale entro il termine di 30 giorni dall'avvio del procedimento - non devono piegare il conseguimento del profitto ad altre ed ulteriori finalità di tipo sociale.

Le ipotesi di revisione costituzionale comunque escluderebbero da questa progressiva estensione (in una con l'attività economica finanziaria e gli ambiti normativi ove le leggi prevedono fattispecie di delitto) gli ambiti normativi che derivano direttamente dalla attuazione delle normative comunitarie o internazionali, per i quali, invero, la citata giurisprudenza della Corte di Lussemburgo già valorizza le esigenze di proporzionalità degli interventi.

Si tratta di valutazioni che vanno rapportate soprattutto con i livelli di vertice della piramide ordinamentale, compreso quello costituzionale europeo, in via di assestamento. Quest'ultimo deve scontare l'inevitabile portato dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, con esso, il passaggio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵² dal valore di *soft law*⁵³ alla cogenza giuridica

anche ai più generali fini della gestione stessa della funzione amministrativa per renderla più adeguata rispetto agli interessi pubblici perseguiti" (corsivi dell'A.).

⁵¹ Alessandro Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, vol. II, pp. 1622-1623.

⁵² Luca Christian Natali, *Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza*, in *I Contratti*, 2004 fasc. 7, pt. 1, pp. 729 - 741. V. anche Giuseppe Santoro Passarelli, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005 fasc. 1, pp. 63 - 99.

⁵³ Che già faceva scrivere, a Lussemburgo, "la libertà contrattuale fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Essa costituisce il corollario della libertà di azione delle persone. Essa è altresì legata indissolubilmente alla libertà d'impresa, tutelata a livello costituzionale. In una Comunità che è tenuta a rispettare il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, garantire la libertà contrattuale è indispensabile. Anche la giurisprudenza della Corte riconosce che agli operatori economici spetta la libertà contrattuale. Nell'adottare decisioni in materia di diritto della concorrenza, la Commissione deve tener conto del principio della libertà contrattuale ovvero della libertà d'impresa. La libertà contrattuale non comprende tuttavia solo la libertà di concludere contratti (libertà contrattuale positiva), bensì anche la libertà di non concludere contratti (libertà contrattuale negativa)." (§§ 225-227 delle conclusioni dell'avvocato generale presentate il 17 settembre 2009 in causa C-441/07 P, Commissione delle Comunità europee contro Alrosa Company Ltd); v. anche: § 74 delle conclusions de l'avocat général présentées le 24 mars 2010, dans l'affaire C-540/08 Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG Contre «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH; § 33 della sentenza del Tribunale di prima istanza (troisième chambre élargie) 9 septembre 2008 dans l'affaire T-212/03, MyTravel Group plc contre Commission des Communautés européennes; § 214 delle conclusions de

piena (con decorrenza 1° dicembre 2009): al suo interno, l'articolo 16 è esplicito nel riconoscere - al di là delle previsioni sulla concorrenza incorporate nel Trattato sul funzionamento dell'Unione - la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario⁵⁴ e alle legislazioni e prassi nazionali. Tali sviluppi stanno anche producendo il superamento della posizione espressa nel 2003 dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, ad esempio a seguito del Protocollo sui servizi di interesse generale allegato al Trattato di Lisbona, che menziona quale valore comune all'Unione europea ai sensi dell'art. 16 del nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea "*il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti*": a seguito di ciò la medesima Sezione consultiva ha riconosciuto che "il collegamento tra servizi pubblici locali e principio di sussidiarietà opera anche in relazione alla dimensione orizzontale di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 118, comma 4 della Costituzione"⁵⁵.

l'avocat général présentées le 13 décembre 2007 dans l'affaire C-413/06 P Bertelsmann AG et Sony Corporation of America.

⁵⁴ La cui ricognizione - effettuata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza (First Chamber) 9 September 2004 nei casi C-184/02 and C-223/02, Kingdom of Spain and Republic of Finland v. European Parliament e Council of the European Union (§§ 50-52) - concludeva che "*those freedoms are not absolute rights, however, but must be considered in relation to their social function. Consequently, restrictions may be imposed on their exercise, provided that the restrictions correspond to objectives of general interest and do not constitute in relation to the aim pursued a disproportionate and intolerable interference, impairing the very substance of the rights guaranteed (see inter alia Case C-200/96 Metronome Musik [1998] ECR I-1953, paragraph 21)*".

⁵⁵ Parere n. 2692/2010 della Sezione consultiva per gli atti normativi, dato nell'adunanza del 24 maggio 2010 e depositato il 14 maggio 2010 sull'affare 2415/2010; vi si legge anche che "la prospettiva adottata dalla innovativa previsione, grazie agli impulsi provenienti dall'Unione europea, è il frutto di una nuova filosofia, che vede come irrinunciabile l'intervento del pubblico solo per le attività c.d. di spertanza necessaria, incentivando per il resto l'iniziativa privata, filosofia pur sempre ancorata all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 della Costituzione. In sostanza, nell'attuale momento storico si registra un indirizzo volto a *favorire in prima istanza l'iniziativa privata* nell'erogazione dei servizi pubblici e, solo in caso di inefficacia dell'iniziativa privata, ad esaltare il ruolo delle istanze più vicine ai cittadini, cioè gli enti locali, che peraltro procedono ordinariamente allo svolgimento dei servizi loro spettanti tramite affidamento a terzi" (corsivo aggiunto).

PROFILI COMPARATIVI

**MANIFESTE
EN FAVEUR DE L'INSCRIPTION
DANS LA CONSTITUTION ET DANS LES
DECLARATIONS DES DROITS FONDAMENTAUX
DE LA
LIBERTE D'ENTREPRENDRE**

LEONIDAS KALOGEROPOULOS

JANVIER 2006

MANIFESTE

I - La liberté d'entreprendre n'est proclamée par aucune de nos Déclarations de Droits Fondamentaux

II - Trois raisons principales pour proclamer explicitement la liberté d'entreprendre dans les Déclarations des Droits Fondamentaux

1. Elle est le socle de l'équilibre de nos sociétés

2. La liberté d'entreprendre est mal comprise

3. La liberté d'entreprendre a une portée révolutionnaire. Elle est une dimension essentielle de la citoyenneté et de la République : elle transcende le clivage gauche/droite

III - Projet d'article : de la liberté d'entreprendre

IV - La liberté d'entreprendre proclamée pour tous ceux qui n'ont pas conscience qu'ils peuvent en disposer

Conclusion - La France pourrait s'enorgueillir d'inscrire la liberté d'entreprendre dans sa Constitution et de la faire inscrire dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948

**Manifeste en faveur de l'inscription
dans la Constitution et dans les Déclarations des
Droits Fondamentaux
de la Liberté d'entreprendre**

**I - La liberté d'entreprendre n'est proclamée par
aucune de nos Déclarations de Droits Fondamentaux**

La liberté d'entreprendre ne figure pas dans les 17 articles de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, pas plus qu'elle n'est citée dans le Préambule de la Constitution de 1946, ou dans la Constitution de 1958.

Elle ne compte même pas au nombre des libertés énoncées dans les 30 articles de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, et elle est également absente des Traités constitutifs de l'Union Européenne.

Protégée par les constructions jurisprudentielles des tribunaux, la liberté d'entreprendre n'est en revanche proclamée par aucune de nos Déclarations Fondamentales, réputées pourtant pour faire la promotion des droits et des libertés essentielles à l'équilibre de nos sociétés et rassembler les repères nécessaires pour aider les citoyens à y trouver leur place.

II - Trois raisons principales pour proclamer explicitement la liberté d'entreprendre dans les Déclarations des Droits Fondamentaux

1. Elle est le socle de l'équilibre de nos sociétés

La liberté d'entreprendre est protégée par les tribunaux, notamment grâce à une jurisprudence constante, qui rattache la liberté d'entreprendre à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, en vertu duquel « *chacun est libre de faire ce qui ne nuit pas à autrui* ». Elle n'est donc pas plus mise en exergue que la liberté de circuler, de se réunir, de partir en vacances...

Pourtant, la liberté d'entreprendre est à l'origine de l'extraordinaire diversité de réponses apportées à l'infinie diversité des besoins et désirs présents dans la société.

Ces réponses apportées par les entreprises, qui constituent autant de richesses mesurées par la croissance économique, sont à l'origine des emplois créés et des salaires distribués. Ces richesses sont également la source des impôts collectés, et dès lors à l'origine de l'ensemble des actions conduites par la puissance publique, sous la forme de redistribution de richesses ou de prise en charge directe de certains besoins (administrations et entreprises publiques).

La liberté d'entreprendre constitue donc le socle de l'équilibre de nos sociétés, et ce statut privilégié ne saurait se contenter d'une simple construction jurisprudentielle : il faut la proclamer.

2. La liberté d'entreprendre est mal comprise

La liberté d'entreprendre est mal comprise en France et de plus en plus mal comprise dans les sociétés occidentales, où elle est accusée de tous les maux : périls environnementaux, inégalités sociales, déshumanisation du monde du travail...

Dans ce procès en règle, les entreprises font figure d'accusées, face à des procureurs qui font porter indifféremment à toutes les entreprises la responsabilité d'un diagnostic catastrophiste.

Pourtant, les entreprises sont porteuses des plus probables et des plus crédibles solutions aux maux ainsi dénoncés.

Le rétablissement des équilibres environnementaux est un marché porteur pour les entreprises dans tous les domaines (énergies propres, voitures propres, gestion des déchets...). L'écologie est appelée à connaître des avancées radicales grâce aux innovations de certaines d'entre elles.

Pour ce qui est des inégalités sociales, rien n'est jamais parvenu à les corriger avec plus d'efficacité que l'accélération de la croissance économique, sous l'impulsion des entreprises existantes et de la naissance de nouvelles entreprises.

Enfin, la déshumanisation du monde du travail, du fait d'entreprises qui asserviraient leurs salariés dans une nouvelle forme d'esclavage, elle est dénoncée par ceux qui ne regardent que la caricature de quelques grands groupes, mais dont la réalité est sans commune mesure avec celle des 2,4 millions d'entreprises de taille humaine qui emploient l'essentiel des salariés en France.

Pour ces entreprises, au contraire, leur principale ressource réside dans les ressources humaines qui foisonnent en leur sein. C'est le talent et l'esprit d'entreprise de leurs équipes, qui leur permettent de se développer, de gagner des marchés, d'innover. C'est un talent encouragé et récompensé dans la grande majorité des entreprises.

La portée de la liberté d'entreprendre est mal comprise, parce qu'elle est souvent assimilée à la caricature de certains dysfonctionnements du capitalisme qui, pour être parfois avérés, sont loin de résumer le potentiel infini que recèle la diversité des entreprises actuelles et à venir.

3. La liberté d'entreprendre a une portée révolutionnaire. Elle est une dimension essentielle de la citoyenneté et de la République : elle transcende le clivage gauche / droite

L'usage de la liberté d'entreprendre contribue à la richesse collective. Elle représente de ce fait un acte éminemment responsable et citoyen : celui de créer des richesses.

La République, dont le projet a toujours été de donner les moyens à chacun de se distinguer selon ses mérites, se doit d'éveiller davantage ses enfants à la conscience du formidable potentiel d'enrichissement individuel et collectif que recèle cette liberté fondamentale, celle de prendre son destin en main, en apportant sa pierre à l'édifice du destin collectif. C'est cela, entreprendre.

Défendre la liberté d'entreprendre a parfois semblé être l'apanage de forces politiques réactionnaires, accusées de vouloir la liberté des plus forts, pour exploiter les « classes laborieuses ». Cette liberté serait prônée par les « puissants », les « possédants », pour asseoir leur domination sur la société. Ces distinctions de classes sont d'un autre âge.

C'est nécessairement un combat de gauche comme de droite, que de vouloir qu'au sein de la société, de la République, tous les enfants, d'où qu'ils viennent, soient éveillés au goût et à l'appétit d'entreprendre, qu'ils sachent que cette liberté leur appartient, à chacun d'eux, et qu'ils peuvent en faire usage.

Si l'on souhaite que les entrepreneurs ne soient pas uniquement issus des seules familles d'entrepreneurs, qui d'autre que la République, grâce aux principes dont elle est porteuse, pourra véhiculer l'espérance individuelle et collective dont est chargée cette liberté singulière ?

La liberté d'entreprendre doit être une tentation et une opportunité pour chacun, au-delà du cercle restreint de quelques privilégiés qui savent ce qu'entreprendre veut dire, parce qu'ils ont depuis toujours baigné dans un environnement familial rompu à l'exercice de l'initiative entrepreneuriale.

La tentation d'entreprendre, le goût d'entreprendre, l'appétit de créer, l'esprit d'entreprise, doivent rayonner partout, dans tous les esprits, à tous les échelons hiérarchiques, à travers toutes les ambitions que l'on poursuit.

La liberté d'entreprendre est une liberté révolutionnaire ! Elle permet de s'affranchir de tous les déterminismes, de dépasser toutes les pesanteurs sociales, de transcender tous les privilèges. Comment la République pourrait-elle faire l'économie de promouvoir une si belle liberté auprès de tous ses enfants ?

III - Projet d'article : de la liberté d'entreprendre

L'article qui devrait proclamer la liberté d'entreprendre dans la Constitution se doit de faire la synthèse de tous ces paramètres.

Projet d'article

Entreprendre n'est le privilège de personne ; c'est une liberté fondamentale que chaque homme et chaque femme a le droit d'exercer.

La liberté d'entreprendre est la source des richesses individuelles et collectives. Elle permet l'éclosion d'une multiplicité de réponses à l'infinie diversité des besoins présents dans la société. Elle garantit leur utilité sociale et leurs moyens de subsistance à toutes celles et à tous ceux à qui elle pourvoit un emploi.

Aucune action de redistribution ou d'allocation de richesses, assise sur la contribution publique, ne peut durablement prospérer sans que des entreprises n'aient pu préalablement créer les richesses correspondantes.

Si la liberté d'entreprendre peut devoir être organisée ou restreinte dans son exercice dans le respect de règles strictement nécessaires édictées par la loi, celles-ci ne doivent pas faire obstacle à ce que toute l'organisation de la société, au plan de son éducation, de ses institutions, de son économie, de son droit et de sa fiscalité, soit toute entière orientée vers l'objectif d'encourager l'éclosion, la multiplication et le développement des entreprises.

Cet objectif ne peut être poursuivi qu'en favorisant l'esprit d'entreprise, de conquête et d'initiative, la créativité, l'audace, la volonté, le travail, la formation et le sens des responsabilités, en vue d'éveiller l'appétit du plus grand nombre, sans distinction d'origine ou de fortune, à vouloir faire prospérer les potentiels de la liberté inaliénable d'entreprendre, dont dispose chaque homme et chaque femme dans la société.

IV – La liberté d’entreprendre proclamée pour tous ceux qui n’ont pas conscience qu’ils peuvent en disposer

Proclamer la liberté d’entreprendre n’a pas pour objectif de protéger l’entreprise qui serait aujourd’hui menacée. Elle est parfaitement protégée par les tribunaux.

Cette proclamation n’aurait pas pour vocation non plus de défendre la « classe des entrepreneurs », dans un combat politique d’un autre âge. C’est d’ailleurs le piège dans lequel se sont souvent enfermés certains libéraux, apparaissant comme les défenseurs d’une « classe dominante », alors que les entrepreneurs émergent de partout, de toutes les classes, de toutes les extractions, de tous les niveaux de formation, de tous les âges, de tous les quartiers, dans tous les secteurs et qu’ils ont surtout vocation à se multiplier partout.

Défendre la liberté d’entreprendre, c’est en faire la promotion auprès de toutes celles et tous ceux en qui l’énergie qui bouillonne peut se concrétiser en richesse, pour la société et pour eux-mêmes, en créant leur propre entreprise, pour joindre leur dynamique à la réaction en chaîne vertueuse des emplois créés, de la richesse produite, des salaires distribués, de la croissance stimulée.

Il faut que dans tous les esprits soit éveillée cette étincelle de tentation que représente la liberté d’entreprendre, dont dispose chacune et chacun dans la société. Elle représente une composante essentielle de la citoyenneté, que l’on peut vouloir attiser pour la faire fructifier un jour dans sa vie.

Proclamer la liberté d'entreprendre dans les Déclarations des Droits Fondamentaux, c'est s'assurer que chacun aura l'occasion de se dire un jour : « pourquoi pas moi ? », « si je développais tel projet ? », « si je me lançais ? », « si je me mettais à mon compte ? », « si je montais ma boîte ? »...

Cette envie, cette énergie, cette détermination, cette volonté, permettent de transcender les déterminismes, de surmonter les obstacles, de relever les défis, d'enrichir la société, de changer le monde.

Proclamer la liberté d'entreprendre, c'est aussi faire vivre partout l'esprit d'entreprise, cette soif de réussir, cette exigence d'excellence, cette ambition, partout dans sa vie, dans son travail, quel qu'il soit.

Créer son entreprise n'est que l'ultime étape d'un état d'esprit qui doit insuffler dans toute la société une dynamique créative, qui la porte et qui assure son développement.

L'esprit d'entreprise, qui se mesure par la croissance d'un pays, d'un continent et au-delà, doit être stimulé en proclamant dans nos valeurs fondamentales l'importance de la liberté d'entreprendre, qui en est le moteur principal.

Conclusion

La France pourrait s'enorgueillir d'inscrire la liberté d'entreprendre dans sa Constitution et de la faire inscrire dans les Traités de l'Union européenne.

Mais cette liberté, créatrice de richesses à l'échelle d'une Nation et de notre continent, l'est tout autant à l'échelle de l'Humanité.

Dans cette dynamique, poursuivant l'œuvre de René Cassin, qui a présidé à la rédaction de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, la France pourrait rayonner au-delà de ses frontières, comme il est de sa vocation de le faire, en convainquant le concert des Nations de rajouter un 31^{ème} article à cette Déclaration, consacrant la portée inaliénable et universelle de la liberté d'entreprendre.

COMITE DE REFLEXION SUR LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION Rapport au Président de la République Décembre 2008

...

Audition de Madame Laurence Parisot, présidente du MEDEF

10 juillet 2008

A. La parité entre les hommes et les femmes.

Mme Parisot se montre favorable à des mesures favorisant la parité. Elle justifie sa position en se fondant sur les études réalisées par l'IFOP auprès des femmes depuis les années 70 :

- au milieu des années 1970, les résultats des analyses effectuées montraient qu'un espoir immense naissait chez les femmes,
- à partir des années 1980, les femmes considéraient que l'accès à la vie professionnelle leur était enfin ouvert, leurs espoirs ne cessant de grandir,
- dans les années 1990, les femmes pensaient leur but atteint, notamment lors de la dernière réforme sur la parité dans le domaine politique,
- mais, à partir du début des années 2000, les femmes ont assisté au début d'un retour en arrière : des signaux, certes faibles mais inquiétants, montraient que les choses n'étaient pas acquises. Ainsi, s'avère-t-il que des retours en arrière sont possibles : il faut donc concevoir des outils qui permettent de les éviter.

Les actes de foi, les déclarations de principes, les beaux discours ne suffisent pas. Il faut déployer des bonnes pratiques, en incitant chacun à les mettre en oeuvre.

Il faut permettre au législateur de mieux garantir l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités, en dehors même de la sphère politique. Il faut à la fois des "coups de pouce" et des actions de nature à éviter que les choses ne reviennent en arrière.

B. La diversité.

Mme Parisot n'est pas favorable à des mesures temporaires : il faut, soit pratiquer la discrimination positive à 100 %, soit ne pas la mettre en oeuvre.

Toutefois, elle convient que des ajustements, qui ne seraient pas permanents, sont nécessaires. S'agissant des statistiques permettant de mesurer la diversité dans les entreprises, Mme Parisot n'y est pas opposée à condition que soient renforcées la protection des données personnelles et l'anonymisation.

Elle affirme que de nombreuses entreprises sont soucieuses de progresser dans ce domaine

²⁰⁴

; la

difficulté est que, s'il est facile pour le chef d'une petite entreprise de voir si celle-ci reflète la diversité, il est difficile pour le dirigeant d'une grande entreprise d'avancer sans outil statistique. La mise en place des outils statistiques doit s'accompagner d'un renforcement de la protection des données individuelles.

La procédure d'anonymisation n'est pas toujours respectée, alors qu'il s'agit d'un élément

²⁰⁴. Mme Parisot a évoqué l'opération "Nos quartiers ont du talent", une opération qui apporte un "coup de pouce" à de jeunes diplômés de niveau Bac+4 et plus, issus en priorité des banlieues et à la recherche d'un emploi à la hauteur de leurs compétences et aspirations. Par le biais du réseau Medef et de ses partenaires, ce programme facilite leur mise en relation avec des recruteurs et leur garantit un entretien d'embauche si leurs compétences correspondent à celles d'un poste ouvert au recrutement des entreprises partenaires. Son objectif vise à rétablir un équilibre dans le traitement de leur candidature et à leur offrir un réseau auquel ils n'ont pas accès.

²⁰⁶

fondamental.

En cette matière, elle est convaincue qu'il existe un espace dans lequel on peut agir.

C. La liberté d'entreprendre et l'économie de marché.

Sur l'interrogation d'un membre du comité, Mme Parisot se déclare favorable à l'insertion de nouveaux droits économiques dans le Préambule de la Constitution, notamment la liberté

d'entreprendre. Elle estime d'ailleurs paradoxal que cette liberté ne soit pas explicitement affirmée, alors que l'économie de marché est valorisée et que l'initiative personnelle est encouragée.

Voyant là une étape symbolique utile, elle propose la rédaction suivante :

“Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946, aux droits et devoirs définis dans la Charte de l’environnement de 2004 et au principe de la liberté d’entreprendre.”

Mme Parisot n'est pas certaine qu'il existe là un enjeu juridique fort, puisque la liberté d'entreprendre est reconnue par le Conseil constitutionnel et que son absence dans le Préambule de la Constitution n'empêche les entrepreneurs d'agir, mais elle considère que la reconnaissance de la liberté d'entreprendre, ainsi que celle de l'économie de marché, constitueraient un signal fort adressé à ceux qui ont un esprit créatif et permettraient d'améliorer le regard porté par les Français sur les entreprises.

Elle déclare préférer l'expression “liberté d'entreprendre”, qui fait référence à un acte, à l'expression “liberté d'entreprise”, qui figure à l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

D. La liberté contractuelle.

Le Medef considère que le législateur abuse de l'article 34 de la Constitution selon lequel *“il détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale”*, en

prévoyant les moindres détails dans ces domaines.

Le Medef souhaite que le législateur revienne à l'esprit de l'article 34. Si tel n'était pas le cas, il faudrait modifier notre Constitution afin de donner une place plus nette et mieux définie au contrat. Cela permettrait à la société française de “respirer”. Si le contrat avait davantage d'importance, beaucoup de réformes seraient mieux acceptées.

Mme Parisot observe que la France est l'un des seuls pays à laisser si peu de place au contrat et que, lorsque les syndicats s'accordent, le législateur intervient en aval...

Elle n'est pas opposée à l'intervention du législateur, mais uniquement pour fixer les grands principes (par exemple, fixer un plafond de 235 jours par an de travail pour les cadres, tout en laissant à un accord de branche le soin de fixer le nombre de journées de travail des cadres).

Mme Parisot admet que le consensus politique sera difficile à trouver sur ce point et que la proposition d'ajouter la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre dans le Préambule de la Constitution est de nature à susciter des protestations et des contestations.

Si elle est favorable à des évolutions significatives, elle veut éviter des situations conflictuelles.

Elle indique qu'elle est seulement venue formuler des propositions et qu'elle est convaincue que, pour faire évoluer la société, il faut affirmer des principes.

Nous publions ci-après le texte de la conférence de Me Patrick de FONTBRESSIN du 25 mars 2009 à l'Université de Paris II, dans le cadre de la section française de l'IDEF, à propos de son récent ouvrage « L'Entreprise et la Convention européenne des droits de l'homme » récemment publié aux éditions Bruylant, info@bruylant.be

L'Entreprise et les droits de l'homme

Aborder le thème des droits de l'homme et l'entreprise consiste à relever un grand défi de notre temps : le défi des malentendus, le défi des idées reçues.

Dans un contexte de mondialisation sans âme, propre à reconstituer, sous une forme différente une « lutte des classes » (1) l'entreprise et les droits de l'homme paraissent appartenir à des univers différents : D'une part, celui du mercantilisme et du profit, souvent qualifié de honteux. D'autre part celui de l'idéal ravalé au rang d'utopie.

Une telle apparence de clivage naturel, n'est pas seulement ancrée dans l'esprit d'un public aisément en proie au manichéisme.

Elle apparaît sous d'autres aspects.

Ainsi, l'Université fait -elle figurer l'enseignement des droits de l'homme au titre des enseignements de libertés publiques, l'entreprise étant du ressort du « droit des affaires », au gré d'un cloisonnement regrettable et traditionnel entre le droit public et le droit privé (2).

La même approche est implicitement confortée par des références historiques : Absente de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et du Préambule de la Constitution du 17 octobre 1946, tout comme de la Constitution du 4 octobre 1958, la liberté d'entreprendre, à laquelle on ne peut manquer d'associer par définition l'entreprise, a dû attendre une décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 pour se voir reconnaître valeur constitutionnelle au même titre que le droit de propriété (3) .

Ainsi que l'a souligné le Professeur Roland DRAGO, une telle consécration ne devait tout d'abord, d'ailleurs être formulée « *qu'au détour d'une phrase* » par une référence à l'article 4 de la Déclaration de 1789 dans les termes suivants : « *la liberté qui aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste a pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ne saurait, elle-même être préservée si des restrictions volontaires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* ». (4)

Dans des décisions, ultérieures le Conseil constitutionnel devait préciser les contours de la liberté d'entreprendre « *ni générale ni absolue* » (5), « *dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi* » et déclarer « *qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général, à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* » (6)

Toutefois aucune définition de la liberté d'entreprendre, désormais placée dans le standard de base des libertés fondamentales ne s'est trouvée fournie pour autant.

Si l'on se tourne vers les grands textes internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme, on constate que l'entreprise est totalement absente de ceux-ci.

Au titre des déclarations onusiennes, ni la Déclaration universelle de 1948, ni le Pacte International des Nations Unies relatif aux droits économiques sociaux et culturels du 19/12/1966 (7) ne se réfèrent à l'entreprise .

L'article 22 de la Déclaration universelle dispose que « *toute personne est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* ».

L'article 11 du Pacte dispose que « *les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille...* » ainsi qu'à « *l'amélioration constante de ses conditions d'existence* ».

Toutefois l'indispensable moteur économique de la réalisation de telles conditions, l'Entreprise n'est visée à aucun moment.

Au plan des déclarations régionales, ni la Convention américaine des Droits de l'homme (8), ni la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (9), ni la Convention européenne des droits de l'homme (10) ne font davantage état de l'entreprise.

L'article 26 de la Convention américaine, au titre du « *développement progressif* » dispose que « *les Etats parties s'engagent tant sur le plan intérieur que par la coopération, internationale, notamment économique et technique, à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales énoncées dans la Charte de l'organisation des Etats américains*».

L'article 22 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples consacre « *le droit des peuples au développement économique* » et proclame « *l'obligation des Etats d'assurer le droit au développement* ».

Absente de la Convention européenne des droits de l'homme, l'entreprise apparaît pour la première fois de manière expresse aux termes de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose « *que la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* » (11)

Le fait qu'un récent dictionnaire des droits de l'homme (12), œuvre d'éminents spécialistes, ignore tout autant l'entreprise est tout à fait révélateur. Il fait ainsi mention au titre de la lettre E « d'enseignement des libertés et des droits, de l'homme », puis de « l'environnement », sans que l'entreprise trouve la place lui revenant alphabétiquement entre ces deux thèmes.

Les origines de la construction européenne à partir d'un traité CEE de 1957 qui visait l'entreprise sans la définir pour autant et d'une Convention européenne des droits de l'homme, en apparence limitée aux droits dits de la « *première génération* » (13) pourrait également conforter dans la croyance d'un cloisonnement naturel entre une Europe dite des « marchands » et une « *Europe des droits de l'homme* » ou « *Europe des hommes* ». (14)

Or au contraire, l'examen attentif des droits et libertés garantis par la CEDH et de l'œuvre accomplie par les juges de Strasbourg et de Luxembourg conduit à constater que l'entreprise n'est autre qu'un « *territoire des droits de l'homme* » (15) et que de l'interférence entre droits de l'homme et entreprise peut naître une refondation sociétale, dont l'Europe peut ouvrir la voie.

I - L' ENTREPRISE TERRITOIRE DES DROITS DE L' HOMME

À la lecture de la Convention européenne des droits de l'homme, on pourrait croire de prime abord que la limitation de celle-ci aux droits civils et politiques de la première génération, aurait eu pour effet d'exclure toute possibilité d'extension à un contexte économique.

Or perçue originellement sous l'angle d'une protection de l'individu contre les ingérences de l'Etat dans une perspective d'effet vertical, la Convention s'est progressivement étendue à la protection de l'entreprise contre les ingérences de l'Etat.

À la différence du Pacte international de l'ONU ou de la Convention américaine des droits de l'homme, qui ignorent l'action individuelle de l'entreprise (15 bis), les dispositions de l'article 34 de la CEDH, ouvrant à toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particulier un droit d'action individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme, a d'emblée ouvert la voie d'une protection des personnes morales, forme juridique adoptée par les entreprises (16) pour protéger celles-ci à l'encontre de l'Etat.

Au gré d'une technique de «**protection par ricochet**» (17) et d'une approche dynamique et téléologique de la Convention par la Cour de Strasbourg, les droits de l'homme ont pénétré dans la sphère de l'économie et de l'entreprise (18).

Le recours au concept de «**notion autonome**» a ainsi permis d'opérer un dépassement de la rigidité des qualifications nationales pour dégager un «*sens commun*» (19) européen des droits et libertés qu'il convient d'assurer et de protéger.

Ainsi, à partir du droit de propriété et de la protection des biens garantis par l'article 1er du protocole N°1 de la Convention, dans un arrêt de grande chambre du 30 novembre 2004, la Cour de Strasbourg a-t-elle pu déclarer que :

« La notion de biens prévue par la première partie du protocole N°1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles de droit interne. A l'instar de biens corporels certains droits et intérêts constituant des actifs peuvent être aussi considérés comme des droits de propriété et donc des biens aux fins de cette disposition. La notion de biens ne se limite pas non plus aux biens actuels et peut également recouvrir des valeurs patrimoniales y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre au moins avoir une espérance légitime et raisonnable d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété ». (20)

Outre la protection des biens immobiliers, l'article 1er du protocole N°1 s'étend aussi à la protection de biens immobiliers incorporels de l'entreprise tels que les brevets ou les marques (21).

Dans une affaire C. DANGEVILLE /c France, la Cour a pu considérer qu'une créance de TVA d'une entreprise contre l'Etat était assimilable à un bien de nature à assurer légitimement la protection garantie par l'article 1er du protocole N°1 (22).

De la même manière à partir d'une interprétation des notions de respect de la vie privée du domicile et de la correspondance garanti par l'article 8,

la Cour a étendu la protection de la Convention aux activités professionnelles ou commerciales (NIEMETZ / Allemagne 16/1/1992 (23).

Aux termes de 3 arrêts, FUNKE, CREMIEUX et MIALHE /c France 25/2/1993, elle a considéré que l'article 8 s'appliquait à des locaux d'entreprises commerciales.

Dans un arrêt COLAS /c France 16/4/2002, elle a jugé :

« qu'il était temps de reconnaître dans certaines circonstances que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels » (24).

La protection de la liberté d'expression de la l'article 1er de la convention s'est trouvée étendue à la publicité commerciale à partir d'un arrêt Markt interm /c Allemagne du 20/11/1989 qui déclare que :

« les informations de caractère commercial ne sauraient être exclues du domaine de l'article 1er, paragraphe 1, lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements d'idées ou de modes d'expression » (25).

Sur le fondement du même texte dans une affaire Ogundem /c Turquie, la Cour a affirmé sa volonté de protection des entreprises de presse au motif que :

« Si de nombreuses dispositions de la Convention ont essentiellement pour objet de protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des autorités publiques, il peut en outre exiger des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits concernés, l'exercice réel et efficace de la liberté d'expression ne dépend pas seulement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux ». (26)

Parallèlement la reconnaissance par la Cour de Luxembourg des droits fondamentaux au rang des principes généraux du droit communautaire, ainsi que la référence à la Convention européenne des droits de l'homme dans des arrêts relatifs à l'application du Traité de Rome et des traités européens à vocation économique premiers subséquents (27) ont permis de constater l'indispensable convergence entre droits de l'homme et entreprise.

Aux termes d'un arrêt Roquettes Frères /c DGCCRF du 22/10/2002, la CJCE devait ainsi déclarer :

« Il convient de rappeler que selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux sont partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qu'à cet effet cette dernière s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La Convention européenne des droits de l'homme revêt à cet égard une signification particulière ».(28)

Outre cette décision relative à la protection de locaux commerciaux sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'occasion d'une perquisition administrative opérée dans le domaine de la concurrence, nombre d'autres décisions de la CJCE n'ont pas manqué de faire expressément référence à l'article 1er du Protocole N°1 de la Convention, à l'article 6 relatif aux règles du procès équitable, à l'article 14 relatif au principe de non discrimination, rappelant ainsi, selon la formule de l'arrêt NOLD du 14/5/1974 que *«les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice des Communautés européennes assure le respect »*. (29)

La formalisation de cette indispensable interférence entre l'économique et l'humain, fruit d'une convergence des jurisprudences de la Cour de Strasbourg gardienne des droits de l'homme et de la Cour de Luxembourg initialement gardienne du respect de libertés d'essence exclusivement économique, apparaît aux termes de l'article 2 du traité sur l'Union européenne tel que modifié par le traité de Lisbonne lorsqu'il dispose :

« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité de l'état de droit ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux états membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité, et l'égalité entre les femmes et les hommes ».(30)

On ne peut manquer, dès lors de constater que l'intégration progressive d'une référence aux droits de l'homme au coeur d'une construction héritière d'un traité à vocation essentiellement économique fondé sur le respect de la libre concurrence entre entreprises, place la relation des droits de l'homme et de l'entreprise sous l'aspect d'une véritable refondation sociétale.

II - LA RELATION DROITS DE L'HOMME-ENTREPRISE, UNE REFOUNDATION SOCIETALE

La supériorité de la CEDH sur tous les autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme réside, dans l'effectivité assurée par les principes de primauté et d'applicabilité directe dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe et l'exercice d'un recours individuel permettant à une juridiction des droits de l'homme d'assurer la sanction de leur violation (31).

Sans effectivité, selon la belle formule de Ripert, la règle de droit n'est plus que du «bois mort ».

Or, comme le soulignait le Bâtonnier PETTITI, juge français à la Cour européenne des droits de l'homme pendant dix huit ans et infatigable pèlerin de la Convention, celle-ci ne constitue pas seulement un instrument de protection contre l'Etat mais un instrument de protection généralisée, dès lors qu'outre son effet premier vertical, son effet horizontal à vocation à la rendre effective jusque dans les relations interindividuelles (32).

Dès lors, que par l'effet horizontal et l'exercice du recours individuel le respect des droits de l'homme pourra être invoqué dans les rapports entre particuliers au sein de l'entreprise (33) et que conforte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, il appartiendra à l'Etat, en vertu d'une obligation positive (34) de faire respecter les droits de l'homme au sein des relations inter individuelles, l'entreprise se trouvera directement concernée par l'application de la CEDH dans tous ses domaines d'activité .

Il en ira ainsi s'agissant des relations de l'entreprise avec ses salariés, spécialement au titre des articles 4, 8, 9, 10, 11 et 14 de la Convention, relatifs à l'interdiction des traitements dégradants et inhumains, au respect de la vie privée aux temps et lieu de travail, à la liberté de pensée, de conscience et de religion dans l'entreprise ou à la liberté d'expression au sein de celle-ci de même qu'à la liberté syndicale.

Il en ira de même s'agissant de l'entreprise avec sa clientèle et ses concurrents spécialement à propos de la publicité et des restrictions destinées à empêcher la concurrence déloyale ou la publicité mensongère ou trompeuse. (35)

Mais spécialement la relation de l'entreprise avec les tiers, au titre de son environnement à partir de la notion d'**obligation positive** des Etats d'assurer les respects des droits garantis par la Convention et **d'effet horizontal** de celle-ci dans les relations interindividuelles ouvre la voie à une réflexion de l'ordre d'une **refondation sociétale** (36).

Alors qu'aucun article de la Convention européenne des droits de l'homme ne visait la protection de l'environnement ni le droit à l'environnement

sain (37), par une **conjugaison de l'effet horizontal** et de l'obligation positive des Etats d'assurer la protection des droits et libertés garantis (38), la Cour est parvenue de manière progressive à frayer le chemin du droit à l'environnement sain, sur le fondement des articles 2, 8 et 10. (39)

L'intérêt de cette évolution jurisprudentielle ne réside pas seulement dans la technique de protection par ricochet utilisée par la Cour mais dans le fait qu'elle met l'accent sur une obligation commune des Etats et des entreprises a l'égard des risques environnementaux.

On ne peut manquer dès lors d'être frappé par la similitude de cette démarche avec les dispositions de la convention d'Aarhus du 8/7/2002 sur « *l'accès à l'information et la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement* », signée par 35 Etats et l'Union européenne et la Charte de l'environnement intégrée dans la Constitution française qui consacrent le principe de précaution lié à l'information et le principe de participation (40) .

Face aux risques environnementaux, la Cour de Strasbourg met au premier rang de manière linéaire les devoirs des hommes des Etats et des entreprises .

Elle renoue ainsi avec la notion de devoirs de l'homme chère à René Cassin (41) mais également au cœur de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, dont l'enseignement issu de la pensée du grand juge Keba Mbaye (42), également père de l'OHADA, mériterait d'être davantage répandu.

Par une application de la Convention européenne des droits de l'homme aux relations interindividuelles, dont l'Etat doit être le garant, est aujourd'hui ouverte la voie de la substitution d'une **culture du devoir et de la responsabilité partagée**, à une **culture de culpabilité**, au nom d'une **finalité première : le développement et l'épanouissement de l'humain**.

À l'heure des préoccupations du **développement durable**, face aux risques globaux, il incombe aux États, aux entreprises et aux peuples de prendre la mesure du caractère existentiel de la **participation** de chacun. Sous l'effet d'un catalyseur environnemental, d'une osmose entre l'entreprise et les droits de l'homme, peut renaître la grande idée gaullienne de participation (43), dans l'ensemble de la cité sous forme d'une « démocratie-dépassement » (44) des malentendus et des clivages destructeurs.

À l'heure où chacun doute, où le terrorisme et l'anarcho-populisme guettent en prédateurs le capitalisme malade, il importe de conclure un

nouveau contrat de société (45) : **Un contrat entre l'Entreprise et l'Homme, au profit de l'épanouissement humain.**

Patrick de FONTBRESSIN
Maître de Conférences à l'Université de Paris XI
Avocat à la Cour de Paris

Références bibliographiques

- 1- Patrick de FONTBRESSIN, « Mondialisation et droit de l'homme à l'environnement sain », in *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, 2006, éd. Sakkoulas, Athènes, et Bruylant, Bruxelles
- 2- Paul TAVERNIER, « La Convention européenne des droits de l'homme et la distinction droit public-droit privé », in *Liber Amicorum Marc-André EISSEN*, éd. Bruylant, Bruxelles 1995, p. 399ss
- 3- Patrick de FONTBRESSIN, « La liberté d'entreprendre et ses limites », in *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 4, à paraître aux éd. Sakkoulas, Athènes, et Bruylant, Bruxelles
- 4- Roland DRAGO, « Liberté d'entreprendre et environnement », in *Mélanges Jacques ROBERT*
- 5- Sur l'ensemble de ces décisions, cf. Louis FAVOREU et Louis PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, éd. Dalloz, 14^{ème} édition
- 6- Louis FAVOREU et Louis PHILIP, op. cit.
- 7- Il en va naturellement de même du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques
- 8- Cf. Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme, mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, éd. Bruylant, Bruxelles 2007
- 9- Jean MATRINGE, *Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, éd. Nemesis – Bruylant, Bruxelles 1996
- 10- *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, éd. Economica, 2^{ème} éd.
- 11- Jean-Yves CARLIER et Olivier de SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2002
- 12- *Dictionnaire des droits de l'homme*, éd. PUF, 2008
- 13- Karel VASAK, « Les différentes catégories de droits de l'homme » in *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 297ss
- 14- Maurice DUVERGER, *Europe des hommes*, éd. Odile Jacob, 1994

15- Selon l'expression du Professeur Emmanuel DECAUX, « Le territoire des droits de l'homme » in *Liber Amicorum* Marc-André EISSEN, op. cit.

15bis- Il faut espérer que la récente adoption par les Nations Unies du Protocole facultatif se rapportant aux droits sociaux, économiques et culturels ouvrira une nouvelle voie. Sur cette question, cf. Gédéon JEAN, « 10 décembre 2008, En route vers l'effectivité des droits de la 2^{ème} génération », article publié sur le site IDEF Droits de l'homme

16- Cette approche comporte un intérêt d'autant plus grand que le droit français continue de ne pas reconnaître la personnalité morale de l'entreprise ni celle des groupes de sociétés. Sur l'ensemble de cette question, cf. Barthélémy MERCADAL, *Mémento pratique Francis Lefebvre sociétés commerciales*, 2008, et *Mémento pratique droit des affaires*, 2008, n° 2000ss

17- Selon l'expression du Professeur Frédéric SUDRE, cf. « Le droit à un environnement sain et le droit au respect de la vie privée » in *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, 2006, éd. Sakkoulas, Athènes, et Bruylant, Bruxelles, p. 201ss

18- Louis-Edmond PETTITI, « Réflexions sur les principes et mécaniques de la Convention » in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, éd. Economica, 2^{ème} éd, p. 27ss.

19- Frédéric SUDRE, « Le recours aux notions autonomes » in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Némésis-Bruylant, Bruxelles, 1998

20- RTDH 2006, p. 87ss

21- Sur l'ensemble de la question cf. Patrick de FONTBRESSIN, *L'entreprise et la Convention européenne des droits de l'homme*, Préface Michel FRANCK, Président honoraire de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, éd. Némésis-Bruylant, 2008

22- Aff. SA DANGEVILLE c/ France CEDH 16 avril 2002

23- RTDH 1993 p. 470 obs. Pierre LAMBERT

24- A propos de ces arrêts, cf. Dimitri YERNAULT, « Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique », RTDH 1994, p. 121ss ; également, Jean-françois FLAUSS, AGIDEA 2002, p. 502ss

25- RTDH 1991 p. 203 obs. François JONJEN

26- Patrick de FONTBRESSIN, « La liberté d'expression, les obligations positives, un juste équilibre », RTDH 2001, p. 105ss

27- Sur l'ensemble de la question, Frédéric SUDRE et romain TINIÈRE, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, éd. Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2^{ème} éd. ; également l'ouvrage fondamental du professeur Jean-François RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, éd. LGDJ, 2007

28- *Droit communautaire des droits fondamentaux*, op.cit. p. 200

29- *Droit communautaire des droits fondamentaux*, op.cit. p. 30

30- Cf. Marianne DONY, *Après la réforme de Lisbonne, les nouveaux traités européens*, éd. De l'Université de Bruxelles, 2008

31- Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Economica, 1989

32- Louis-Edmond PETTITI, op. cit.

33- Sur cette question, cf. spécialement Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, éd. Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2005

34- Dean SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention » in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit. p. 133ss

35- Sur l'ensemble de ces questions, cf. Patrick de FONTBRESSIN, *L'Entreprise et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.

36- Patrick de FONTBRESSIN, « L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme » in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1998 p. 231ss

37- Sur l'ensemble de la question, Pierre LAMBERT, « Le droit de l'homme à un environnement sain », propos introductifs in *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, op. cit.

38- Patrick de FONTBRESSIN, « L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme », op. cit.

39- Cf. l'ensemble des contributions au colloque d'Athènes 2005 publié in *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 1, op. cit.

40- Patrick de FONTBRESSIN, « Le principe de précaution, une nouvelle approche des risques d'atteintes aux droits de l'homme » in *Revue*

hellénique des droits de l'homme, n° 25, p. 57ss ; également, Patrick de FONTBRESSIN, « L'approche du risque, une redécouverte des valeurs », Revue Experts, n° 61, 2003

41- René CASSIN, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme » in *Mélanges offerts à Polys MODINOS*, éd. Pedone, 1968, p. 479ss

42- Keba MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, éd. Pedone, 2^{ème} éd.

43- Patrick de FONTBRESSIN, « Devoir d'information, devoir de participation et éthique », Revue Experts, n° 58, 2003 ; également Patrick de FONTBRESSIN, « Environnement et Communication, les clés du développement durable », Revue Experts n° 54, 2002 ; Patrick de FONTBRESSIN, « La participation, idée gaullienne, avenir du droit » in *Mélanges offert à André DECOCQ*, éd.; Litec 2004, p. 233ss

44- Patrick de FONTBRESSIN, *La démocratie-dépassement*, éd. Nemesis-Bruylant, 1997, Préface de Pierre LAMBERT et Louis-Edmond PETTITI

45- Patrick de FONTBRESSIN, « La Convention européenne des droits de l'homme, une voie nouvelle pour la cité et l'entreprise » in *Etudes offertes à Barthélémy MERCADAL*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 59ss

CRS Annotated Constitution

Tenth Amendment -- Table of Contents

TENTH AMENDMENT
RESERVED POWERS
TENTH AMENDMENT
RESERVED POWERS

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

RESERVED POWERS

Scope and Purpose

"The Tenth Amendment was intended to confirm the understanding of the people at the time the Constitution was adopted, that powers not granted to the United States were reserved to the States or to the people. It added nothing to the instrument as originally ratified."¹ "The amendment states but a truism that all is retained which has not been surrendered. There is nothing in the history of its adoption to suggest that it was more than declaratory of the relationship between the national and state governments as it had been established by the Constitution before the amendment or that its purpose was other than to allay fears that the new national government might seek to exercise powers not granted, and that the states might not be able to exercise fully their reserved powers."² That this provision was not conceived to be a yardstick for measuring the powers granted to the Federal Government or reserved to the States was firmly settled by the refusal of both Houses of Congress to insert the word "expressly" before the word "delegated,"³ and was confirmed by Madison's remarks in the course of the debate which took place while the proposed amendment was pending concerning Hamilton's plan to establish a national bank. "Interference with the power of the States was no constitutional criterion of the power of Congress. If the power was not [p.1510] given, Congress could not exercise it; if given, they might exercise it, although it should interfere with the laws, or even the Constitutions of the States."⁴ Nevertheless, for approximately a century, from the death of Marshall until 1937, the Tenth Amendment was frequently invoked to curtail powers expressly granted to Congress, notably the powers to regulate commerce, to enforce the Fourteenth Amendment, and to lay and collect taxes.

In *McCulloch v. Maryland*,⁵ Marshall rejected the proffer of a Tenth Amendment objection and offered instead an expansive interpretation of the necessary and proper clause⁶ to counter the argument. The counsel for the State of Maryland cited fears of opponents of ratification of the Constitution about the possible swallowing up of states' rights and referred to the Tenth Amendment to allay these apprehensions, all in support of his claim that the power to create corporations was reserved by that Amendment to the States.⁷ Stressing the fact that the Amendment, unlike the cognate section of the Articles of Confederation, omitted the word "expressly" as a qualification of granted powers, Marshall declared that its effect was to leave the question "whether the particular power which may become the subject of contest has been

delegated to the one government, or prohibited to the other, to depend upon a fair construction of the whole instrument."⁸

Effect of Provision on Federal Powers

Federal Taxing Power.—Not until after the Civil War was the idea that the reserved powers of the States comprise an independent qualification of otherwise constitutional acts of the Federal Government actually applied to nullify, in part, an act of Congress. This result was first reached in a tax case—*Collector v. Day*.⁹ Holding that a national income tax, in itself valid, could not be constitutionally levied upon the official salaries of state officers, Justice Nelson made the sweeping statement that "the States within the limits of their powers not granted, or, in the language of the Tenth Amendment, 'reserved,' are as independent of the general government as that government within its sphere is independent of [p.1511]the States."¹⁰ In 1939, *Collector v. Day* was expressly overruled.¹¹ Nevertheless, the problem of reconciling state and national interest still confronts the Court occasionally, and was elaborately considered in *New York v. United States*,¹² where, by a vote of six-to-two, the Court upheld the right of the United States to tax the sale of mineral waters taken from property owned by a State. Speaking for four members of the Court, Chief Justice Stone justified the tax on the ground that "[t]he national taxing power would be unduly curtailed if the State, by extending its activities, could withdraw from it subjects of taxation traditionally within it."¹³ Justices Frankfurter and Rutledge found in the Tenth Amendment "no restriction upon Congress to include the States in levying a tax exacted equally from private persons upon the same subject matter."¹⁴ Justices Douglas and Black dissented, saying: "If the power of the federal government to tax the States is conceded, the reserved power of the States guaranteed by the Tenth Amendment does not give them the independence which they have always been assumed to have."¹⁵

Federal Police Power.—A year before *Collector v. Day* was decided, the Court held invalid, except as applied in the District of Columbia and other areas over which Congress has exclusive authority, a federal statute penalizing the sale of dangerous illuminating oils.¹⁶ The Court did not refer to the Tenth Amendment. Instead, it asserted that the "express grant of power to regulate commerce among the States has always been understood as limited by its terms; and as a virtual denial of any power to interfere with the internal trade and business of the separate States; except, indeed, as a necessary and proper means for carrying into execution some other power expressly granted or vested."¹⁷ Similarly, in the *Employers' Liability Cases*,¹⁸ an act of Congress making every carrier engaged in interstate commerce liable to "any" employee, including those whose activities related solely to intrastate activities, for injuries caused by negligence, was held unconstitutional by a [p.1512]closely divided Court, without explicit reliance on the Tenth Amendment. Not until it was confronted with the *Child Labor Law*, which prohibited the transportation in interstate commerce of goods produced in establishments in which child labor was employed, did the Court hold that the state police power was an obstacle to adoption of a measure which operated directly and immediately upon interstate commerce. In *Hammer v. Dagenhart*,¹⁹ five members of the Court found in the Tenth Amendment a mandate to nullify this law as an unwarranted invasion of the reserved powers of the States. This decision was expressly overruled in *United States v. Darby*.²⁰

During the twenty years following *Hammer v. Dagenhart*, a variety of measures designed to regulate economic activities, directly or indirectly, were held void on similar grounds. Excise taxes on the profits of factories in which child labor was employed,²¹ on the sale of grain futures on markets which failed to comply with federal regulations,²² on the sale of coal

produced by nonmembers of a coal code established as a part of a federal regulatory scheme,²³ and a tax on the processing of agricultural products, the proceeds of which were paid to farmers who complied with production limitations imposed by the Federal Government,²⁴ were all found to invade the reserved powers of the States. In *Schechter Corp. v. United States*,²⁵ the Court, after holding that the commerce power did not extend to local sales of poultry, cited the Tenth Amendment to refute the argument that the existence of an economic emergency justified the exercise of what Chief Justice Hughes called "extraconstitutional authority."²⁶

In 1941, the Court came full circle in its exposition of this Amendment. Having returned four years earlier to the position of John Marshall when it sustained the Social Security Act²⁷ and National Labor Relations Act,²⁸ it explicitly restated Marshall's thesis in upholding the Fair Labor Standards Act in *United States v. Darby*.²⁹ Speaking for a unanimous Court, Chief Justice Stone[p.1513]wrote: "The power of Congress over interstate commerce 'is complete in itself, may be exercised to its utmost extent, and acknowledges no limitations other than are prescribed in the Constitution.' . . . That power can neither be enlarged nor diminished by the exercise or non-exercise of state power. . . . It is no objection to the assertion of the power to regulate interstate commerce that its exercise is attended by the same incidents which attended the exercise of the police power of the states. . . . Our conclusion is unaffected by the Tenth Amendment which . . . states but a truism that all is retained which has not been surrendered."³⁰

But even prior to 1937 not all measures taken to promote objectives which had traditionally been regarded as the responsibilities of the States had been held invalid. In *Hamilton v. Kentucky Distilleries Co.*,³¹ a unanimous Court, speaking by Justice Brandeis, upheld "War Prohibition," saying: "That the United States lacks the police power, and that this was reserved to the States by the Tenth Amendment, is true. But it is nonetheless true that when the United States exerts any of the powers conferred upon it by the Constitution, no valid objection can be based upon the fact that such exercise may be attended by the same incidents which attend the exercise by a State of its police power."³² And in a series of cases, which today seem irreconcilable with *Hammer v. Dagenhart*, it sustained federal laws penalizing the interstate transportation of lottery tickets,³³ of women for immoral purposes,³⁴ of stolen automobiles,³⁵ and of tick-infected cattle,³⁶ as well as a statute prohibiting the mailing of obscene matter.³⁷ It affirmed the power of Congress to punish the forgery of bills of lading purporting to cover interstate shipments of merchandise,³⁸ to subject prison-made goods moved from one State to another to the laws of the receiving State,³⁹ to regulate prescriptions for the medicinal use of liquor as an appropriate measure for the enforcement of the Eighteenth Amendment,⁴⁰ and to control extortionate means of collecting and attempting to collect payments on loans, even when all aspects of the credit transaction took place within one[p.1514]State's boundaries.⁴¹ More recently, the Court upheld provisions of federal surface mining law that could be characterized as "land use regulation" traditionally subject to state police power regulation.⁴²

Supplement: [P. 1514, add to text following n.42:]

Reversing this trend, the Court in 1995 in *United States v. Lopez* ¹ struck down a statute prohibiting possession of a gun at or near a school, rejecting an argument that possession of firearms in school zones can be punished under the Commerce Clause because it impairs the functioning of the national economy. Acceptance of

this rationale, the Court said, would eliminate “a[ny] distinction between what is truly national and what is truly local,” would convert Congress’ commerce power into “a general police power of the sort retained by the States,” and would undermine the “first principle” that the Federal Government is one of enumerated and limited powers.² Application of the same principle led five years later to the Court’s decision in *United States v. Morrison*³ invalidating a provision of the Violence Against Women Act (VAWA) that created a federal cause of action for victims of gender-motivated violence. Congress may not regulate “non-economic, violent criminal conduct based solely on that conduct’s aggregate effect on interstate commerce,” the Court concluded. “[W]e can think of no better example of the police power, which the Founders denied the National Government and reposed in the States, than the suppression of violent crime and vindication of its victims.”⁴

Notwithstanding these federal inroads into powers otherwise reserved to the States, the Court has held that Congress could not itself undertake to punish a violation of state law; in *United States v. Constantine*,⁴³ a grossly disproportionate excise tax imposed on retail liquor dealers carrying on business in violation of local law was held unconstitutional. However, Congress does not contravene reserved state police powers when it levies an occupation tax on all persons engaged in the business of accepting wagers regardless of whether those persons are violating state law, and imposes severe penalties for failure to register and pay the tax.⁴⁴

Federal Regulations Affecting State Activities and Instrumentalities.—Since the mid-1970s, the Court has been closely divided over whether the Tenth Amendment or related constitutional doctrine constrains congressional authority to subject state activities and instrumentalities to generally applicable requirements enacted pursuant to the commerce power.⁴⁵ Under *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*,⁴⁶ the Court’s most recent ruling directly on point, the Tenth Amendment imposes practically no judicially enforceable limit on generally applicable federal legislation, and states must look to the political process for redress. *Garcia*, however, like *National League of Cities v. Usery*,⁴⁷ the case it overruled, was a 5–4 decision, and there are recent indications that the Court may be ready to resurrect some form of Tenth Amendment constraint on Congress.

In *National League of Cities v. Usery*, the Court conceded that the legislation under attack, which regulated the wages and hours [p.1515] of certain state and local governmental employees, was “undoubtedly within the scope of the Commerce Clause,”⁴⁸ but it cautioned that “there are attributes of sovereignty attaching to every state government which may not be impaired by Congress, not because Congress may lack an affirmative grant of legislative authority to reach the matter, but because the Constitution prohibits it from exercising the authority in that manner.”⁴⁹ The Court approached but did not reach the conclusion that the Tenth Amendment was the prohibition here, not that it directly interdicted federal power because power which is delegated is not reserved, but that it implicitly embodied a policy against impairing the States’ integrity or ability to function.⁵⁰ But, in the end, the Court held that the legislation was invalid, not because it violated a prohibition found in the Tenth Amendment or elsewhere, but because the law was “not within the authority granted Congress.”⁵¹ In subsequent cases applying or distinguishing *National League of Cities*, the Court and dissenters wrote as if the Tenth Amendment was the prohibition.⁵² Whatever the source of the constraint, it was held not to limit the exercise of power under the Reconstruction Amendments.⁵³

The Court overruled National League of Cities in *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Auth.*⁵⁴ Justice Blackmun's opinion for the Court in *Garcia* concluded that the National League of Cities test for "integral operations in areas of traditional governmental functions" had proven "both impractical and doctrinally barren," and that the Court in 1976 had "tried to repair what did not need repair."⁵⁵ With only passing reference to the Tenth Amendment the Court nonetheless clearly reverted to the Madisonian view of the Amendment reflected in *Unites States v. Darby*.⁵⁶ States retain a significant amount of sovereign authority [p.1516]"only to the extent that the Constitution has not divested them of their original powers and transferred those powers to the Federal Government."⁵⁷ The principal restraints on congressional exercise of the Commerce power are to be found not in the Tenth Amendment or in the Commerce Clause itself, but in the structure of the Federal Government and in the political processes.⁵⁸ "Freestanding conceptions of state sovereignty" such as the National League of Cities test subvert the federal system by "invit[ing] an unelected federal judiciary to make decisions about which state policies it favors and which ones it dislikes."⁵⁹ While continuing to recognize that "Congress' authority under the Commerce Clause must reflect [the] position . . . that the States occupy a special and specific position in our constitutional system," the Court held that application of Fair Labor Standards Act minimum wage and overtime provisions to state employment does not require identification of these "affirmative limits."⁶⁰ In sum, the Court in *Garcia* seems to have said that most but not necessarily all disputes over the effects on state sovereignty of federal commerce power legislation are to be considered political questions. What it would take for legislation to so threaten the "special and specific position" that states occupy in the constitutional system as to require judicial rather than political resolution was not delineated.

The first indication was that it would take a very unusual case indeed. In *South Carolina v. Baker* the Court expansively interpreted *Garcia* as meaning that there must be an allegation of "some extraordinary defects in the national political process" before the Court will apply substantive judicial review standards to claims that Congress has regulated state activities in violation of the Tenth Amendment.⁶¹ A claim that Congress acted on incomplete information would not suffice, the Court noting that South Carolina had "not even alleged that it was deprived of any right to participate in the national political process or that it was singled out in a way that left it politically isolated and powerless."⁶² Thus, the general rule was that "limits on Congress' authority to regulate[p.1517]state activities . . . are structural, not substantive—i.e., that States must find their protection from congressional regulation through the national political process, not through judicially defined spheres of unregulable state activity."⁶³

Later indications are that the Court may be looking for ways to back off from *Garcia*. One device is to apply a "clear statement" rule requiring unambiguous statement of congressional intent to displace state authority. After noting the serious constitutional issues that would be raised by interpreting the Age Discrimination in Employment Act to apply to appointed state judges, the Court in *Gregory v. Ashcroft*⁶⁴ explained that, because *Garcia* "constrained" consideration of "the limits that the state-federal balance places on Congress' powers," a plain statement rule was all the more necessary. "[I]nasmuch as this Court in *Garcia* has left primarily to the political process the protection of the States against intrusive exercises of Congress' Commerce Clause powers, we must be absolutely certain that Congress intended such an exercise."

The Court's 1992 decision in *New York v. United States*,⁶⁵ may portend a more direct retreat from *Garcia*. The holding in *New York*, that Congress may not "commandeer" state regulatory processes by ordering states to enact or administer a federal regulatory program, applied a limitation on congressional power previously recognized in *dictum*⁶⁶ and in no way

inconsistent with the holding in *Garcia*. Language in the opinion, however, sounds more reminiscent of *National League of Cities* than of *Garcia*. First, the Court's opinion by Justice O'Connor declares that it makes no difference whether federalism constraints derive from limitations inherent in the Tenth Amendment, or instead from the absence of power delegated to Congress under Article I; "the Tenth Amendment thus directs us to determine . . . whether an incident of state sovereignty is protected by a limitation on an Article I power."⁶⁷ Second, the Court, without reference to *Garcia*, thoroughly repudiated *Garcia*'s "structural" approach requiring states to look primarily to the political processes for protection. In rejecting arguments that New York's sovereignty could not have been infringed because its representatives had participated in developing the compromise legislation and had consented to its enactment, the Court declared that "[t]he Constitution does not protect the sovereignty of States for the benefit of the States or State governments, [but instead] for the protection of individuals." Consequently, "State officials cannot consent to the enlargement of the powers of Congress beyond those enumerated in the Constitution."⁶⁸ The stage appears to be set, therefore, for some relaxation of *Garcia*'s obstacles to federalism-based challenges to legislation enacted pursuant to the commerce power.

Supplement: [P. 1518, add new paragraphs at end of section:]

Extending the principle applied in *New York*, the Court in *Printz v. United States*⁵ held that Congress may not "circumvent" the prohibition on commandeering a state's regulatory processes "by conscripting the State's officers directly."⁶ Struck down in *Printz* were interim provisions of the Brady Handgun Violence Protection Act that required state and local law enforcement officers to conduct background checks on prospective handgun purchasers. "The Federal Government may neither issue directives requiring the States to address particular problems, nor command the States' officers . . . to administer or enforce a federal regulatory program. It matters not whether policymaking is involved, and no case-by-case weighing of the burdens or benefits is necessary; such commands are fundamentally incompatible with our constitutional system of dual sovereignty."⁷

In *Reno v. Condon*,⁸ the Court distinguished *New York* and *Printz* in upholding the Driver's Privacy Protection Act of 1994 (DPPA), a federal law that restricts the disclosure and resale of personal information contained in the records of state motor vehicles departments. The Court returned to a principle articulated in *South Carolina v. Baker* that distinguishes between laws which improperly seek to control the manner in which States regulate private parties, and those which merely regulate state activities directly.⁹ Here, the Court found that the DPPA "does not require the States in their sovereign capacities to regulate their own citizens," but rather "regulates the States as the owners of databases."¹⁰ The Court saw no need to decide whether a federal law may regulate the states exclusively, since the DPPA is a law of general applicability that regulates private resellers of information as well as states.¹¹

Footnotes

- 1** United States v. Sprague, **282 U.S. 716**, 733 (1931) .
- 2** United States v. Darby, **312 U.S. 100**, 124 (1941) . "While the Tenth Amendment has been characterized as a 'truism,'" stating merely that 'all is retained which has not been surrendered,' [citing Darby], it is not without significance. The Amendment expressly declares the constitutional policy that Congress may not exercise power in a fashion that impairs the States' integrity or their ability to function effectively in a federal system." Fry v. United States, **421 U.S. 542**, 547 n.7 (1975) . This policy was effectuated, at least for a time, in National League of Cities v. Usery, **426 U.S. 833** (1976) .
- 3** Annals of Congress 767–68 (1789) (defeated in House 17 to 32); 2 B. Schwartz, The Bill of Rights: A Documentary History 1150–51 (1971) (defeated in Senate by unrecorded vote).
- 4** 2 Annals of Congress 1897 (1791).
- 5** 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).
- 6** Supra, pp.339–44.
- 7** McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 372 (1819) (argument of counsel).
- 8** Id. at 406. "From the beginning and for many years the amendment has been construed as not depriving the national government of authority to resort to all means for the exercise of a granted power which are appropriate and plainly adapted to the permitted end." United States v. Darby, **312 U.S. 100**, 124 (1941) .
- 9** 78 U.S. (11 Wall.) 113 (1871).
- 10** Id. at 124.
- 11** Graves v. New York ex rel. O'Keefe, 306S 466 (1939). The Internal Revenue Service is authorized to sue a state auditor personally and recover from him an amount equal to the accrued salaries which, after having been served with notice of levy, he paid to state employees delinquent in their federal income tax. Sims v. United States, **359 U.S. 108** (1959) .
- 12** **326 U.S. 572** (1946) .
- 13** Id. at 589.
- 14** Id. at 584.
- 15** Id. at 595. Most recently, the issue was canvassed, but inconclusively, in Massachusetts v. United States, **435 U.S. 444** (1978) .
- 16** United States v. Dewitt, 76 U.S. (9 Wall.) 41 (1870).
- 17** Id. at 44.
- 18** **207 U.S. 463** (1908) . See also Keller v. United States, **213 U.S. 138** (1909) .
- 19** **247 U.S. 251** (1918) .
- 20** **312 U.S. 100** (1941) .
- 21** Child Labor Tax Case, **259 U.S. 20**, 26, 38 (1922) .
- 22** Hill v. Wallace, **259 U.S. 44** (1922) . See also Trusler v. Crooks, **269 U.S. 475** (1926) .
- 23** Carter v. Carter Coal Co., **298 U.S. 238** (1936) .
- 24** United States v. Butler, **297 U.S. 1** (1936) .
- 25** **295 U.S. 495** (1935) .
- 26** Id. at 529.
- 27** Steward Machine Co. v. Davis, **301 U.S. 548** (1937) ; Helvering v. Davis, **301 U.S. 619** (1937) .
- 28** NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., **301 U.S. 1** (1937) .
- 29** **312 U.S. 100** (1941) . See also United States v. Carolene Products Co., **304 U.S. 144**, 147 (1938) ; Case v. Bowles, **327 U.S. 92**, 101 (1946) .
- 30** **312 U.S. 100**, 114, 123, 124 (1941) . See also Fernandez v. Wiener, **326 U.S. 340**, 362 (1945) .
- 31** **251 U.S. 146** (1919) .
- 32** Id. at 156.
- 33** Lottery Case (Champion v. Ames), **188 U.S. 321** (1903) .
- 34** Hoke v. United States, **227 U.S. 308** (1913) .

- 35** Brooks v. United States, **267 U.S. 432** (1925) .
- 36** Thornton v. United States, **271 U.S. 414** (1926) .
- 37** Roth v. United States, **354 U.S. 476** (1957) .
- 38** United States v. Ferger, **250 U.S. 199** (1919) .
- 39** Kentucky Whip & Collar Co. v. Illinois C. R.R., **299 U.S. 334** (1937) .
- 40** Everard's Breweries v. Day, **265 U.S. 545** (1924) .
- 41** Perez v. United States, **402 U.S. 146** (1971) .
- 42** Hodel v. Virginia Surface Mining & Recl. Ass'n, **452 U.S. 264** (1981) .
- 43** **296 U.S. 287** (1935) . The Civil Rights Act of 1875, which made it a crime for one person to deprive another of equal accommodations at inns, theaters or public conveyances was found to exceed the powers conferred on Congress by the Thirteenth and Fourteenth Amendments and hence to be an unlawful invasion of the powers reserved to the States by the Tenth Amendment. Civil Rights Cases, **109 U.S. 3**, 15 (1883) . Congress has now accomplished this end under its commerce powers, Heart of Atlanta Motel v. United States, **379 U.S. 241** (1964) ; Katzenbach v. McClung, **379 U.S. 294** (1964) , but it is clear that the rationale of the Civil Rights Cases has been greatly modified if not severely impaired. Cf. Jones v. Alfred H. Mayer Co., **392 U.S. 409** (1968) (13th Amendment); Griffin v. Breckenridge, **403 U.S. 88** (1971) (13th Amendment); United States v. Guest, **383 U.S. 745** (1966) (14th Amendment).
- 44** United States v. Kahriger, **345 U.S. 22**, 25–26 (1953) ; Lewis v. United States, **348 U.S. 419** (1955) .
- 45** The matter is discussed more fully supra, pp.922–30.
- 46** **469 U.S. 528** (1985) .
- 47** **426 U.S. 833** (1976) .
- 48** Id. at 841.
- 49** Id. at 845.
- 50** Id. at 843.
- 51** Id. at 852.
- 52** E.g., FERC v. Mississippi, **456 U.S. 742**, 771 (1982) (Justice Powell dissenting); id. at 775 (Justice O'Connor dissenting); EEOC v. Wyoming, **460 U.S. 226** (1983) . The EEOC Court distinguished National League of Cities, holding that application of the Age Discrimination in Employment Act to state fish and game wardens did not directly impair the state's ability to structure integral operations in areas of traditional governmental function, since the state remained free to assess each warden's fitness on an individualized basis and retire those found unfit for the job.
- 53** Fitzpatrick v. Bitzer, **427 U.S. 445** (1976) ; City of Rome v. United States, **446 U.S. 156** (1980) ; Fullilove v. Klutznick, **448 U.S. 448**, 476–78 (1980) (plurality opinion of Chief Justice Burger).
- 54** **469 U.S. 528** (1985) . The issue was again decided by a 5 to 4 vote, Justice Blackmun's qualified acceptance of the National League of Cities approach having changed to complete rejection.
- 55** Id. at 557.
- 56** **312 U.S. 100**, 124 (1941) , supra p.1509; Madison's views were quoted by the Court in Garcia, 469U.S. at 549 469U.S. at 549.
- 57** 469U.S. at 549 469U.S. at 549.
- 58** "Apart from the limitation on federal authority inherent in the delegated nature of Congress' Article I powers, the principal means chosen by the Framers to ensure the role of the States in the federal system lies in the structure of the Federal Government itself." 469U.S. at 550 469U.S. at 550. The Court cited the role of states in selecting the President, and the equal representation of states in the Senate. Id. at 551.
- 59** 469U.S. at 550, 546 469U.S. at 550, 546.
- 60** 469U.S. at 556 469U.S. at 556.
- 61** **485 U.S. 505**, 512 (1988) . Justice Scalia, in a separate concurring opinion, objected to this language as departing from the Court's assertion in Garcia that the "constitutional structure" imposes some affirmative limits on congressional action. Id. at 528.

62 Id. at 513.

63 Id. at 512.

64 **501 U.S. 452**, 464 (1991) . The Court left no doubt that it considered the constitutional issue serious. “[T]he authority of the people of the States to determine the qualifications of their most important government officials . . . is an authority that lies at ‘the heart of representative government’ [and] is a power reserved to the States under the Tenth Amendment and guaranteed them by [the Guarantee Clause].” Id. at 463. In the latter context the Court’s opinion by Justice O’Connor cited Merritt, *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, 88 Colum. L. Rev. 1 (1988). See also McConnell, *Federalism: Evaluating the Founders’ Design*, 54 Chi. L. Rev. 1484 (1987) (also cited by the Court); and Van Alstyne, *The Second Death of Federalism*, 83 L. Rev. 1709 (1985).

65 112 Ct. 2408 (1992).

66 See, e.g., *Hodel v. Virginia Surface Mining & Recl. Ass’n*, **452 U.S. 264**, 288 (1981) ; *FERC v. Mississippi*, **456 U.S. 742**, 765 (1982) ; *South Carolina v. Baker*, **485 U.S. 505**, 513–15 (1988) .

67 112 S. Ct. at 2418.

68 Id. at 2431–32.

Supplement Footnotes

1 **514 U.S. 549** (1995) .

2 514 U.S. at 552, 567–68 (1995).

3 120 S. Ct. 1740 (2000).

4 120 S. Ct. at 1754.

5 **521 U.S. 898** (1997) .

6 521 U.S. at 935.

7 Id.

8 120 S. Ct. 666 (2000).

9 **484 U.S. 505**, 514–15 (1988) .

10 120 S. Ct. at 672.

11 Id.

PROJET DE CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE**fundamental.rights@consilium.eu.int**

Bruxelles, le 19 octobre 2000**CHARTE 4473/1/00 REV 1
(version française uniquement)****CONVENT 49****NOTE DU PRESIDIUM**

Objet : Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

- Texte des explications relatives au texte complet de la Charte, tel que repris au doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50
-

Les présentes explications ont été établies sous la responsabilité du Présidium. Elles n'ont pas de valeur juridique et sont simplement destinées à éclairer les dispositions de la Charte.

PRÉAMBULE

Les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes.

Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice.

L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local; elle cherche à promouvoir un développement équilibré et durable et assure la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, ainsi que la liberté d'établissement.

A cette fin, il est nécessaire, en les rendant plus visibles dans une Charte, de renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques.

La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.

La jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures.

En conséquence, l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés ci-après.

CHAPITRE I. DIGNITE**Article 1****Dignité humaine**

La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.

Explication

La dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 établit ce principe dans son préambule : "... considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde."

Il en résulte, notamment, qu'aucun des droits inscrits dans cette charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui et que la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits inscrits dans cette charte. Il ne peut donc y être porté atteinte, même en cas de limitation d'un droit.

Article 2**Droit à la vie**

1. Toute personne a droit à la vie.
2. Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté.

Explication

1. *Le paragraphe 1 de cet article est fondé sur l'article 2, paragraphe 1, première phrase, de la CEDH, dont le texte est le suivant :*

"1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi..."

2. *La deuxième phrase de cette disposition, qui concerne la peine de mort, a été rendue caduque par l'entrée en vigueur du protocole n° 6 annexé à la CEDH, dont l'article 1er est libellé comme suit :*

"La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté."

C'est sur la base de cette disposition qu'est rédigé le paragraphe 2 de l'article 2 de la charte.

3. *Les dispositions de l'article 2 de la Charte correspondent à celles des articles précités de la CEDH et du protocole additionnel. Elles en ont le même sens et la même portée, conformément à l'article 52 § 3 de la Charte. Ainsi, les définitions "négatives" qui figurent dans la CEDH doivent être considérées comme figurant également dans la Charte:*

- a) *l'article 2, paragraphe 2, de la CEDH :*

"La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a. *pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;*
- b. *pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;*
- c. *pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection."*

- b) *l'article 2 du protocole n° 6 annexé à la CEDH :*

"Un Etat peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre; une telle peine ne sera appliquée que dans les cas prévus par cette législation et conformément à ses dispositions ...".

Article 3

Droit à l'intégrité de la personne

1. Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale.
2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés:
 - le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi,
 - l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes,
 - l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit,
 - l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains.

Explication

1. *Les principes contenus dans l'article 3 de la Charte figurent déjà dans la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe (STE 164 et protocole additionnel STE 168). La présente charte ne vise pas à déroger à ces dispositions et ne prohibe en conséquence que le seul clonage reproductif. Elle n'autorise ni ne prohibe les autres formes de clonage. Elle n'empêche donc aucunement le législateur d'interdire les autres formes de clonages.*

2. *La référence aux pratiques eugéniques, notamment celles ayant pour but la sélection des personnes, vise les hypothèses dans lesquelles des programmes de sélection sont organisés et mis en œuvre, comportant par exemple des campagnes de stérilisation, de grossesses forcées, de mariages ethniques obligatoires... tous actes qui sont considérés comme des crimes internationaux par le statut de la Cour pénale internationale adopté à Rome le 17 juillet 1998 (voir article 7 § 1 g).*

Article 4

Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants

Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Explication

Le droit figurant à l'article 4 correspond à celui qui est garanti par l'article 3 de la CEDH, dont le libellé est identique: "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants". En application de l'article 52 paragraphe 3 de la Charte, il a donc le même sens et la même portée que ce dernier article.

Article 5

Interdiction de l'esclavage et du travail forcé

1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.
2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.
3. La traite des êtres humains est interdite.

Explication

1. *Le droit inscrit à l'article 5, paragraphes 1 et 2 correspond à l'article 4, paragraphes 1 et 2, au libellé analogue, de la CEDH. Il a donc le même sens et la même portée que ce dernier article, conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte. Il en résulte que:*
 - *Aucune limitation ne peut affecter de manière légitime le droit prévu au paragraphe 1.*
 - *Au paragraphe 2, les notions de "travail forcé ou obligatoire" doivent être comprises en tenant compte des définitions "négatives" contenues à l'article 4, paragraphe 3, de la CEDH:*

"N'est pas considéré comme "travail forcé ou obligatoire" au sens du présent article:

 - a. *tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle;*
 - b. *tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire;*
 - c. *tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté;*
 - d. *tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales."*

2. *Le paragraphe 3 résulte directement du principe de la dignité de la personne humaine et tient compte des données récentes en matière de criminalité organisées, telles que l'organisation de filières lucratives d'immigration illégale ou d'exploitation sexuelle. La convention Europol contient en annexe la définition suivante qui vise la traite à des fins d'exploitation sexuelle: "Traite des êtres humains: le fait de soumettre une personne au pouvoir réel et illégal d'autres personnes en usant de violence et de menaces ou en abusant d'un rapport d'autorité ou de manœuvres en vue notamment de se livrer à l'exploitation de la prostitution d'autrui, à des formes d'exploitation et de violences sexuelles à l'égard des mineurs ou au commerce lié à l'abandon d'enfants" Le chapitre VI de la convention d'application de l'accord de Schengen qui a été intégré dans l'acquis communautaire, et auquel le Royaume-Uni participe, l'Irlande*

ayant demandé à participer, contient, à l'article 27 § 1, la formule suivante qui vise les filières d'immigration illégale : "Les Parties contractantes s'engagent à instaurer des sanctions appropriées à l'encontre de quiconque aide ou tente d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une Partie contractante en violation de la législation de cette Partie contractante relative à l'entrée et au séjour des étrangers".

CHAPITRE II. LIBERTES

Article 6

Droit à la liberté et à la sûreté

Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté.

Explication

Les droits prévus à l'article 6 correspondent à ceux qui sont garantis par l'article 5 de la CEDH, dont ils ont, conformément à l'article 52, paragraphe 3 de la charte, le même sens et la même portée. Il en résulte que les limitations qui peuvent légitimement leur être apportées ne peuvent excéder les limites permises par la CEDH dans le libellé même de l'article 5:

- "1 Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :*
- a s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;*
 - b s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;*

- c s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;*
- d s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;*
- e s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;*
- f s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.*

- 2 Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.*
- 3 Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.*
- 4 Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.*
- 5 Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation."*

La Charte devant s'appliquer dans le cadre de l'Union, les droits inscrits à l'article 6 doivent être respectés tout particulièrement lorsque l'Union adopte, conformément au titre VI du traité sur l'Union européenne, des décisions-cadre pour la définition de dispositions communes minimales en ce qui concerne la qualification des infractions et les peines.

Article 7

Respect de la vie privée et familiale

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.

Explication

Les droits garantis à l'article 7 correspondent à ceux garantis par l'article 8 de la CEDH. Pour tenir compte de l'évolution technique le mot "communications" a été substitué à celui de correspondance.

Conformément à l'article 52, paragraphe 3, ce droit a le même sens et la même portée que celle de l'article correspondant de la CEDH. Il en résulte que les limitations susceptibles de leur être légitimement apportées sont les mêmes que celles tolérées dans le cadre de l'article 8 en question:

- "1 Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*
- 2 Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."*

Article 8

Protection des données à caractère personnel

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

Explication

Cet article se fonde sur l'article 286 du traité instituant la Communauté européenne et sur la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO n° L 281 du 23.11.95), ainsi que sur l'article 8 de la CEDH et sur la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, ratifiée par tous les Etats membres. Le droit à la protection des données à caractère personnel s'exerce dans les conditions prévues par la directive susvisée et peut être limité dans les conditions prévues par l'article 52 de la Charte.

Article 9

Droit de se marier et droit de fonder une famille

Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Explication

Cet article se fonde sur l'article 12 de la CEDH qui se lit ainsi : " A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit." La rédaction de ce droit a été modernisée afin de recouvrir les cas dans lesquels les législations nationales reconnaissent d'autres voies que le mariage pour fonder une famille. Cet article n'interdit, ni n'impose l'octroi du statut du mariage à des unions entre personnes du même sexe. Ce droit est donc semblable à celui prévu par la CEDH, mais sa portée peut être plus étendue lorsque la législation nationale le prévoit.

Article 10**Liberté de pensée, de conscience et de religion**

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2. Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Explication

Le droit garanti au paragraphe 1 correspond au droit garanti à l'article 9 de la CEDH et, conformément à l'article 52, paragraphe 3, il a le même sens et la même portée que celui-ci. Les limitations doivent de ce fait respecter le paragraphe 2 de cet article 9 qui se lit ainsi : "La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

Le droit garanti au paragraphe 2 correspond aux traditions constitutionnelles nationales et à l'évolution des législations nationales sur ce point.

Article 11

Liberté d'expression et d'information

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.
2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.

Explication

1. *L'article 11 correspond à l'article 10 de la CEDH qui se lit ainsi :*

"1 Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

- 2 *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire."*

En application de l'article 52, paragraphe 3, ce droit à le même sens et la même portée que celui garanti par la CEDH. Les limitations qui peuvent être apportées à ce droit ne peuvent donc excéder celles prévues dans le paragraphe 2 de l'article 10, sans préjudice des restrictions que le droit communautaire de la concurrence peut apporter à la faculté des Etats membres d'instaurer les régimes d'autorisation visés à l'article 10 § 1, troisième phrase de la CEDH.

2. *Le paragraphe 2 de cet article explicite les conséquences du paragraphe 1 en ce qui concerne la liberté des médias. Il est notamment fondé sur la jurisprudence de la Cour relative à la télévision notamment dans l'affaire C-288/89 (arrêt du 25 juillet 1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a.; Rec. I-4007) et sur le protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres, annexé au traité CE ainsi que sur la directive 89/552/CE du Conseil (voir notamment son 17e considérant).*

Article 12

Liberté de réunion et d'association

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts.
2. Les partis politiques au niveau de l'Union contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union.

Explication

1. *Les dispositions du paragraphe 1 de cet article correspondent aux dispositions de l'article 11 de la CEDH qui se lit ainsi:*

"1 Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

- 2 *L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat."*

Les dispositions du paragraphe 1 du présent article 12 ont le même sens que celles de la CEDH, mais leur portée est plus étendue étant donné qu'elles peuvent s'appliquer à tous les niveaux, ce qui inclut le niveau européen. Conformément à l'article 52 § 3 de la Charte, les limitations à ce droit ne peuvent excéder celles considérées comme pouvant être légitimes en vertu du paragraphe 2 de l'article 11 de la CEDH.

2. *Ce droit se fonde également sur l'article 11 de la Charte communautaire de droits sociaux fondamentaux des travailleurs.*
3. *Le paragraphe 2 de cet article correspond à l'article 191 du traité instituant la Communauté européenne.*

Article 13

Liberté des arts et des sciences

Les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée.

Explication

Ce droit est déduit en premier lieu des libertés de pensée et d'expression. Il s'exerce dans le respect de l'article 1er et peut être soumis aux limitations autorisées par l'article 10 de la CEDH.

Article 14

Droit à l'éducation

1. Toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue.
2. Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire.
3. La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Explication

1. *Cet article est inspiré tant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres que de l'article 2 du protocole additionnel à la CEDH qui se lit ainsi :
"Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques."
Il a été jugé utile d'étendre ce droit à la formation professionnelle et continue (voir point 15 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs et article 10 de la charte sociale) ainsi que d'ajouter le principe de gratuité de l'enseignement obligatoire. Tel qu'il est formulé, ce dernier principe implique seulement que pour l'enseignement obligatoire, chaque enfant ait la possibilité d'accéder à un établissement qui pratique la gratuité. Il n'impose pas que tous les établissements, notamment privés, qui dispensent cet enseignement soient gratuits. Il n'interdit pas non plus que certaines formes spécifiques d'enseignement puissent être payantes dès lors que l'Etat prend des mesures destinées à octroyer une compensation financière. Dans la mesure où la Charte s'applique à l'Union,*

ceci signifie que dans le cadre de ses politiques de formation, l'Union doit respecter la gratuité de l'enseignement obligatoire, mais cela ne crée bien entendu pas de nouvelles compétences. En ce qui concerne le droit des parents, il doit être interprété en relation avec les dispositions de l'article 24.

- 2. La liberté de création d'établissements, publics ou privés, d'enseignement est garantie comme un des aspects de la liberté d'entreprendre, mais elle est limitée par le respect des principes démocratiques et s'exerce selon les modalités définies par les législations nationales.*

Article 15

Liberté professionnelle et droit de travailler

1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée.
2. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre.
3. Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union.

Explication

La liberté professionnelle, consacrée au premier paragraphe de l'article 15, est reconnue dans la jurisprudence de la Cour de justice (voir, i.a., les arrêts du 14 mai 1974, aff. 4/73, Nold, Rec. 1974, 491, no. 12 - 14; du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Hauer, Rec. 1979 p. 3727; du 8 octobre 1986, aff. 234/85, Keller, Rec. 1986, 2897, no. 8). Ce paragraphe s'inspire également de l'article 1

paragraphe 2 de la Charte sociale européenne signée le 18 octobre 1961, ratifiée par tous les Etats membres, et du point 4 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989. L'expression "conditions de travail" doit être entendue au sens de l'article 140 du traité CE.

Le deuxième paragraphe reprend les trois libertés garanties par les articles 39, 43 et 49 et svts. du traité CE, à savoir la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation des services.

Le troisième paragraphe se fonde sur l'article 137 (3), quatrième tiret TCE, ainsi que sur l'article 19 No. 4 de la Charte sociale européenne, signée le 18 octobre 1961, ratifiée par tous les Etats membres. L'article 52 § 2 de la Charte est donc applicable. La question du recrutement de marins ayant la nationalité d'Etats tiers dans les équipages de navires battant pavillon d'un Etat membre de l'Union est réglée par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales.

Article 16

Liberté d'entreprise

La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

Explication

Cet article se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice qui a reconnu la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale (voir les arrêts du 14 mai 1974, aff. 4/73, Nold, Rec. 1974, 491, no. 14; et du 27 septembre 1979, aff. 230-78, SPA Eridania et a., Rec. 1979, 2749, no. 20 et 31) et la liberté contractuelle (voir, i.a., les arrêts "Sukkerfabriken Nykoebing", aff. 151/78, Rec. 1979, 1, no. 19; 5 octobre 1999, Espagne c. Commission, C-240/97 [non encore publié] no. 99), ainsi que

sur l'article 4 (1) et (2) TCE qui reconnaît la liberté de concurrence. Ce droit s'exerce bien entendu dans le respect du droit communautaire et des législations nationales. Il peut être soumis aux limitations prévues à l'article 52 § 1 de la Charte.

Article 17

Droit de propriété

1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.

2. La propriété intellectuelle est protégée.

Explication

Cet article correspond à l'article 1er du protocole additionnel à la CEDH :

"Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes."

Il s'agit d'un droit fondamental commun à toutes les constitutions nationales. Il a été consacré à des maintes reprises par la jurisprudence de la Cour de justice et en premier lieu dans l'arrêt Hauer (13 décembre 1979, Rec. p. 3727). La rédaction a été modernisée, mais, conformément à l'article 52 § 3, ce droit a le même sens et la même portée que celui garanti par CEDH et les limitations prévues par celle-ci ne peuvent être excédées.

La protection de la propriété intellectuelle, qui est un des aspects du droit de propriété, fait l'objet d'une mention explicite au paragraphe 2 en raison de son importance croissante et du droit communautaire dérivé. La propriété intellectuelle couvre, outre la propriété littéraire et artistique, le droit des brevets et des marques ainsi que les droits voisins. Les garanties prévues au paragraphe 1 s'appliquent de façon appropriée à la propriété intellectuelle.

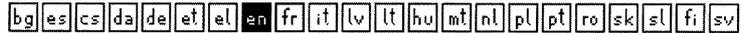
Article 18

Droit d'asile

Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne.

Explication

Le texte de l'article se fonde sur l'article 63 CE qui impose à l'Union de respecter la convention de Genève sur les réfugiés. Il convient de se référer aux dispositions des protocoles relatifs au Royaume-Uni et à l'Irlande annexés au traité d'Amsterdam ainsi qu'au Danemark afin de déterminer dans quelle mesure ces Etats membres mettent en œuvre le droit communautaire en la matière et dans quelle mesure cet article leur est applicable. Cet article respecte le protocole relatif à l'asile annexé au traité CE.



Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs

Freedom, security and justice:
AN AGENDA FOR EUROPE



Charter of Fundamental Rights of the European Union

ARTICLE 16

FREEDOM TO CONDUCT A BUSINESS

The freedom to conduct a business in accordance with Community law and national laws and practices is recognised.

1. **Overview**
2. **International law**
3. **European Union law**
4. **Summary of EU action**
5. **Case Law**
6. **National Laws**
7. **NGOs Operating in the field**
8. **European Parliament's position**



1. OVERVIEW

Freedom to conduct a business is a fundamental principle of the liberal economics on which European construction is based. It includes the freedom to conduct an economic or commercial activity and contractual freedom, recognised by the Court of Justice, and the freedom of competition contained in the Treaty.

Explanations relating to the complete text of the Charter as set out in the Charter. 
Documents and contributions of the preparatory works of the Convention:

- o [Archives of the European Parliament.](#)
- o [Archives of the European Commission.](#)



2. INTERNATIONAL LAW



3. EUROPEAN UNION LAW

Article 3 EC:1. For the purposes set out in Article 2, the activities of the Community shall include, as provided in this Treaty and in accordance with the timetable set out therein: (...)

(f) a common policy in the sphere of transport (...)

Article 4 EC: 1. For the purposes set out in Article 2, the activities of the Member States and the Community shall include, as provided in this Treaty and in accordance with the timetable set out therein, the adoption of an economic policy which is based on the close coordination of Member States' economic policies, on the internal market and on the definition of common objectives, and conducted in accordance with the principle of an open market economy with free competition.

2. Concurrently with the foregoing, and as provided in this Treaty and in accordance with the timetable and the procedures set out therein, these activities shall include the irrevocable fixing of exchange rates leading to the introduction of a single currency, the ECU, and the definition and conduct of a single monetary policy and exchange rate policy the primary objective of both of which shall be to maintain price stability and, without prejudice to this objective, to support the general economic policies in the Community, in accordance with the principle of an open market economy with free competition. (.)

Regulation (CE) n° 1/2003, of the Council of 16 December 2002, on the implementation of the rules of competition envisaged of articles 81 and 82 of the treaty.

Concentrations

Regulation (CEE) 4064/89, of the Council of 21 December 1989, on the control of concentrations between undertakings.

OJ L 395 of 30 December 1989 (corrigendum, publication of the full text: OJ L 257 of 21 September 1990)

Regulation (CE) 1310/97, of the Council of 30 June 1997, amending Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings.

OJ L 180 of 9 July 1997

State aids

Regulation (CE) n° 659/1999, of the Council of 22 March 1999, laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty.

OJ L 83 of 27 March 1999

Energy

Directive 2003/54/EC, of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC - Statements made with regard to decommissioning and waste management activities. 🗳

Official Journal L 176 , 15/07/2003 p. 0037 - 0056

Directive 2003/55/EC, of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC. 🗳

Official Journal L 176 , 15/07/2003 p. 0057 - 0078

Regulation (EC) No 1228/2003, of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity. (Text with EEA relevance) 🗳

Official Journal L 176 , 15/07/2003 p. 0001 - 0010

Telecommunications and electronic communications

Directive 2002/21/EC, of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002, on a common regulatory framework for electronic communications networks and services. (Framework Directive)

Directive 2002/20/EC, of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002, on a common regulatory framework for electronic communications networks and services. (Framework Directive)

Directive 2002/19/EC, of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002, on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities. (Access Directive)

Commission Directive 2002/77/EC, of 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communications networks and services (Text with EEA relevance)
Official Journal L 249 , 17/09/2002 p. 0021 - 0026

Postal services

Directive 97/67/EC, of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997, on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service.
OJ L 15 of 21 January 1998.

Directive 2002/39/EC, of the European Parliament and of the Council of 10 June 2002, amending Directive 97/67/EC with regard to the further opening to competition of Community postal services.

Transport

Regulation (EEC) No 1017/68, of the Council of 19 July 1968 applying rules of competition to transport by rail, road and inland waterway
Official Journal L 175 , 23/07/1968 p. 0001 - 0012

Council Regulation (EEC) No 4055/86, of 22 December 1986 applying the principle of freedom to provide services to maritime transport between Member States and between Member States and third countries
Official Journal L 378 , 31/12/1986 p. 0001 - 0003

Council Regulation (EEC) No 4057/86, of 22 December 1986 on unfair pricing practices in maritime transport
Official Journal L 378 , 31/12/1986 p. 0014 - 0020

Council Regulation (EEC) No 4058/86, of 22 December 1986 concerning coordinated action to safeguard free access to cargoes in ocean trades
Official Journal L 378 , 31/12/1986 p. 0021 - 0023

Council Regulation (EC) No 411/2004, of 26 February 2004 repealing Regulation (EEC) No 3975/87 and amending Regulations (EEC) No 3976/87 and (EC) No 1/2003, in connection with air transport between the Community and third countries (Text with EEA relevance) 🗳️
Official Journal L 068 , 06/03/2004 p. 0001 - 0002

Public Market

Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors. 🗳️
Official Journal L 134 , 30/04/2004 P. 0001 - 0113

Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. 🗳️
Official Journal L 134 , 30/04/2004 P. 0114 - 0240

Decision 2005/15/EC: Commission Decision of 7 January 2005 on the detailed rules for the application of the procedure provided for in Article 30 of Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (notified under document C(2004) 5769)Text with EEA relevance.
JO L 7 du 11 janvier 2005

Corruption in the private sector

Council Framework Decision 2003/568/JHA, of 22 July 2003, on combating corruption in the private sector.

Current legislative procedure

Draft framework decision on Public procurement: award, criminal law protection against fraudulent or unfair conduct. German initiative. 🗳️
C5-0405/2000 du 28 juin 2000



4. SUMMARY OF EUROPEAN UNION POLICY

The freedom to conduct business is an essential element of a free-market economy that must be exercised under conditions of equality. It includes the freedom to engage in an economic or commercial activity and the freedom to contract. These principles are recognised both by the European Court of Justice and in the principle of free competition, which is among the founding principles of the Community. (Art. 4 EC) Rules of competition established at the Community level (Art. 81 to 89 EC) are inherent to the implementation and the functioning of the internal market. The goal is to ensure market unity and equality among the conditions for access to the market, so as to guarantee everyone freedom to conduct business. Protecting free competition contributes in the same way to protecting consumer interests. (cf. Art. 38 of the Charter)

Community competition policy

The Community is determined to prohibit anti-competitive activities whose impact affects exchange between Member States to the exclusion of those with a national scope. 🗳️
Regulations are aimed at agreements and concerted practices, business mergers, abuse of dominant positions and State aid. The Commission is responsible for ensuring that European competition rules are respected, and to this end has investigative and decision-making powers. The Court of Justice has had many competition matters brought before it, contributing to defining or stating more clearly the terms of Community competition rules.

Regulation (EC) 1/2003, on the implementation of rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, adopted 16 December 2002, 🗳️ introduces a reform aimed at simplifying the administrative formalities for firms, and to improve the efficiency of the Commission's actions against serious violations of rules on competition by reforming the rules of application of Articles 81 and 82 of the EC Treaty. Regulation no. 17 of 1962, repealed by this new regulation as of 1 May 2004, was implemented by a centralised system of control giving the Commission exclusive power to authorise agreements likely to restrict competition. The new 'legal exception system' allows reducing the bulkiness of the Commission services by eliminating preliminary notification. At the same time, there is a strengthening of the role of competition authorities of the Member States and of the national jurisdictions in applying Articles 81 and 82 EC: the regulation introduces a system for mutual information and a system of coordination of these authorities among themselves and with the Commission. (European competition network)

- [Website of the Commission, DG Competition](#)

Restrictive agreements and concerted practices

(Arts. 81, 83, 84 and 85 EC governing all economic sectors)

Any agreements between firms that have as their effect the prevention, restriction or distortion of competition in the internal market are forbidden. The prohibition covers both horizontal and vertical agreements (agreements, concerted practices or partnerships) that oblige one or all parties to the agreement to undertake certain defined activities such as fixing prices, conditions on sale, import and export, or controlling production, distribution, or investments. Agreements that contribute to the improvement of production and distribution or to technological or economic advance are exempt from this prohibition.

Abuse of dominant position

(Arts. 82, 83 and 85 EC)

A company is in a dominant position when its economic situation allows it to hinder effective competition on the relevant market, and to influence significantly the behaviour of its competitors, its clients, and consumers. The Treaty prohibits abuse of a dominant position, which is said to arise when the company's behaviour can affect commerce between Member States. Abusive practices as described by the Treaty or defined by the Commission and the Court of Justice deals with, in particular, discrimination in price fixing and "dumping", selective practices regarding commercial partners, voluntary limitations on production, unjustified refusal of delivery and refusal to award licences.

Concentrations

(Arts.81, 82, 83 and 85 EC)

Company "concentrations" by either merger or acquisition are capable of creating or strengthening a dominant position within the Community market, resulting in obstructing free competition. Since 1990, the Commission has been a priori monitoring mergers between companies, and prohibits those considered incompatible with the internal market, on the basis of the dominant position criteria. ✎

The increase in mergers and the economic and legal complexity of business subject to the Commission's examination led to the merger control system being reformed. **Regulation 139/2004**, of 20 January 2004 led to the regulatory framework being recast and the Commission's exclusive control over all major transborder mergers being relaxed, ✎ on the basis of the principle of subsidiarity. By simplifying procedures between national and Commission competition authorities, the new system introduces referral to the best-positioned authority, and suppression of multiple notifications. The 'dominant position' criteria is expanded to account for situations of anti-competitive oligopoly. The Commission's powers of investigation are strengthened and the applicable fines increased.

State aid ✎

(Arts. 87 to 89 EC)

Obstacles to free competition can result from State actions if they provide public aid to undertakings. State aid is considered incompatible with the common market whenever it affects exchange between Member States and favours certain undertakings or certain goods. The Commission and the Court of Justice define and interpret the concept of prohibition of State aid broadly. Relevant aid includes direct or indirect financing (subsidies, advantageous or low-interest loans), whether the loan is provided by the State, by local authorities or any organisation operating with public funds. This prohibition does not include any aid that has a social character granted without discrimination related to the origin of the product, or aid intended to restore situations following exceptional events such as natural disasters.

The Commission can also exempt aid the goal of which is to:

- Aid development of certain activities or regions experiencing difficulties,
- Favour less-developed regions,
- Contribute to completion of a project important to European interests,
- Correct a serious disruption to the economy of a Member State,
- Promote culture and heritage conservation.

The Council may define other categories of exemption.

Public companies

Paragraph 2 of Article 86 EC anticipates exemption from the Treaty's general rules for companies that offer services of general economic interest. (cf. Article 36 of the Charter)

They are subject to the rules of competition, to the extent that the rules do not obstruct the performance of the tasks assigned them. On the basis of paragraph 3 of Article 86 EC, the Commission conducts a policy of liberalisation of services of general economic interest, in order to avoid monopolised exploitation of networks that provide these services to the public. (production and distribution of gas and electricity, telecommunications, postal services, transportation)

Opening public procurement

(Arts. 28, 47.2, 49 and 50 EC)

On the award of public contracts, the Community has introduced measures for the coordination of national rules to ensure compliance with the principles of freedom to provide services and free competition at Community level. Positive obligations have gradually been phased in to impose the publication of contract notices, objective rules for assessing applications and awarding contracts, and means of appeal, in order to guarantee equal opportunity between national and non-national suppliers in every sector of activity (works, supplies, services, and water, energy, transport and telecommunications).

- o **Commission website, DG Internal Market and Services**

As part of police and judicial cooperation in criminal matters (Articles 31(e) and 34 2(b) TEU), a proposal for a **Framework Decision** was tabled, based on a German initiative of 28 June 2000. Its aim was to give the Union a framework for criminal prosecution of unfair or fraudulent practices likely to distort competition in the award of public contracts. The proposal makes such unfair or fraudulent practices a criminal offence.

The European Parliament rejected the proposal on 11 June 2002 on the ground that the legal basis (Article 31(e) TEU) concerns the fight against organised crime, terrorism and drug trafficking and cannot cover fraud in the award of public contracts. Parliament nonetheless expressed the will to see the Community take on effective means to combat this type of fraud and urged the Commission to present a new proposal to that effect, to supplement measures concerning public procurement.

Corruption in the private sector

In its drive to combat corruption, the Council adopted on 22 December 1998 (**Joint Action 98/742/JHA**) specifically concerning corruption in the private sector. The text gives a harmonised definition of active and passive corruption in the private sector and obliges the Member States to establish effective penalties for legal persons convicted of such offences. This Joint Action was repealed by the **Framework Decision on combating corruption in the private sector**, adopted on 27 July 2003. This Framework Decision strengthens the Joint Action mechanism by providing a common definition of criminal offences relating to active and passive corruption, liability criteria and penalties applicable. It makes a distinction between the offence of promising or giving an undue advantage and that of requesting or receiving such an advantage. The European Parliament refused to make attempted corruption a criminal offence within the meaning of the Framework Decision. It also called for the mechanism to be extended to non-profit activities.

- o **Commission website, DG internal market**



5. CASE LAW

C.J.E.C.

Definitions

Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission, 21 February 1973, Case 6/72.

"Recognition that a subsidiary has its own legal personality does not suffice to exclude the possibility that its conduct might be attributed to the parent company. This is true in those cases particularly where the subsidiary company does not determine its market behaviour autonomously but in essentials follows directives of the parent company.

Community law is applicable to a transaction which influences market conditions within the Community irrespective of the question whether the business in question is established within the territory of one of the Member States of the Community.

The distinction between measures which concern the structure of the undertaking and practices which affect the market is not decisive, for any structural measure may influence market conditions if it increases the size and the economic power of the undertaking."

Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission, 25 October 1977, Case 26/76.

"The requirement contained in Articles 3 and 85 [now Article 81 EC] of the EEC Treaty that competition shall not be distorted implies the existence on the market of workable competition, that is to say the degree of competition necessary to ensure the observance of the basic requirements and the attainment of the objectives of the Treaty, in particular the

creation of a single market achieving conditions similar to those of a domestic market. In accordance with this requirement, the nature and intensiveness of competition may vary to an extent dictated by the products or services in question and the economic structure of the relevant market sectors. Selective distribution systems constitute, together with others, an aspect of competition which accords with Article 85 (1), provided that resellers are chosen on the basis of objective criteria of a qualitative nature relating to the technical qualifications of the reseller and his staff and the suitability of his trading premises and that such conditions are laid down uniformly for all potential resellers and are not applied in a discriminatory fashion.

Although price competition is so important that it cannot be eliminated, it does not constitute the only effective form of competition or that to which absolute priority must in all circumstances be accorded. For specialist wholesalers and retailers, the desire to maintain a certain price level, which corresponds to the desire to preserve, in the interests of consumers, the possibility of the continued existence of this distribution channel in conjunction with new methods of distribution based on a different type of competition policy, forms one of the objectives which may be pursued without necessarily falling under the prohibition contained in Article 85 (1), and, if it does fall thereunder, either wholly or in part, coming within the framework of Article 85 (3). This argument is strengthened if, in addition, such conditions promote improved competition inasmuch as it relates to factors other than prices. Nevertheless, the Commission must ensure that this structural rigidity is not reinforced, as might happen if there were an increase in the number of selective distribution networks for marketing the same product."

Compagnie royale asturienne des mines SA and Rheinzink GmbH v Commission, 28 March 1984, joined cases 29 and 30/83.

"For the purposes of Article 85 of the Treaty [now Article 81 EC], a change in the legal form and name of an undertaking does not create a new undertaking free of liability for the anti-competitive behaviour of its predecessor, when, from an economic point of view, the two are identical."

Poucet v AGF and Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, 17 February 1993, joined cases 159 and 160/91.

"The concept of an undertaking within the meaning of Articles 85 and 86 of the Treaty [now Articles 81 and 82 EC], encompasses all entities engaged in an economic activity. It does not include, therefore, organizations involved in the management of the public social security system, which fulfil an exclusively social function and perform an activity based on the principle of national solidarity which is entirely non-profit-making."

Freedom to engage in a trade or profession

Nold v Commission, 14 May 1974, Case 4/73.

The applicant, a wholesale coal business, sought annulment of the rules adopted by the Commission restricting entitlement to the direct trade of fuels. (reorganisation of the coal market under the ECSC)

"The Commission has the right to authorize trading rules restricting the entitlement to direct supplies of fuels on the ground of the need to rationalize distribution, provided that such rules are applied in a like manner to all the undertakings concerned. Fundamental rights are an integral part of the general principles of law, the observance of which the Court ensures. In safeguarding these rights the Court is bound to draw inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and cannot uphold measures which are incompatible with the fundamental rights established and guaranteed by the constitutions of these States. Similarly, international treaties for the protection of human rights, on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law.

If rights of ownership are protected by the constitutional laws of all the Member States and if similar guarantees are given in respect of their right freely to choose and practice their trade or profession, the rights thereby granted, far from constituting unfettered prerogatives, must be viewed in the light of the social function of the property and activities protected thereunder. For this reason, rights of this nature are protected by law subject always to restrictions laid down in accordance with the public interest. Within the Community legal order it likewise seems legitimate that these rights should, if necessary, be subject to certain limits justified by the overall objectives pursued by the Community, on condition that the substance of these rights is left untouched.

The above guarantees can in no respect be extended to protect mere commercial interests or

opportunities, the uncertainties of which are part of the very essence of economic activity."

SPA Eridania and others, 27 September 1979, Case 230/78.

"(.) an undertaking cannot claim a vested right to the maintenance of an advantage which it obtained from the establishment of the common organisation of the market and which it enjoyed at a given time. Accordingly, a reduction in such an advantage cannot be considered as constituting an infringement of a fundamental right."

Free competition

Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission, 14 July 1972, Case 48-69.

"Although every producer is free to change his prices, taking into account in so doing the present or foreseeable conduct of his competitors, nevertheless it is contrary to the rules on competition contained in the Treaty for a producer to cooperate with his competitors, in any way whatsoever, in order to determine a coordinated course of action relating to a change of prices and to ensure its success by prior elimination of all uncertainty as to each other's conduct regarding the essential elements of that action, such as the amount, subject-matter, date and place of such changes."

Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission, 21 February 1973, Case 6/72.

"The argument that Article 3(f) [now Article 3.1 (g)] merely contains a general programme devoid of legal effect ignores the fact that Article 3 considers the pursuit of the objectives which it lays down to be indispensable for the achievement of the Community's tasks. By providing for the institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted, Article 3 (f) requires, a fortiori, that competition must not be eliminated. The restraints on competition which the Treaty allows under certain conditions because of the need to harmonize the various objectives of the Treaty are limited by the requirements of Articles 2 and 3. Going beyond this limit involves the risks that the weakening of competition would conflict with the aims of the common market. The spirit, general scheme and wording of Article 86 [now Article 82 EC] as well as the system and objectives of the Treaty must all be taken into account. Problems of this kind cannot be solved by comparing this article with certain provisions of the ECSC Treaty.

Articles 85 and 86 [now Articles 81 and 82 EC] seek to achieve the same aim on different levels, viz. the maintenance of effective competition within the common market. The restraint of competition which is prohibited if it is the result of behaviour falling under Article 85 cannot become permissible by the fact that such behaviour succeeds under the influence of a dominant undertaking and results in the merger of the undertakings concerned. The list of abuses contained in Article 86 of the Treaty is not an exhaustive enumeration of the abuses of a dominant position prohibited by the Treaty."

United Brands v Commission, 14 February 1978, Case 27/76.

"(.) the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it."

SA G.B.-INNO-B.M. v ATAB, 16 November 1977, Case 13/77.

"Member States may not enact measures enabling private undertakings to escape from the constraints imposed by Articles 85 to 94 of the Treaty [now Articles 81 to 89 EC]. It follows that any abuse of a dominant position within the market is prohibited by Article 86 even if such abuse is encouraged by a national legislative provision. "

Marty SA v Estée Lauder SA, 10 July 1980, Case 37/79.

"Since the prohibitions contained in Articles 85 (1) and 86 of the EEC Treaty [now Articles 81.1 and 82 EC] tend by their very nature to produce direct effects in relations between individuals, those articles create direct rights in respect of the individuals concerned, which the national courts must safeguard."

Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission, 8 June 1982, Case 258/78.

"An exclusive licence or assignment with territorial protection, under which the parties to the contract propose, as regards the products and the territory in question, to eliminate all competition from third parties, such as parallel importers or licensees for other territories,

results in the artificial maintenance of separate national markets and is therefore contrary to the Treaty."

VBVB and VBBB, v Commission, 17 January 1984, Joined cases 43 and 63/82.

"National legislative or judicial practices, even on the supposition that they are common to all the Member States, cannot prevail in the application of the competition rules set out in the Treaty. The same reasoning must apply with even greater force in relation to practices of private undertakings, even where they are tolerated or approved by the authorities of a Member State."

Bundesrepublik Deutschland v Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH, 9 June 1994, Case C-153/93.

"Articles 3 (f) [now Article 3.1 (g)], 5 [now Article 10 EC], second paragraph, and 85 [now Article 81 EC] of the Treaty do not preclude rules of a Member State from providing that tariffs for commercial inland waterway traffic be determined by freight commissions and made compulsory for all traders, after approval by the public authorities, if the members of those commissions, although chosen by the public authorities acting on a proposal from the professional circles concerned, are not representative of those circles, called upon to negotiate and conclude an agreement on prices, but are responsible for fixing tariffs independently and on the basis of considerations relating to the public interest and if the public authorities do not relinquish their powers but ensure that the commissions determine tariffs on the basis of those considerations by substituting, if need be, their own decision for that of the commissions." See also: Librandi, Case C-38/97 of 1 October 1998. (setting of road-haulage tariffs by the State)

Tetra Pak International SA v Commission, Case T-83/91 of 6 October 1994.

"In order for an infringement of the competition rules of the Treaty to be regarded as committed intentionally, it suffices that the undertaking concerned could not have been unaware of the anti-competitive nature of its conduct, whether or not it was aware that it was infringing the competition rules of the Treaty."

John Deere Ltd v Commission, 28 May 1998, Case C-7/95 P.

"In the absence of an anti-competitive object, an agreement may be objected to only on the grounds of its effects.

In that case, any anti-competitive effects must be assessed with regard to competition within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement in dispute.

Article 85 (1) of the Treaty [now Article 81.1 EC] does not restrict such an assessment to actual effects alone ; it must also take account of the agreement's potential effects on competition within the common market. An agreement will, however, fall outside the prohibition in Article 85 if it has only an insignificant effect on the market.

(.) the fact that the Commission was unable to establish the existence of an actual anti-competitive effect is irrelevant to the outcome of the dispute involving the agreement in issue. The criteria of coordination and cooperation necessary for determining the existence of a concerted practice, far from requiring an actual 'plan' to have been worked out, are to be understood in the light of the concept inherent in the Treaty provisions on competition, according to which each trader must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market and the conditions which he intends to offer to his customers. Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive traders of the right to adapt themselves intelligently to the existing or anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such traders, the object or effect of which is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question, regard being had to the nature of the products or services offered, the size and number of the undertakings and the volume of the said market."

Commission v Anic Partecipazioni SpA, 8 July 1999, Case C-49/92 P.

"As is clear from the very terms of Article 85 (1) of the Treaty (now Article 81 (1) EC), a concerted practice implies, besides undertakings' concerting together, conduct on the market pursuant to those collusive practices, and a relationship of cause and effect between the two. Subject to proof to the contrary, which it is for the economic operators concerned to adduce, there must be a presumption that the undertakings participating in concerting agreements and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors when determining their conduct on that market, particularly when they concert together on a regular basis over a long period."

A concerted practice falls under Article 85 (1) of the Treaty even in the absence of anti-competitive effects on the market."

Muñoz and Superior Fruiticola, 17 September 2002, Case C-253/00.

The Court recognises the right of natural and legal persons (individuals and companies) to institute civil proceedings against a competitor who fails to comply with a Community regulation. (in the present case, the Community Regulation on quality standards for table grapes, aimed at discouraging practices that distort competition)

" (...) As is apparent from the fourth recital in the preamble to Regulation No 1035/72, the purpose of applying common quality standards is to keep products of unsatisfactory quality off the market, to guide production to meet consumers' requirements, and to facilitate trade relations based on fair competition. That objective is confirmed by the third recital in the preamble to Regulation No 2200/96, which states that the classification of goods using common obligatory standards seeks, first, to establish a reference framework that encourages fair trading and market transparency and, second, to eliminate products of unsatisfactory quality from the market. The 20th recital of the same regulation states that the rules of the common market organisation should be complied with by all operators to whom they apply, since otherwise their impact will be distorted.

Accordingly, the full effectiveness of the rules on quality standards and, in particular, the practical effect of the obligation laid down by Article 3(1) of both Regulation No 1035/72 and Regulation No 2200/96 imply that it must be possible to enforce that obligation by means of civil proceedings instituted by a trader against a competitor.

The possibility of bringing such proceedings strengthens the practical working of the Community rules on quality standards. As a supplement to the action of the authorities designated by the Member States to make the checks required by those rules it helps to discourage practices, often difficult to detect, which distort competition. In that context actions brought before the national courts by competing operators are particularly suited to contributing substantially to ensuring fair trading and transparency of markets in the Community." (Par. 29 to 31)

Altmark Trans GmbH, 24 July 2003, Case C-280/00.

" (...) The condition for the application of Article 92(1) of the EC Treaty (now, after amendment, Article 87(1) EC) that the aid must be such as to affect trade between Member States does not depend on the local or regional character of the transport services supplied or on the scale of the field of activity concerned. (...)

Indeed, it is not impossible that a public subsidy granted to an undertaking which provides only local or regional transport services and does not provide any transport services outside its State of origin may none the less have an effect on trade between Member States. Where a Member State grants a public subsidy to an undertaking, the supply of transport services by that undertaking may for that reason be maintained or increased with the result that undertakings established in other Member States have less chance of providing their transport services in the market in that Member State.(...)"

Freedom of contract

Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH, 30 June 1966, Case 56/65.

"The automatic nullity of an agreement within the meaning of Article 85 (2) of the EEC Treaty [now Article 81.2 EC] only applies to those parts of the agreement affected by the prohibition, or to the agreement as a whole if it appears that those parts are not severable from the agreement itself. Any other contractual provisions which are not affected by the prohibition fall outside Community law. An exclusive dealing agreement may fall under the prohibition in Article 85 (1) by reason of a particular factual situation or of the severity of the clauses protecting the exclusive dealership."

Suiker Unie UA and others v Commission, 16 December 1975, Joined cases 40 to 48, 54 to 56, 111, 113 and 114/73.

"The fact that a trade representative contract, which imposes upon the representative a prohibition of competition, complies with the national law governing the contract or that this law even imposes a similar prohibition is not decisive when considering whether or not such a contract is covered by Articles 85 or 86 b) [now Articles 81 and 82 b) EC]. Nevertheless, if an agent sells in the name and for the account of a producer or association of producers, he may in principle be treated as an auxiliary body forming an integral part of the latter's undertaking, who must carry out his principal's instructions and thus, like a commercial employee, forms an economic unit with this undertaking.

Even if an agent is called a 'trade representative' under the terms of the agreement which he has entered into with his principal, he cannot be regarded as an auxiliary body forming an integral part of his principal's undertaking :

- o if the said agreement confers upon the agent or allows him to perform duties which from an economic point of view are approximately the same as those carried out by an independent dealer, because they provide for the agent accepting the financial risks of the sales or the performance of contracts entered into with third parties, or
- o if the agent is a large business house which at the same time as it distributes products for the account of the principal undertakes as an independent dealer a very considerable amount of business on the market concerned. Therefore, a clause prohibiting competition entered into between such an agent and his principal may be an agreement between undertakings which is prohibited under Article 85."

AEG-Telefunken AG v Commission, 25 October 1983, Case 107/82.

"A refusal by a manufacturer to approve distributors who satisfy the qualitative criteria of his system of selective distribution does not constitute, on the part of the undertaking, unilateral conduct exempt as such from the prohibition contained in Article 85 (1) of the Treaty [now Article 81.1 EC]. On the contrary, such an attitude forms part of the contractual relations between the undertaking and resellers, since the admission of a distributor is based on the acceptance, tacit or express, by the contracting parties of the policy pursued by the undertaking, which requires inter alia the exclusion from the network of distributors who are qualified for admission but not prepared to adhere to that policy."

Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées, 4 May 1988, Case 30/87.

"Article 85 of the Treaty [now Article 81 EC] applies, according to its actual wording, to agreements 'between undertakings', and not to contracts for concessions concluded between communes acting in their capacity as public authorities and undertakings entrusted with the operation of a public service."

Automec Srl v Commission, 18 September 1990, Case T-24/90 of the CFI.

"Among the civil-law consequences which an infringement of the prohibition laid down in Article 85 (1) of the Treaty [now Article 81.1 EC] may have, only one is expressly provided for in Article 85 (2), namely the nullity of the agreement. The other consequences attaching to an infringement of Article 85 of the Treaty, such as the obligation to make good the damage caused to a third party or a possible obligation to enter into a contract are to be determined under national law. It is therefore the national courts which, where appropriate, may, in accordance with the rules of national law, order one trader to enter into a contract with another.

So far as the Commission is concerned, since freedom of contract must remain the rule, it cannot in principle be considered to have

- o among the powers to issue orders which it has for the purpose of bringing to an end infringements of Article 85(1) of the Treaty
- o the power to order an undertaking to enter into contractual relations, since in general it has appropriate means at its disposal for requiring an undertaking to terminate an infringement. In particular, there cannot be held to be any justification for such a restriction on freedom of contract where there are several ways of bringing an infringement to an end.

This is true of infringements of Article 85(1) of the Treaty arising from the application of a distribution system. Such infringements can also be eliminated by the abandonment or amendment of the distribution system. Consequently, the Commission undoubtedly has the power to find that an infringement exists and to order the undertakings concerned to bring it to an end, but it is not for the Commission to impose upon them its own choice from among all the various potential courses of action which are in conformity with the Treaty."

Tiercé Ladbrooke SA v Commission, 12 June 1996, Case T-504/93 of the CFI.

"The mere fact that the owner of the intellectual property right has granted to a sole licensee an exclusive right in the territory of a Member State, while prohibiting the grant of sub-licences for a specified period, is not sufficient to justify a finding that such a contract must be regarded as the purpose, the means or the result of an agreement prohibited by the Treaty. However, the exercise of an intellectual property right and of an assigned right deriving from it may be caught by the prohibition contained in Article 85 (1) of the Treaty [now Article 81.1

CE], where there are economic or legal circumstances the effect of which is to restrict the activity in question to an appreciable degree or to distort competition on the market, regard being had to the specific characteristics of that market. It follows that an agreement between two or more undertakings whose object is to prohibit the grant to a third party of a licence to exploit intellectual property rights does not fall outside the scope of Article 85 (1) of the Treaty merely because no contracting party has granted such a licence to a third party on the relevant market and there is no resultant restriction of the present competitive position of third parties. Whilst it is true that, in the absence of current competition on the relevant market, since it deprives each of the contracting parties of its freedom to contract directly with a third party by granting it a licence to exploit its intellectual property rights and thus to enter into competition with the other contracting parties on the relevant market."

Viho Europe BV v Commission, 24 October 1996, Case C-3/95.

"When a parent company and its subsidiaries form a single economic unit within which the subsidiaries do not enjoy real autonomy in determining their course of action in the market, but carry out the instructions issued to them by the parent company which wholly controls them, the fact that the parent company's policy, which consists essentially in dividing various national markets between its subsidiaries, might produce effects outside the ambit of the group which are capable of affecting the competitive position of third parties cannot make Article 85 (1) of the Treaty [now Article 81.1 EC] applicable, even when it is read in conjunction with Article 2 and Article 3 (c) and (g) of the Treaty. On the other hand, such unilateral conduct could fall under Article 86 of the Treaty [now Article 82 ECE] if the conditions for its application were fulfilled."

Spain v Commission, 5 October 1999, Case C-240/97.

"(.) The right of parties to amend contracts concluded by them is based on the principle of contractual freedom and cannot therefore be limited in the absence of Community rules imposing specific restrictions in that regard.

It follows that, provided that the purpose of the contractual amendment is not contrary to the objective pursued by the applicable Community rules and does not involve any risk of fraud, such an amendment cannot be regarded as unlawful."

Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, 1 June 1999, Case C-126/97.

"(.) according to Article 3(g) of the EC Treaty (now, after amendment, Article 3(1)(g) EC), Article 85 of the Treaty constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market. The importance of such a provision led the framers of the Treaty to provide expressly, in Article 85(2) of the Treaty, that any agreements or decisions prohibited pursuant to that article are to be automatically void.

It follows that where its domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy, it must also grant such an application where it is founded on failure to comply with the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty. That conclusion is not affected by the fact that the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, which has been ratified by all the Member States, provides that recognition and enforcement of an arbitration award may be refused only on certain specific grounds, namely where the award does not fall within the terms of the submission to arbitration or goes beyond its scope, where the award is not binding on the parties or where recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of the country where such recognition and enforcement are sought (Article V (1)(c) and (e) and II(b) of the New York Convention)

(.)The provisions of Article 85 of the Treaty may be regarded as a matter of public policy within the meaning of the New York Convention.(.)

(.) Community law does not require a national court to refrain from applying domestic rules of procedure according to which an interim arbitration award which is in the nature of a final award and in respect of which no application for annulment has been made within the prescribed time-limit acquires the force of *res judicata* and may no longer be called in question by a subsequent arbitration award, even if this is necessary in order to examine, in proceedings for annulment of a subsequent arbitration award, whether an agreement which the interim award held to be valid in law is nevertheless void under Article 85 of the Treaty."

◀ ▲ ▶

6. NATIONAL LAWS

 **Constitution of the Czech Republic**

Article 26

- (1) Everybody has the right to choose freely his or her profession and the training for such profession, as well as the right to engage in enterprise and other economic activity.
(2) The conditions and limitations for the exercise of certain professions or activities may be set by law.(...)

 **Constitution of the Republic of Estonia**

Article 31

« Estonian citizens have the right to engage in enterprise and to form commercial undertakings and unions. Conditions and procedure for the exercise of this right may be provided by law. Citizens of foreign states and stateless persons who are in Estonia have this right equally with Estonian citizens, unless otherwise provided by law. »

 **Constitution of the Hellenic Republic**

Article 106

(...) Private enterprise may not be exercised in any way detrimental to liberty, human dignity, and the national economy.(...)

 **Constitution of the Kingdom of Spain**

Article 38

Free enterprise is recognized within the framework of a market economy. The public authorities guarantee and protect its exercise and the safeguarding of productivity in accordance with the demands of the general economy and, as the case may be, of economic planning.

 **Constitution of Ireland**

Article 45.2

(...) The State shall, in particular, direct its policy towards securing:

(...) iii. That, especially, the operation of free competition shall not be allowed so to develop as to result in the concentration of the ownership or control of essential commodities in a few individuals to the common detriment. (...)

Article 45.3

The State shall favour and, where necessary, supplement private initiative in industry and commerce.

 **Constitution of the Italian Republic, 27 December 1947** (Last modification: 23 October 2002)

Article 41

Private economic enterprise shall be free.

It shall not be carried out against the common good or in a way that may harm public security, liberty, and human dignity. (...)

 **Constitution of the Republic of Lithuania**

Article 46

Lithuania's economy shall be based on the right of private ownership and individual freedom of economic activity and initiative.

The State shall support economic efforts and initiatives that are useful to the society.

The State shall regulate economic activity so that it serves the general welfare of the Nation.
(...)

 **Constitution of the Grand Duchy of Luxembourg**

Article 11

(...) The law guarantees freedom of trade and industry, the exercise of the professions and of agricultural labor, subject to any restrictions that may be imposed by the legislature.

 **Constitution of the Republic of Hungary**

Article 9

“(1) The economy of Hungary is a market economy, in which public and private property shall receive equal consideration and protection under the law.

(2) The Republic of Hungary recognizes and supports the right to enterprise and the freedom of competition in the economy.”

 **Constitution of Malta**

Article 18

"The State shall encourage private economic enterprise."

 **Constitution of the Republic of Poland**

Article 20

A social market economy, based on the freedom of economic activity, private ownership, and solidarity, dialogue and cooperation between social partners, shall be the basis of the economic system of the Republic of Poland.

Article 22

Limitations upon the freedom of economic activity may be imposed only by means of statute and only for important public reasons.

 **Constitution of the Portuguese Republic**

Article 61

Private economic enterprise shall be freely exercised, within the framework provided by this Constitution and the law, and with due account to the general interest. (...)

 **Constitution of the Republic of Slovenia**

Article 74

Free economic initiative shall be guaranteed.

The conditions for establishing commercial organisations shall be established by law.

Commercial activities may not be pursued in a manner contrary to the public interest.

Unfair competition practices and practices which restrict competition in a manner contrary to the law are prohibited.

 **Constitution of the Slovak Republic**

Article 55

(1) The economy in the Slovak Republic shall be based on the principles of a socially and ecologically orientated market economy.

(2) The Slovak Republic shall protect and encourage economic competition. A law shall lay down the details.

 **Constitution of the Kingdom of Sweden, 27 February 1994 - Four Basic Laws**

(Updated in September 2002)

Article 20

(1) A foreigner within the Realm shall be equated with a Swedish citizen in respect of 1) protection against all coercion to participate in any meeting for the formation of opinion or in any demonstration or other expression of opinion, or to belong to any religious congregation or other association (Article 2, second sentence); 2) protection of personal integrity in connection with electronic data processing (Article 3 (2)); 3) protection against capital punishment, corporal punishment and torture and against medical intervention aimed at extorting or preventing statements; 4) the right to have any deprivation of liberty on account of a criminal offence or on grounds of suspicion of having committed such an offence tested before a court of law (Article 9 (1) and (3)); 5) protection against retroactive penal sanctions and other retroactive effects of criminal acts and against retroactive taxes, charges or fees (Article 10); 6) protection against the establishment of a court to try a particular case (Article 11 (1)); 7) protection against discrimination on grounds of race, skin color, ethnic origin, or sex (Articles 15 and 16); 8) the right to take strike or lock-out action (Article 17); and 9) the right to compensation in cases of expropriation or other such disposition. (Article 18)

(2) Unless otherwise provided by special rules of law, a foreigner within the Realm shall be equated with a Swedish citizen also in respect of 1) freedom of expression, freedom of information, freedom of assembly, freedom to demonstrate, freedom of association, and freedom of worship (Article 1); 2) protection against all coercion to divulge an opinion (Article 2, first sentence); 3) protection against physical violations also in cases other than those referred to in Articles 4 and 5, against physical search, house searches, or other similar intrusions, and against violations of confidential communications (Article 6); 4) protection against deprivation of liberty (Article 8, first sentence); 5) the right to have any deprivation of liberty for reasons other than a criminal offence or suspicion of having committed such an offence tested before a court (Article 9 (2) and (3)); 6) public court proceedings (Article 11 (2)); 7) protection against violations on grounds of opinion (Article 12 (2), third sentence); and 8) the rights of authors, artists, and photographers to their works.

(3) With respect to the special provisions referred to in Paragraph (2), the provisions of Article 12 (3), (4), first sentence, and (5) shall apply.



7. NGOs OPERATING IN THE FIELD

This list of NGOs is subject to change. It is provided for information purposes only and is not exhaustive. The NGOs listed are those with activities related to one of the fundamental rights protected by the Charter and that are active at European Union level or in the Member States.

Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe (UNICE)

The Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (UNICE) has existed in its present form since 1958. Today it is comprised of 35 national member federations and organisations and 4 observers, from 28 European countries. UNICE has progressively built permanent ties with the European institutions.

UNICE's objectives are to:

- o bring together central industrial federations to promote solidarity among them;
- o encourage a competitive industrial policy at European level;
- o represent its member organisations with the European institutions;
- o monitor and analyse the issues of the day and coordinate the responses of European industry, at general and interprofessional level.

Areas of action:

- o encouraging entrepreneurship;
- o making room for entrepreneurship;
- o enhancing the flexibility of the labour market;
- o promoting a balanced sustainable development policy.

UNICE is a member of the Social Dialogue Committee. (the European Commission consultative body representing the social partners)

Contact:

E-mail: main@unice.be

Telephone: + 32 2 237 65 11 (Brussels)

European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest (CEEP)

The European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest (CEEP) was created in 1961. Its members are enterprises with public participation or engaged in activities of general economic interest, regardless of their legal or ownership status. Its full members are enterprises and organisations from European Union countries. Those from non-EU countries are eligible for associate membership.

CEEP's objectives:

- o to represent enterprises and other employers with public participation or engaged in activities of general economic interest in dialogue with the European institutions;
- o to defend and promote its members' interests by taking initiatives, developing proposals and carrying out studies.

CEEP is a member of the Social Dialogue Committee. (the European Commission consultative body representing the social partners)

Contact:

E-mail: ceep@ceep.org

Telephone: + 32 2 219 27 98 (Brussels)

European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises (UEAPME)

The European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises (UEAPME) was founded in 1979. It incorporates 75 member organisations: national cross-sector and branch

federations.

UEAPME's aims are to:

- o support European integration and contribute to European cooperation;
- o inform its members on all political issues being addressed by the European Union that concern the crafts industry and SMEs, and advise the EU institutions of its members' needs and views;
- o provide its members with academic, technical and legal support on all questions relating to European Union policy;
- o represent its members' common interests in dialogue with the European institutions and other international organisations and public or private associations;
- o manage the common tasks assigned to it by its members and find solutions to problems related to the above objectives.

UEAPME is a member of the Social Dialogue Committee (the European Commission consultative body representing the social partners), represented as part of the UNICE delegation.

Contact

E-mail: info@ueapme.com

Telephone: +32 2 230 75 99 (Brussels)

Young Entrepreneurs of the European Union (JEUNE)

Young Entrepreneurs of the European Union (JEUNE) was created in 1994 as a division of the European Association of Crafts, and Small and Medium-sized Enterprises. (UEAPME) JEUNE has five members and specifically represents the interests of young craftsmen and entrepreneurs in the European Union. (age limit: 40)

JEUNE's objectives:

- o to inform its members on political and legislative developments in the European Union;
- o to represent the interests, opinions and problems of its members to the European Union;
- o to encourage and organise meetings among its members to facilitate the exchange of information and ideas;
- o to promote national and European initiatives relating to the specific interests of its members, in particular the promotion of entrepreneurship, business start-up, and the training of young entrepreneurs;
- o to coordinate and carry out transnational projects beneficial to young artisans and entrepreneurs;
- o to carry out practical actions to support the creation and development of new businesses in other areas of the world.

Contact

E-mail: l.fischer@ueapme.com

Telephone: +32 2 230 75 99 (Brussels)



8. EUROPEAN PARLIAMENT'S POSITION

Resolution of 13 September 2001, on the Commission's XXXth Report on competition policy. (2000) (SEC(2001) 694 - C5-0312/2001 - 2001/2130(COS)) (A5-0299/2001)

The European Parliament welcomes the global reform of competition policy, but stresses the risk that it might lead to distortion of the market. It regrets the Commission's inability to initiate proceedings in respect of unfair competition in the form of tax concessions or exemptions.

Resolution of 30 May 2002, on the Commission Green Paper on promoting a European framework for corporate social responsibility. (COM(2001) 366 - C5-0161/2002 - 2002/2069 (COS), A5-0159/2002)

The European Parliament, welcoming the Green Paper on corporate responsibility, the accompanying consultation process and other Commission initiatives aimed at taking the

debate on corporate social responsibility (CSR) forward and promoting it, calls for the annual monitoring reports on social and environmental impact to be submitted to an independent evaluation and cover all levels of the corporation, its supply chain and trading partners, as necessary; furthermore, it calls on the Commission to examine the proposals submitted by Social Accountability International, Clean Clothes Campaign, Fondation Fairwear and Ethical Training Initiative on the control and verification mechanisms.

It calls on the Commission to present a proposal on social labelling, based, at least, on such criteria as respect for human and labour rights, the work place, employee training and development, equal treatment, social and ethical considerations of the workers and citizens in the surrounding society; moreover, it calls on the Commission to examine the possibility of establishing social and environmental labelling. It also calls for all European private and collective pension funds to communicate the ethical criteria of their investment policy.

The European Parliament calls for the creation of a European Union Multi-stakeholder Forum for CSR, comprising representatives from business, unions, non-governmental organisations and government authorities, including representatives from developing countries, and calls on the Commission to follow the steps and issue the necessary invitations to this end, and to support the idea by referring it to the secretariat for the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions in Dublin.

It calls on the Commission ensure that the basic principles of CSR are fully taken on board in all areas of Community competence, more particularly as concerns law relating to undertakings, internal market, competition, financial market legislation, trade policy, foreign policy and common security and development cooperation policy.

Resolution of 13 May 2003, on the Communication from the Commission concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development. (COM (2002) 347 - 2002/2261(INI), A5-0133/2003)

The European Parliament welcomes the Commission's communication and the fact that it endeavours to define a European framework on promoting the use by undertakings of good social and environmental practices. It also welcomes the creation of the EU multi-stakeholder forum on CSR as an independent group managed by its members.

Nevertheless, it emphasises that the Commission's communication does not pay much attention to the gender impact of, or gender policy issues in relation to, CSR principles, and considers that active promotion of women's business development, workforce diversity and work-life balance, above and beyond their legal obligations, may strengthen companies' sense of social and environmental responsibility; to this end, it calls for inter alia:

- o measures to increase the number of women in business generally, including in SMEs, on boards of directors and in management positions;
- o better involvement of women in dialogue, evaluation and decision-making; and
- o social partners to compile detailed statistics on the representativity of their consultative/advisory bodies and internal structures;

Considering the integration of social corporate responsibility in EU policies should be in line with integration of sustainable development as agreed at the Gothenburg European Council, the European Parliament regrets that the Commission Communication does not pay sufficient attention to the role of business in the sustainability of the physical environment and land-use, and recalls that the Johannesburg Summit determined that business should be a partner in sustainable development, and that this role should be promoted with vigour and urgency. The European Parliament Stresses that companies should indicate in their reports the environmental standards they apply when they operate and invest in third countries and illustrate how these standards relate to relevant pieces of EU environmental legislation. It calls on the Commission to put forward proposals aimed at giving the public access to environmental, health and safety-related and human rights-based information held by companies with a view to facilitating external scrutiny; it invites the Commission to explore ways of establishing a system of corporate accountability to citizens

Resolution on entrepreneurship in Europe - Green Paper. (COM(2003) 27 - 2003/2161(INI), A5-0347/2003)

The European Parliament welcomes the Commission's Green Paper as a successful starting point for a wide-ranging debate on the policy of the European Union and the Member States on fostering entrepreneurship. Nevertheless, it recalls the importance it attaches to very small enterprises and the craft industry, and regrets that these enterprises are virtually not considered by the Green Paper, which, moreover, essentially emphasises start-ups or high-growth businesses, to the detriment of traditional sectors of activity or family enterprises. It

stresses that very small enterprises and the craft industry, which represent more than 90% of European enterprises, both create jobs and are innovative; it also stresses that they therefore actively participate in achieving the Lisbon objectives. It considers that these entrepreneurs, given their importance for the stability of the socio-economic fabric and the sustainability of employment and given the considerable risks that they face to create or maintain their activity, deserve the Commission's particular attention.

The European Parliament calls on the European Union and the Member States, in order to maintain their innovative job potential and guarantee the international competitiveness and their economic future, to encourage further the spirit of enterprise and entrepreneurship by promoting them in particular to entrepreneurial women and potential entrepreneurs in disadvantaged areas.



 [Text only](#)

LA COSTITUZIONE ECONOMICA

Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*

di Luigi Gianniti

1. Premessa 2. Il contesto storico 3. Le premesse del dibattito 4. I monopoli 5. La programmazione 6. Le nazionalizzazioni 7. Il risparmio e i mercati finanziari 8. Conclusioni

1. Da tempo, almeno dall'inizio degli anni novanta, si discute sull'adeguatezza della cosiddetta "costituzione economica"¹, in particolare delle disposizioni contenute nel titolo III della Parte prima della nostra Carta costituzionale². Nonostante l'ampiezza e la profondità del dibattito scientifico in materia sembra utile ripercorrere alcuni passaggi delle discussioni in Assemblea costituente che possono fornire ulteriori spunti per una più compiuta valutazione di alcune disposizioni costituzionali. Al di là infatti del confronto tra posizioni ideali dei principali esponenti delle "scuole" politiche (la democristiana, la comunista, la socialista e la liberale) emerge il tenace e continuo lavoro dei singoli, di una classe di parlamentari la cui preparazione, cultura e attenzione riesce a riempire di contenuti e possibili interpretazioni, più che mai attuali, molti enunciati delle disposizioni costituzionali spesso trascurati.

2. Dalla seconda guerra mondiale l'economia italiana usciva come una fortezza chiusa, una "piazzaforte assediata"³, autarchica, costretta da vincoli e legami all'interno (si pensi alla legislazione sui consorzi e a quella - rigidissima - che sottoponeva ad un regime autorizzatorio l'apertura di impianti industriali) e nelle sue proiezioni esterne: restrizioni dei movimenti di capitale

*Ringrazio il professor Filippo Cavazzuti per gli stimoli che mi hanno orientato nella stesura di questo lavoro.

* estratto da "Diritto pubblico", 2000

¹ Sull'impiego del concetto di "costituzione economica" ed i suoi vari significati cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p.14 e ss. e, criticamente, M.LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig.disc.pubbl.*, vol. V, Torino, Utet, 1990, p.374 e ss.

² In particolare si segnala il VI convegno nazionale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti sul tema *La Costituzione economica negli anni novanta*, Ferrara 11-12 ottobre 1991. E, da ultimo, per una visione d'insieme S.CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

Sulle iniziative di revisione di questi articoli della Costituzione v. *Per una nuova costituzione economica* a cura di G. DELLA CANANEA e G. NAPOLITANO, Bologna, Il Mulino, 1998. Nella XIII legislatura la Camera dei deputati sta esaminando un disegno di legge di revisione degli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione (AC 3973); in occasione dell'esame di questo provvedimento la Commissione Affari Costituzionali ha svolto un'indagine conoscitiva (sulle sedute del 21 aprile e 12 maggio del 1999) audendo i professori A. Baldassarre, G. Guarino, B. Caravita, S. Rodotà e M. Luciani.

spinti al parossismo, funzionali ad uno stretto bilateralismo degli scambi. Non è quindi un caso che la tradizione liberale prefascista - ben consolidata nella cultura degli economisti italiani - riprende fiato con l'autorevolezza dei suoi principali esponenti - primo fra tutti Einaudi - che si erano mantenuti estranei, e anzi sempre critici, nei confronti della evoluzione in senso autarchico e dirigistico della politica economica nazionale. Proprio questa estraneità accrebbe, subito dopo la guerra - come non mai, forse, nella storia dell'Italia unita - il peso dell'opzione liberista, che affondava le sue radici nel pensiero di Francesco Ferrara, Vilfredo Pareto e Maffeo Pantaleoni⁴.

E così, al momento delle prime scelte, il governo dell'economia nazionale fu affidato agli allievi di questi autori, ai propugnatori di un liberalismo puro (del "liberalismo conservatore di Cobden e Stuart Mill" come scrisse *l'Economist* del 30 novembre 1946) che si alternarono alla guida del Ministro del Tesoro (Soleri, Ricci, Corbino e del Vecchio), nel segno e sotto la guida di Luigi Einaudi Governatore della Banca d'Italia dal 1945, ministro del Bilancio - vice presidente del Consiglio - dal maggio 1947, nonché membro dell'Assemblea Costituente.

Proprio a ridosso e durante i lavori della Costituente furono, da questi uomini, compiute scelte decisive, che segnarono lo sviluppo dell'economia italiana⁵: la graduale liberalizzazione del commercio estero e del credito (marzo 1946) e l'ammissione dell'Italia alle istituzioni di Bretton Woods (2 ottobre 1946); quest'ultima fu una vera e propria scelta "costituzionale" che marcava la adesione ad un sistema aperto e stabile di scambi che si perfezionò nel novembre 1951 con la completa liberalizzazione degli scambi, un provvedimento che fece dell'Italia il paese con il più basso grado di protezionismo "esterno" in Europa⁶.

Queste scelte, frutto della tradizionale battaglia antiprotezionistica degli economisti liberali italiani (da Ferrara a De Viti de Marco), erano definitivamente maturate nel corso dei lavori della Commissione economica presieduta dal rettore della Bocconi, Giovanni Demaria, istituita nel 1945, dal Ministero per la Costituente, per svolgere attività di studio e indagine sulla regolazione dei rapporti economici in vista dell'Assemblea Costituente⁷. I resoconti delle molte audizioni svolte dalla Sottocommissione per l'industria⁸ raccolgono una massa di dichiarazioni di fede liberista - seppur con diversità di accenti - rese dai principali esponenti dell'industria italiana, la cui capacità produttiva - come risulta sempre dai lavori della Commissione - non era stata significativamente

³ L'espressione è di G. CARLI, *Cinquant'anni di vita italiana* (con la collaborazione di Paolo Peluffo), Roma-Bari, Laterza, 1993 p. 53.

⁴ Cfr. P. DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, Padova, Cedam, 1978, p.124 e ss.

⁵ In proposito v. G. AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1972, p.19 e s.

⁶ G. CARLI, op. cit. p. 62 e ss.

⁷ Sui lavori di questa Commissione v.F.CAFFE', *Un riesame dell'opera svolta dalla Commissione economica per la Costituente*, in *Studi per il ventesimo anno dell'Assemblea costituente*, vol.III, Firenze, Vallecchi, 1969, p.35 e ss.

⁸ Sulle quali v. V. STRINATI, *Alcuni temi della politica industriale del dopoguerra negli Atti del Ministero per la Costituente*, in *Il Ministero per la Costituente*, Firenze, La Nuova Italia, 1995.

intaccata delle distruzioni della guerra appena conclusa⁹. Come è del resto noto, il primo significativo atto di liberalizzazione dei movimenti dei capitali fu adottato - con decreto luogotenenziale n. 139 del 26 marzo 1946 - su spinta decisiva degli industriali tessili, nonostante l'opposizione di Guido Carli, allora direttore dell'Ufficio italiano cambi, che ne temeva gli effetti destabilizzanti per una economia da troppo tempo rinserrata e chiusa. Questi effetti non mancarono peraltro di prodursi, alimentando l'inflazione galoppante fermata solo a settembre del 1947 con lo stretta creditizia decisa da Luigi Einaudi, dal giugno di quell'anno Ministro del bilancio e Vice Presidente del Consiglio, il quale finì quindi per smentire, ricorrendo a uno strumento come il controllo del credito, la politica liberista dell'immediato dopoguerra di cui pure era stato - da governatore della Banca d'Italia - massimo promotore¹⁰.

Non vogliamo entrare nella polemica che da subito si levò sul valore e l'opportunità di quelle scelte dei primi due anni del dopoguerra, per taluni trionfo di una visione radicalmente liberista¹¹, frutto, secondo altri, di teorie economiche sorpassate già da una generazione¹² che finirono per alimentare proprio l'inflazione, quel "mostro" terribile contro il quale lo stesso Einaudi predicava. Certo è che esse incardinarono stabilmente lo sviluppo dell'industria italiana orientandolo verso l'esportazione e soprattutto - per quel che qui interessa - furono adottate con il sostanziale consenso di tutte le principali forze politiche e comunque senza dover fronteggiare solide resistenze.

Eppure, non era nel senso di un liberismo radicale l'atteggiamento allora prevalente delle classi dirigenti dei paesi sviluppati ancora segnate dalla crisi degli anni trenta. Una crisi le cui radici venivano generalmente individuate proprio negli eccessi della globalizzazione degli anni precedenti e nella vorticoso circolazione di capitali speculativi¹³. A fronte di così drammatici fallimenti del mercato, era diffusa la convinzione della necessità di interventi correttivi dello Stato in economia.

L'interventismo e l'economia regolata potevano quindi ben essere definiti come lo *Zeitgeist* prevalente nei paesi sviluppati¹⁴, stavano alla base delle idee dei corporativisti cattolici (che tanta parte ebbero nella formazione del nucleo dirigente della nascente Democrazia cristiana), del successo del pensiero di Rathenau¹⁵, e danno ragione dello sviluppo del pensiero socialdemocratico

⁹ Cfr. in proposito P. SARACENO, *Intervista sulla ricostruzione 1943-53*, Roma-Bari, Laterza, 1977, p. 15 e ss..

¹⁰ Sulla vicenda v. sempre P. SARACENO, op.cit., p.75 e ss.

¹¹ P. SARACENO, op.cit., p.17 e ss. Secondo questo autore nel permettere la riattivazione del sistema produttivo esistente, essenzialmente localizzato nel Centro-Nord, non ci si preoccupò del fatto che le scelte che si stavano compiendo avrebbero aumentato il divario Nord-Sud.

¹² M. DE CECCO, *La politica economica durante la ricostruzione in Italia 1943-1950, La ricostruzione* (a cura di S. J. WOOLF), Roma-Bari, Laterza 1974, pag. 291.

¹³ Così M. DE CECCO, *Economia e Costituzione*, in *La Costituzione italiana* (Atti del convegno organizzato dalla Fondazione Istituto Gramsci il 20 e 21 febbraio 1998), Roma, Res cogitans, 1998 pag. 33 e ss.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cfr. P. SARACENO, op.cit., p.59.

e, sullo sfondo, del fascino del modello sovietico con il quale anche convinti liberali ritenevano comunque necessario confrontarsi¹⁶.

Lo stesso Einaudi, del resto, fu fermissimo, ad esempio, nella difesa della legge bancaria del 1936 - frutto maturo del dirigismo di quegli anni - che assoggettava a una rigida disciplina pubblicistica l'attività creditizia (regolandola sotto la forma di un vero e proprio "ordinamento sezionale") il cui rilievo, nel sistema economico italiano, veniva reso vieppiù centrale dalla tradizionale povertà e arretratezza dei mercati finanziari. Una disciplina che ebbe il più sicuro dei sigilli nella lettera e, per lungo tempo, nella costante interpretazione del primo comma dell'articolo 47 della Costituzione, per il quale la Repubblica "disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito": una sequela di verbi quasi "minacciosa", senza alcun limite né strumentale (ad esempio la riserva di legge) né materiale o contenutistico alla discrezionalità dei pubblici poteri.

Nel segno di questa complessità dell'atteggiamento verso gli strumenti pubblici di intervento nell'economia è anche il dibattito che si sviluppò, sempre nell'immediato dopoguerra, sul futuro dell'IRI. Nato nel 1933, per procedere al salvataggio dopo la crisi del '29 delle principali banche italiane e delle molte imprese industriali da queste controllate secondo il sistema tedesco della banca mista¹⁷, nel giro di pochi anni l'IRI si era trovato a gestire una serie di rilevanti partecipazioni azionarie di società con diversificate attività economiche conseguendo così, in molti casi, una posizione dominante sui rispettivi mercati. Finita la guerra, comprensibilmente si levarono voci autorevoli contro la sopravvivenza di questo istituto, considerato tipico prodotto del dirigismo fascista. Alberto Frassati - amministratore delegato dell'Italgas (società allora privata) - interpellato al riguardo dalla Commissione Demaria con nettezza propugnò questa tesi, affermando che "l'IRI rappresenta la più grande immoralità che ci sia (...) rappresenta un elemento di squilibrio fra tutte le industrie. Se per esempio io ho una modesta fabbrica di tubi - proseguiva Frassati - come faccio a vivere quando l'IRI ha tutte le agevolazioni e fabbrica tubi come me? Qualunque passività si dovesse verificare l'IRI se ne infischia perché lo Stato copre tutto. E' impossibile che prosperi un'industria dove c'è un nucleo che non è un'industria, ma che è lo Stato".¹⁸

Simili posizioni furono però subito considerate mere petizioni di principio. Lo stesso presidente degli industriali italiani, Angelo Costa, audito sempre dalla Commissione Demaria, riconobbe il ruolo dell'IRI e la impossibilità, nella congiuntura post-bellica, di procedere ad una privatizzazione delle aziende da esso controllate: "noi oggi non possiamo immaginare un'industria

¹⁶ In proposito v., ad esempio, le considerazioni di S. Trentin riportate da L. CANFORA, *Togliatti e i dilemmi della politica*, Roma-Bari, Laterza, p. 40 e ss.

¹⁷ Sulla nascita dell'IRI v., tra gli altri, M. COMEI, *La regolazione indiretta. Fascismo e interventismo economico alla fine degli anni venti*, Napoli, ESI, 1998 e L. AVAGLIANO, *"La mano visibile" in Italia*, Roma, Studium, 1991.

¹⁸ Ministero per la Costituente, *Rapporto della Commissione economica*, Sottocommissione per l'industria, *Interrogatori*, 4 aprile 1946, p. 339, cfr. in proposito le considerazioni di V. STRINATI, cit. pag. 146 e s.

privata che sia in grado di prendere, per esempio, un Ansaldo. Piuttosto il problema IRI dovrebbe essere impostato e discusso in questo senso: alleggerirlo di tutto quanto non rientra nella funzione specifica di quell'organismo. Vediamo l'IRI fare l'albergatore, il che è assurdo"¹⁹. Egualmente Leopoldo Piccardi - che era stato commissario straordinario dell'IRI - negava la possibilità di procedere ad una "politica liberista di riprivatizzazione(...). Per certi complessi industriali, come l'Ansaldo, sarebbe difficile anche in condizioni di mercato risanato: questi settori non potrebbero essere affidati alla iniziativa privata, perché quando si arriva ad una certa dimensione aziendale si ha quasi un'incapacità del capitale privato ad assumere certe responsabilità"²⁰.

Ecco il punto. La debolezza storica del capitalismo privato italiano rendeva necessario un ruolo di supplenza della mano pubblica attraverso l'opera di enti pubblici come l'IRI ritenuti strumenti indispensabili per mobilitare il risparmio e perseguire politiche di sviluppo del sistema economico ed in particolare del Mezzogiorno.²¹

Occorre tuttavia notare che le conclusioni della Commissione Demaria, rimesse all'Assemblea costituente nel 1947, erano improntate a questo ultimo riguardo ad una grande cautela²². Ogni espansione dell'IRI sembrava non solo non auspicabile, ma nemmeno praticabile viste le gravi difficoltà finanziarie in cui si dibatteva l'Istituto. Si riconosceva il radicamento dell'impresa pubblica nel tessuto produttivo del paese, ma si sottolineavano, al contempo, i rischi di un improprio interventismo che avrebbe potuto gravare sui conti pubblici²³.

Infine, ogni ipotesi anche limitata di programmazione venne rifiutata e nettamente respinta dai responsabili della politica economica di allora con il sostanziale consenso - si badi - delle organizzazioni politiche e sindacali della sinistra. La parità di bilancio era un mito immobilizzante, l'inflazione una psicosi, e una virtù "antifascista" animava la diffidenza verso ogni forma di controllo sull'economia²⁴. Per Togliatti il "controllo di cui si può parlare oggi non è altro che il controllo che viene introdotto in tutte le società bene ordinate quando ci si trova di fronte a

¹⁹Ministero per la Costituente, *Rapporto della Commissione economica*, Sottocommissione per l'industria, *Interrogatori*, 17 marzo 1946, p. 89.

²⁰ Ministero per la Costituente, *Rapporto della Commissione economica*, Sottocommissione per l'industria, *Interrogatori*, 6 marzo 1946, p. 29.

²¹ Così F.BARCA, in *"Compromesso senza riforme nel capitalismo italiano"* in *Storia del Capitalismo italiano*, a cura di F.BARCA, Roma, Donzelli, 1997, p. 23 e s. che parla, a questo proposito, di "opzione nittiana".

²² V. Ministero per la Costituente, *Rapporto della Commissione economica*, Relazione della Sottocommissione per l'industria, vol. II, Roma, 1947, p.193 e ss.

²³ La priorità politica dello sviluppo accelerato delle regioni meridionali è da considerare la ragione essenziale della strutturazione in "sistema" delle partecipazioni statali alla fine degli anni cinquanta (v. in proposito F. BARCA e S.TRENTO, *La parabola delle partecipazioni statali*, in *Storia cit.*, p.214 e ss.) e forse anche dell'abbandono, negli stessi anni, delle iniziative legislative di riforma per lo sviluppo dei mercati - dall'*antitrust* alla riforma del diritto societario - a favore della contemporanea intrapresa dei tentativi di programmazione e della realizzazione della nazionalizzazione dell'energia elettrica.

²⁴ Così V.FOA, *La ristrutturazione capitalistica e la politica delle sinistre*, in AAVV, *Italia 1945-48*, Torino, Giappichelli, 1974, p. 106.

situazioni di emergenza, nelle quali, se lo Stato non interviene per limitare la libertà assoluta della speculazione, si creano nuovi squilibri e si va verso la catastrofe²⁵.

L'obiettivo comune appariva allora quello di riattivare i meccanismi produttivi, per riprendere, a qualsiasi costo, l'attività economica. Conseguentemente il sindacato accettò bassi salari e alti livelli di disoccupazione, accedendo all'idea, allora prevalente, che bisognasse risparmiare sacrificando i consumi. Così ancora nel 1949 la CGIL, nella prima proposta del "Piano del lavoro", arrivò ad affermare la disponibilità degli operai a sacrifici salariali per finanziare le opere pubbliche²⁶.

Quanto questa esperienza, nonché il comune sentire animato dalle incessanti e rigorose predicazioni di Einaudi e degli altri liberisti italiani, fossero lontani dalla esperienza degli altri paesi europei fu dimostrato dallo stupore che accolse, nel 1949, la pubblicazione del secondo *Country Study* per l'Italia dell'amministrazione del Piano Marshall. In questo studio Paul Hoffman, capo degli esperti incaricati dell'amministrazione degli aiuti ERP, sulla scorta delle esperienze contemporanee di programmazione condotte in Francia e in Gran Bretagna, criticò apertamente la politica restrizionistica delle spese e del credito ed anche l'abolizione dei controlli sulle esportazioni, e proponeva una ricetta "keynesiana" ricordando che si può affrontare una spesa in disavanzo per sostenere la domanda.²⁷

In questo complesso contesto, dominato da un clima liberista, ove vengono mantenuti e ritenuti indispensabili strumenti penetranti di intervento pubblico in economia, e dove tuttavia si rifiuta ogni programmazione, senza contemplare alcuna forma di regolazione liberale dei mercati²⁸, si aprono e si sviluppano i lavori dell'Assemblea costituente.

3. Il dibattito, sin dall'inizio, si mosse entro argini precisi²⁹.

Il modello sovietico fu infatti subito accantonato, e con nettezza, proprio dal *leader* del PCI Togliatti in uno dei primi interventi nella I Sottocommissione che si occupava dei diritti e dei doveri economico-sociali³⁰: "Si sta scrivendo una Costituzione che non è una Costituzione socialista, ma è la Costituzione corrispondente ad un periodo transitorio di lotta per un regime economico di

²⁵ Dalla relazione al Convegno economico del Pci dell'agosto 1945, cit. in V.FOA, op.cit.p.106.

²⁶ Op.ult.cit. p.111.

²⁷ così V.FOA, op.cit., p.111 che ricorda che questo studio fu pubblicato nel 1949 dalla rivista dei consigli di gestione "La realtà economica" con un'introduzione, non firmata, di Claudio Napoleoni. Cfr. in proposito anche P.SARACENO, op.cit., p.65.

²⁸ cfr. La ricostruzione di F. BARCA, op.cit,p.12 e s., che parla di un "compromesso straordinario"; G. AMATO, op. cit., p.16 parla invece di "protezionismo liberale".

²⁹ Per una complessiva ricostruzione del dibattito v. S.BERETTA, *La "Costituzione economica": genesi e principi*, in *Il Politico*, 1988, p.379 e ss.

³⁰ F.SULLO in *Il dibattito politico sulla programmazione economica in Italia dal 1945 al 1960*, in *Economia e società*, 1960, p. 398 ricorda "l'aperta rinuncia dei comunisti ad ogni massimalismo". Segnala la prudenza dei comunisti e di Togliatti in particolare anche G.AMATO, *Il mercato e la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 8 ss.

coesistenza di differenti forze economiche che tendono a soverchiarsi le une con le altre. In questo periodo è evidente che la lotta che si conduce non è diretta contro la libera iniziativa e la proprietà privata dei mezzi di produzione in generale, ma contro quelle particolari forme di proprietà privata che sopprimono l'iniziativa di vasti strati di produttori e, particolarmente, contro le forme di proprietà privata monopolistiche, specie nel campo dei servizi pubblici³¹.

La "liquidazione del sistema capitalistico", nonostante il clima per tanti versi "rivoluzionario" che seguì alla caduta del fascismo, fu chiesta solo dalla voce isolata di un cristiano sociale, l'on. Bruni, che non riusciva a spiegarsi – intervenendo in Assemblea Costituente il 6 maggio 1947 - come su quell'obiettivo non si fossero ritrovati comunisti, socialisti e democristiani, maggioranza schiacciante dell'Assemblea e "rappresentanti dichiarati delle masse lavoratrici"³².

Proprio questo intervento ci illumina sui passi e sulle consapevoli scelte dei costituenti, molti dei quali cresciuti in una temperie culturale assai critica verso l'economia capitalista (alimentata come si è accennato, oltre che dall'esperienza sovietica e dal suo fascino, dall'efficienza dell'economia di guerra tedesca, dalla cultura del corporativismo, ma anche dalla dottrina sociale della Chiesa) e tuttavia capaci, al momento delle scelte, di creare un quadro normativo, in fondo, moderno.

Certo, tanti aspetti del dibattito hanno oggi per il lettore un sapore antico: le lunghe discussioni sul latifondo, gli assetti da dare alla proprietà agraria. Antiche per molti versi sono anche le disposizioni che da questi dibattiti sono uscite; si pensi in particolare all'articolo 44 ed anche ai successivi articoli 45 e 46.

Eppure anche tra le pieghe di quella parte, generalmente considerata antiquata, della costituzione economica possiamo trovare saldi ancoraggi a discipline più che attuali. Si pensi alle norme sulla cooperazione, all'articolo 45 della Costituzione. Con lucidità l'on. Dominedò, già nella sua relazione alla III sottocommissione, individuava - richiamando il modello del *trust* - in questo particolare tipo di imprese lo strumento di un "sano decentramento economico, da armonizzare con un'organica concezione del decentramento amministrativo", utilizzando in fondo gli argomenti che sostengono oggi lo sviluppo del cosiddetto "terzo settore", la cui disciplina potrebbe dunque, proprio nelle norme costituzionali sulla cooperazione, trovare un sicuro aggancio che giustifichi, ad esempio, ordinamenti derogatori della disciplina civilistica e fiscale delle imprese³³.

³¹Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, seduta del 16 ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1971, vol. VI, p. 554.

³²Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 6 maggio 1947, in *La Costituzione cit.* vol II p. 1456.

³³Assemblea Costituente, Atti della Commissione per la Costituzione, *Relazione e proposte*, p.115.

4. Nella definizione della disciplina dei rapporti economici, come si è accennato, l'attenzione dei costituenti si volse in prevalenza verso temi che toccavano la "carne viva" delle relazioni politiche e sociali di allora, quali la proprietà agraria³⁴ e soprattutto i diritti dei lavoratori e le forme della loro rappresentanza. Su questi temi si accese il confronto, che fu invece molto pacato al momento della stesura delle norme sulla iniziativa economica dei privati, sui suoi limiti e sul ruolo dello Stato, come dimostra il numero affatto esiguo di emendamenti presentati ai testi via via elaborati dai relatori in sottocommissione e poi nel corso del dibattito in Assemblea.

Il cammino inizia nel segno di un marcato controllo pubblico sull'economia. Nella relazione che apre i lavori della III Sottocommissione, incaricata di definire un testo degli articoli sull'attività di impresa, il comunista Pesenti propone la nazionalizzazione di ogni impresa "che, per la sua dimensione o la sua posizione monopolistica, assume un interesse rilevante nella vita economica nazionale"³⁵. La linea è subito corretta dall'altro relatore, il democristiano Dominedò, che vede nella nazionalizzazione l'eccezione alla regola della libertà d'iniziativa dei privati, un'*extrema ratio* da circondare con precise garanzie. La prima è quella che "ogni devoluzione di attività sottratta alla discrezionalità del potere esecutivo deve essere accompagnata dalle garanzie della legge", deve poi trattarsi di imprese che si riferiscano ai servizi pubblici essenziali, a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano comunque carattere di preminente interesse nazionale³⁶.

E' questa la soluzione che prevalse, venendo da subito fissata nei testi, nell'articolato sui quali si sviluppò il successivo dibattito³⁷. Il bersaglio di tutti gli interventi in Sottocommissione – ma poi anche nel *plenum* dell'Assemblea – sono comunque i monopoli.

³⁴ S.RODOTA', *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, art. 42, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982, p.85 e ss. Osserva che mentre all'inizio dei lavori della Costituente la proprietà agraria non era ritenuta un tema centrale, lo divenne nel 1947, man mano che si affievolivano "la spinta tutta politica della Resistenza" e, parallelamente, "la rilevanza del tema della proprietà industriale".

³⁵ Assemblea Costituente, Atti della Commissione per la Costituzione, *Relazione e proposte*, p.115.

³⁶ Assemblea Costituente, Atti della Commissione per la Costituzione, *Relazione e proposte* p.114.

³⁷ Eppure la storia dei primi decenni della Repubblica sembra tutta orientata nella direzione indicata da Pesenti. Salvo pochi settori, gran parte delle imprese di grande dimensione si sono ritrovate, negli anni, di fatto sotto il controllo pubblico, ordinate nel sistema delle "partecipazioni statali", sulla base di scelte dei Governi, attraverso la comoda via dell'acquisto di pacchetti azionari, nonostante i precetti della Costituzione, seguiti invece per la nazionalizzazione dell'energia elettrica. In questo caso, proprio grazie alle garanzie costituzionali che impongono il ricorso alla legge, si poté sviluppare un dibattito politico e parlamentare assai impegnato, comunque si valuti la soluzione cui si pervenne. Questa nemesi trova una puntuale conferma nei lavori della III Sottocommissione (seduta del 1° ottobre del 1946, in *La Costituzione cit.*, vol. VIII, p. 2193 e s). Per respingere la tesi di Pesenti, che "prevede l'intervento dello Stato tutte le volte che un'impresa assuma carattere nazionale", viene citato l'esempio della Montecatini. Non è un'impresa monopolistica: "non c'è dubbio che abbia carattere nazionale; ma se questa grande impresa non danneggia la collettività, anzi con la sua attività e col perfezionamento della sua industria si risolve in bene nazionale, perché bisognerebbe nazionalizzarla?", chiede un parlamentare moderato (l'on. Marinaro), che viene subito rassicurato dal relatore Dominedò (per il quale si potranno nazionalizzare solo le imprese che si riferiscono ai servizi pubblici essenziali o costituenti "intollerabili monopoli privati") ed anche dal comunista Assennato,

Riacciandosi alle antiche polemiche degli economisti liberali e riprendendo le risultanze di lavori della Commissione Demaria³⁸, l'impresa monopolistica è oggetto di critiche sferzanti. Essa è considerata non solo una distorsione che incide negativamente sui livelli di produzione, ma anche un pericolo politico, "uno Stato nello Stato".³⁹

Quale la ricetta proposta? La nazionalizzazione, secondo la soluzione avanzata dal democristiano Dominedò. L'on. Marinaro propose - ma senza molta convinzione - una formulazione che attribuisse allo Stato il compito di "impedire la formazione di privilegi e di monopoli", insistendo soprattutto per l'approvazione di una norma che circoscrivesse la possibilità di nazionalizzare le imprese alle sole ipotesi di "monopoli privati dannosi alla collettività".⁴⁰

Perché questo insistere sulle nazionalizzazioni, senza una riflessione sulla possibilità di introdurre normative *antitrust*⁴¹? Perché in quel senso era l'esperienza italiana, avviata - come ricordò nella sua relazione Dominedò⁴² - nel 1903 con la legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi e proseguita pochi anni dopo, nel 1907, con la nazionalizzazione delle ferrovie. Un'esperienza rivelatasi positiva e realizzata non a caso nell'età giolittiana, da molti ritenuta la fase più liberale della storia politica italiana.

Lo *Sherman Act* del 1890 viene citato in Assemblea dall'on. Malvestiti - nel suo intervento sindacalista democristiano - per evidenziarne l'inefficacia: questo "prodotto legislativo tipico dell'università" non ha impedito "che proprio l'America sia diventata la patria classica dei cartelli e dei *trust*".⁴³ Malvestiti ricorda quindi "la requisitoria di Pio XI contro le degenerazioni del capitalismo, contenuta nella enciclica *Quadragesimo anno*: la libera concorrenza si è da se stessa distrutta; alla libertà di mercato è subentrata l'egemonia economica; alla bramosia del lucro è seguita la sfrenata cupidigia del predominio e tutta l'economia è così divenuta orribilmente dura, inesorabile, crudele".

ma smentito dalla storia successiva che, nel caso della Montecatini, come è noto, nei fatti diede ragione a Pesenti.

³⁸ Cfr. F. CAFFE, op.cit., p. 41 e s.

³⁹ Così si esprimeva il relatore Dominedò nella seduta pomeridiana del 1° ottobre della III Sottocommissione, in *La Costituzione* cit., vol. VIII, p. 2193, riprendendo le considerazioni svolte da G. GONELLA nel *Programma della Democrazia cristiana per la nuova Costituente*, Roma, SELI, 1946, pp. 52 e 86.

⁴⁰ Proposta formalizzata nel corso dei lavori della III sottocommissione, ma respinta sempre nella seduta pomeridiana del 1° ottobre, cfr. *La Costituzione* cit., vol. VIII, p. 2194.

⁴¹ G. AMATO, *Il mercato* cit. p. 12 Rileva che nei lavori della Costituente "il monopolio non è visto come un male in sé, ma come un male solo in quanto privato, giacché, ove esso vi sia, l'unico rimedio che la Costituzione prevede è quello di renderlo pubblico".

⁴² Assemblea Costituente, Atti della Commissione per la Costituzione, *Relazione e proposte*, p. 114.

⁴³ Un simile scetticismo nei confronti della legislazione antimonopolistica statunitense era emerso anche nei lavori della Commissione Demaria, cfr sul punto V. STRINATI, op.cit., p. 140.

Ma questi accenti severi contro l'economia capitalistica restano, tutto sommato, abbastanza isolati nel dibattito⁴⁴ e lo stesso Malvestiti, nel suo intervento pur così intriso di solidarismo, si mostra comunque convinto, con una finale giravolta, delle virtù della concorrenza, che gli appare, in fondo, "il modo meno imperfetto di scegliere gli uomini"⁴⁵.

I costituenti liberali non mancarono di segnalare la insufficienza della soluzione proposta per combattere l'idra dei monopoli. Non basta – secondo l'onorevole Cortese – "intervenire per reprimere, bisogna prevenire, impedire che si formino le situazioni monopolistiche. Come? Attraverso una legislazione che sopprima i privilegi e ogni forma di protezionismo e regoli i mercati". La soluzione normativa avanzata appare assai moderna; si propone di integrare il testo dell'attuale articolo 41 (si badi, integrare non sostituire) con una disposizione che precisi che "la legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore"⁴⁶.

Regolazione dell'economia e tutela del consumatore si configurano oggi come principi fondamentali della costituzione economica europea. Ma i testi costituzionali dei paesi dell'Unione si limitano tuttora a dettare scarse regole sul diritto di proprietà – sul modello delle carte ottocentesche – ovvero a disciplinare la pianificazione e le nazionalizzazioni (ai "piani" dedica un intero titolo la Costituzione portoghese e l'articolo 15 della Legge fondamentale tedesca nonché l'articolo 131 della Costituzione spagnola recano previsioni molto più generiche e potenzialmente espansive di quelle contenute nell'articolo 43 della nostra Costituzione, al confronto, pieno di paletti e garanzie)⁴⁷. Del resto, la storia delle economie europee dell'immediato dopoguerra è una storia di piani (dal Piano Marshall in poi), caratterizzata comunque da un interventismo accentuato. Come si è detto, la politica di "ortodossia liberale" ispirata da Einaudi e seguita dai primi governi De Gasperi nel corso della Costituente, anche prima della rottura con i socialcomunisti, non trovava pari negli altri paesi europei: non in Francia, non in Inghilterra, né tantomeno nella distrutta Germania. E tali paesi, culla della nuova costituzione economica europea (dal Trattato di Roma a quello di Maastricht), non hanno né sembrano sentire il bisogno di aggiornare le disposizioni della loro Carte costituzionali in questa materia, ritenendo al riguardo sufficienti le norme che garantiscono la piena partecipazione al processo di integrazione comunitaria⁴⁸.

⁴⁴ Attribuisce invece all'intervento di Malvestiti un valore emblematico della posizione democristiana, L. CASSETTI, *La Cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 109 e s. secondo la quale questo discorso evidenzia una "opposizione ideologica al mercato".

⁴⁵ Assemblea Costituente, 3 maggio 1947, in *La Costituzione* cit., vol. II, p. 1371.

⁴⁶ In *La Costituzione* cit., vol. II, p. 1377.

⁴⁷ Per una rassegna delle disposizioni costituzionali in materia dei paesi dell'Unione europea v. *Per una nuova costituzione economica*, cit., p.109 s.; per una loro comparazione cfr., invece, *Costituzione economica e libertà di concorrenza: modelli europei a confronto*, a cura di L.MEZZETTI, Torino, Giappichelli, 1994.

⁴⁸ A queste conclusioni, dopo aver passato in rassegna le discipline costituzionali in materia di una serie di paesi europei e degli Stati Uniti, pervengono S.RODOTA' e M. LUCIANI nell'audizione presso la Commissione Affari

Luigi Einaudi non raccolse la proposta del collega Cortese, ma cristallizzò le sue critiche alle degenerazioni monopolistiche dell'economia italiana in una formulazione – anch'essa proposta come emendamento integrativo dell'attuale articolo 41 – per la quale la “lotta ai monopoli” doveva divenire un espresso principio costituzionale: “La legge non è strumento di formazione di monopoli economici; ed ove questi esistono li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta”⁴⁹. Secondo Einaudi, il monopolio era “il male più profondo della società presente”, un vero e proprio “furto” di cui lo Stato non deve farsi “complice” assumendo “esso quei monopoli con cui i privati riescono a fare il danno della collettività. E' come se dinanzi al ladrone pubblico che svaligia i viandanti, noi si dicesse al carabiniere: tu non arresterai il ladrone, ma anzi ti convertirai in ladrone a tua volta, spoglierai coloro che camminano per le strade”⁵⁰. In ciò consiste, per Einaudi, la *ricetta* della nazionalizzazione dei monopoli.

Tuttavia anche Einaudi, nel caso di “monopoli esistenti”, non eliminabili dal legislatore, riconobbe che lo Stato deve intervenire sottoponendo queste imprese ad un controllo pubblico: non necessariamente per la via della amministrazione diretta, ma anche attraverso quella che Einaudi chiamò “amministrazione delegata” (il modello è quello della azienda speciale e della società a partecipazione statale)⁵¹.

Inutile dire che, per la sua autorevolezza, l'intervento di Einaudi soppiantò quello del collega di partito Cortese, che ritirò il suo emendamento aderendo a quello presentato da Einaudi. Non è dato sapere che fine avrebbe fatto l'emendamento di Cortese; quel che si può dire è che affrontava in modo moderno il problema, mettendo al centro della tutela costituzionale il consumatore i cui interessi vanno garantiti dal legislatore nella regolazione dell'attività economica. L'emendamento Einaudi invece, sulla scia della tradizionale battaglia contro i monopoli, intendeva dare un compito essenzialmente “negativo” al legislatore – eliminare i monopoli – anziché quello “positivo” di tutelare il consumatore, attraverso la posizione di regole al libero dispiegarsi delle forze di mercato.

L'impostazione di Einaudi fu criticata da Ruini – presidente della Commissione per la Costituzione – poiché presupponeva che la libera concorrenza fosse un modello da perseguire sempre, anche quando non si dà in natura, con interventi dello Stato i quali, seppure “a fine di libertà”, possono rivelarsi “macchinosi come gli interventi che spaventano i liberisti”.

costituzionali della Camera dei Deputati del 12 maggio 1999, nel corso dell'*Indagine conoscitiva sulle problematiche inerenti alla disciplina costituzionale dei rapporti economici di cui agli articoli 41,42e43 della Costituzione*. Secondo Luciani (p. 9 del resoconto stenografico) “la comparazione giuridica non ci dimostra una specifica arretratezza della nostra costituzione rispetto alle altre costituzioni”. In questo senso conclude il suo intervento anche G.GUARINO, nel corso della medesima Indagine conoscitiva nella seduta del 21 aprile (p.7 e ss. del resoconto stenografico).

⁴⁹ Assemblea Costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, in *La Costituzione* cit., vol. II, p. 1666 e ss.

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ In *La Costituzione* cit., vol. II, p.1668.

Quella di Einaudi, secondo Ruini⁵², è “una posizione legittima, ma non così semplice (...). Non sembra probabile che una legge dichiari apertamente che vuole introdurre un monopolio a favore di privati; e non è facile colpire se lo fa indirettamente”. Prevedere poi un pubblico controllo con un' "amministrazione delegata o diretta" per ogni situazione di monopolio può risolversi in un'azione “antiliberalista” fatta di “controlli di squisita essenza interventista con uffici, organi, burocrazie di vigilanza”⁵³. Il testo proposto (e successivamente approvato) degli articoli 41 e 43 “consente già armi sufficienti contro i monopoli”. Nella possibilità per la legge di determinare “controlli per indirizzare l'attività economica a fini sociali vi è – sempre secondo Ruini - la facoltà di impedire la formazione dei monopoli”. Nel caso poi siano già formati “si può sempre intervenire per nazionalizzarli”.

Pur essendone generalmente condiviso lo spirito (antimonopolistico) l'iniziativa di Einaudi, proprio per la sua formulazione, fu respinta dall'Assemblea, nella seduta del 13 maggio 1947⁵⁴.

Einaudi, consapevole delle condizioni storiche del nostro paese avrebbe voluto che con chiarezza si fissasse, per il legislatore della nuova repubblica, l'obbligo di non divenire “complice dei monopoli e dei monopolisti”; l'obbligo quindi di non creare monopoli, riformando le leggi quando le situazioni di monopolio fossero un prodotto delle leggi. Ruini riteneva, forse ingenuamente, non necessario *per tabulas* e programmaticamente ingaggiare una lotta contro i monopoli sin dal testo della Costituzione, ma credeva che questi interventi avrebbero potuto essere disposti con più efficacia, dal legislatore ordinario.

5. Subito prima dell'emendamento Einaudi l'Assemblea, nella stessa seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, aveva discusso della definitiva formulazione dell'articolo 41 ed in particolare dell'ultimo comma, disposizione che, con il suo riferimento ai “programmi” e ai “controlli” sull'attività economica, è oggi la più controversa – insieme al successivo articolo 43 sulle nazionalizzazioni – per coloro che ritengono necessario riformare la costituzione economica⁵⁵.

⁵² In *La Costituzione* cit., vol. II, p. 1669.

⁵³ E.ROSSI nella sua relazione al celebre convegno “La lotta contro i monopoli” organizzato dagli Amici del Mondo nel 1955 (in *La lotta contro i monopoli*, Bari, Laterza, 1955, p. 230) bolla queste considerazioni di Ruini come frutto di una “paradossale posizione di liberismo massimalista”.

⁵⁴ Non si può condividere la tesi di L. CASSETTI, op.cit., p. 108, secondo la quale l'emendamento Einaudi fu respinto con la motivazione che “la previsione di una norma siffatta appariva inutile in virtù dell'introduzione dell'articolo 43 della Costituzione con il quale si sarebbe potuto fare fronte alle situazioni di monopolio attraverso la forma estrema di intervento pubblico rappresentata dalle nazionalizzazioni”. Sia nell'intervento di Ruini che in quello che lo segue immediatamente di Dominedò la nazionalizzazione è considerata l'*extrema ratio*; la via ordinaria per combattere i monopoli sono “i controlli” previsti dal terzo comma dell'articolo 41, dunque l'intervento del legislatore. E' peraltro noto come da più parti oggi si neghi la possibilità di fondare la legislazione *antitrust* sull'articolo 41 secondo F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 15 e s. da ritenere “disapplicato” e sostituito “con un principio costituzionale opposto che sancisce un'economia di mercato in tutti i settori in cui risulta praticabile la concorrenza”.

⁵⁵ Sulla elaborazione del terzo ed ultimo comma dell'articolo 41 cfr. P.CRAVERI, *Sindacato ed istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, Il Mulino, 1977, p.125 e ss. Secondo questo autore senza l'approvazione di tale disposizione la

Anche questa volta la lettura degli Atti dell'Assemblea non manca di svelare sorprese: il riferimento ideale nella stesura definitiva di questo comma è niente meno che ... von Hayek!

Ma a questo punto occorre fare qualche passo indietro.

La questione della opportunità di introdurre una norma espressa sulla "pianificazione" era stata avanzata - seppure in modo sommesso - da Togliatti, come relatore alla I Sottocommissione, all'inizio dei lavori dell'Assemblea Costituente (3 ottobre 1946). Per chiarire il carattere non eversivo della sua proposta Togliatti fece, tra l'altro, quelle precisazioni che abbiamo visto all'inizio

.⁵⁶

La proposta fu quindi ripresa in Assemblea da Vittorio Foa, del Partito d'Azione, e poi dal comunista Montagnana che, nel corso della discussione su quello che diventerà l'articolo 4 della Costituzione, presentarono degli emendamenti nei quali, per garantire il diritto al lavoro riconosciuto dalla Repubblica a tutti i cittadini, si prevedeva che lo Stato intervenisse "per coordinare e dirigere l'attività produttiva secondo un piano che dia il rendimento massimo per la collettività"⁵⁷.

Su questa formulazione, nella seduta dell'Assemblea del 9 maggio 1947, si accese un confronto serrato. I liberali Einaudi e Corbino criticarono la proposta sia sotto il profilo teorico che sotto quello politico, individuando nell'emendamento Montagnana il grimaldello per affermare il principio di una "pianificazione generale" dell'economia. Su queste stesse critiche si ritrovarono i democristiani, ma anche i socialdemocratici ed i repubblicani; la proposta fu conseguentemente a larga maggioranza respinta⁵⁸.

La questione di introdurre un riferimento a "programmi" o "piani" si ripropose, come accennato, pochi giorni dopo il 13 maggio in occasione dell'esame dell'articolo 41 della Costituzione.

disciplina della materia sarebbe stata caratterizzata da "un'impostazione integralmente liberista" (p. 206). Per una completa ricostruzione del dibattito di quegli anni sulla programmazione economica v. *l'Introduzione* di P.BARUCCI al volume di P.SARACENO, *Ricostruzione e pianificazione (1943-48)*, Milano, Giuffrè, 1974.

⁵⁶ G. AMATO, *Il mercato* cit., p.9, ricorda che Togliatti fece circolare un emendamento che prefigurava la pianificazione globale senza mai presentarlo. In particolare Togliatti propose che fosse inserito in Costituzione l'obbligo di un piano che consentisse allo Stato di intervenire "per coordinare e dirigere l'attività produttiva dei singoli e di tutta la nazione" allo scopo essenziale di garantire l'effettività del diritto al lavoro. La proposta peraltro - allontanandosi dal massimalismo che si sarebbe potuto aspettare da sinistra - richiedeva il riconoscimento costituzionale della proprietà privata, mentre prevedeva solo la limitazione espressa della grande proprietà terriera. Questa impostazione non trovò chiusi i democristiani e in particolare Dossetti, cfr. in proposito S.RODOTA', *Commentario* cit., p.76 e ss.

⁵⁷ Come ricorda G. AMATO, op.ult.cit., p. 11, nel maggio 1947 la rottura tra le sinistre ed i partiti di centro fa superare le ragioni di prudenza che avevano indotto Togliatti a non presentare in I Sottocommissione l'emendamento sulla pianificazione.

⁵⁸ Sempre G. AMATO, op.ult.cit., p. 11, osserva che diversi furono gli accenti e le valutazioni. "Solo Einaudi critica l'emendamento perché è contrario alla logica economica del mercato". Da parte democristiana, secondo Amato, la replica è invece "soltanto politica: l'economia pianificata - dice Taviani - si presta a egemonie politiche e viola i diritti della persona".

Nella originaria formulazione, di quello che diverrà il terzo comma dell'articolo 41⁵⁹, non v'era alcun accenno a piani o programmi; il testo della disposizione così recitava "la legge determina le norme ed i controlli necessari perché le attività economiche possano essere armonizzate e coordinate a fini sociali"⁶⁰.

Il riferimento alla programmazione fu introdotto da un emendamento presentato dal socialdemocratico Arata, che propose una complessiva riformulazione della disposizione sulla quale l'Assemblea, a larghissima maggioranza, concordò. Non si trattava, secondo Arata, di "far rientrare dalla finestra quello che è stato cacciato dalla porta - la pianificazione integrale e centralizzata -, il che costituirebbe una sfida all'Assemblea", ma di sancire la "possibilità e la legittimità di determinati piani economici, a seconda delle esigenze economiche e sociali che possono prospettarsi e giustificare la formazione".⁶¹

Insomma - proseguiva Arata - non v'è l'intenzione di porre all'Assemblea l'alternativa "tra libertà economica e vincolismo esasperato di Stato", ma di "portare il tema sopra un piano di praticità, di realtà (...), di portare il dibattito in quella sfera concettuale nella quale lo stesso von Hayek, che da molti è rappresentato come il campione dell'antipianificazione, ammette delle forme di pianificazione parziale, là dove scrive testualmente: Una pianificazione parziale può essere razionale ove la si intenda come il prodotto di una permanente impalcatura giuridica architettata in modo da fornire all'iniziativa privata gli incentivi necessari per compiere gli adattamenti richiesti da ogni variazione della vita economica e sociale".⁶² E' chiaro quindi l'intento della proposta: dare

⁵⁹ Si trattava del secondo comma dell'articolo 37 del progetto elaborato dalla Commissione per la Costituzione riportato in *La Costituzione* cit., vol. II, p.1658.

⁶⁰ Nel corso dei lavori delle Sottocommissioni che elaborarono questa disposizione (la I e la II) nell'autunno del 1946 da più parti si diede alla nozione di "controllo" dell'attività economica un contenuto molto penetrante. La relativa disposizione fu comunque approvata all'unanimità dalla III Sottocommissione nella seduta del 16 ottobre. La successiva discussione in Assemblea del maggio 1947 sulla "pianificazione" mutò in modo significativo il contesto come risulta dall'interpretazione che Ruini diede del terzo comma dell'attuale articolo 41, replicando a Einaudi nella seduta del 13 maggio 1947, nonché dal dibattito oggetto di questo paragrafo. Una diversa lettura di questa discussione sembra dare, invece, P.CRAVERI, op.cit., p.126 e ss.

⁶¹ Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, in *La Costituzione* cit., vol. II, p. 1660 e ss.

⁶² In *La Costituzione* cit., vol. II, p. 1662. La citazione è tratta da *La pianificazione economica collettivistica*, Torino, 1946, p. 22, che raccoglie studi di A.F.von Hayek, N.G.Pierson, L. von Mises e G.Halm. La tesi fondamentale del libro, come scrive Costantino Bresciani Turrone nella prefazione p. XI e s., è che "in una società, dove i mezzi di produzione sono proprietà di una collettività un calcolo economico è impossibile; perciò una società siffatta non può organizzare in modo razionale la produzione". Nel paragrafo VII del saggio introduttivo intitolato "Pianificazione e socialismo" (p. 21 e ss.) Hayek osserva che "se per pianificazione s'intende la effettiva direzione della attività produttiva, per mezzo di prescrizioni autoritarie, tanto sulle quantità che devono essere prodotte e sui metodi di produzione da impiegare, che sui prezzi da fissare, può essere facilmente dimostrato, non che una tale cosa sia impossibile, ma che qualunque misura isolata di tal genere cagiona delle reazioni che frustrano il suo fine, e che qualsiasi tentativo di agire coerentemente rende necessarie misure sempre più estese di controllo, fino a che tutta l'attività economica viene a dipendere da un'unica autorità". Da questa considerazione Hayek fa discendere una critica serrata all' "interventismo statale in una società capitalistica", che va tuttavia distinto dagli interventi sulla "impalcatura giuridica". Infatti, "dire che la pianificazione parziale della specie di cui abbiamo alluso è irrazionale, non è equivalente a dire che l'unica forma di capitalismo che possa essere razionalmente difesa sia quella del completo *laissez faire*. Non c'è alcuna ragione per assumere che le istituzioni giuridiche date storicamente siano di necessità le più naturali in qualsiasi senso (...). La questione di quale sia la più appropriata impalcatura permanente che può assicurare il più facile ed il più efficace

ordine agli interventi dello Stato nelle attività economiche, interventi che non possono essere episodici e caotici, ma devono essere frutto di scelte razionali e coordinate tra loro⁶³.

La parola "piani" faceva così paura, come ironicamente osservato dall'on. Malagugini⁶⁴, che alla fine, dopo un intervento dell'on. Taviani (che avrebbe preferito comunque l'uso del termine "norma"), si convenne di utilizzare la parola "programmi"⁶⁵. Da questa discussione⁶⁶ emerge però con chiarezza che l'intento dell'ampia maggioranza che votò la vigente formulazione dell'ultimo comma dell'articolo 41 era essenzialmente quello di riconoscere allo Stato la possibilità di intervenire in economia con la garanzia che ciò avvenga in modo coordinato "non per semplice decisione o capriccio di autorità e di governo, ma soltanto per legge"⁶⁷. In proposito Ruini ricordò che "vi sono neolibertisti che, per introdurre e garantire la libera concorrenza, compromessa dal suo gioco spontaneo che produce deviazioni e monopoli propongono piani di intervento statale ... neoliberalista più macchinosi di altri piani"⁶⁸.

6. Nella seduta pomeridiana del 13 maggio 1947, che si apre con l'annuncio delle dimissioni del III Governo De Gasperi, l'ultimo con la partecipazione dei socialisti e dei comunisti, viene approvato dopo un brevissimo dibattito l'articolo 43 della Costituzione.

funzionamento della concorrenza, è della maggiore importanza; e si deve riconoscere che malauguratamente è stata finora trascurata dagli economisti". Secondo Hayek occorre quindi distinguere "tra una permanente impalcatura giuridica architettata in modo da fornire tutti gli incentivi necessari all'iniziativa privata per compiere gli adattamenti richiesti da ogni variazione, ed un sistema in cui tali adattamenti sono compiuti dall'autorità centrale (...). In un certo senso entrambi i sistemi possono essere rappresentati come il prodotto di una razionale pianificazione. Ma nell'un caso questa pianificazione riguarda solamente l'impalcatura costituzionale permanente, e se ne può fare a meno se si è disposti ad accettare le istituzioni cresciute in un lento processo storico; mentre nell'altro essa deve provvedere a far fronte a variazioni quotidiane di ogni sorta". Il ragionamento di Hayek, che ci sembra perfettamente compreso da Arata e Ruini, appare chiaro; vengono criticati gli interventi diretti dei pubblici poteri, quelli che incidono sulle "quantità", sui "metodi" e sui "prezzi", insomma tutto l'armamentario di cui gli stati occidentali si dotarono dopo la crisi del '29, non viene invece escluso, anzi auspicato, l'intervento del legislatore sulla "impalcatura giuridica" per assicurare "il più facile ed il più efficace funzionamento della concorrenza".

⁶³ L'obiettivo dell'emendamento era, secondo Arata (in *La Costituzione* cit., vol. II, p. 1662), prevedere una "disciplina di quegli interventi od interventismi di Stato che oggi campeggiano in tutti i paesi, tanto da far dire allo stesso von Hayek che il mondo è oggi un caos di interventismi"; citazione quest'ultima sempre tratta da *Pianificazione* cit., p.23.

⁶⁴ In *La Costituzione* cit., vol. II, p. 1666.

⁶⁵ La parola "programmi" fu preferita, come affermò Ruini, per "dissipare un'atmosfera di dubbi e di equivoci" (in *La Costituzione* cit., vol. II p. 1664).

⁶⁶ Secondo A.PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. II, p.1594, dopo la bocciatura dell'emendamento Montagnana, questa discussione e la conseguente riformulazione del secondo comma dell'articolo 37 del progetto (l'attuale articolo 41 terzo comma) chiarirono che la libertà d'iniziativa economica non può "essere surrettiziamente negata o contraddetta in sede di programmazione economica, mediante l'adozione di piani dal contenuto vincolante per i privati".

⁶⁷ Così Ruini, sempre nella seduta antimeridiana del 13 maggio 1947 in *La Costituzione* cit., vol. II, p. 1664. Sottolinea gli "effetti ultimamente garantistici" che i costituenti intesero attribuire al terzo comma dell'articolo 41 P. DE CARLI, op. cit., p.131 e ss. Una interpretazione radicalmente diversa della disposizione da invece, ad esempio, N. IRTI, op.cit., p.94 e s. che reputa legata al "passato il 3° comma dell'art. 41 nel suo configurare l'economia come una *totalità* indirizzabile e coordinabile a fini sociali. In essa non è difficile cogliere - sempre secondo Irti - l'eco delle pianificazioni sovietiche e della Carta del lavoro e del dibattito degli anni trenta intorno all'economia programmata".

⁶⁸ In *La Costituzione* cit., vol. II p. 1664. Sembra evidente in questo richiamo l'eco della polemica con Einaudi di cui si è parlato nel precedente paragrafo.

Il testo su cui si discusse è quello elaborato dalla III Sottocommissione nella seduta del 1° ottobre 1946, costruito sull'idea che unico rimedio alternativo ad una condizione costituita di monopolio sia la nazionalizzazione. Un'idea questa che percorreva, si badi, trasversalmente gli schieramenti: Luigi Einaudi aveva addirittura proposto, come si è visto, che nel caso di monopoli esistenti non si potesse fare altro che sottoporli a "pubblico controllo a mezzo di amministrazioni pubbliche delegate o dirette"⁶⁹.

L'Assemblea approvò il testo elaborato dalla Sottocommissione apportando solo due piccole ma significative modifiche, proposte entrambe dai relatori democristiani Dominedò e Taviani, nelle quali era il segno di rapporti oramai cambiati tra i vari partiti, rendendosi evidente il progressivo isolamento della estrema sinistra.⁷⁰

In primo luogo, la formula che funzionalizzava ad una più generale attività di "coordinamento delle attività economiche" la nazionalizzazione viene sostituita con quella, più generica, del riferimento "ai fini di utilità generale". In secondo luogo, si precisò che il legislatore "può riservare originariamente o trasferire..." e non invece "riserva originariamente e trasferisce...". Questa seconda modifica fu approvata – dopo prova e controprova, recitano i resoconti – senza alcuna vera discussione, con un chiaro intento politico (marcare lo spostamento verso il centro degli equilibri politici) e con conseguenze che l'interprete non può sottovalutare: la nazionalizzazione e la riserva originaria dell'attività, non sono le uniche soluzioni indicate dalla Costituzione al legislatore nel caso di servizi pubblici essenziali, fonti di energia ovvero di situazioni di monopolio. Non è indicata, ma è ovviamente aperta, in questa formulazione, la strada della regolazione. E questa, del resto, la logica conseguenza del dibattito che si era svolto nella seduta precedente sulla formulazione del terzo comma dell'articolo 41.

Di contro, solo nei casi indicati dall'articolo 43, il legislatore può nazionalizzare o riservare originariamente allo Stato o agli enti pubblici o a comunità di lavoratori e utenti determinate attività. Ma questo è, e dovrebbe esserlo anche nella pratica per il legislatore e per la giurisprudenza, un sicuro e insuperabile limite all'uso dell'istituto della concessione e delle forme più penetranti di regolazione dell'attività economica⁷¹.

7. Infine, qualche considerazione sull'articolo 47 che chiude il capo della Costituzione dedicato ai rapporti economici.

Il primo comma, quello sul quale più si è concentrata l'attenzione degli interpreti ("La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla

⁶⁹ Assemblea Costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio del 1947, in *La Costituente* cit., vol. II, p. 1667.

⁷⁰ Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 13 maggio del 1947, in *La Costituente* cit., vol. II, p. 1686 e s.

l'esercizio del credito"), nasce quasi per caso, proposto da un costituente "moderato" (l'on. Marinaro, appartenente al partito "dell'Uomo qualunque") nella seduta del 16 ottobre 1946 sempre della III Sottocommissione. L'intento dichiarato è di fare sì che il risparmio ed il credito divengano "armi in mani dello Stato le quali, se manovrate bene, potranno giovare in grande misura alla ripresa economica".

La formulazione proposta da Marinaro che diverrà, con qualche ritocco, il primo comma dell'articolo 47 fu approvata – recitano i resoconti della sottocommissione – all'unanimità, con qualche riserva del relatore Fanfani, che dichiarò di comprendere che l'attività di indirizzo e di controllo statale potesse essere rivolta alla politica di investimenti non invece che potesse avere ad oggetto il credito e il consumo (già vediamo qui le idee che connoteranno l'attività di Fanfani negli anni successivi e segneranno la vita economica del paese, a cavallo tra gli anni '50 e '60), e una precisazione del comunista Pesenti che riteneva utile far riferimento anche alla Borsa, la cui regolamentazione appariva anch'essa, come quella del credito, strumentale alla difesa del risparmio.

Quest'accenno ai mercati mobiliari, lasciato cadere nei lavori della sottocommissione, fu ripreso in Assemblea, il 16 maggio 1947, dal democristiano milanese Tommaso Zerbi cui si deve la formulazione del secondo comma dell'articolo 47 ("La Repubblica favorisce l'accesso del risparmio popolare, alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e all'indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese").

Quella seduta si svolse nel segno del "lamento di milioni e milioni di piccoli risparmiatori che negli ultimi trenta anni hanno visto il potere di acquisto della lira ridotto a un centoquarantesimo della lira del 1913 e ad un trentacinquesimo della lira che correva nella pausa tra le due guerre"⁷². L'intento era quello di integrare la formulazione che era stata approvata dalla sottocommissione (sulla tutela del risparmio e il governo del credito) con una prescrizione che desse una risposta a questo "lamento".

La maggior parte delle proposte avanzate dai costituenti moderati e liberali (Persico, Quintieri ed Einaudi), si proponeva, con formule di diverso tenore, di garantire giuridicamente il mantenimento del potere d'acquisto del risparmio monetario. Quintieri propose di prevedere che "la Repubblica tutela il valore della moneta nazionale", Einaudi invece che "è garantito il rispetto della clausola oro"; una clausola solo permissiva – si premurò di precisare lo stesso Einaudi – che non impone nulla allo Stato, ma che "permette ai creditori che vorranno, con il consenso dei debitori, di pattuire che i loro crediti siano alla scadenza rimborsati in una certa moneta aurea"⁷³. Un valore di

⁷¹ Cfr. in proposito le considerazioni di G.AMATO, nella *Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Roma, Poligrafico dello Stato, 1996, p.14 e ss.

⁷² Così inizia l'intervento dell'on. Zerbi che apre la seduta del 19 maggio 1947 durante la quale fu discusso ed approvato l'articolo 47 della Costituzione (in *La Costituente* cit., vol. II, p. 1750).

⁷³ In *La Costituente* cit., vol. II, p.1763.

riferimento che, pochi decenni dopo, la storia e l'impetuoso svolgersi dei fenomeni economici si occuparono di "banalizzare".

L'Assemblea respinse questa "irrealistica" pretesa di governare fenomeni economici con norme giuridiche⁷⁴ e accolse invece, con una votazione che fu ripetuta – recitano i resoconti – per il suo esito incerto, l'integrazione proposta da Zerbi.

L'intervento di questo professore di ragioneria generale della Università Cattolica di Milano, per illustrare l'emendamento che costituisce con qualche limatura il secondo comma dell'articolo 47 della Costituzione, mostra la perfetta comprensione di caratteristiche proprie delle economie avanzate, dei ritardi del sistema economico e finanziario italiano ed indica con chiarezza al legislatore la strada da perseguire. "Il solo mezzo che l'esperienza storica abbia dimostrato sufficientemente efficace per difendere (...) il contenuto economico del risparmio popolare - esordisce Zerbi - sta nello spalancargli anche le porte dell'investimento reale, nell'educarlo a tali investimenti e nel munirlo di strumenti economico-giuridici nuovi e di nuove forme associative, atte a redimere il risparmio popolare da quel complesso di inferiorità che finora lo ha fatto soccombente alle vicende della moneta"⁷⁵.

Quali sono questi investimenti verso cui indirizzare il risparmio popolare? La casa, la piccola proprietà contadina e - ecco la novità - l'investimento azionario "diretto e indiretto nei grandi complessi produttivi del Paese".

Qui il discorso di Zerbi si fa più puntuale. Si spiegano le ragioni che hanno indirizzato il risparmio popolare degli italiani "verso gli investimenti monetari": "la scarsa competenza del singolo risparmiatore a valutare serenamente i rischi tecnici ed economici connessi all'investimento azionario", ma "soprattutto la limitata dimensione dei singoli risparmi personali o familiari", che impedisce "all'operaio, all'artigiano, al pensionato, al modesto impiegato o al piccolo professionista, di assortire un pacchetto azionario costituito da impieghi opportunamente ripartiti tra i vari settori produttivi".

Quale la ricetta proposta da Zerbi? L'esperienza anglosassone dell'*investment trust*, il fondo comune di investimento, diremmo noi con una terminologia divenuta, solo da pochi anni, familiare all'opinione pubblica .

"All'incirca un secolo fa, in seguito a vicende che potremmo definire semplici ventate a paragone della catastrofica bufera che ha squassato in Italia, gli investimenti monetari a reddito fisso – dice Zerbi (è l'ottobre del 1947) – il piccolo e medio risparmiatore inglese, congegnarono la

⁷⁴ Così F. MERUSI, *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, art. 47, Bologna-Roma, Zanichelli, 1980, p. 155, che ricorda che Ruini, replicando a Quintieri, a Einaudi e agli altri che avevano presentato proposte nella stessa direzione, osservò che queste avrebbero potuto tradursi nelle seguenti inutili grida: "la Repubblica, impedisce, proibisce e severamente punisce la svalutazione della moneta" (in *La Costituente* cit., vol. II, p. 1767).

⁷⁵ In *La Costituente* cit., vol. II, p.1751.

propria difesa nel cosiddetto *investment trust* organismo di concentrazione del risparmio, capace di attuare accorti assortimenti di investimenti e di rischi azionari ed obbligazionari, pronto a mutare tempestivamente gli investimenti medesimi in rapporto alle variabili tendenze del mercato monetario e finanziario, all'intento di assicurare al risparmiatore stesso un *optimum* di sicurezza e di stabilità di contenuto economico insieme alla più alta remunerazione possibile".

"Io credo – conclude Zerbi – che l'*investment trust* possa essere utilmente diffuso anche nel nostro Paese"⁷⁶.

Questo è il senso della proposta che fu approvata dalla Costituente e inserita nella nostra legge fondamentale, che "impegna il futuro legislatore" – sono sempre parole di Zerbi, ma anche la evidente e piana lettura del secondo comma dell'articolo 47 – a favorire la realizzazione di simili strumenti per una "sostanziale e non appena nominale difesa del risparmio popolare".

Come molte norme finalistiche della nostra Costituzione, questo precetto è stato dimenticato per decenni – ma lo è forse anche oggi che viene inconsapevolmente attuato – dal legislatore e dai commentatori, anche i più acuti che hanno per lo più interpretato questa previsione come semplicemente riferita all'azionariato popolare⁷⁷.

Ma anche i costituenti più autorevoli trascurarono la portata della proposta di Zerbi. Einaudi ne apprezzò l'intento senza dedicargli alcuna riflessione, tutto preso dalla sua proposta ritenuta ben più "concreta" di garantire in Costituzione il rispetto della clausola oro. Ruini, invece, osservò che non si può limitare l'incoraggiamento dello Stato alle sole forme di investimento previste dall'articolo 47 secondo comma, "in questo momento – è appena finita la guerra e le casse dello Stato sono squassate – in cui abbiamo bisogno di chiedere anche ai piccoli risparmiatori il loro aiuto con prestiti ed operazioni di Tesoro"⁷⁸.

Al rilievo di Ruini Zerbi replicò (e l'Assemblea ne approvò la proposta che è, ripetiamo, il secondo comma dell'articolo 47 della Costituzione) con delle considerazioni attualissime. I piccoli risparmiatori – disse Zerbi – contribuiscono "largamente specie in via indiretta al finanziamento dello Stato: vi contribuiscono attraverso i contributi assicurativi obbligatori che vanno ad alimentare largamente la necessità dello Stato"; la disposizione proposta conseguentemente "contiene implicita l'esigenza di una migliore giustizia distribuita per tutte le classi di cittadini dell'onere di contribuire al finanziamento dello Stato". L'esigenza esplicita è invece quella di garantire a tutti, anche ai piccoli risparmiatori un facile accesso al mercato mobiliare⁷⁹.

⁷⁶ In *La Costituente* cit., vol. II, p.1752.

⁷⁷ Così F.MERUSI, op.ult.cit., p.186 e ss. Rileva invece che questa disposizione costituzionale richiede "una legislazione più moderna sulle borse" B.VISENTINI, in *I quarant'anni della Costituzione*, Milano, Scheiviller, 1989, p. 68 e s.

⁷⁸ In *La Costituente* cit., vol. II, p. 1765.

⁷⁹ In *La Costituente* cit., vol. II, p.1769.

8. I passaggi del dibattito alla Costituente che si sono richiamati sembrano fornire sicuri elementi per una lettura aggiornata del testo costituzionale, e mostrano come non così distante fosse la temperie che l'animava dalle fondamentali scelte che i governi guidati da Alcide De Gasperi andavano facendo in campo economico.

Di sicuro rilievo sembrano oggi le discussioni sulla formulazione del secondo comma dell'articolo 47, ed il confronto tra Ruini ed Einaudi può essere legittimamente letto "in positivo", per illuminare con una luce diversa il secondo e, soprattutto, il terzo comma dell'articolo 41 trovando in queste disposizioni il fondamento della normativa *antitrust*. Gli interventi di Ruini ed Arata sulla formulazione del terzo comma dell'articolo 41 evidenziano infine il contributo di un moderno e consapevole liberalismo (non ignaro del dibattito internazionale, come dimostrato dal richiamo a von Hayek) alla definizione delle regole fondamentali che disciplinano il ruolo dello Stato nel sistema economico.

Sembra quindi che si possa lavorare per costruire un ponte tra quel dibattito, ed i testi normativi che ne uscirono, ed il dibattito ed i testi della costituzione economica europea, a partire dalle chiare disposizioni del Trattato CEE riprendendo spunti lasciati cadere e valorizzando norme sostanzialmente inattuate, come quelle contenute nel secondo comma dell'articolo 47 della Costituzione.

Luigi Gianniti

Ignazio Musu, Dipartimento di Scienze Economiche, Università Ca' Foscari di Venezia

Gli aspetti economici della Costituzione italiana: è superato l'art. 41?

Gli aspetti economici della Costituzione in un contesto storico.

L'evoluzione storica contemporanea ha determinato una modificazione negli obiettivi delle Costituzioni. Per i padri del costituzionalismo liberale l'obiettivo principale della Costituzione doveva essere quello di provvedere garanzie per la libertà individuale di fronte all'eccesso del potere del sovrano (Hayek, 1986). Nel corso dei decenni successivi, e specialmente in Europa, le Costituzioni sono andate al di là di questa visione, e hanno allargato i propri obiettivi includendovi quello di un vero e proprio un disegno sociale, del quale si dichiaravano fondamento.

Questo è avvenuto specialmente nei casi in cui la Costituzione è emersa dopo un più o meno violento sconvolgimento politico e/o sociale. La stessa Costituzione italiana, che nasce alla fine di un conflitto disastroso e sulla base dell'esperienza della Resistenza, è il frutto di un faticoso lavoro di incontro e mediazione di ideologie diverse con l'ambizione di costruire un nuovo progetto civile.

Questo cambiamento negli obiettivi fondamentali della Costituzione ha posto due problemi. Il primo problema riguarda il rapporto tra il progetto civile e le libertà individuali. In quale misura gli obiettivi del progetto possono vincolare le libertà individuali? O, all'opposto, in quale misura la garanzia delle libertà individuali limita l'attuazione del progetto sociale?

Il secondo problema nasce dal fatto che ogni progetto civile è fortemente condizionato dal determinato momento storico in cui viene formulato. C'è in ogni Costituzione una tensione tra l'aspirazione ad essere durevole, perché ispirata a valori e principi fondamentali, e la necessità di confrontare il progetto del quale la Costituzione pretende di essere fondamento con le sfide della dinamica della storia.

Questa tensione a volte si risolve con un adeguamento esplicito della norma costituzionale; ma sempre può essere affrontata mediante un adeguamento

implicito che si basa sulle opportunità offerte dalla interpretazione del documento costituzionale formale, anche se questo rimane immutato.

Entrambi i problemi appena accennati si manifestano con particolare evidenza quando si discute degli aspetti economici di una Costituzione. Il primo problema si esprime nel rapporto tra libertà di mercato e intervento pubblico. La libertà di iniziativa economica è una delle manifestazioni essenziali della libertà della persona. Come deve porsi l'intervento pubblico nei confronti della libertà di iniziativa economica per non comprometterla di fatto? Più brutalmente: quanto dirigista o quanto liberista in economia deve essere una Costituzione?

Il secondo problema, quello relativo al possibile conflitto tra curabilità della Costituzione e cambiamento della storia, si pone con molta evidenza nel campo economico dove il condizionamento imposto dalla evoluzione storica è particolarmente forte. La dinamicità della storia viene infatti esaltata nella dinamicità intrinseca dell'economia. L'economia è per sua natura dinamica e mutevole, lo sono quindi le teorie per la sua interpretazione, i progetti per la sua organizzazione. La discussione su differenti modelli di organizzazione di un sistema economico può benissimo essere condotta al livello di teoria economica, ma ciò che in pratica determina dei veri e propri spostamenti di mentalità sono i fallimenti storici di un modello fino ad un certo punto accettato come dominante.

L'articolo della Costituzione italiana che, quasi in modo emblematico, costringe a riflettere su questi due problemi è l'art. 41: "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica, privata e pubblica, possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"

Come è noto, e come richiamerò in quanto segue, questo articolo, come del resto gli altri articoli del Titolo III della Costituzione, è formulato in un contesto storico, politico e culturale nel quale era dominante una visione fortemente interventista dello Stato in economia. La domanda che ci si pone spesso oggi in modo eccessivamente generale e generico: se che la Costituzione è obsoleta, può essere resa più specifica per quanto riguarda gli aspetti economici toccati nell'art. 41 chiedendosi se questo articolo è in grado di rispondere ai nuovi termini nei quali si pone il rapporto tra

intervento pubblico e mercato, e se quindi è in grado di accogliere in nuovi termini in cui si può oggi leggere il rapporto tra iniziativa economica privata e utilità sociale.

La concorrenza e il dibattito nell'Assemblea Costituente.

Uno degli aspetti per i quali molti ritengono oggi obsoleto l'art.41 è che in esso non si parla mai di tutela della concorrenza. E' vero che la tutela della concorrenza ha trovato posto nella Costituzione nell'art.117 in sede di riforma del Titolo V. Ma, come vedremo meglio più avanti, questo accenno resta staccato dal Titolo III ed in particolare dall'art.41.

E' vero dunque che nel testo della Costituzione approvato alla fine del 1947 la parola "concorrenza" non ricorre mai. Ma di concorrenza in realtà si discusse, ed in modo molto interessante ed istruttivo, nel dibattito all'Assemblea Costituente.

Certo, dalla maggioranza degli interventi in questo dibattito emerge una sostanziale sfiducia nella concorrenza. L'idea emergente dalla stragrande maggioranza degli interventi in sede di Assemblea Costituente è che la libera concorrenza sia un concetto astratto, predicato dagli economisti teorici, destinato a non trovare mai applicazione pratica. La maggioranza dei deputati intervenuti riflettono l'idea che nella realtà si svolge una lotta senza regole, che porta a squilibri di potere economico e alla formazione di monopoli.

Emblematico al riguardo è l'intervento pronunciato in aula dall'onorevole Piero Malvestiti, deputato della Democrazia Cristiana, nella seduta del 3 maggio 1947. Malvestiti accusa il capitalismo di "aver soltanto garantito la libera sopraffazione gabelata per libera concorrenza" (Atti dell'Assemblea Costituente, p.3502). Egli sostiene che il principio della concorrenza è pura astrazione; che gli Stati Uniti, nonostante il Sherman Anti-trust Act, sono in realtà diventati la patria dei cartelli e dei monopoli; chiama in sostegno delle proprie argomentazioni addirittura l'enciclica Quadragesimo Anno di Pio XI che condanna "quella sfrenata libertà di concorrenza che lascia sopravvivere solo i più forti, cioè spesso i più violenti della lotta e i meno curanti della coscienza".

Malvestiti, come molti deputati di parte democratica cristiana che condannavano il liberismo economico, non vuole però andare nella

direzione della pianificazione: vuole piuttosto “toglier di mezzo lo sfruttamento dell’uomo sull’uomo senza sostituirvi l’ancor più atroce sfruttamento dello Stato su l’uomo” (Atti dell’Assemblea Costituente, p.3508). Ma la sua proposta è imbarazzata e un po’ contraddittoria: da un lato alla fine ammette che “il sistema della concorrenza è ancora il meno imperfetto di scegliere gli uomini”, dall’altro lato si limita ad auspicare che la soluzione venga dal “deus ex machina” della partecipazione dei lavoratori alla gestione e agli utili dell’impresa.

La posizione della sinistra è più scontata, ma anche più chiara: denuncia delle degenerazioni monopolistiche, e richiesta di un deciso intervento diretto dello Stato con piani e anche con nazionalizzazioni. La preoccupazione degli intereventi dei deputati di sinistra è ovviamente quella di evitare l’accusa di “sovietizzazione” dell’economia. Dichiarò ad esempio il comunista onorevole Montagnana: “Noi vogliamo che ...l’iniziativa dei privati – purchè venga indirizzata nell’interesse della nazione – sia aiutata e sollecitata. Ma tra queste affermazioni è l’affermazione della necessità di un piano economico, non esiste contraddizione alcuna.” (Atti dell’Assemblea Costituente, p.3631).

L’unico intervento a favore della concorrenza in sede di discussione generale sul Titolo III è quello dell’onorevole Guido Cortese, di parte liberale. Cortese propone un emendamento a quello che era stato presentato in aula come art.39, e che poi diverrà art.41, con questa formulazione : “La legge regola l’esercizio dell’attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore”.

Nell’intervento con cui illustra l’emendamento l’on.Cortese specifica che il suo significato era di “vigilare ed intervenire, prevenire e reprimere, attraverso una legislazione antiprotezionistica e antimonopolistica, affinché la vita economica, fondata sull’iniziativa privata, si svolga nel rispetto della legge della concorrenza e dei principi che sono propri all’economia di mercato.”

“Noi diciamo - afferma Cortese – che non è già per coordinare in un piano le attività economiche, che lo Stato debba intervenire, ma per assicurare il benessere della collettività, e per difender soprattutto quel tale consumatore che io non vedo ricordato in questo Titolo dei rapporti economici, non vedo nominato in nessun articolo; eppure è lui il protagonista vero, perché tutti siamo consumatori, tutti i cittadini sono consumatori, e difendere i

consumatori significa soprattutto difendere gli interessi delle categorie meno abbienti.”

Questa posizione, nella quale riecheggiano orientamenti e temi tipici delle argomentazioni che si usano oggi a difesa del valore della concorrenza, era però in assoluta minoranza nell'Assemblea Costituente.

Nella seduta antimeridiana del 13 maggio 1947 viene posto in discussione un articolo (allora con il numero 37) che così recitava: “Ogni attività economica privata o pubblica deve tendere a provvedere i mezzi necessari ai bisogni individuali e al benessere collettivo. La legge determina le norme e i controlli necessari perché le attività economiche possano essere armonizzate e coordinate a fini sociali”. Esisteva poi un altro articolo (denominato art.39) nel quale si parlava dell'iniziativa economica privata, e si affermava che è libera, ma anche che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

Deputati di parte liberale chiedono la soppressione del primo articolo, ritenuto troppo vincolante per lo svolgimento dell'attività privata. Molti deputati di parte democratico cristiana sembrano sensibili a questo argomento. Perciò l'onorevole Costantino Mortati, deputato della Democrazia Cristiana, propone la fusione dei due articoli in uno solo che, nella sua proposta, recita: “L'iniziativa economica privata è libera. La legge pone le norme necessarie perché le attività economiche siano coordinate a fini sociali, non rechino danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, né contrastino altrimenti con il bene comune.” (Atti dell'Assemblea Costituente, p.3931).

Durante il dibattito, i deputati della sinistra cercano di inserire in qualche modo un riferimento esplicito a “controlli” e “piani” dell'attività economica. Vi è una particolare resistenza nei confronti della parola “piani” che induce alcuni deputati della sinistra a sostituirla con “programmi”. Luigi Einaudi commenterà ironicamente su questa parte del dibattito: “Io credo che fra programmi e piani nel dizionario dei sinonimi del Tommaseo non vi sia alcuna differenza: le due parole esprimono lo stesso concetto” (Atti dell'Assemblea Costituente, p.3938).

Si arriva così alla formulazione dell'attuale art.41: “L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività

economica, privata e pubblica, possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”.

Prima di votare su questa formulazione dovevano però essere discussi due emendamenti aggiuntivi. Il primo emendamento era quello presentato dall'on. Cortese: “La legge regola l’esercizio dell’attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore”. Il secondo emendamento era stato presentato dall’onorevole Luigi Einaudi e così recitava: “La legge non è strumento di formazione di monopoli economici; ed ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta”.

Il senso di questo emendamento è illustrato nell’appassionato intervento di Einaudi: “Il male più profondo della società presente ... è invece l’esistenza dei monopoli.... Noi, in questa Costituzione, del monopolio non ne parliamo affatto.... Quando i monopoli esistono noi dobbiamo chiedere che siano soppressi o eliminati.” (Atti dell’Assemblea Costituente, p.3939)

Purtroppo nel testo dell’emendamento, Einaudi non chiede che quando i monopoli esistono, essi siano soppressi o eliminati; chiede che vengano controllati. Ciò fornisce all’onorevole Meuccio Ruini, presidente della Commissione per la Costituente, l’occasione per intervenire contro l’emendamento, accusando in pratica Einaudi di “dirigismo”. “Il suo atteggiamento contro il monopolio – osserva Ruini rivolto ad Einaudi – non presuppone l’ipotesi di una libera concorrenza che spontaneamente ed automaticamente divide ogni monopolio. ... Occorrono – prosegue Ruini – interventi dello Stato per ristabilire e mantenere la libera economia di mercato. ... L’emendamento sottopone a pubblico controllo i monopoli a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta. Ed è qui che si dispiega la macchina antiliberista dei controlli. Controlli di squisita essenza interventista, con uffici, organi, burocrazia di vigilanza. Il nostro progetto di Costituzione consente già armi sufficienti contro il monopolio. Nell’articolo che ... ammette il coordinamento ed i controlli a fini sociali, vi è la facoltà di impedire la formazione dei monopoli.”

Queste ultime parole di Ruini costituiscono una interpretazione dell’art. 41 che molti deputati non sarebbero stati disposti a sottoscrivere; lette oggi costituiscono una apertura interessante che riprenderò più avanti; ma allora furono una spinta alla bocciatura dell’emendamento Einaudi, che di fatto avviene. L’on. Cortese, per favorire Einaudi, ritirò il suo emendamento e

così l'attuale art. 41 venne approvato senza emendamenti e senza ulteriori integrazioni.

Il mezzo privilegiato per attuare la da tutti invocata lotta contro i monopoli non viene individuato nel ripristino della concorrenza, ma, dal successivo art. 43, nella possibilità di nazionalizzare i monopoli stessi.

Dall'economia mista al recupero della concorrenza.

L'assenza esplicita di un riferimento alla tutela della concorrenza nell'art.41 ha suscitato un dibattito sulla relazione tra la libertà di iniziativa economica privata, affermata in quell'articolo, e il principio di concorrenza, invece non affermato esplicitamente. L'art. 41 è stato accusato di eccessivo dirigismo. Natalino Irti (2001, pp. 93 e segg.) è, ad esempio, molto duro su questo punto: "L'art. 41 ... raccoglieva e consolidava esperienze del passato. ... La Carta costituzionale ignora l'economia di mercato...Il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali.... L'art. 41 rimane isterilito nell'ambiguità ideologica...."

In effetti l'art. 41, come del resto tutto il Titolo III, appare come un compromesso tra le diverse forze ideologiche in campo, anche se alcuni deputati dell'Assemblea Costituente hanno comprensibilmente negato che fosse così. Le ideologie erano certamente diverse, ma il compromesso, almeno in questo campo, è stato facilitato da una sostanziale convergenza sulla sfiducia nei confronti delle possibilità del meccanismo di mercato di garantire l'efficienza nell'impiego delle risorse a livello dell'intera società.

Dobbiamo tener presente che ci si trovava in una fase storica nella quale, al di là della contrapposizione ideologica, ma forse proprio per l'esistenza di questa contrapposizione, era dominante, non solo in Italia, ma in tutta Europa, e da ben prima della seconda guerra mondiale, una visione dell'economia a cui corrispondeva una visione fortemente interventista dello Stato in economia alla quale la formulazione dell'art.41, specialmente se letto assieme agli altri articoli del Titolo III, si adattava molto bene.

Questa visione dell'economia come economia mista caratterizzata da una forte presenza programmatica dello Stato, oltre che da una sua presenza diretta nella gestione di parti non irrilevanti del sistema economico, costituì una visione egemonica non solo in Italia per un lungo periodo che è andato ben al di là di quello immediatamente successivo alla fine della seconda

guerra mondiale, il periodo nel quale si è elaborata ed approvata la Costituzione. Dominò in Europa almeno fino alla fine degli anni settanta del secolo scorso, quando cominciò ad essere messa in discussione con l'andata al governo in Inghilterra di Margareth Thatcher.

Nel modello dell'economia mista la concorrenza veniva considerata come una condizione del tutto astratta e praticamente impossibile da realizzare, a causa delle troppo numerose e troppo stringenti condizioni richieste. La realtà del dispiegarsi delle libere forze del mercato produceva mercati con situazioni monopolistiche di vario tipo che rendevano necessario un intervento dello Stato nell'economia, fortemente regolativi e in molti casi sostitutivo della gestione privata delle imprese in condizioni non concorrenziali.

La teoria economica ammette naturalmente la necessita di un intervento regolativo dello Stato anche in presenza del prevalere di condizioni di concorrenza in due tipiche situazioni. La prima è la presenza di beni pubblici.

Un bene pubblico è un bene che, una volta prodotto, può essere utilizzato in modo non rivale e non esclusivo da più persone (Mankiw, 2004, pp.158-168). La non esclusività implica che una volta che il bene pubblico è stato prodotto, il fatto che una persona ne goda non esclude che altre persone ne possano godere. La non rivalità implica che quando una persona utilizza un bene pubblico, ciò non riduce la quantità del bene disponibile per essere utilizzato da altre persone. Entrambe queste caratteristiche implicano la non utilizzabilità del meccanismo di mercato per produrre una quantità efficiente del bene pubblico.

La ragione per la quale il mercato non è in grado di garantire la produzione di un ammontare socialmente efficiente di beni pubblici è che su questi beni non è possibile o è molto difficile stabilire un diritto di proprietà individuale; e stabilire diritti individuali di proprietà è la condizione indispensabile perché un bene possa venire scambiato in un mercato; infatti ciò che in ultima analisi si scambia in un mercato sono non tanto i beni, quanto i diritti di proprietà sui beni.

La non esclusività di un bene pubblico implica che se una persona manifesta la propria disponibilità a pagare per averne di più, le altre persone sono incentivate a non seguire questo comportamento perché sanno che potranno godere del bene pubblico, una volta prodotto, senza costo. La

conseguenza di ciò è che non si manifesta sul mercato una domanda sufficiente del bene pubblico. La non rivalità invece implica che se una persona usa un bene pubblico, e un'altra persona lo vuole usare, non occorre produrne di più: quindi la non rivalità spinge a far sì che sul mercato si manifesti un'offerta insufficiente del bene pubblico.

Il risultato è che il mercato non è in grado di garantire che un adeguato ammontare di un bene pubblico venga domandato e prodotto. Quindi un intervento dello Stato per incentivare la produzione dei beni pubblici è necessario. Il mercato, come minimo, non basta. Ma nella visione dell'economia mista si è assistito ad una estensione della qualificazione di bene pubblico anche a beni che non sono intrinsecamente tali. Ad esempio, la qualità dell'ambiente è un bene pubblico, la difesa è un bene pubblico, il sistema giudiziario è un bene pubblico. Ma che dire dell'istruzione o della sanità o dei trasporti? Questi servizi hanno aspetti di bene pubblico (un diffusa istruzione di base beneficia tutti, e così un buon sistema sanitario), ma possono essere acquistati sul mercato. Il modello di economia mista che si è affermato in Europa all'interno del più generale modello di "welfare state" (Barr, 2004) ha automaticamente definito questi servizi come beni pubblici, ma più sulla base di un criterio di giustizia distributiva che di un criterio di efficienza sociale nell'impiego delle risorse. E' stato cioè usato un criterio non appropriato per la definizione di bene pubblico, almeno sotto il profilo economico.

Inoltre l'esigenza di incentivare la produzione di beni pubblici si è tradotta, nella visione dell'economia mista, in una esigenza di gestire direttamente la produzione di tali beni. Insomma, il modello dell'economia mista ha fortemente limitato l'uso degli incentivi di mercato, escludendo ad esempio a priori meccanismi di concorrenza nell'offerta del servizio.

La seconda situazione tipica nella quale la teoria economica ammette la necessità di un intervento regolativo dello Stato anche in presenza del prevalere di condizioni di concorrenza è costituita dall'esistenza di un monopolio naturale, ossia di una condizione nella quale, a causa di elevati costi fissi, l'aumento della produzione da parte di una impresa comporta costi di produzione per unità di prodotto decrescenti, con il risultato di aumentare l'efficienza. In queste condizioni, spezzare la produzione in più imprese riduce l'efficienza perché aumenta il costo medio di produzione a causa dei costi fissi più elevati che ciascuna impresa si trova a dover coprire (Perloff, 2003, pp. 361-362).

In questo caso per impedire che il monopolista naturale applichi prezzi troppo elevati, si ammette un intervento regolativo dello Stato. Ma anche qui nel modello dell'economia mista l'ambito e la natura dell'intervento veniva molto esteso. A livello del monopolio naturale si affermava più un intervento gestionale pubblico sostitutivo, quindi un intervento diretto, piuttosto che un intervento regolativi indiretto, di controllo. Ma, soprattutto, l'intervento pubblico non veniva limitato solo nel caso di monopoli naturali; esso si doveva estendere anche ai casi in cui, pur essendo la concorrenza possibile, essa andava nei fatti limitata da considerazioni di natura strategica, quali ad esempio l'interesse nazionale o più genericamente pubblico definito in base ad una valutazione di tipo politico.

Perchè questa estensione dell'intervento pubblico nell'economia nel modello di economia mista? Si possono citare molte ragioni, alcune delle quali non molto nobili, sulle quali peraltro la recente riflessione di natura economico-politica ha posto particolare attenzione: ad esempio l'uso della gestione pubblica come sostegno del potere politico, anche attraverso il consenso elettorale. Io credo però che vi sia una ragione più profonda, di natura quasi filosofica; e questa ragione sta, come ha messo ben in evidenza Hayek (Hayek, 1986, 2007), nella convinzione, tipica della visione della economia mista, che l'intervento dello Stato è per definizione sempre e comunque migliorativo rispetto all'iniziativa privata e ai cosiddetti fallimenti del mercato perché l'autorità pubblica è ritenuta per definizione in grado di individuare non solo gli obiettivi di bene comune, ma anche il modo migliore per perseguirli.

Il modello di economia mista è stato applicato nell'Europa continentale fino a quando la crisi dell'esperienza della pianificazione centralizzata, e del cosiddetto socialismo di mercato, non si è manifestata in modo indiscutibile, e fino a quando l'emergere prepotente in vari paesi di una crisi della finanza pubblica, collegata all'estensione eccessiva dell'intervento pubblico nell'economia, anche per motivi di mediazione e consenso sociale, o più brutalmente elettorale, non ha obbligato i governi ad assumere provvedimenti adeguati che richiedevano una messa in discussione di un ruolo dell'intervento pubblico nell'economia diventato troppo invasivo.

Oggi io credo si possa affermare che il limite principale del modello dell'economia mista è stato quello di aver messo del tutto in secondo piano un'altra modalità con la quale l'intervento pubblico può manifestarsi in

presenza di imperfezioni di mercato, e cioè come intervento che tende a stimolare i mercati perché funzionino meglio. In questa prospettiva, l'intervento pubblico cambia completamente natura: in presenza di forme di mercato non concorrenziali, esso si propone di garantire le condizioni per il massimo avvicinamento possibile alla concorrenza.

Oggi sembra quasi naturale prendere in considerazione una prospettiva di questo tipo, anche se questo cambiamento di ottica non è certo unanime. Ma si deve con onestà riconoscere che fino al momento in cui il modello dell'economia mista è entrato in crisi, nessuno, o ben pochi, sembravano rendersi conto dei limiti intrinseci di questo modello e della esistenza di una prospettiva diversa di visione dell'intervento pubblico, che invece che limitare valorizzasse la concorrenza.

E' stata l'entrata in crisi del modello dell'economia mista che ha a sua volta messo in crisi la fiducia nelle automatiche capacità correttive dell'intervento pubblico sostitutivo e ha aperto la via per ridare valore al mercato e alla concorrenza.

Molti ritengono che questo cambiamento di prospettiva sia avvenuto prima in Europa che in Italia, soprattutto nel corso degli anni ottanta del secolo passato, e abbia trovato un riconoscimento nel trattato di Maastricht del 1992 e nell'accordo sullo Spazio economico europeo dell'anno successivo (ad esempio Cassese, 2004). Certamente l'Europa ha avuto in questo campo, come in altri, un ruolo trainante nei confronti dell'Italia. Ma bisogna riconoscere che nell'Europa continentale il cambiamento è avvenuto con convinzione, intensità e tempi diversi nei vari paesi.

E nella prassi appare tutt'altro che semplice e scontata, anche in Europa, la rimozione di un modo di affrontare i problemi economici che è ancora tutto sommato molto ben radicato nell'impianto culturale della società, centrato sull'idea di un automatico intervento salvifico dello Stato. In Europa infatti il consenso per sostenere politiche per la concorrenza è ancora difficile da coagulare, e si deve riconoscere che la concorrenza ha ancora un consenso politico molto fragile.

Certo, la modificazione della sensibilità verso la concorrenza e il passaggio a più efficaci politiche per la concorrenza sono stati molto aiutati dall'ordinamento e dalle istituzioni europee. Il richiamo alla normativa contenuta nel Trattato della Comunità Europea ha aiutato le singole nazioni

ad accettare la tutela della concorrenza come un obiettivo sociale e ad introdurre legislazioni più orientate a questo obiettivo.

In Italia, quando, con qualche ritardo si è scoperto che le regole della concorrenza costituiscono una parte essenziale del mercato unico disegnato nel Trattato, ci si è richiamati esplicitamente alle regole dell'ordinamento comunitario in tema di concorrenza per definire l'ambito di applicazione e le modalità di interpretazione della legge 287/90 sulla tutela della concorrenza.

Tuttavia anche nell'Unione Europea continua a prevalere un eccessivo impulso ad una regolamentazione che a volte entra in conflitto con una visione che afferma la concorrenza come valore sociale.

La recente riscoperta, anche da parte della teoria economica, del ruolo determinante per la concorrenza della libera entrata nel mercato e della sua "contendibilità", in modo da garantire che chi si trova già in un mercato non possa impedire agli altri di entrare e di far meglio di lui, si trova solo in parte riflessa nell'art. 81 del Trattato della Comunità Europea, laddove si ammette la possibilità di accordi tra imprese se contribuiscono a promuovere il progresso tecnico o economico, ma non si lega in modo esplicito questa possibilità alla contendibilità del mercato.

Nella prassi poi i governi nazionali spesso cercano di prendersi una rivincita rispetto ai progressi che la Commissione Europea, specialmente a partire dal 1999 con il Commissario Mario Monti, ha fatto in tema di lotta ai cartelli (Alesina e Giavazzi, 2006).

L'evoluzione tecnologica ha di recente aumentato le possibilità della concorrenza mettendo in discussione l'integrazione verticale tra la rete di infrastrutture e le fasi di produzione e distribuzione dei beni e servizi prodotti che erano alla base di molti casi di monopolio naturale. Ciò ha molto ridotto lo spazio per interventi di gestione pubblica di monopoli naturali, limitandoli eventualmente alla gestione della rete infrastrutturale. Ma si deve constatare che le opportunità aperte alla concorrenza nella fase della produzione e distribuzione dei servizi sono ancora troppo poco sfruttate non solo nel nostro paese, ma anche in altri paesi dell'Europa continentale.

L'introduzione della tutela della concorrenza nell'art.117, il riconoscimento dell'utilità sociale della concorrenza e un nuovo modo di usare l'art.41.

Anche in Italia alla fine siamo arrivati ad introdurre la tutela della concorrenza nella Costituzione. Ciò è avvenuto nel 2001 a seguito dalla modifica del Titolo V. Così nell'art. 117 leggiamo che "Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: ...e) tutela della concorrenza".

Si tratta di una formulazione alquanto laconica, collocata nel contesto del Titolo V, completamente staccata dal Titolo III, o comunque dalla prima parte della Costituzione stessa nella quale, come si è già osservato, la concorrenza non viene mai nominata.

La formulazione sembra solo affermare una attribuzione di competenza legislativa solo allo Stato in tema di tutela della concorrenza, e come tale potrebbe sembrare del tutto neutra rispetto all'attribuzione di un valore alla concorrenza stessa.

Si è osservato (Libertini, 2005) che "l'attribuzione di un potere implica anche... la doverosità del relativo esercizio": in altri termini se si afferma che lo Stato legifera con competenza esclusiva in tema di tutela della concorrenza, ciò vuol dire che la tutela della concorrenza è un obiettivo che è doveroso cercare di raggiungere.

Il fatto è che nella Costituzione non si trova un esplicito punto di riferimento al quale agganciarsi per sostenere che la Costituzione stessa attribuisce alla concorrenza un valore. Di questo non si può dubitare. Ma forse proprio l'art.41 potrebbe fornirci un punto di riferimento, certo non esplicito, piuttosto un riferimento implicito.

Perché dovrebbe essere doveroso esercitare da parte dello Stato il potere della tutela della concorrenza? Perché lo Stato dovrebbe promuovere la concorrenza? La risposta sta, a mio parere, nel riconoscimento che la concorrenza ha un valore sociale. Questo valore sociale si riflette essenzialmente nella capacità di migliorare nel lungo periodo il benessere dei consumatori, intesi non tanto come "classe", quanto come singole persone. Questo non vuol dire solo ottenere, mediante la concorrenza, prezzi più vicini ai costi medi di produzione e quindi ridurre il profitto a costo opportunità dell'iniziativa innovativa dell'imprenditore: questo è solo

il risultato finale. Quello che è importante è soprattutto il processo con cui si organizza un mercato concorrenziale, il che vuol dire realizzazione di condizioni di contendibilità, di trasparenza e chiarezza nei contratti, di riduzione al minimo delle asimmetrie di informazione nel gioco del mercato. La concorrenza, come notava Hayek, aiuta ad utilizzare una conoscenza dispersa tra una miriade di informazioni e stimola ad acquisire nuove conoscenze, quindi stimola lo sviluppo economico.

Vista sotto questo profilo la concorrenza appare chiaramente come un bene pubblico. E non è difficile rendersi conto che dei beni pubblici presenta anche tutti i problemi perché ne venga garantito un ammontare socialmente efficiente. Un esempio evidente di questi problemi è che tutti invocano la concorrenza per gli altri, ma cercano protezione dalla concorrenza per sé. Il ragionamento è lo stesso che determina comportamenti “free riding” per tutti i beni pubblici: se tutti si comportano secondo il modello concorrenziale, non sarà certo la protezione della particolare rendita di posizione del gruppo sociale a cui appartengo che distruggerà il sistema? Se peraltro è diffusa dovunque la protezione di rendite contro la concorrenza, perché solo io e il gruppo sociale del quale faccio parte dovremmo accettare di limitare le nostre rendite seguendo un comportamento concorrenziale?

Quindi, come per tutti i beni pubblici anche per la concorrenza l'intervento pubblico deve farsi carico di promuoverla e tutelarla. Garantire la concorrenza è dunque oggi una delle modalità con cui si persegue l'utilità sociale. L'importanza del valore sociale della concorrenza appare ancora più evidente se si osserva che esso è un valore strumentale all'affermazione di altri valori fondamentali, quali la necessità di contribuire al meglio alla vita della società, la responsabilità, la lealtà verso i contraenti, dei quali la Costituzione è nutrita.

Se si riconosce che la concorrenza è un bene pubblico ed ha un valore sociale della concorrenza, allora appare a me quasi naturale recuperare il messaggio fondamentale contenuto nell'art. 41 che la libera iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. Nel caso specifico esso può essere interpretato affermando che la libera iniziativa economica non può svolgersi, tra l'altro, in contrasto con le condizioni di libera concorrenza.

Applicando la già citata lettura dell'art.41 fatta dal presidente della Commissione per la Costituente Ruini in risposta all'emendamento

Einaudi, si potrebbe sostenere che garantire la concorrenza è una delle modalità per garantire che la libera iniziativa economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale. Sotto questo profilo, non appare allora priva di fondamento l'affermazione contenuta all'inizio della legge 10 ottobre 1990, n.287 sulla tutela della concorrenza, secondo al quale la legge stessa è emanata in attuazione dell'art.41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica (per una opinione diversa si veda Irti, 2001, p.99).

Concorrenza è dunque un bene pubblico che contribuisce all'utilità sociale. La percezione dell'importanza di ciò non era certamente presente al tempo in cui fu approvata la Costituzione. Non c'era neppure per tutto il periodo in cui si è accettato come dominante il paradigma dell'economia mista con forte presenza pubblica dello Stato nell'economia. Ma oggi è possibile rileggere il messaggio fondamentale dell'art. 41 recuperando la tutela della concorrenza come uno degli aspetti in cui si manifesta l'utilità sociale.

Questo ci permette da un lato di portare un ulteriore elemento a sostegno della continuità nella validità del messaggio costituzionale. Ma dall'altro lato aiuta a identificare in che cosa consista il vero problema di fronte al quale ci si deve misurare quando si voglia riflettere sull'attualità di un articolo come il 41. Questo problema riguarda la capacità di comprendere e identificare le nuove modalità nelle quali si manifesta l'utilità sociale contro la quale non può svolgersi la libera iniziativa economica.

Torniamo allora al punto di partenza di questa riflessione. La Costituzione deve misurarsi con l'evoluzione storica che si manifesta anche nell'emergere di nuove caratteristiche e nuove modalità di definizione dell'utilità sociale. Sotto questo profilo, il punto importante riguarda il come l'utilità sociale viene riconosciuta e chi ha il compito di identificarla. E' chiaro che questo è compito del sistema politico e della legislazione. Ma è essenziale che questo compito venga svolto in modo da riflettere una profonda e diffusa adesione nella cultura della società.

Perché l'invocazione della concorrenza come bene pubblico nel quale si manifesta una utilità sociale non rimanga un richiamo astratto occorre che la concorrenza venga prima di tutto diffusamente riconosciuta come tale (come bene pubblico nel quale si manifesta una utilità sociale) nella cultura della società. I valori dell'utilità sociale si affermeranno nei fatti solo se vengono incorporati come tali nella cultura di una società; questa è la condizione perché si riconosca la necessità che la tutela della

concorrenza si traduca in leggi, regolamenti e istituzioni efficaci. Guardandoci attorno, credo che è probabilmente a questo livello che si colloca la sfida delicata e importante che nella società italiana deve ancora essere risolta.

Riferimenti bibliografici.

A.Alesina, F.Giavazzi, Goodbye Europa, Rizzoli, Milano, 2006

Assemblea Costituente, Atti, Camera dei Deputati, Roma.

N. Barr, The Economics of the Welfare State, Oxford University Press, Oxford, 2004.

S. Cassese, La nuova Costituzione economica, Laterza, Bari, 2004.

F.von Hayek, Legge, legislazione e libertà, Il Saggiatore, Milano, 1986

F. von Hayek, La società libera, Rubettino, Roma, 2007.

N.Irti, L'ordine giuridico del mercato, Laterza, Bari, 2001.

M.Libertini, La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana, Rivista Italiana degli Economisti, Il Mulino, Bologna, Supplemento n.1/2005, pp. 105-118.

G.Mankiw, Principi di Economia, Zanichelli, Bologna, 2004.

J. Perloff, Microeconomia, Apogeo, Milano, 2003.

Un nuovo diritto per l'economia italiana

di Pierluigi Ciocca | pubblicato il 5 dicembre 2008 | 06:19

Esperienza giuridica ed esperienza economica sono, in positivo e in negativo, intrecciate. Lo sono particolarmente nel mondo contemporaneo, che negli ultimi due secoli ha affidato alla economia di mercato capitalistica il suo benessere materiale. Questo sistema tende a permeare di sé, dei suoi valori e disvalori, l'intera società, financo nelle sfere meno prossime a quella delle merci.

Norme, giurisprudenza, dottrina giuridica sono quindi chiamate a un compito apparentemente contraddittorio: da un lato, salvaguardare i cittadini dalla pervasiva intrusione dell'economico nei momenti meta-economici della vita della comunità, dall'altro lato corrispondere nelle forme più acconce al modo di operare dell'economia di mercato, nel nome di un progresso materiale sostenibile ed equo. Sul primo fronte rilevano i diritti civili – della persona, della famiglia, politici – che la Costituzione della Repubblica Italiana fissa nei Titoli I, II, IV della sua Parte Prima. Sull'altro fronte – a cui si rivolgono queste note – vanno ricercate le soluzioni di volta in volta capaci di valorizzare le potenzialità positive e di comprimere le potenzialità negative del sistema. Di volta in volta, poiché l'evolvere nel tempo continuo è caratteristica precipua dell'economia di mercato capitalistica, fermi restando i suoi connotati di fondo: produzione, da parte di imprese private con lavoro salariato, di merci vendute sul mercato a prezzi il più possibile eccedenti i costi, per il profitto monetario di chi possiede il capitale.

Questa economia ha dimostrato nei fatti una formidabile attitudine ad accrescere nel lungo periodo produttività e redditi. Dall'inizio dell'Ottocento a oggi su scala mondiale il volume del prodotto si è moltiplicato per sessanta, la popolazione per sei, il reddito reale pro capite per dieci. Per l'Italia gli stessi "moltiplicatori" si stimano in cinquanta, tre, diciassette, rispettivamente. Con un reddito pro capite di livello europeo, l'Italia supera di tre volte la media mondiale, di venti volte le economie più povere. Il paese è "ricco" anche sotto altri profili: patrimonio delle famiglie, longevità, salute, istruzione, sicurezza sociale.

Ma tale condizione, frutto dell'impegno fattivo di generazioni, non è per sempre acquisita. E' a rischio. Nell'ultimo ventennio la produttività del capitale e del lavoro ha ristagnato, con una tendenza post-2000 alla diminuzione. E' quindi la crescita il primario problema d'ordine economico alla cui soluzione l'esperienza giuridica italiana è chiamata a concorrere: attraverso l'accumulazione del capitale, l'efficienza produttiva, il progresso tecnico.

Instabilità, esternalità, iniquità costituiscono al tempo stesso la triade negativa, da contrastare, che l'economia di mercato capitalistica associa alla capacità di sviluppare le

forze produttive. Le fluttuazioni degli affari, degli investimenti, dell'occupazione, violentissime fino ad allora, si sono dopo gli anni Trenta-Quaranta attenuate. Peraltro sussistono, come testimonia la recessione 2008-2009 in diversi paesi occidentali, Italia inclusa. Le crisi finanziarie – delle monete, delle banche, delle borse – si sono nello stesso arco di decenni aggravate, nella frequenza e nell'intensità. Sono pur esse socialmente costose, anche allorché non si risolvono in recessione dell'economia "reale". L'Italia fa eccezione solo in parte. Così, il caso italiano si iscrive nel drammatico problema planetario dell'inquinamento e del surriscaldamento della Terra. Nel "bel paese" dall'ambiente ampiamente devastato è lunga la lista delle esternalità negative che l'attività produttiva privata genera. Gli italiani sfruttano 3,8 ettari di spazio bio-produttivo a testa, rispetto alla media mondiale di 2,2 e agli 1,8 che sono compatibili con la civiltà sostenibile. La distribuzione del reddito si fa più iniqua fra i cittadini delle diverse parti del mondo. Stenta a divenire meno sperequata all'interno degli stessi paesi più ricchi. In Italia la disuguaglianza si accentua, anche fra il Nord e il Sud del territorio, ed è fra le più alte dell'Occidente.

Il diritto è, per l'economia, più importante di quanto non pensino i suoi cultori e di quanto non abbiano a lungo pensato non pochi economisti. Lo conferma una dovizia crescente di analisi empiriche, comparate e per singoli paesi. Da esse risulta che nelle sue parti rilevanti per il funzionamento dell'economia il diritto va adeguato con particolare urgenza in Italia. Va adeguato per parti specifiche, ma movendo da una visione d'insieme secondo una scala di priorità.

Il fine principale è che l'economia italiana ritrovi la via della crescita. Se la produttività continuasse a ristagnare l'impoverimento della Nazione inasprirebbe anche gli altri problemi che abbiamo evocato. Semplicemente, mancherebbero le risorse necessarie per stabilizzare l'attività economica e la finanza, correggere le disparità distributive, sanare e preservare l'ambiente.

Per la crescita, occorre in primo luogo continuare a promuovere il risparmio, nel lungo termine presupposto dell'investimento. La mobilità internazionale dei capitali può consentire l'investimento anche a paesi che risparmiano poco, come da anni avviene per gli Stati Uniti. In percentuale importante il risparmio si forma, quale autofinanziamento attraverso i profitti non distribuiti, presso le stesse imprese che lo impiegano in impianti, macchinari, scorte. Spetta a una accorta gestione delle pubbliche finanze di evitare che lo Stato e gli altri enti distruggano risparmio attraverso l'eccesso delle loro uscite correnti sulle loro entrate correnti. Ma la parsimonia delle famiglie – circa metà del risparmio nazionale in Italia – continua a rappresentare la base per la crescita equilibrata dell'economia attraverso l'accumulazione di capitale. Lavoro e risparmio sono legati. Per circa tre quarti la ricchezza finanziaria delle famiglie italiane fa capo a famiglie il cui capofamiglia è un lavoratore dipendente, ovvero un pensionato ex lavoratore dipendente.

L'articolo 47 della Costituzione, il Testo unico bancario, il Testo unico della finanza, gli organismi di supervisione, il ruolo di *lender of last resort* della Banca d'Italia (seppure dimidiata nella sua discrezionalità amministrativa da una legge del 2005) costituiscono la cornice di regolamentazione, supervisione, sostegno di banche e mercati che presidia la componente monetaria del risparmio favorendo per quanto possibile la funzionalità e la stabilità del sistema finanziario. La crisi internazionale del 2007-2008 ha sollecitato governi e parlamenti a potenziare ulteriormente le reti di protezione. E' bene che

nell'ordinamento italiano tale non facile ricerca resti affidata alle leggi speciali. Il settore è irto di specificità rispetto agli altri rami dell'economia e non può ignorare le tendenze europee e internazionali, che oscillano tra liberismo e interventismo statale.

Efficienza e innovazione "spiegano" per quasi due terzi le risultanze delle moderne economie in termini di crescita. Nel tempo hanno assunto un rilievo già quasi doppio rispetto alla stessa scala quantitativa dell'accumulazione di risparmio. Dipendono da un lato dalle possibilità, dall'altro lato dalla propensione delle imprese di produrre di più e meglio. Possibilità e propensione sono a propria volta riconducibili a una congerie di elementi. Su alcuni, il diritto dell'economia può positivamente influire.

Quanto alle possibilità, l'ordinamento italiano – a cominciare dal Codice civile – tutela ampiamente l'impresa sui tre cruciali fronti della proprietà, del contratto, della responsabilità. Le carenze gravi e l'incertezza del diritto si annidano nel processo e nella composizione delle liti, che implicano tempi e oneri di insicura valutazione, molto spesso lunghi e pesanti. L'arretrato delle cause civili pendenti – circa cinque milioni – coinvolge in larga misura imprese. Prosegue l'espansione di una domanda di giustizia civile di massa largamente eccedente un'offerta che non è stata a sufficienza potenziata. Filtri per l'accesso alla Cassazione, tribunali sempre aperti, telematica, sanzione delle pratiche dilatorie delle parti, soluzioni non giudiziarie delle controversie (arbitrato, conciliazione, ombudsman sino al giudice di pace), sentenze semplificate, termini accorciati, depotenziamento delle questioni di competenza e dei formalismi, più agevole escussione dei testimoni, recupero forfettario delle spese processuali: il legislatore è orientato a seguire queste vie operative, piuttosto che a riformare per l'ennesima volta le strutture portanti del rito. Per le liti d'impresa, occorre altresì una magistratura con cultura economica adeguata, espressa da una rinnovata facoltà di giurisprudenza e da un ritorno per le controversie societarie e finanziarie a sezioni dedicate, con sede distrettuale. Alla privatizzazione e alla specializzazione devono unirsi maggiori risorse di bilancio devolute una tantum alla giustizia: uno sforzo eccezionale, volto ad abbattere l'arretrato.

Nel diritto dell'impresa – a cominciare dalla riscrittura dell'algido art. 2082 del Codice Civile – è essenziale valorizzare all'interno delle aziende la funzione imprenditoriale. La efficiente e corretta ordinaria amministrazione delle imprese, la sorveglianza sugli amministratori a vantaggio di proprietari, creditori e altri *stakeholders*, non fanno di per sé crescere l'economia. Solo l'innovazione e il progresso tecnico, affidati a una funzione imprenditoriale definita, domiciliata e autonoma, possono riuscirci. Più in generale, occorrono soluzioni che semplifichino gli adempimenti, amplino la gamma delle scelte organizzative, rispettino le differenze qualitative fra i pochi grandi gruppi rimasti e i milioni di piccole unità da sempre presenti nell'economia italiana. Va favorita la dinamica dimensionale e qualitativa della piccola impresa. La sua trasformazione in impresa medio-grande non può restare un'eccezione.

Nelle procedure concorsuali l'accento va decisamente posto sull'allarme precoce che può utilmente scattare quando la redditività aziendale scema. Allorché compaiono perdite che preludiano all'insolvenza l'impresa sta già dissipando risorse orientabili verso impieghi a più alta produttività. Se si arriva all'insolvenza i creditori recuperano poco e tardi. Sono, di fatto, molto meno protetti di quanto non avverrebbe se l'imprenditore sfortunato, ma non scorretto, venisse incentivato a dichiarare per tempo le difficoltà insorte e se l'impresa venisse confortata nella ricerca delle vie per superarle da curatori professionali,

più che da magistrati inesperti della materia.

Dalle possibilità consentite dal contesto esterno, alla propensione: il profitto facile, non meno del rischio eccessivo, dissuade l'impresa dal ricercare l'efficienza e l'innovazione.

Le sollecitazioni, le pressioni, sull'impresa – Maffeo Pantaleoni diceva "la minaccia" – affinché essa impieghi nel modo più efficiente e innovativo le risorse che gestisce devono provenire dal mercato. Il mercato può indicare la direzione dell'investimento. La condizione, tuttavia, è che il mercato sia reso più concorrenziale. La legge antitrust esiste dal 1990. Da allora, il grado medio di concorrenza nell'economia italiana, lungi dall'aumentare, è diminuito. Il tasso di crescita della produzione e della produttività è sceso, mentre il tasso di profitto si è innalzato. La legge va meglio applicata, dall'Autorità chiamata a interpretarla. Soprattutto, va riformata, andando oltre i riferimenti alla categoria "concorrenza" così come definita nel Trattato europeo. L'accezione del Trattato, e della legge italiana del 1990, è statica e non anche dinamica, è micro e non anche macroeconomica.

Concorrenza vuol dire costi e prezzi più bassi, per data struttura dell'economia. Ma concorrenza vuole soprattutto dire rimozione degli ostacoli che frenano le innovazioni e la riallocazione dei fattori produttivi. La dimensione dinamica della concorrenza è nella differenziazione – schumpeteriana – e poi nel livellamento – ricardiano – dei tassi di profitto tra le imprese: nella spinta a far sì che le risorse, di capitale e di lavoro, siano rilasciate dalle produzioni divenute inefficienti, per indirizzarsi verso gli impieghi che l'innovazione rende in prospettiva più redditizi.

L'azione *antitrust* va svolta secondo priorità. Deve soprattutto assicurare concorrenza nei settori che offrono *inputs* strategici: gli sraffiani "prodotti base", i quali entrano direttamente o indirettamente in tutte le produzioni. L'autorità non può demagogicamente cercare facili consensi aprendo pratiche casualmente innescate dalla protesta di gruppi di consumatori interessati solo al consumo di determinati beni, spesso molto a valle nella composizione della domanda finale. In una visione d'assieme, la promozione della concorrenza dovrebbe avere sempre chiaro il saldo netto delle forze che influiscono sulla pressione competitiva nel sistema produttivo. L'impegno contro le vie facili al profitto deve aver presenti anche le determinanti macroeconomiche degli utili. L'Autorità *antitrust* non può ignorarle. Una spesa pubblica gestita con rigore, un tasso di cambio che precluda illusori recuperi di competitività di prezzo, una progressione dei salari che non ecceda ma nemmeno segua con ritardo quella della produttività possono esprimere incentivi potenti – date le forme di mercato – affinché le imprese perseguano il profitto attraverso l'efficienza e l'innovazione, e non imponendo prezzi alti.

Bisogna minare ogni forma di difesa del "vecchio" rispetto al "nuovo": monopoli, abusi di posizione dominante e intese, ma anche sussidi pubblici, collusioni fra capitale e lavoro, intrecci tra industria e finanza, norme protettive, comportamenti opportunistici. Da ultimo, va contrastata l'irresponsabilità. Concorrenza, in ultima analisi, è piena assunzione di responsabilità da parte dell'impresa. Il valore vero della concorrenza coincide con produttori che facciano conto in primo luogo su se stessi, escludano di percorrere scorciatoie al profitto, non pensino di trasferire ad altri le eventuali perdite.

Scolpire questi concetti nella Costituzione, superando la lettera del Trattato, sarebbe d'ausilio. Lo stesso primo comma dell'articolo 41 potrebbe recitare: "L'iniziativa economica privata è libera; chi la intraprende ne è esclusivo responsabile; deve svolgersi in condizioni di concorrenza".

Il secondo comma dell'articolo 41 opportunamente vieta l'iniziativa economica privata in contrasto con la "utilità sociale". Questa, tuttavia, va meglio definita, almeno in via interpretativa.

Di "utilità sociale" può darsi una accezione a un tempo estesa e precisa se si fa riferimento ai contributi dell'analisi economica sui cosiddetti "fallimenti del mercato". Oltre al difetto di concorrenza, i casi in cui iniziativa privata, prezzi e mercati ledono l'interesse generale sono fondamentalmente due: carenze informative ed esternalità. Le informazioni che le imprese forniscono ai consumatori, ai lavoratori, alle altre imprese, al fisco possono essere parziali, asimmetriche, false. Le imprese possono non includere nel calcolo dei costi le diseconomie, i danni, che provocano a terzi.

In situazioni siffatte – e la casistica è vasta – i mercati esprimono prezzi che non riflettono i reali costi. Le risorse sono mal impiegate. L'utilità sociale è diminuita. Al fine di tutelarla, l'intervento dello Stato trova ampia giustificazione. La trasparenza su ciò che le imprese fanno, sul loro stato patrimoniale, deve essere massima, compatibilmente con il costo dell'assicurarla. Norme munite di sanzione per prevenire il danno ambientale, diritti negoziabili di inquinare per limitarlo, risorse pubbliche per ripararlo sono vie da seguire in modo sinergico, secondo un piano di difesa e recupero dell'"habitat".

A cominciare dal livello costituzionale, è necessario quindi ripensare l'intera cornice di diritto positivo entro cui l'economia italiana opera. Urge un nuovo ordinamento, per una economia di mercato con regole: conforme ai dettami comunitari, sì, ma capace di corrispondere alle esigenze specifiche del sistema economico italiano così da innalzarne il potenziale di crescita e la capacità competitiva.

Vanno in particolare ricercate coerenza e complementarità fra gli obiettivi di fondo che si assegnano ai quattro grandi blocchi dell'ordinamento dell'economia che abbiamo evocato. Lo schema razionale strumenti/obiettivi, capace di evitare sovrapposizione e contraddizioni, sembra il seguente:

- *diritto del risparmio*, a tutela dei finanziatori dell'impresa
- *diritto societario*, a tutela della imprenditorialità e degli stimoli all'efficienza interni all'impresa
- *diritto fallimentare*, a tutela della migliore allocazione delle risorse fra le imprese, nella stessa industria e in industrie diverse
- *diritto della concorrenza*, a tutela degli stimoli all'efficienza esterni all'impresa e della diffusione dei benefici della produttività.

L'iniquità – il terzo elemento che con instabilità ed esternalità compone la triade negativa del capitalismo – evoca il ruolo dello Stato, nel suo rapporto con il mercato. In Italia è la Costituzione che chiama lo Stato a un'azione perequatrice delle opportunità, dei redditi,

delle garanzie economiche: nella disciplina del rapporto di lavoro (art. 36), nella funzione redistributrice del bilancio pubblico, nell'offerta di istruzione (art. 34), sanità (art. 32), sicurezza sociale (art. 38). Ogni regresso dell'ordinamento in questi campi sarebbe contrario allo spirito e alla lettera della Carta costituzionale.

La Repubblica è "fondata sul lavoro". I cittadini hanno "diritto al lavoro". La cura e le tutele speciali che la Costituzione (artt. 3, 4, 35-40) e più in generale l'ordinamento rivolgono al lavoro hanno una giustificazione economico-sociale fondamentale, che persiste. Essa è da ravvisare nello strutturale eccesso d'offerta di lavoro in una penisola avara di risorse naturali e da sempre densamente popolata, verso la quale si è fatto di recente cospicuo il flusso di manodopera immigrata. La larghezza d'offerta espone il lavoro a sottoccupazione, dipendenza, povertà, per non dire dei rischi per la salute, per la stessa vita. I morti sul lavoro dopo l'Unità superano i caduti nella prima grande guerra. Non è quindi ammissibile che il lavoro venga in Italia trattato alla stregua delle merci scambiate nei mercati.

L'efficienza non è, di per sé, nemica dell'equità. Una finanza pubblica riequilibrata e una pubblica amministrazione orientata all'efficienza, oltre a contribuire allo sviluppo dell'economia, agevolano la progressività dell'intervento statale, apprestano le risorse di bilancio necessarie alla spesa "civile". Per non intaccare pensioni, sanità, istruzione la correzione delle uscite va incentrata su tre macrovoci di spesa pubblica, prossime al 20 per cento del prodotto interno lordo: consumi intermedi, monte salari, trasferimenti a imprese ed enti vari. Oltre che doveroso, uno sforzo senza precedenti, ancorché graduale, volto a contenere queste spese è tecnicamente possibile. Dall'impegno che la correzione richiede discende l'obbligo di interrogarsi, con grande attenzione ai conti, sulla compatibilità fra l'urgenza di limitare la spesa pubblica e un decentramento regionale, o federalismo, non indispensabile e nell'immediato certamente costoso.

Sul piano dei principi, né l'articolo 81 della Costituzione né gli stessi criteri di Maastricht sono sufficienti. Essi consentono qualsivoglia livello di spesa, anche inefficace e onerosa, purché finanziato da ultimo con tasse. Il principio di copertura, reso cogente, andrebbe integrato con vincoli concernenti peso relativo, composizione e qualità della spesa, pressione tributaria, funzionalità della P.A. La spesa poco utile o inefficiente non va coperta. Non va fatta. Il controllo *ex-post* e l'eventuale sanzione devono vertere sulla sostanza dello spreco di risorse, piuttosto che sul rispetto formale dei passaggi nel procedimento amministrativo di spesa. Priorità va data agli investimenti per le infrastrutture materiali e immateriali, da cui in notevole misura dipende la produttività dell'intera economia. Pubblici devono essere quei servizi la cui offerta lo Stato, a differenza dei privati, è in grado di sostenere nel tempo garantendone la qualità e minimizzandone i costi. Infine, esistono limiti alla sostenibilità macroeconomica della tassazione, inspecie se resa sperequata dall'evasione.

Articolo stampato da : **ApertaContrada.it**

<http://www.apertacontrada.it/2008/12/05/un-nuovo-diritto-per-leconomia/>

GRUPPO DI STUDIO
LA COSTITUZIONE ECONOMICA A 60 ANNI DELLA COSTITUENTE
L'IMPRESA PRIVATA

STEFANO MICOSSI E PAOLA PARASCANDOLO*

* Ringraziamo Fabrizia Peirce per la preziosa assistenza nella preparazione dei materiali per l'articolo, oltre che per utili discussioni sul contenuto.

1. Stato, mercato e libertà economiche nella Costituzione

L'economia italiana uscì dalla seconda guerra mondiale con livelli di attività simili a quelli del 1915 – con un arretramento di circa il 50 per cento rispetto al 1939 – e un apparato produttivo sopravvissuto ai bombardamenti, ma largamente obsoleto. Le industrie di base, l'intero sistema finanziario e le *utilities* erano controllate dal governo direttamente o indirettamente attraverso l'IRI, una *holding* di proprietà pubblica; l'attività economica e il credito erano fortemente regolati; l'amministrazione pubblica era inefficiente, endemicamente piegata a strumento di sostegno dell'occupazione nel Sud e nelle regioni meno sviluppate (Melis 1995); il sistema delle imprese manifatturiere private, sostenuto e protetto dallo stato fin dalla prima guerra mondiale, era concentrato nelle mani di pochi gruppi posseduti da storiche famiglie emerse tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo.

Dopo la seconda guerra mondiale per un breve periodo, sotto l'influenza del leader democristiano Alcide de Gasperi e la pressione degli Stati Uniti, l'impostazione della politica economica italiana fu di impronta liberista: furono eliminati i vincoli sulle importazioni e i controlli sui cambi e venne consentita una piena libertà per le imprese nella gestione dei rapporti di lavoro; al contempo, l'intervento pubblico di sostegno all'industria esportatrice e a quella di base assunse presto notevole rilievo, attraverso la selezione del credito, il contributo diretto agli investimenti, grazie ai fondi del Piano Marshall, e l'attività crescente delle imprese a partecipazione statale.

Tuttavia, le idee liberali, sebbene sostenute da influenti intellettuali, tra i quali Luigi Einaudi, Epicarmo Corbino e Gustavo Del Vecchio, non trovarono mai un forte sostegno pubblico. Le discussioni sulla politica economica durante l'Assemblea costituente procedettero per obiettivi astratti: la battaglia contro i monopoli, la difesa del piccolo imprenditore, la confisca dei profitti di guerra, l'utilità sociale dell'impresa. Come ha notato Giuliano Amato (1992), la difesa della proprietà privata da parte dei Popolari fu soprattutto difesa di libertà politica, molto meno promozione dell'efficienza e del mercato.

Nel dibattito costituzionale prevalse una visione opposta nella quale dominava una concezione interventista dello stato in economia. Pertanto, non sorprende se le libertà economiche trovarono spazio esiguo nella Costituzione del 1948, dove, al contrario, si diede rilievo alle finalità sociali e all'esigenza di programmazione dell'attività economica. Infatti, nel Titolo III – Rapporti economici – i primi 6 articoli (35-40) sono dedicati ai diritti dei lavoratori, compreso il diritto di rappresentanza sindacale e di sciopero (peraltro mai attuati, per la resistenza dei sindacati). L'articolo 41 afferma al primo comma che l'iniziativa privata è libera, ma subito precisa che essa non può svolgersi “in contrasto con l'utilità sociale” e che “la legge determina i programmi e i

controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali" (comma 3). Il divieto che l'iniziativa economica privata possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale è un concetto che lascia un ampio margine di discrezionalità; pertanto esso finisce con il proteggere poco la libertà di impresa (della Cananea 2007).

Si noti anche che l'articolo 41 non fa riferimento alla tutela della concorrenza, anche se di concorrenza si discusse molto nell'ambito dell'Assemblea Costituente (Marchetti 1997, Musu 2008). Alla fine prevalse l'opinione di coloro che ritenevano la libera concorrenza un concetto astratto e che l'assenza di regole avrebbe comportato squilibri economici e formazione di monopoli. Gli emendamenti all'articolo 41 proposti dal liberale Cortese, "la legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore" e da Luigi Einaudi "la legge non è strumento di formazione di monopoli economici e dove questi esistono li sottopone a pubblico controllo ...", non furono accolti. Quanto alla decisione sul modo migliore per attuare la lotta contro i monopoli, da tutti invocata, si decise di prevedere la possibilità di nazionalizzare i monopoli, poi incorporata nell'articolo 43 (Musu 2008).

A questa impostazione si affiancò la decisione di mantenere l'apparato di regolazione del Fascismo e la proprietà pubblica di banche e imprese, considerati come utili leve della politica economica.

La concezione dell'economia che si affermò negli anni cinquanta e sessanta era un misto di corporativismo e dirigismo: il primo manifesto nel sostegno alla cooperazione e allo sviluppo dei piccoli produttori agricoli e artigiani e delle loro associazioni; il secondo, nelle decisioni di finanziamento di progetti industriali a lungo termine di intermediari finanziari specializzati di proprietà dello stato e negli interventi della Cassa per il Mezzogiorno.

2. Il modello di economia mista

Il modello di economia mista che si è affermato in Italia dagli anni cinquanta in poi prevedeva forti limitazioni al buon funzionamento del mercato. In realtà finché il modello di economia mista non è entrato in crisi – e per molto tempo esso ha ben funzionato – ben pochi sembravano rendersi conto dei suoi limiti intrinseci e delle possibili alternative.

In quel periodo, la maggior parte dei governi europei fece ampio ricorso al governo del credito, alla proprietà pubblica di banche e a investimenti pubblici per risollevare i propri paesi dalla distruzione seguita alla Seconda Guerra Mondiale¹. La visione dell'economia come economia mista

¹ La Porta et al. (2007) sostengono che il ricorso a tali strumenti per promuovere la crescita economica e risolvere le crisi è una caratteristica comune dei paesi di *civil law*, già addirittura nel periodo napoleonico (pag. 58).

caratterizzata da una forte presenza programmatica dello stato, oltre che dal suo intervento diretto nella gestione di parti rilevanti del sistema economico, costituì a lungo la visione egemonica in Europa, almeno finché non fu messa in discussione in Gran Bretagna dal governo di Margaret Thatcher. Nell'Europa continentale la presa di coscienza dei limiti di questo sistema e il cambiamento sono avvenuti in tempi e con intensità assai diverse da paese a paese. In Italia, come in altri paesi meridionali, la presenza di vaste aree meno sviluppate, ha perpetuato una concezione dell'intervento dello stato fortemente programmatica e interventista.

La combinazione tra il sostegno ai piccoli imprenditori e il controllo pubblico di quasi tutte le altre attività economiche ebbe successo nel condurre l'economia italiana fuori dalla depressione post-bellica, determinando due decenni di rapida crescita dell'occupazione e del reddito pro-capite. Tuttavia, con l'approssimarsi della piena occupazione, alla fine degli anni cinquanta, finì anche la stagione della moderazione salariale e si aprì una fase di crescente conflittualità nelle fabbriche e nella società, con aspri scontri tra imprenditori e sindacati, questi spesso sostenuti dal governo nelle loro richieste. Alla fine degli anni sessanta la stagione contrattuale condusse a un'ondata di aumenti salariali ben superiori ai guadagni di produttività. Una nuova legge, il cd. Statuto dei lavoratori, irrigidì la contrattazione salariale, la gestione del lavoro in fabbrica, le assunzioni e i licenziamenti (De Cecco 2004, Maier 1998, Rossi e Toniolo 1996). Un accordo sulla scala mobile, sottoscritto tra sindacati e Confindustria nel 1975, introdusse un meccanismo di quasi completa indicizzazione dei salari all'inflazione, contribuendo all'aumento dei prezzi, senza peraltro attenuare la conflittualità nelle fabbriche (Castronovo 2006).

Al principio degli anni ottanta, l'Italia entrò nel sistema monetario europeo, un accordo di limitazione delle oscillazioni dei cambi; la politica monetaria divenne restrittiva, sulla scia anti-inflazionistica degli Stati Uniti; la sconfitta sindacale alla FIAT creò le condizioni per un periodo di moderazione delle pressioni salariali e una riduzione della conflittualità nelle fabbriche. Ma le rigidità del mercato del lavoro furono solo parzialmente ridotte, mentre la struttura della contrattazione salariale rimase essenzialmente legata al contratto nazionale di settore; un meccanismo incompatibile con gli andamenti divergenti della produttività nelle aziende nelle diverse regioni d'Italia.

In questo periodo la politica italiana tentò di mantenere i redditi reali, l'occupazione e la produzione ai livelli raggiunti attraverso l'aumento della spesa pubblica, scaricando oneri ingenti sul bilancio pubblico e sulle società parastatali, impedendo le necessarie ristrutturazioni. I problemi di finanza pubblica erano aggravati dai generosi sistemi pensionistici e sanitari, introdotti tra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni ottanta per attenuare il conflitto sociale. Una parte dei maggiori oneri per le prestazioni sociali fu finanziata attraverso maggiori tasse sul consumo e sul

lavoro, che si aggiunsero ai già alti costi del lavoro, accelerando gli investimenti *labour saving*; il resto rimase non coperto. Il debito pubblico superò il PIL, spingendo lo stato italiano alle soglie dell'insolvenza nei primi anni novanta; anche la maggior parte delle società pubbliche era vicina al fallimento, portando alla fine alla liquidazione dell'IRI (Bianchi 2004, Barca 1997).

A complicare ulteriormente le cose, all'inizio degli anni novanta, si decise la contrattualizzazione dei rapporti d'impiego del settore pubblico e del parastato. Così, i salari pubblici presero ad aumentare più rapidamente di quelli privati, mentre la produttività del settore pubblico continuava a peggiorare. I rigidi controlli sulla carriera e sulla mobilità del lavoro da parte dei sindacati hanno aggravato l'inefficienza del settore pubblico e hanno vanificato ogni tentativo di riforma.

Non può sorprendere se il risultato fu un'alta e costante disoccupazione, che incominciò a diminuire solo a partire dalla seconda metà degli anni novanta quando le rigidità d'impiego della forza lavoro furono ridotte dalle leggi Treu e Biagi; per quanto la protezione dei lavoratori privati appartenenti ai sindacati e dell'impiego pubblico rimanesse pressoché intatta, si consentì l'aumento dei contratti a tempo determinato e di quelli atipici.

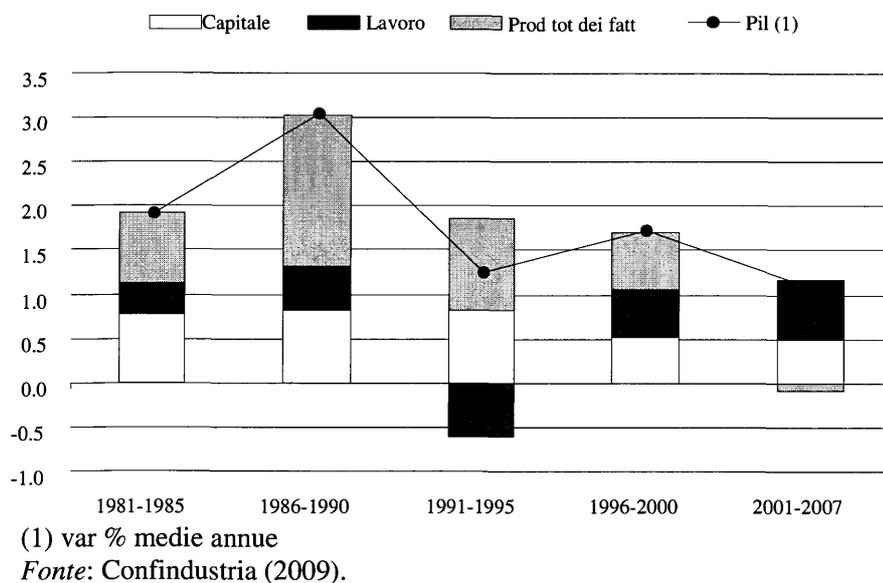
Dopo la crisi del 1992, la minaccia dell'insolvenza dello stato italiano consentì di accentuare la moderazione salariale – con l'accordo del 1993 sulla politica salariale – e furono adottate severe misure di contenimento della spesa pubblica. Ma permase la rigidità delle strutture economiche e restò bassa la mobilità dei fattori tra settori e aree geografiche. La forte discesa del cambio fu seguita da una lenta ripresa dell'economia, concentrata nei settori tradizionali, e della produttività.

Nel decennio iniziato nel 1997, con la forzata convergenza dell'Italia sui parametri di Maastricht, il PIL italiano è cresciuto in media dell'1,5 per cento l'anno, il ritmo più lento in Europa assieme a quello tedesco. Tra il 1997 ed il 2007 l'aumento medio della produttività è stato dello 0,4 per cento, meno di un terzo di quello dell'Europa a Quindici (Confindustria 2009).

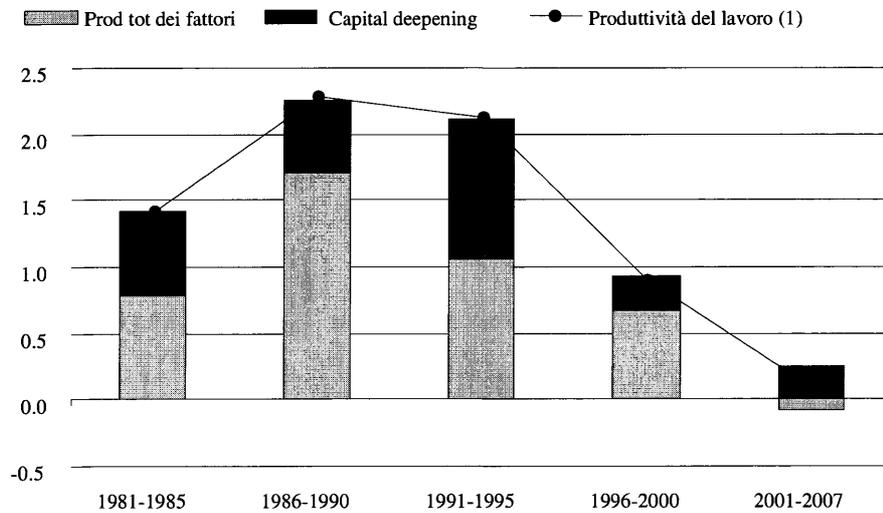
Quali siano i motivi di tale insufficiente crescita della produttività resta in parte incompreso. Due fattori sembrano aver giocato un ruolo importante. In primo luogo, si è cercato costantemente di resistere alle trasformazioni necessarie dell'apparato produttivo, mantenendo una specializzazione produttiva obsoleta e sottoposta a crescenti pressioni competitive da parte dei paesi emergenti. In proposito de Nardis e Traù (2005), analizzando la distribuzione settoriale degli indici di vantaggio comparato nel periodo 1980-81 e nel periodo 2000-2001, riscontrano, a distanza di venti anni, una notevole similitudine, mentre significativi cambiamenti sono stati realizzati da altri paesi industrializzati (Germania, Francia e Regno Unito). Dalla metà degli anni ottanta in poi, è diminuito il contributo della produttività totale dei fattori alla crescita del prodotto (Figura 1) che è la componente che meglio riflette la capacità del sistema di innovarsi, realizzando i mutamenti di

produzione e di tipologie di prodotti nelle direzioni segnate dal cambiamento delle conoscenze e dei mercati.

Figura 1. Il contributo dei fattori produttivi alla crescita del prodotto in Italia



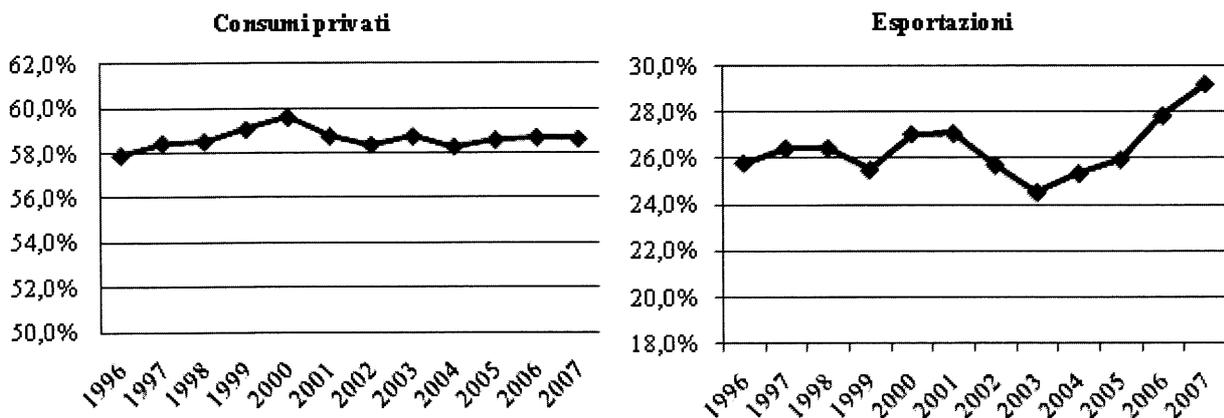
In secondo luogo, mentre l'uniformità nazionale dei trattamenti retributivi e la persistente rigidità dell'impiego del lavoro protetto dal sindacato ha irrigidito le strutture produttive, la maggior parte dei significativi incrementi occupazionali registrati nell'ultimo decennio riguarda posizioni a tempo determinato o cosiddette atipiche (CoCoCo, CoCoPro, interinali), le quali, per la natura meno stabile del rapporto che si instaura tra imprese e lavoratori, sono caratterizzate da una minore propensione all'investimento in capitale umano. Lo scarso investimento in capitale umano compromette, a sua volta, l'incremento della produttività totale (Figura 2): se nel periodo che va dal 1981 al 1990 la componente legata all'aumento della produttività totale dei fattori era stata preponderante, dal 1991 in poi essa ha cominciato a declinare fino al periodo 2001-2007, nel quale i modestissimi aumenti di produttività del lavoro registrati sono riconducibili esclusivamente al processo di risparmio di lavoro e *capital deepening*.

Figura 2. L'andamento della produttività del lavoro: una scomposizione

(1) var % medie annue

Fonte: Confindustria (2009).

Questa caduta della produttività, si traduce a sua volta nella compressione della crescita salariale nel settore privato ed in particolare in quelli più esposti alle pressioni competitive. Questo fenomeno, comune anche ad altri paesi europei con strutture economiche rigide (Turner 2008), ha frenato in misura crescente il contributo della domanda interna alla crescita del PIL, affidando il sostegno della crescita alla componente delle esportazioni (Figura 3).

Figura 3. Incidenza dei consumi privati e delle esportazioni sul PIL

Fonte: Relazioni annuali Banca d'Italia 1999 e 2007.

3. Grandi e piccole imprese: un sistema a “due piani”

Già nel primo dopoguerra, l'Italia mostrava “un ambiente industriale nel quale convivono due sistemi produttivi: uno di grande impresa, in parte pubblica e in parte controllata da un ristretto numero di famiglie storiche – centrata su beni di investimento e beni di consumo durevole – e l'altro di impresa locale, strettamente familiare, centrata sui beni di consumo” (Bianchi 2004).

Per quanto riguarda “i piani alti”, la grande impresa pubblica ha svolto un ruolo trainante negli anni del miracolo economico, dotando il paese di moderne infrastrutture di energia, trasporto e comunicazioni e modernizzando le industrie di base. Nella concezione illuminata di Vanoni e Saraceno, l'impresa pubblica condivideva caratteri della moderna impresa manageriale e dello strumento di intervento pubblico per lo sviluppo. Che questi caratteri fossero tra loro incompatibili appare, col senno di poi, del tutto evidente; quando l'incompatibilità emerse, la politica prevalse sul *management*. Anche nel periodo migliore, quando il *management* pubblico riuscì nell'impresa di offrire servizi di qualità e livelli crescenti di tecnologia, esso non fu mai in grado di mantenere i costi in linea con i concorrenti internazionali, imponendo pertanto una sorta di tassa permanente sui consumatori e sulle imprese private (Castronovo 2003).

Gradualmente, il meccanismo è degenerato verso un sistema di investimenti sponsorizzati politicamente, interferenze politiche e spreco; venne anche utilizzato ripetutamente come l'approdo per le imprese private in stato fallimentare che i sindacati e i politici volevano mantenere in vita. Non sorprende che i manager delle imprese pubbliche cominciarono a partecipare in proprio ai giochi di potere nell'arena politica, diventando uno dei principali fattori di corruzione delle istituzioni e della vita pubblica. Alla fine la stessa IRI fu liquidata, ma sono sopravvissute, grazie alla posizioni di monopolio, le compagnie elettriche e di telecomunicazioni; le infrastrutture per i trasporti, come le autostrade e gli aeroporti, furono privatizzate attraverso procedure opache e senza un quadro di norme adeguato, producendo enormi profitti per i proprietari e pochi investimenti. I servizi ferroviari e postali sono rimasti in mano pubblica.

La grande impresa pubblica ha svolto un ruolo complementare, mai concorrente, rispetto all'industria privata: alle imprese pubbliche era chiesto di fornire infrastrutture, i servizi e i beni di base al settore privato sostenendone la specializzazione. I servizi ferroviari commerciali si svilupparono solo in minima parte per non danneggiare la domanda di trasporto su strada; similmente, le autostrade divennero il pre-requisito principale per lo sviluppo del mercato di massa delle auto di piccole dimensioni. A metà degli anni ottanta quando l'IRI decise di vendere l'Alfa Romeo – che già registrava grandi perdite, ma ancora aveva un buon marchio e godeva di una buona reputazione internazionale – il governo decise di dare la compagnia alla FIAT per escludere

l'ingresso di operatori stranieri sul mercato italiano. Ciò alla fine si rivelò dannoso per l'azienda, che ha continuato a perdere quote di mercato e terreno nella qualità dei prodotti.

Dopo le forti spinte salariali della fine degli anni sessanta, e ancor di più dopo il primo *shock* petrolifero, si chiese alle imprese pubbliche di assorbire i lavoratori delle imprese private in difficoltà: tra il 1962 e il 1982 l'occupazione nelle imprese a partecipazione statale raddoppiò. Quando le imprese private ridussero gli investimenti, fu coniata per stigmatizzarle l'espressione "sciopero degli investimenti", implicando che ciò era dovuto a motivi "politici"; all'impresa pubblica fu chiesto di sostituire gli investimenti privati e di concentrare gli investimenti in aree senza tradizione industriale, resi poi rapidamente obsoleti dall'aumento del prezzo del petrolio.

Un'altra vicenda illuminante sulle incaute politiche pubbliche riguarda la nazionalizzazione dell'industria elettrica nel 1962 (Siciliano 2001). La decisione cruciale fu quella di versare gli indennizzi alle aziende espropriate, invece che agli azionisti, in modo da mantenere un nucleo di capitalismo privato al centro dell'industria e della finanza italiana, coordinato da Mediobanca, una banca di investimento di proprietà pubblica gestita privatamente (Carli 1993).

A quel tempo, sia la Montecatini, un gruppo chimico, sia la Edison, il più grande gruppo elettrico, avevano un azionariato diffuso, ma erano controllate dal *management* attraverso un sistema di partecipazioni incrociate. Per ottenerne gli indennizzi, la Montecatini comperò la SADE, la seconda compagnia elettrica, e la Edison la Montecatini, avviando un *tourbillon* di fusioni e scalate destinato a durare tre decenni. Alla fine, la grande industria chimica italiana era distrutta o ceduta a gruppi stranieri. Gli azionisti privati persero gran parte del capitale investito; più grave, lo persero in operazioni opache, con prezzi manipolati per favorire i grandi attori in gioco, senza molte obiezioni delle autorità pubbliche. La vendita di Enimont all'ENI, nei primi anni novanta, diede luogo alla più grande tangente pagata alla politica mai accertata nella storia d'Italia (Amatori e Brioschi 1997).

Questa vicenda, certo, non getta una luce favorevole sui protagonisti privati, rivelatisi incompetenti e avidi più di potere che di creare industria; ma è legittima la domanda se essa, al fondo, non sia soprattutto l'effetto involontario dell'intervento pubblico nel mercato, che trasferì in mani non adatte somme enormi e potere. Serie questioni sorgono anche riguardo a Mediobanca che, sotto il controllo di banche pubbliche, fu creata e continuò ad agire sotto la guida di Cuccia come centro di coordinamento del capitalismo italiano, intento principalmente a mantenere il controllo nelle mani delle solite famiglie italiane, in un sistema chiuso alla concorrenza e agli apporti di capitale dall'esterno. In un certo senso, Mediobanca è stata la controparte privata della pianificazione pubblica e delle imprese pubbliche, in un sistema chiuso e "relazionale" dove il

settore pubblico mai metteva in discussione gli equilibri tra i gruppi privati e d era sempre pronto a venire in loro soccorso, appena fossero in difficoltà.

Per quanto riguarda invece i “piani bassi” del nostro sistema produttivo, le politiche pubbliche ne accelerarono lo sviluppo in vario modo, sia come conseguenza imprevista dei processi di ristrutturazione e decentramento della grande impresa determinati dalla globalizzazione e dal cambiamento tecnologico, sia con le misure di sollievo per le piccole imprese di tutta la normativa sociale e fiscale che aveva distrutto la grande impresa. Nel tempo, si attenuarono le relazioni di dipendenza rispetto alla grande impresa e si rafforzarono le componenti autonome nei prodotti e nei mercati di sbocco.

Già a partire dai primi anni settanta, ossia immediatamente dopo l’entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, il peso delle piccole imprese sull’occupazione manifatturiera inizia ad aumentare (dal 42 per cento del 1971 al 56 nel 2001); quella della grande impresa scende nello stesso periodo dal 24 al 16 per cento (Tabella 1).

Tabella 1. Addetti nell'industria manifatturiera per classe dimensionale, %

	1951	1961	1971	1981	1991	2001
1-9	32,3	28	20,2	22,8	26,2	24,2
10-19	5,4	7,3	8,7	12,4	15,3	15,4
20-49	8,7	11,6	13,1	13,7	16,3	16,3
50-99	8,1	10,1	10,8	10,2	10,0	10,1
100-199	11,8	12,4	10,4	10,1	9,1	8,7
200-499	8,6	9,1	12,8	11,1	10,1	9,0
>499	25,1	21,5	24,0	19,7	13,0	16,3
Totale	100	100	100	100	100	100

Fonte: Castronovo (2003) e Censimento Istat 2001.

Tra gli anni ottanta e novanta emersero con forza crescente i distretti industriali concentrati nei prodotti per la casa e la persona; gradualmente, essi furono riconosciuti come fonte importante di innovazione e forza competitiva. Su questa base si costruirono le fondamenta del successo del *made in Italy* degli anni novanta e le nuove medie imprese italiane di qualità – Benetton, Geox, Gucci, Ferrero, Luxottica, Indesit, Prada, e nell’industria pesante Marcegaglia, Pesenti, Riva. Al loro fianco, ha continuato anche a resistere una miriade di imprese minori e micro-imprese, caratterizzate da bassi costi e scarso contenuto tecnologico, ma grande adattabilità e capacità di trovare mercati di sbocco, anche in relazione alle variazioni dei cambi.

Le mappe di sviluppo territoriale di Becattini e Coltorti (2004) documentano la diffusione della piccola e media impresa, negli ultimi tre decenni, nel Nord-Est, la fascia adriatica e quella appenninica; il Piemonte e la Toscana hanno visto un recupero dell'industria manifatturiera che presenta caratteristiche strutturali simili. Al contrario, gran parte del Sud non ha partecipato a questi sviluppi; l'attività economica in queste regioni ruota intorno alla spesa pubblica, l'industria delle costruzioni favorita dalla domanda pubblica, regolamentazioni territoriali compiacenti e appalti di favore o truccati per l'offerta dei servizi sanitari e altri servizi pubblici.

Complessivamente, le piccole e medie imprese sono specializzate in settori a minor contenuto tecnologico – anche se allo stesso tempo risultano abbastanza creative ed innovative – e appaiono più piccole delle imprese omologhe degli altri paesi industriali. Il loro nanismo sembra spiegare in parte il basso contenuto tecnologico, per la mancanza di strumenti manageriali e finanziari in grado di gestire tecnologie complesse (Ciocca 2004).

Tra le spiegazioni, Nardozi (2004) ha sottolineato la generale carenza di concorrenza nel sistema economico italiano. A questo fattore, sicuramente rilevante, occorre aggiungerne un'altro: il dualismo dimensionale sembra esser stato alimentato e sostenuto da un altrettanto accentuato dualismo istituzionale (Arrighetti e Serravalli 1997), con tre diverse articolazioni.

In primo luogo, come si ricordava poc'anzi, le piccole imprese sono state sistematicamente sostenute e protette da incentivi monetari, riduzione di oneri contabili e dichiarativi ai fini fiscali (inclusi gli studi di settore), canali di finanziamento privilegiati, riserve di mercato nelle forniture e nelle commesse pubbliche. In secondo luogo, le piccole imprese sono state esentate dall'applicazione delle regole dello Statuto dei lavoratori e da altri vincoli sociali (cfr. Accornero 1999 per un'elencazione completa) e godono di un sistema di soglie applicabili che diventa meno rigido al diminuire della dimensione dell'impresa. L'evidenza empirica, come è noto, non conferma forti discontinuità di comportamento tra le imprese per nessuna delle soglie normative; ciononostante, è probabile che nell'insieme tutti i fattori indicati costituiscano un freno diffuso alla crescita dimensionale (Barca 1997). In terzo luogo, l'evasione fiscale e il lavoro nero appaiono particolarmente diffusi tra le micro-imprese. Una conferma indiretta è fornita dal rilevante concomitante aumento del peso dell'economia sommersa, stimata intorno al 20 per cento del PIL. I dati mostrano un rapido sviluppo dell'economia sommersa a partire dal 1970, subito dopo l'introduzione dallo Statuto dei lavoratori (Schneider 2000).

La rilevanza di tali fattori istituzionali rende meno convincente l'enfasi posta da Accornero (1999) sui fattori culturali della piccola dimensione, legati all'origine artigianale o operaia di molti imprenditori, anche se tali fattori probabilmente contribuiscono a spiegare il fenomeno. Prima di poter loro attribuire un rilievo quantitativo dominante nella spiegazione della piccola dimensione, si

dovrebbe poter controllare per l'effetto degli ostacoli e disincentivi istituzionali che si sono descritti.

4. Fattori strutturali e politici di debolezza dell'apparato produttivo

(a) Proprietà e controllo

La moderna impresa capitalistica viene comunemente identificata con la grande impresa manageriale a proprietà diffusa sul mercato di borsa. Nel suo classico studio sulla dinamica del capitalismo industriale, Alfred Chandler (1990) sottolinea, nel confronto tra il caso inglese e quelli statunitense e tedesco, i costi di ritardato sviluppo legati al mantenimento di un capitalismo a prevalente struttura familiare.

In Italia sono poche le imprese di grandi dimensioni e ancor meno lo sono quelle a proprietà diffusa, prevalentemente società di servizio pubblico privatizzate (ad es. Telecom Italia). Nella maggior parte delle imprese quotate l'azionariato di controllo possiede più del 50 per cento del capitale; il numero totale di società quotate è inferiore rispetto a paesi simili per dimensione e sviluppo come Francia, Germania e Spagna. Il passo è breve a dedurre che il cambiamento della struttura di controllo delle imprese italiane verso strutture a proprietà diffusa possa portare rapidi benefici di managerialità, efficienza e crescita dimensionale per l'impresa e l'economia italiana (Barca 1994, Bianchi et al. 2005, Bianco et al. 2008). Un passo breve, ma forse non solidamente fondato.

L'Italia ha certamente bisogno di imprese più grandi e di imprese manageriali a proprietà diffusa per competere sui mercati internazionali e partecipare all'innovazione che investe le principali attività industriali e i servizi; ma si può dubitare che il mutamento del controllo possa costituire il *primum movens* del cambiamento.

In primo luogo, la proprietà familiare e la struttura chiusa del capitale non sono una caratteristica solo italiana, dato che per definizione l'impresa viene avviata e sviluppata inizialmente da imprenditori individuali. Ciò che caratterizza l'Italia è il ristretto numero di imprese che riescono a raggiungere le dimensioni per la quotazione, che si quotano dopo aver raggiunto le dimensioni opportune e che, una volta quotate, aprono al mercato la maggioranza del proprio capitale. Tuttavia, nonostante il numero di società quotate sia maggiore in Francia e Germania, la percentuale di imprese a stretto controllo familiare in questi paesi è addirittura più elevata che in Italia - intorno al 65 per cento, contro il 60 per cento in Italia (Tabella 2). In sintesi, le imprese a controllo familiare non sembrano essere una caratteristica distintiva dell'economia italiana.

In secondo luogo, la catena causale non si è mossa, storicamente, dalle strutture proprietarie alle forme organizzative, ma piuttosto nella direzione opposta. Come Chandler illustra diffusamente, l'impresa manageriale americana trova la sua origine nella grande dimensione dei mercati di sbocco e, dunque, nel precoce sviluppo di produzioni standardizzate e tecniche moderne di gestione della logistica e della distribuzione. Rivolgersi al mercato azionario diventava naturale in un ambiente ricco di opportunità di investimento, ma incapace di fornire capitale in misura adeguata; l'Europa al contrario, disponeva di molti capitali ma scarse opportunità di investimento. I mercati dei capitali si sono sviluppati per fare convergere la domanda e l'offerta di capitali, inizialmente per finanziare soprattutto le grandi reti di trasporto, elettricità e comunicazione. Successivamente, le nuove tecniche di finanziamento si estesero anche all'industria dei beni di consumo, per cui diventò conveniente attingere ai mercati di capitale per sostenere l'espansione dell'industria nazionale; il ricorso a capitali esteri divenne una pratica comune.

Tabella 2. La proprietà delle imprese quotate (% delle imprese controllate)

(N. di imprese)	Famiglie	Proprietà diffusa	Stato
Austria (99)	52,9	11,1	15,3
Belgio (130)	51,5	20	2,3
Francia (607)	64,8	14	5,1
Germania (704)	64,6	10,4	6,3
Italia (208)	59,6	13,0	10,3
Spagna (632)	55,8	26,4	4,1
Svezia (245)	46,9	39,2	4,9
Svizzera (214)	48,1	27,6	7,3
Regno Unito (1953)	23,7	63,1	0,1
USA*	10	90	0

*La Porta et al. (1999)

Fonte: Faccio e Lang (2002).

Pertanto, è possibile che lo scarso ricorso a un certo modello organizzativo d'impresa rifletta nel caso italiano – come di altri paesi europei – anzitutto la mancanza di adeguati stimoli ambientali, per la ridotta dimensione dei mercati di sbocco. Va ricordato, inoltre, che il progetto europeo per il mercato unico ha preso slancio solo negli anni novanta; fino ad allora, i mercati nazionali erano piccoli e segmentati da barriere tecniche e altre protezioni. Evidentemente le dimensioni anguste del

mercato nazionale hanno fortemente condizionato la piccola dimensione delle imprese; ciò ha avuto conseguenze sulle strutture di *governance* e la capacità di rivolgersi al mercato dei capitali.

Negli anni più recenti, alcune di queste condizioni protettive sono venute meno, mentre i trasporti e le tecnologie di comunicazione hanno aumentato i potenziali mercati di sbocco anche per le piccole imprese. Tuttavia, come evidenziato da Nardozi (2004), molti prodotti venduti all'estero da imprese italiane di successo sono manufatti di "nicchia", protetti dal marchio; tali produzioni godono di un forte potere di mercato e di quasi-rendite, e per questo sono più difficilmente attaccabili dalla concorrenza. La conseguente elevata redditività, relativamente al fabbisogno di capitale, attenua le pressioni a raccogliere fondi dal mercato (Spaventa 2003).

Inoltre, vi sono ulteriori fattori che possono spiegare i motivi per cui gli imprenditori italiani sono riluttanti ad aprire il capitale all'esterno. Mark Roe (2003 e 2006) sottolinea che gli assetti proprietari e la volontà di accettare conferimenti di capitale dall'esterno sono influenzati dal "clima politico" prevalente nella società. Il suo argomento si basa su un approccio *principal-agent*. Poiché il *management* tende a condividere il clima politico, nei paesi di inclinazione "socialdemocratica" gli imprenditori sono più disponibili ad assecondare le richieste dei sindacati o a gestire in maniera meno aggressiva le imprese, a discapito della redditività e della crescita dimensionale dell'azienda; ma proprio per questo i proprietari delle imprese non sono disponibili a delegare poteri al *management* e ad aprire il capitale. In sintesi, ogni volta che prevale un atteggiamento diffuso contrario all'impresa, al profitto e al mercato, si può verificare una tendenza degli imprenditori ad arroccarsi nelle proprie imprese, evitando di fornire troppe informazioni al pubblico sulla redditività per paura di essere colpiti dal fisco o altre misure avverse.

Questa impostazione appare rilevante nel caso italiano soprattutto per le imprese minori che più delle altre hanno sofferto per il clima di ostilità nei confronti dell'economia di mercato che si era affermato durante il Fascismo ed era poi stato condiviso dai principali partiti politici dopo la guerra².

Una seconda linea di analisi, nello stesso senso, è stata sviluppata da Bebchuk (1999), che spiega la proprietà concentrata nelle società quotate con l'esistenza di rendite oligopolistiche. Egli sostiene che in presenza di rendite oligopolistiche la proprietà diffusa risulta un assetto instabile, dati gli incentivi ad impadronirsi delle rendite attraverso l'acquisizione del controllo dell'impresa; il guadagno è maggiore per le acquisizioni *leveraged*. I benefici privati derivanti dal controllo

² La Porta et. al (2007) hanno argomentato che il sistema legale – in particolare *common law* vs. *civil law* – rappresenta un fattore ancor più determinante per gli assetti proprietari e di controllo delle imprese. Hanno mostrato che i risultati empirici di Roe non sono robusti quando il campione viene ampliato per includere i paesi in via di sviluppo. Tuttavia, ciò non esclude l'importanza di fattori politici per spiegare le performance relative all'interno dei sistemi di *civil law*; dunque l'argomento di Roe sembra ancora avere senso per spiegare la performance relativa del mercato azionario italiano rispetto agli altri paesi europei di *civil law*, come Germania e Francia.

vengono massimizzati aprendo i mercati sottostanti e prosciugando le rendite. Nel caso italiano, questa impostazione sembra utile per comprendere l'esperienza delle grandi imprese attive nelle infrastrutture e nelle *utilities*, privatizzate negli anni novanta per ridurre il debito pubblico prima di aver stabilito regole adeguate per il funzionamento concorrenziale dei rispettivi mercati. Il risultato è stato lo spostamento di flussi ingenti di capitale privato dal settore manifatturiero verso il comparto delle *utilities* per sfruttare le rendite legate a queste attività (Scarpa et al. 2005). Questo fenomeno potrebbe portare qualche responsabilità nel calo della produttività osservato negli anni successivi.

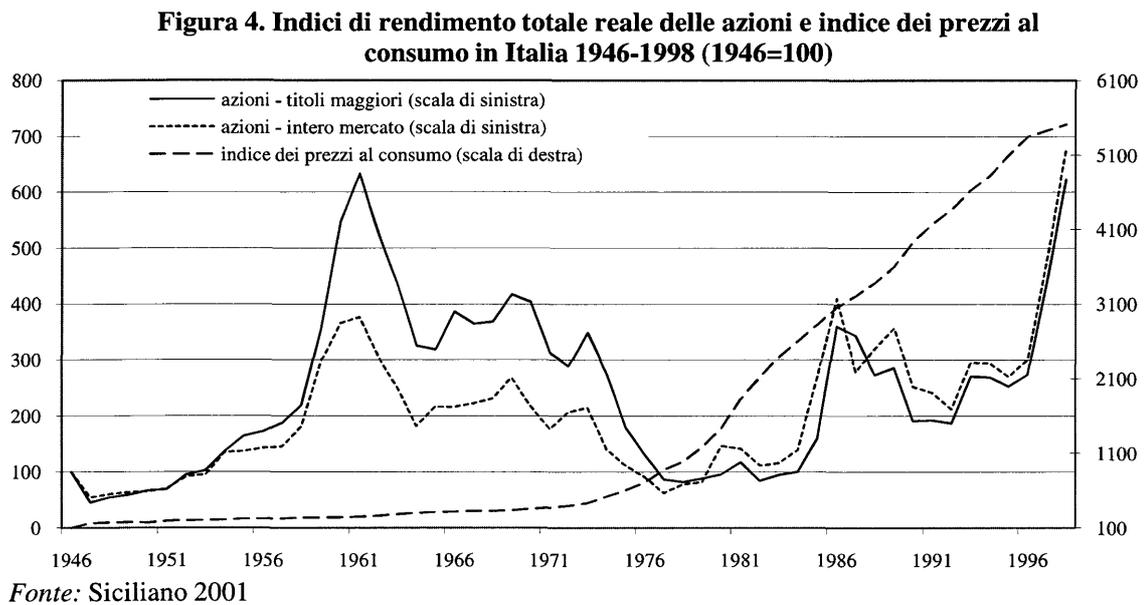
(b) *La vita stentata del mercato di borsa*

Per gran parte del secolo scorso, la borsa italiana ha vissuto una vita stentata, con brevi fiammate seguite da lunghe fasi di disinteresse dei risparmiatori e depressione dei corsi. Le fasi espansive hanno assunto spesso dimensione esagerata, rispetto ai fondamentali; la concentrazione delle emissioni in queste fasi contribuiva ad amplificare le successive contrazioni dei corsi.

Tradizionalmente, le imprese familiari italiane si sono rivolte alla borsa essenzialmente per tre motivi: l'esigenza di ridurre l'indebitamento dopo una fase di rapida espansione; la regolazione di rapporti familiari, ad esempio per favorire l'uscita di membri della famiglia; la disponibilità di un marchio di qualità nei confronti di partner e istituti finanziari (Pagano et al. 1998). I collocamenti di azioni al mercato sono stati spesso limitati ai requisiti minimi per la quotazione, circa il 35 per cento del capitale; i casi di ricorso ripetuto al mercato dopo la prima offerta risultano poco numerosi; molti titoli languono su mercati poco liquidi per la scarsità di interesse da parte degli investitori. La ricerca di nuovi partner industriali e finanziari non sembra aver giocato un ruolo rilevante.

Tale comportamento è spesso citato come prova dell'esistenza di un problema culturale degli imprenditori italiani, intrinsecamente incapaci di sfruttare a pieno i vantaggi dei mercati di capitale moderni. Ciononostante, la storia indica che la borsa – nella quale spiccavano alcune imprese manageriali a proprietà diffusa – iniziò a svilupparsi nel nostro paese già nel XIX secolo; ma le politiche e le leggi fasciste furono ostili a questo sviluppo, conducendo a provvedimenti legislativi che contribuirono a prosciugare la borsa, come la Legge Bancaria del 1936 che precluse la "banca mista". Il trasferimento all'IRI di gran parte della grande industria ridusse il listino ai minimi termini. Per molti anni – prima, durante e dopo il Fascismo e negli anni novanta – si sono succeduti interventi punitivi di tassazione e di limitazione dei diritti di proprietà con lo scopo di finanziare il disavanzo pubblico e assecondare il risentimento diffuso nei confronti degli imprenditori (Aganin e Volpin 2003, Aleotti 1990).

La Figura 4 mostra l'impatto della fase della "programmazione", tra il 1962 e il 1978, sui corsi di borsa: come si può vedere, gran parte della ricchezza creata negli anni del miracolo del dopoguerra fu dissipata nei successivi quindici anni.



Una nuova fase di moderata ma costante espansione del numero delle società quotate e dei titoli sembra iniziata dopo l'emanazione, nel 1998, della legge sul mercato dei capitali, la cosiddetta Legge Draghi, che ha finalmente allineato le norme italiane sulla trasparenza, la *governance* e la tutela degli investitori ai migliori standard internazionali. Il quadro normativo si è arricchito di varie norme imposte dalle direttive europee, a seguito del Piano d'Azione europeo per i Servizi Finanziari (in particolare, abusi di mercato, prospetti, trasparenza e servizi di investimento).

Per la prima volta nella storia d'Italia il numero di società quotate ha raggiunto e superato le 320 unità, mentre la capitalizzazione totale in rapporto al PIL non è distante da quella di Francia e Germania. Ma un numero limitato di grandi imprese attive nelle *utilities* continua a rappresentare la quota preponderante della capitalizzazione di mercato.

In generale, non convince l'idea che i fattori culturali siano la principale causa dello scarso ricorso alla borsa da parte delle imprese italiane. È probabile che fattori politici, riflessi nella scarsa volontà ad adottare leggi moderne per il mercato dei capitali fino alla fine degli anni novanta, abbiano giocato un ruolo rilevante.

(c) *Il ruolo dei sussidi pubblici e dell'intervento dello stato*

Le caratteristiche significative delle politiche pubbliche per l'economia e le imprese sono due. La prima è il carattere permanente assunto nel corso del tempo dai sussidi alle imprese pubbliche e private – principalmente nella forma di trasferimenti, ma anche come crediti di imposta per gli investimenti e le assunzioni – mediamente stabili intorno all'1 per cento del PIL. La Banca d'Italia stima che un'impresa manifatturiera su quattro riceve attualmente un sussidio o incentivo pubblico di qualche natura. Secondo il rapporto del Ministero dello sviluppo economico del giugno 2008, “nel periodo 2000-2007 sono stati censiti complessivamente 849 interventi, di cui 96 a livello nazionale. Inoltre, la rilevazione non tiene conto di una miriade di altri micro interventi, gestiti a livello locale da altri organismi, come ad esempio le Camere di commercio. Nel 2007 i soli interventi nazionali rilevati come attivi sono stati 56”. Tali strumenti legislativi di incentivazione sono prevalentemente destinati alla ricerca, l'innovazione, l'internazionalizzazione, la crescita dimensionale, la quotazione, l'imprenditoria femminile, la tecnologia, oltre a una miriade di iniziative locali di importanza minore. Non esiste una valutazione sistematica dei risultati e dei beneficiari di questo fiume di denaro pubblico.

La protezione accordata alle imprese nazionali è stata anche assicurata attraverso la chiusura del mercato degli appalti e delle forniture pubbliche, riservato sistematicamente alle imprese locali, spesso in violazione delle regole europee, ritardando l'adozione di nuove tecnologie e alimentando la corruzione di politici e amministratori.

I sussidi e i sistemi di protezione erano stati concepiti per rimediare alle deboli infrastrutture materiali ed immateriali – tra cui gli elevati costi energetici e di trasporto, la scarsa istruzione e la disastrosa qualità dell'applicazione delle leggi – ma, soprattutto, erano stati concepiti per preservare l'occupazione nonostante i vincoli proibitivi presenti sul mercato del lavoro. Gli incentivi agli investimenti furono concessi inizialmente per portare l'occupazione industriale al Sud, in seguito per mantenere in vita impianti non profittevoli. Quando i risultati non vennero e fu necessario tagliare i posti di lavoro, i politici e i sindacati furono pronti ad accusare la classe imprenditoriale di incompetenza – ai loro occhi un'altra conferma che occorreva un ricambio nella classe dirigente per superare le inefficienze del capitalismo italiano. La comunità imprenditoriale, dall'altro lato, è stata sempre fin troppo disponibile a ricevere gli incentivi: utilizzandoli per finanziare attività che sarebbero state intraprese comunque o, specialmente nel Sud, come contributi a fondo perduto senza contropartita, poiché i controlli sull'utilizzo del denaro sono stati praticamente inesistenti.

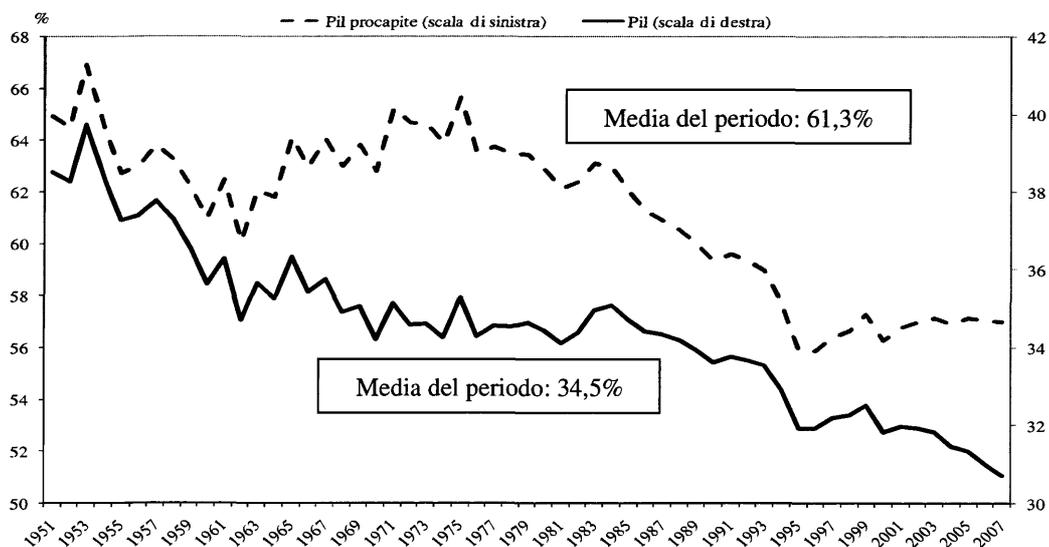
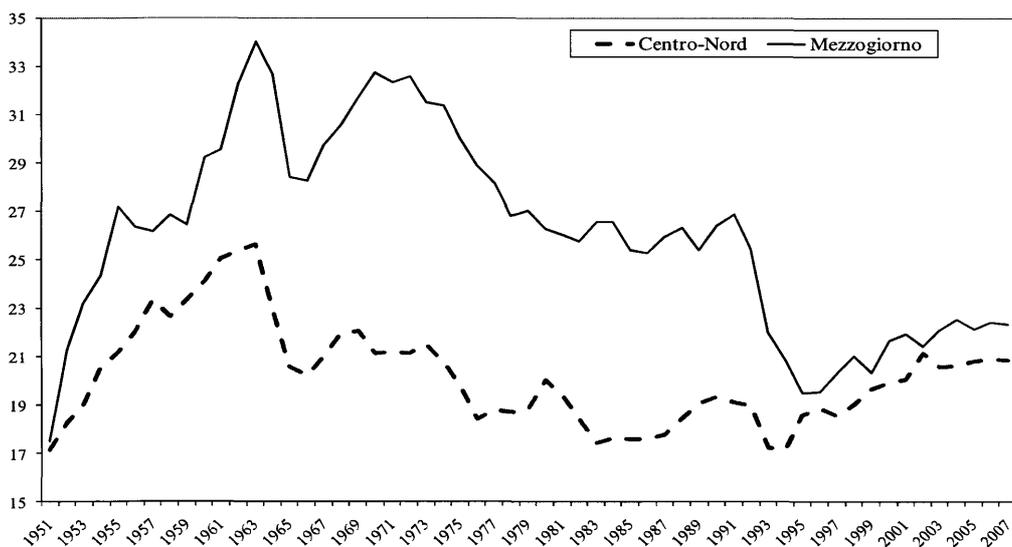
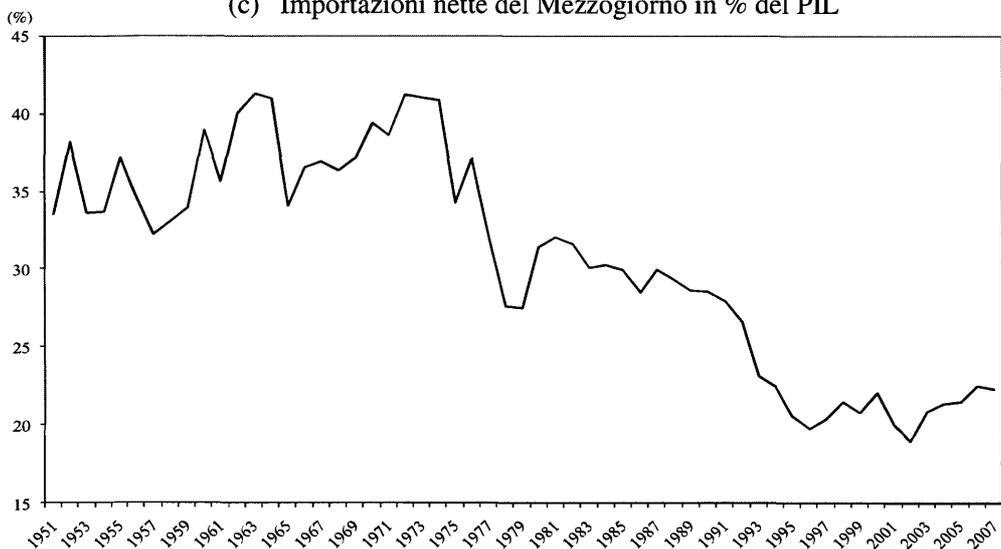
Manca qualunque evidenza sulla presenza di effetti positivi di questo enorme flusso di denaro pubblico sull'attività economica o sull'occupazione³.

Il fallimento riguarda in particolare le politiche per lo sviluppo del Mezzogiorno che non sono riuscite a ridurre il divario di reddito e di crescita e che ormai non trovano più sufficiente consenso politico neppure per il mantenimento dei flussi attuali di trasferimenti, già assai ridotti nell'ultimo decennio. La Figura 5 offre gli elementi essenziali di valutazione al riguardo. Nel riquadro (a) si sono rappresentate le curve del PIL e del PIL procapite del Mezzogiorno, in rapporto a quello del Centro-Nord: si constata che il rapporto tra i PIL è inferiore e continua a cadere per tutto il periodo di osservazione. Il rapporto tra i PIL procapite è più elevato e per lunghi periodi anche in recupero; ma il differente andamento delle due curve riflette soprattutto l'emigrazione dal Mezzogiorno verso altre aree del paese e l'estero. Si allontanano soprattutto i giovani e le persone a più elevata qualificazione. Prova più evidente di un degrado che si aggrava nella qualità del tessuto sociale e civile, prima ancora che economico, non si potrebbe avere.

Il secondo riquadro indica che ciò è avvenuto nonostante tassi di accumulazione nel Mezzogiorno sempre superiori a quelli del Centro-Nord, un segnale non equivoco della cattiva qualità dei progetti. Infine, il terzo riquadro mostra il calo dei trasferimenti netti verso il Mezzogiorno dal resto del paese, essenzialmente a causa della crescente riluttanza a investire in una causa che pare perduta.

Le condizioni instabili della finanza pubblica sono la seconda caratteristica rilevante nell'azione dello stato. Quasi ogni anno si sono attuate manovre correttive per risolvere il problema della spesa fuori controllo, spesso in condizioni di emergenza. Gli interventi della legge finanziaria sono stati ripetutamente integrati con manovre aggiuntive e interventi estemporanei in corso d'anno, poiché la spesa rimaneva fuori controllo. La spesa per le infrastrutture, la ricerca e l'istruzione è stata sistematicamente tagliata per creare spazio ai salari pubblici e alle pensioni; il carico fiscale sui redditi e sui profitti è cresciuto fino a raggiungere i livelli più alti registrati in Europa, in cambio di servizi di scarsa qualità. In tale contesto è probabile che gli effetti avversi degli oneri di imposta sulle decisioni private di investimento siano stati aggravati dall'imprevedibilità del prelievo legata a continui cambiamenti nelle aliquote e nelle norme fiscali (Vacca 2008).

³ Un tentativo di ribaltare questa conclusione con riguardo particolare al Mezzogiorno è stato compiuto da Viesti (2009); tuttavia, l'evidenza presentata non contraddice, ma anzi conferma il sostanziale fallimento della politica dei sussidi.

Figura 5. Elementi di confronto Mezzogiorno-Centro Nord**(a) Andamento del PIL nel Mezzogiorno in % del Centro-Nord****(b) Tassi di accumulazione nel Mezzogiorno e Centro-Nord (rapporto % tra gli investimenti lordi e il PIL)****(c) Importazioni nette del Mezzogiorno in % del PIL**

Fonte: Svimez 2009.

5. Il perdurante ruolo dell'impresa pubblica

La grave crisi economica in atto in tutto il mondo sta influenzando in maniera significativa il ruolo dello stato in economia. Molti paesi di cultura e tradizione liberista (Stati Uniti, Regno Unito, etc.) hanno proceduto alla nazionalizzazione di colossi bancari e assicurativi per evitarne la bancarotta. Questa emergenza rende meno attuale il dibattito sul processo di liberalizzazione in molti paesi (compresa l'Italia), ma sicuramente le questioni di fondo rimangono.

Come già ricordato, l'avvio delle privatizzazioni fu imposto nel nostro paese dal grave deterioramento dei conti delle aziende a partecipazioni statali, soprattutto l'IRI e l'EFIM, in una fase in cui anche i conti dello stato erano in condizioni non più sostenibili, dopo oltre un decennio di elevati disavanzi che avevano fatto lievitare il debito pubblico oltre il 120 per cento del PIL.

Il processo di privatizzazione – che aveva visto negli anni ottanta solo le cessioni di Alfa Romeo a Fiat e di Lanerossi al gruppo Marzotto – iniziò con la vendita dell'IMI, dell'INA e delle tre banche di interesse nazionale di proprietà dell'IRI, quest'ultima importante perché allargò le basi finanziarie esterne al circuito pubblico per i successivi collocamenti azionari e creò meccanismi di disciplina più severi nell'erogazione del credito. L'uscita dello stato dal settore bancario fu completata più tardi con la cessione della BNL (1998) e del Mediocredito Centrale (1999). Questi collocamenti seguirono la riforma della legislazione bancaria, con l'emanazione del Testo Unico del 1993 la quale, eliminando la separazione tra credito a breve e credito a medio e lungo termine, aprì la strada all'affermazione anche nel nostro paese della banca universale.

La cessione di società di servizio entrò nel vivo con la vendita di Aeroporti di Roma, Telecom Italia (di proprietà dell'IRI, il cui controllo fu ceduto al mercato nel 1997), *tranches* successive del capitale di ENI (a partire dal 1995) ed ENEL (dal 1999), Autostrade (1999). Furono anche cedute con successo le società industriali dell'IRI e le attività petrolchimiche dell'ENI; l'IRI venne posto in liquidazione nel giugno del 2000, dopo aver trasferito la proprietà dell'Alitalia e della RAI al ministro del Tesoro. Collocamenti significativi sul mercato furono effettuati anche da enti pubblici locali, perlopiù mantenendo il controllo e un grado elevato di interferenza delle amministrazioni pubbliche nelle gestioni.

Complessivamente, la concorrenza sul mercato dei servizi è aumentata nella telefonia, molto meno negli altri comparti, a causa della lenta evoluzione del quadro regolamentare pro-concorrenziale. I mercati dell'elettricità e del gas e dei trasporti ferroviari sono ancora largamente organizzati su base nazionale, senza concorrenti esteri, quelli degli altri trasporti pubblici e della distribuzione di energia e dell'acqua addirittura su base locale.

Con l'inizio del nuovo decennio, il processo di privatizzazione ha subito un vistoso rallentamento, mentre è esploso il numero delle società a controllo regionale, provinciale e municipale per l'esercizio di attività di servizio e forniture agli enti controllanti, grazie anche a nuove norme, introdotte con la legge finanziaria del 2002, che hanno favorito l'aggiramento delle regole europee sull'assegnazione dei servizi in concessione e sulle forniture pubbliche.

Nel complesso, dunque, il programma di privatizzazione italiano negli anni novanta può essere giudicato un successo dal punto di vista degli ammontari raccolti, che hanno contribuito oltre 120 miliardi di euro di introiti, ovvero quasi l'11 per cento del PIL medio del periodo di riferimento. Successo pieno ha coronato anche la privatizzazione delle attività industriali, le quali hanno condotto nella quasi totalità dei casi all'aumento dell'efficienza e in molti casi significativi all'integrazione delle attività in validi gruppi internazionali. Si conferma la minor efficienza delle gestioni pubbliche, sempre caratterizzate da costi unitari, soprattutto del personale, più elevati e minor efficacia nelle scelte strategiche (Barucci e Pierobon 2007, Goldstein 2003). I collocamenti di azioni in borsa hanno anche contribuito considerevolmente all'allargamento del nostro mercato di borsa: circa la metà della capitalizzazione di borsa è rappresentata da società privatizzate.

Il quadro appare più problematico in altri aspetti. In primo luogo, se la scelta di incominciare dalle partecipazioni finanziarie, in un quadro di crescente libertà di movimento dei capitali, è apparsa felice, in quanto ha migliorato spessore e liquidità dei mercati finanziari, minor successo ha invece arriso alle scelte adottate riguardo agli assetti proprietari, dove gli obiettivi non erano del tutto coerenti. Il tentativo di diffondere il modello della *public company* per le aziende di servizio – incominciando da Telecom Italia – ma riservando il controllo a “nuclei duri” di azionisti “amici” non è riuscito – anche per la scarsa disponibilità dei gruppi industriali privati a partecipare con risorse significative. Il modello che si è affermato è stato poi quello dell'acquisizione del controllo con debiti, con il sostegno delle banche; resta forte il sospetto che questo sostegno trovasse talora sponde politiche.

Nel sistema bancario, mentre da un lato si spingevano le neo-nate Fondazioni bancarie a uscire dal capitale delle banche per favorire assetti proprietari più diffusi, dall'altro la politica di freno della Banca d'Italia all'ingresso di capitali stranieri nel capitale delle banche italiane non consentiva di allargare la massa dei capitali disponibili. Così, per un decennio il primo obiettivo ha tendenzialmente ceduto il passo al secondo, lasciando alle Fondazioni un ruolo centrale nel controllo delle grandi banche italiane, contribuendo a perpetuare logiche estranee al mercato e a ridurre la concorrenza (cfr. anche Goldstein 2003). Ciò ha rappresentato un fattore non secondario nel rallentare i processi di aggregazione e nel mantenere assetti di mercato poco concorrenziali e aziende bancarie poco competitive, come hanno finalmente stabilito oltre ogni dubbio le recenti

indagini delle Autorità anti-trust europee e nazionali (Commissione Europea 2007, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 2007). Hanno concorso nello stesso senso anche gli assetti proprietari delle banche popolari, rese non contendibili dal limite del voto capitario. Un deciso cambio di marcia si è verificato solo intorno alla metà del decennio in corso, con l'arrivo del governatore Draghi e l'acquisizione del controllo di due banche italiane da parte di BNP-Paribas e ABN-Amro.

Un secondo risultato poco soddisfacente delle privatizzazioni riguarda le condizioni di mercato nella prestazione dei principali servizi pubblici privatizzati. Al riguardo, il dato saliente che riassume quanto accaduto è l'aumento di prezzi e profitti delle aziende collocate sul mercato, al quale non ha però corrisposto un miglioramento significativo né nelle tecnologie, né nella qualità dei servizi prestati (Barucci e Pierobon 2007). Si possono, al riguardo, distinguere due diversi casi. Da un lato, vi sono le numerose aziende di servizio nelle quali l'ente pubblico ha mantenuto un pacchetto azionario di controllo, cedendo il resto al mercato: prime tra tutte l'ENI e l'ENEL (diverso è il caso di Finmeccanica, attiva nel settore della difesa, e di aziende che non producono utili, come la RAI e l'Alitalia), ma anche numerose aziende municipalizzate collocate in borsa (Fondazione Civicum 2007).

In questi casi è emerso chiaro il conflitto tra l'interesse dell'azionista a massimizzare il valore dell'azione e i dividendi pagati dall'azienda, e quello degli utenti dei servizi ad ottenere tariffe più convenienti e servizi migliori. Tra il 2000 e il 2005 l'ENI e l'ENEL hanno distribuito dividendi per oltre 30 miliardi di euro, dei quali 11,6 miliardi al Tesoro. Nel caso dell'ENEL, tale risultato è stato ottenuto portando il *payout* in rapporto all'utile vicino al 100 per cento (Barucci e Pierobon 2007, p. 62). Analisi condotte dall'Ufficio Studi di Mediobanca indicano che le società comunali attive nei cd. settori di rendita (in primis l'energia) garantiscono ai comuni proprietari un flusso significativo e costante di entrate nella forma di dividendi (circa 180 milioni di euro l'anno), al prezzo di tariffe elevate.

Le gestioni sono spesso poco efficienti (Fondazione Civicum 2007), ma attribuiscono notevole leva politica alle amministrazioni che le controllano. Siamo qui di fronte a una forma evidente di fiscalità mascherata a favore di soggetti non chiaramente identificati: tali entrate derivano da tariffe fissate in mercati non concorrenziali, simili dunque a una tassa, ma sfuggono allo scrutinio delle assemblee elettive e possono essere distribuite in maniera non trasparente. Emerge qui con evidenza l'inadeguatezza del quadro regolamentare (Scarpa et al. 2005).

L'ultimo aspetto problematico riguarda non quello che è stato fatto, ma quello che non è stato fatto. L'Italia resta un paese con una presenza pubblica nell'economia assolutamente anomala nel mondo occidentale, nonostante i consistenti smobilizzi effettuati. Le aziende possedute o controllate

dallo stato occupano circa 500.000 addetti. Alcune di esse accumulano ingenti perdite da decenni; ma il danno maggiore è rappresentato dalla perdita di occasioni tecnologiche e di mercato che ne risultano, a causa delle inefficienze gestionali e delle taglie imposte dalla politica alle politiche aziendali. Vi sono poi le aziende possedute da autorità di governo locale, diverse migliaia di società. Circa 1300 sono società municipalizzate per la prestazione di servizi; mentre quelle per la distribuzione di energia guadagnano, molte altre, perlopiù nei trasporti e nella raccolta e nello smaltimento dei rifiuti, perdono denaro (Fondazione Civicum 2007). Anche in questo caso, il danno maggiore è nelle occasioni perdute: nei mancati benefici effetti in termini di tecnologia e innovazione delle cattive gestioni pubbliche. Il costo di questa malintesa socialità non è facile da stimare, ma è certamente enorme, dato che in questi comparti si concentrano grande crescita prospettica della domanda e rilevanti possibilità di sviluppo e sfruttamento di nuove tecnologie, oltre che significative economie di scala – che naturalmente non possono essere sfruttate per mantenere in mani locali poco limpide il controllo delle aziende.

6. Il difficile adeguamento dell'Italia ai principi comunitari

Nella prima fase seguita ai Trattati di Roma e all'istituzione del mercato comune l'Italia si comportò rispetto agli obblighi derivanti dalle regole europee come un ottimo alunno. Infatti, la crescita sostenuta, la moderazione salariale e le prudenti politiche finanziarie mantenevano condizioni favorevoli alla forza del cambio e all'afflusso di capitali dall'estero; le restrizioni doganali furono smantellate in anticipo rispetto alle scadenze previste e ancora per gran parte degli anni sessanta la lira era una moneta desiderata dagli investitori e i capitali si muovevano liberamente. Come si è visto la musica cambiò completamente nel decennio successivo, con l'adozione di politiche di inflazione e repressione finanziaria tese a favorire il finanziamento dei crescenti disavanzi pubblici; l'economia fu irrigidita dall'esplosione dei sussidi e dei vincoli all'impiego del lavoro e alla differenziazione dei salari. Una vera inversione di questi indirizzi non venne fino ai primi anni novanta, e solo per la minaccia di insolvenza sul debito pubblico.

Non sorprende, dunque, che leggi moderne per la regolazione della concorrenza e dei mercati dei capitali furono introdotte solo allora, sotto la spinta crescente delle istituzioni europee (Cassese 2000). La tutela della concorrenza ha trovato riconoscimento costituzionale⁴ solo con la riforma del Titolo V nel 2001.

Si può ricordare che nel 1978 Guido Carli, allora presidente di Confindustria, aveva preparato un pacchetto di proposte legislative teso “a unificare il mercato interno, cancellando o portando alla

⁴ All'art.117 ora leggiamo “Lo stato ha la legislazione esclusiva sulle seguenti materie: ... e) tutela della concorrenza”.

luce privilegi, barriere all'entrata e regole amministrative contrarie alla concorrenza: esso prevedeva una normativa antitrust e l'obbligo per le imprese, pubbliche e private di presentare un prospetto degli aiuti diretti e indiretti ricevuti dallo stato". Attraverso tali norme, mai giunte all'esame del Parlamento, "si sarebbero ... individuati i caratteri di quel protezionismo interno – fatto di credito agevolato, fondi di dotazione concessi per ripianare le perdite, favori fiscali – che, secondo Carli, era la risposta italiana all'adesione alla Comunità europea e all'abbandono, imposto da quella, del protezionismo esterno fatto di dogane, tariffe differenziali, vincoli quantitativi, autorizzazioni ministeriali" (Gigliobianco 2006, p. 300).

In seguito, tuttavia, seppur lentamente, la disciplina europea finì per prevalere, ponendo sotto pressione crescente il modello italiano di economia mista. In primo luogo, con la progressiva rinuncia alla manovra del cambio, all'interno degli accordi monetari europei, l'Italia dovette rinunciare alle svalutazioni competitive con cui periodicamente si riassorbivano le dinamiche dei costi incompatibili con le dinamiche sui mercati concorrenti.

In secondo luogo, dopo l'approvazione dell'Atto Unico europeo nel 1986 che prevedeva il voto a maggioranza in Consiglio sulle direttive per l'attuazione delle libertà di circolazione, nel 1992 entrò in vigore il Programma del mercato interno, comprendente oltre 400 misure per l'eliminazione delle barriere tecniche che ostacolavano il funzionamento del mercato; inoltre, la Commissione diede priorità crescente all'applicazione delle politiche comuni di concorrenza, previste fin dall'origine nel Trattato, ma rimaste fino ad allora largamente inattuato. La disciplina del mercato interno ha imposto il graduale smantellamento delle protezioni, prima al settore manifatturiero, in seguito anche all'intero comparto dei servizi. La politica della concorrenza ha anche imposto lo smantellamento del sistema di aiuti alle imprese di stato, di fatto forzandone la privatizzazione nel corso degli anni novanta, e più generale ha vietato gli aiuti indiscriminati e distorsivi al settore privato, limitandone strettamente l'utilizzo a particolari tipologie di interventi e in particolari circostanze (settori meritevoli quali la ricerca o le infrastrutture di trasporto, aree svantaggiate identificate con parametri comunitari, eccetera).

In pratica, i principi comunitari di concorrenza sono stati attuati lentamente e tra grandi resistenze; le politiche di sostegno alle aree svantaggiate hanno conservato una prevalenza di trasferimenti alle imprese e alle famiglie, mentre la necessaria, e prevista, concentrazione degli interventi negli investimenti in capitale umano, infrastrutture e legalità non si è realizzata.

La difficoltà ad adeguarsi alle regole europee, è ben evidente nei tempi lunghi con cui sono trasposte le norme europee e nella loro scorretta applicazione. Secondo i dati della Commissione europea, la maggior parte dei casi di infrazione della normativa comunitaria aperti riguarda proprio l'Italia, nonostante un certo miglioramento negli anni recenti. A marzo 2009 risultano aperte a

carico dell'Italia 163 procedure d'infrazione, di cui 137 riguardano casi di violazione del diritto comunitario e 26 la mancata trasposizione di direttive nell'ordinamento italiano.

La violazione delle regole sugli appalti continua a rappresentare una delle principali cause delle procedure di infrazione. In questa materia il diritto comunitario impone il rispetto di principi di trasparenza e non discriminazione nell'aggiudicazione dei contratti pubblici per le forniture, la prestazione di servizi e l'esecuzione di lavori⁵. Molti degli interventi normativi necessari per adeguare l'ordinamento italiano alle prescrizioni del diritto comunitario sono stati realizzati, da ultimo con l'approvazione del Codice dei contratti pubblici. Ciononostante, l'applicazione dei principi comunitari da parte delle amministrazioni lascia molto a desiderare.

Ad oggi risultano aperte 11 procedure di infrazione; le principali violazioni della normativa comunitaria riguardano l'affidamento in concessione senza previa gara d'appalto⁶; la mancata ottemperanza a sentenze della Corte di giustizia, che ha condannato l'Italia per violazioni del principio di trasparenza e dell'obbligo di garantire adeguata pubblicità nei contratti di appalto e, inoltre, per non aver rispettato l'obbligo di pubblicazione del bando di gara d'appalto come previsto dalla direttiva; l'applicazione di requisiti alla fornitura di un servizio che possono scoraggiare gli operatori economici stranieri e che non si rivelano proporzionati rispetto all'oggetto del contratto⁷.

Anche le norme sugli aiuti di stato hanno trovato difficile applicazione nel nostro ordinamento a causa della riottosità da parte delle Amministrazioni ad applicare le regole, in presenza di un atteggiamento diffuso di protezione delle imprese nazionali. Il risultato è che sono numerosi i casi di mancata notifica degli aiuti alla Commissione europea e le procedure di infrazione a carico dell'Italia.

La nuova direttiva sui servizi, approvata nel 2006 e in corso di trasposizione negli stati membri dell'Unione, offre un'importante occasione per adeguare il nostro ordinamento ai principi del mercato interno. La prima ragione è il vasto ambito di applicazione, che copre tutti i servizi di natura economica destinati ai consumatori e alle imprese. La seconda è che essa fissa principi generali di libertà, ponendo le basi per un vero e proprio diritto dell'attività d'impresa nel mercato interno. Infine, la direttiva prevede un forte coinvolgimento degli Stati membri nella fase di attuazione, molto più che nel passato.

L'obiettivo primario della direttiva è quello di rimuovere i numerosi ostacoli che fino ad oggi rendono difficile ai prestatori di servizi espandersi oltre i confini nazionali e sfruttare le potenzialità del mercato unico. Tali ostacoli riguardano sia la libertà di stabilirsi in un altro stato membro,

⁵ Direttiva 2004/17/CE e 2004/18/CE.

⁶ Si veda la procedura d'infrazione aperta riguardo l'affidamento dei servizi di consulenza gestionale alle farmacie comunali alla società Farcom spa da parte dei comuni toscani di Pistoia, Quarrata e Larciano.

⁷ Si veda la procedura d'infrazione aperta riguardo le offerte di servizi bancari per l'Università di Parma.

sancita dall'articolo 43 del Trattato CE, sia quella prevista dall'articolo 49, di prestare servizi in un altro stato membro senza stabilirvi una sede permanente. I principali ostacoli derivano dalle restrizioni normative imposte a livello statale, regionale, locale, dalle procedure amministrative opache e troppo gravose, dall'incertezza giuridica che ancora accompagna le transizioni transfrontaliere.

Sinora l'attore principale nella lotta contro questi ostacoli è stata la Corte di giustizia, attraverso l'applicazione diretta degli articoli 43 e 49 del Trattato. La giurisprudenza della Corte ha chiarito, in importanti sentenze, che tali disposizioni vietano agli stati membri non solo le misure discriminatorie ma tutte quelle suscettibili di impedire o rendere più difficile l'esercizio delle libertà fondamentali. Queste misure sono proibite, salvo che siano giustificate da esigenze imperative di interesse generale, adeguate al raggiungimento dell'obiettivo, nonché proporzionate.

Ma la diretta applicazione degli articoli 43 e 49 del Trattato nei singoli casi non è sufficiente per il buon funzionamento del mercato interno dei servizi, perché solo laddove sia sollevata un'eccezione davanti alla Corte di giustizia la restrizione verrà eliminata. Da qui l'idea di adottare un direttiva di carattere orizzontale che dà forma di legge europea a principi già affermati dalla Corte di giustizia, secondo la quale le norme nazionali di protezione dei consumatori e dell'interesse pubblico non possono risolversi in misure di protezione dei sistemi esistenti. Con la direttiva servizi non si cambia il diritto ma se ne rende più facile l'applicazione, dato che non è più necessario rivolgersi alla Corte di giustizia per ottenerne il rispetto ma basta adire un giudice nazionale.

Come già menzionato, riveste un ruolo importante il coinvolgimento degli stati membri nell'applicazione della direttiva, i quali sono chiamati a collaborare in modo sistematico nello sforzo di rimozione degli ostacoli al mercato interno dei servizi, spesso da loro stessi originati. I principi della giurisprudenza comunitaria si trasformano in un'agenda, con precisi compiti e scadenze da rispettare: per attuare la direttiva servizi non basta una legge di recepimento, occorre anche un intenso impegno sul piano organizzativo, a tutti i livelli di governo. È richiesta ad esempio la creazione di sportelli unici e la predisposizione di procedure elettroniche. Va organizzato il processo di monitoraggio e valutazione della normativa statale, regionale e locale, per verificare quali disposizioni vadano cambiate o eliminate in attuazione dei principi generali posti dalla direttiva. I risultati di tali accertamenti dovranno essere notificati alla Commissione; sulle restrizioni mantenute dagli stati membri verrà avviato un processo di valutazione reciproca. I criteri di vaglio dei regimi autorizzatori e delle restrizioni derivanti dalla regolazione dovranno essere incorporati anche nei processi di elaborazione delle nuove proposte normative. L'attuazione della direttiva impone, in sostanza, un metodo di lavoro.

Tutte le amministrazioni nazionali, anche locali, spesso propense a muoversi in una logica di protezione, diventano partecipi di un progetto volto a promuovere la libertà di iniziativa economica e la tutela del consumatore. Sia le amministrazioni che i giudici dovranno abituarsi a interpretare le disposizioni nazionali in conformità al diritto comunitario, disapplicandole in caso di contrasto.

Un'area invece che di miglioramento, addirittura di peggioramento è costituita dalla contendibilità del controllo delle società quotate. Con la legislazione dei primi anni novanta in materia di Offerte pubbliche di acquisto (Opa), poi inserite nel Testo unico della Finanza (Tuf) nel 1998, venne affermato per la prima volta il principio della contendibilità. Purtroppo il Tuf si è rivelato il punto di arrivo di una stagione di apertura del nostro mercato dei capitali, non l'inizio di una nuova era. Negli anni successivi, così come si è arrestato il processo di liberalizzazione e di privatizzazione, così si è anche arrestato e poi invertito il processo di apertura del mercato dei capitali, in parte anche per colpa della legislazione europea. Infatti, la direttiva europea sull'Opa, adottata nel 2004 sotto forte influenza tedesca, consente l'apertura e la piena contendibilità del mercato, ma non obbliga gli stati membri ad attuarla⁸.

Questa soluzione di compromesso, che permise l'adozione della direttiva, ha determinato una forte eterogeneità delle norme nazionali, dato che la scelta sul grado di contendibilità sui singoli mercati è stata affidata ai singoli stati membri in sede di trasposizione della direttiva. Inoltre, la direttiva ha introdotto un pericoloso principio di reciprocità, finora sempre evitato nella legislazione europea, secondo il quale gli stati membri possono consentire alle società con sede nel proprio territorio di non applicare le regole di passività e di neutralizzazione, quando sono oggetto di un'offerta lanciata da una società che non è soggetta alle stesse regole.

In sede di trasposizione della direttiva⁹, il legislatore italiano aveva confermato l'impostazione del Tuf¹⁰, con la sola nuova limitazione del principio di reciprocità, per ovviare al differente grado di contendibilità delle imprese previsto dalla legislazione nazionale degli altri paesi dell'Unione. Tuttavia, con l'acuirsi della crisi finanziaria, esso è ritornato sui suoi passi e, tramite un decreto legge di applicazione immediata, ha deciso la completa sospensione delle regole sulla passività

⁸ Direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto. In particolare, al fine di creare regole e condizioni uniformi per le società europee, con particolare riferimento alla possibilità di adottare misure difensive preventive e successive per contrastare il successo dell'offerta, la direttiva ha previsto la regola della passività degli amministratori e la regola della neutralizzazione (*breakthrough*). Con la regola della passività si impedisce agli amministratori, successivamente al lancio di un'offerta, di adottare misure difensive in assenza di una preventiva autorizzazione da parte dell'assemblea; in questo modo, si garantisce agli azionisti, destinatari dell'offerta, la possibilità di esprimersi sul merito della stessa. Con la regola della neutralizzazione, si colpiscono quelle misure preventive, organizzative o di altra natura, in grado di frustrare il risultato dell'Opa; sono infatti inefficaci nei confronti dell'offerente le limitazioni, statutarie o parasociali, al diritto di voto e al trasferimento delle azioni. Entrambe le norme sono facoltative: la direttiva non obbliga gli Stati membri a imporle; essi possono anche consentire alle società di applicarle per via statutaria.

⁹ Decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 229, Attuazione della direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto.

¹⁰ Cfr. art. 104.

degli amministratori e di neutralizzazione dei patti di sindacato e accordi in occasione del voto in assemblea, prevedendo solo la possibilità di applicarle per scelta statutaria¹¹. Ulteriori peggioramenti della normativa in senso restrittivo sono stati recentemente adottati; tali modifiche erano state proposte all'attenzione del Parlamento dal presidente della Consob, il quale si è così posto come il difensore delle società italiane¹².

Colpisce, in tali modifiche, il sacrificio degli interessi degli azionisti non di controllo a favore di quelli del *management*, il quale potrà ora apprestare difese contro un'offerta non concordata senza sentire l'assemblea e senza preoccuparsi dei danni inferti al valore delle azioni. Una tale scelta naturalmente allontanerà gli investitori esteri ancora presenti sul nostro mercato e, lungi dal rafforzarci, ci renderà più deboli, perché più poveri di capitale.

Una nuova opportunità di modificare il nostro ordinamento in senso europeo è offerto dalla direttiva europea sui servizi, la quale realizza il passaggio da un sistema di regole per il mercato interno a un sistema di regole per la libera iniziativa economica, in un contesto di mercato libero da oneri amministrativi e vincoli normativi ingiustificati. Le imprese hanno il diritto a procedure amministrative semplici, a regole giustificate e proporzionate, ad efficaci strumenti di tutela. In fin dei conti, si tratta di un'evoluzione simile a quella che abbiamo da tempo sperimentato nel diritto antitrust comunitario, dove uno strumento inizialmente pensato per rimuovere le restrizioni transfrontaliere ha assunto un valore autonomo di norma per la concorrenza nel territorio dell'Unione europea. Il diritto del mercato interno ci aiuta a muoverci verso un migliore diritto del mercato.

Nonostante la grande opportunità offerta dalla direttiva servizi, in Italia sono ancora molto diffusi atteggiamenti di resistenza all'apertura alla concorrenza non giustificati da reali esigenze imperative di interesse generale. Spesso infatti le restrizioni normative e amministrative vanno ben oltre quanto richiesto dall'interesse generale e configurano forme di protezione dei soggetti già operanti nel mercato. Tali soggetti, traendo vantaggio dalla protezione, si oppongono con determinazione a qualsiasi progetto di liberalizzazione.

Un caso particolare, ma di grande interesse per le implicazioni sul funzionamento del mercato dei servizi, riguarda la disciplina della professione forense. Varie proposte all'esame del Parlamento

¹¹ Decreto legge del 29 novembre 2008 n. 185 recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale.

¹² Cfr. il disegno di legge (AS 1503 approvato dal Senato l'8 aprile 2009) di conversione del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi. In particolare, le disposizioni approvate prevedono: in caso di partecipazioni superiori al 30%, l'obbligo di offerta pubblica totalitaria solo per acquisti superiori al 5% del capitale; la facoltà per la Consob di ridurre temporaneamente, al di sotto del 2%, la soglia di acquisto di partecipazioni nella società a partire dalla quale scatta l'obbligo di comunicazione alla società partecipata e alla Consob; l'innalzamento del limite per l'acquisto di azioni proprie dal 10% al 20% del capitale sociale.

contengono disposizioni restrittive della concorrenza e sono rivelatrici di un'attitudine diffusa ancora riluttante ad accettare i principi del diritto europeo.

Anzitutto, si vuol tentare di reintrodurre il sistema di tariffe minime vincolanti, eliminato dal nostro ordinamento nel 2006¹³. Inoltre, si tenta di estendere la riserva di attività degli avvocati, attualmente limitata all'assistenza nei procedimenti giurisdizionali e alla rappresentanza, a numerosi altri ambiti tra cui l'attività di consulenza legale. L'estensione dei settori di attività riservati agli avvocati andrebbe a incidere sull'ambito in cui si esplicano nel nostro ordinamento la libertà di lavoro autonomo e la libertà di impresa di servizi. Se tali misure dovessero essere approvate è molto probabile un ricorso alla Corte di giustizia europea per violazione del diritto comunitario.

Un'importante sfida in materia di politiche di concorrenza proviene dalla modernizzazione delle regole di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato avvenuta con il Regolamento CE 1/2003. La riforma ha largamente decentrato l'applicazione delle regole comunitarie alle autorità di concorrenza degli stati membri e ai giudici nazionali, lasciando alla Commissione europea il compito di guidare l'applicazione delle norme e di gestire direttamente solo i casi più rilevanti a livello europeo.

Di conseguenza, ha assunto rilievo il *private enforcement*, ossia l'applicazione diretta delle norme antitrust da parte dei giudici nazionali nelle controversie tra privati. Le conseguenze diventeranno visibili quando diverrà operativa la norma sulla *class action*, che si applica anche alle violazioni antitrust e alle pratiche commerciali scorrette. In questo contesto, si dovranno riordinare le competenze dei giudici, rimuovendo l'attuale ingiustificata diversità di attribuzioni nell'applicazione delle norme antitrust: in alcuni casi le corti d'appello, in altre i giudici di pace e i tribunali, in altre ancora le sezioni specializzate per la proprietà industriale.

7. Conclusioni

In questo saggio abbiamo cercato di argomentare che molte caratteristiche del sistema delle imprese e del capitalismo italiano possono trovare spiegazione negli effetti di incentivi istituzionali e politici che hanno distorto e continuano a distorcere l'economia.

Molte di queste debolezze appaiono come la conseguenza delle politiche economiche interventiste e dei conflitti sociali degli anni sessanta e settanta; come si è visto, gli strumenti di politica economica adottati in quegli anni trovavano le radici nella cultura economica e negli interventi del periodo fascista. Il sistema si è costantemente caratterizzato per l'incapacità di accettare il cambiamento a viso aperto; il cambiamento è avvenuto ugualmente, ma per vie traverse, con troppe aree grigie e l'esplosione dell'economia sommersa. Nell'economia emersa ha continuato

¹³ Articolo 2 del decreto legge 4 dicembre 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

a prevalere uno scambio improprio tra sussidi e protezioni, mentre le grandi decisioni strategiche sono rimaste imprigionate in una logica di scambio politico incompatibile con le ragioni dell'efficienza.

Con la seconda metà degli anni novanta alcune di queste caratteristiche sono venute meno, grazie in particolare alla privatizzazione del sistema bancario e finanziario e di gran parte dell'IRI e all'introduzione di un sistema di regole per la concorrenza e la tutela degli investitori: è probabile che tali cambiamenti aiuteranno i modelli di *governance* e gli assetti proprietari delle imprese italiane a evolvere verso gli standard europei.

Tuttavia, le regole del mercato del lavoro e le relazioni sindacali sono ancora troppo rigide per essere compatibili con il nuovo ambiente competitivo. La presenza pubblica nell'economia resta sproporzionata, causa fondamentale di sprechi, distorsioni colossali di incentivi e di corruzione. L'applicazione delle norme europee sulla libera circolazione e la concorrenza è nel complesso reticente e parziale, con piccoli passi avanti in alcuni campi subito smentiti da gravi arretramenti su altri fronti. La cultura economica della classe politica italiana è tuttora fortemente permeata di sentimenti anti-capitalisti. L'intervento diretto appare preferito alla costruzione di un buon sistema di regole. Nel 2007, membri influenti del Parlamento hanno presentato ancora una volta proposte per limitare per legge i diritti di voto degli azionisti di maggioranza in molti dei principali gruppi industriali.

Resta forte l'idea che in Italia vi siano buone imprese guidate da imprenditori incapaci e che solo cambiando gli imprenditori la situazione possa migliorare. Ciò dà agli imprenditori italiani valide motivazioni per resistere all'apertura della proprietà delle imprese e alla quotazione – e rappresenta un incentivo per rimanere piccoli, nella misura in cui aumentare la dimensione dell'impresa potrebbe richiamare un'attenzione non gradita da parte della politica.

La crisi finanziaria sembra ora aver alterato il quadro delle priorità e degli interventi necessari per riportare l'Italia su un sentiero di crescita sostenuta. Da noi come altrove, lo stato è dovuto intervenire per sostenere il sistema finanziario e, in misura crescente, per dare aiuto alle imprese in difficoltà per il crollo simultaneo della domanda in tutto il mondo. Sorge dunque la questione se valga ancora l'analisi che si è presentata; se invero le riforme che si sono invocate nel senso di un miglior funzionamento dei mercati, anzitutto quello del lavoro, valgano ancora.

La nostra risposta è affermativa. Gli interventi dello stato nell'economia resi necessari dal precipitare di una crisi economica e finanziaria di dimensioni inusitate certamente non implicano, né giustificano, l'abbandono del modello di economia di mercato. Per quanto sia difficile prevedere nella fase attuale la profondità degli interventi che si renderanno necessari, essi dovrebbero in ogni caso mantenere la natura di interventi *stop-gap*, tesi a colmare il difetto di domanda e ad accelerare

le ristrutturazioni. Naturalmente, come in occasione della crisi petrolifera dei primi anni settanta, il rischio è notevole che l'intervento dello stato assuma caratteri eminentemente difensivi, contribuendo ancora una volta a mantenere la struttura produttiva tradizionale, condannando l'Italia a un rapido declino.

L'esito finale dipenderà da noi solo in parte: resta da vedere se l'Unione europea, e le altre grandi aree del mondo, riusciranno a mantenere il sistema di mercati aperti e integrati che ha trainato la crescita per gli ultimi decenni.

Bibliografia

- ACCORNERO A., “Poter crescere e voler crescere: i piccoli imprenditori ex-dipendenti”, in *La questione dimensionale nell’industria italiana*, a cura di F. Traù, Bologna, Il Mulino, 1999.
- AGANIN A. e VOLPIN P., “History of Corporate Ownership in Italy”, Bruxelles, ECGI, Finance Working Paper n. 17, marzo 2003.
- ALEOTTI A., “Borsa e industria 1861-1989: cento anni di rapporti difficili”, Milano, Comunità, 1990.
- AMATO G., “Il mercato nella costituzione”, *Quaderni Costituzionali*, anno XII, n. 1, aprile 1992.
- AMATORI F. e BRIOSCHI F., “Le grandi imprese private: famiglie e coalizioni”, in *Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra a oggi*, a cura di F. Barca, Roma, Donzelli, 1997.
- ARRIGHETTI A. e SERRAVALLI G., “Istituzioni e dualismo dimensionale nell’industria italiana”, in *Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra a oggi*, a cura di F. Barca, Roma, Donzelli, 1997.
- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, “Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari”, IC32, febbraio 2007.
- BARCA F., “Imprese in cerca di padrone. Proprietà e controllo nel capitalismo italiano”, Bari, Laterza, 1994.
- BARCA F., “Compromesso senza riforme nel capitalismo italiano”, in *Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra a oggi*, a cura di F. Barca, Roma, Donzelli, 1997.
- BARUCCI E. e F. PIEROBON, “Le privatizzazioni in Italia”, Roma, Carocci, gennaio 2007.
- BEBCHUK L., “A rent protection theory of corporate ownership and control”, NBER, Working Paper n. 7203, 1999.
- BECATTINI G. e COLTORTI F., “Aree di grande impresa ed aree distrettuali nello sviluppo postbellico dell’Italia: un’ esplorazione preliminare”, *Rivista Italiana degli Economisti*, Supplemento al n. 1, 2004.
- BIANCHI M., BIANCO M., GIACOMELLI S., PACCES A., TRENTO S., “Proprietà e controllo delle imprese in Italia”, Bologna, Il Mulino, 2005.
- BIANCHI P., “L’industria italiana”, *Rivista Italiana degli Economisti*, Supplemento al n. 1, 2004.
- BIANCO M., GOLINELLI R., PARIGI G., “Family firms and investments”, mimeo, novembre 2008.
- CARLI G. (in collaborazione con P. PELUFFO), “Cinquant’anni di vita italiana”, Bari, Laterza, 1993.
- CASSESE S., “La nuova costituzione economica”, Bari, Laterza, 2000.
- CASTRONOVO V., “L’industria italiana dall’Ottocento a oggi”, Milano, Mondadori, 2003.

CASTRONOVO V., “Il neo-dirigismo soffoca il capitalismo”, *Il Sole 24 Ore*, 21 settembre 2006.

CHANDLER A. D. Jr., “Scale and Scope: The Dynamics of Industrial Capitalism”, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 1990.

CIOCCA P., “L’economia italiana: un problema di crescita”, *Rivista Italiana degli Economisti*, Supplemento al n. 1, 2004.

COMMISSIONE EUROPEA, “Rapporto sul settore bancario al dettaglio, Documento di Lavoro della Direzione Generale per la Concorrenza, SEC(2007) 106”, 31 gennaio 2007.

CONFINDUSTRIA, “Oltre la crisi”, marzo 2009.

DE CECCO M., “Alle radici dei problemi dell’industria italiana nel secondo dopoguerra”, *Rivista Italiana degli Economisti*, Supplemento al n. 1, 2004.

DELLA CANANEA G., “Sull’economia ritardi da recuperare”, *Il sole 24 ore*, 27 Dicembre 2007.

DE NARDIS S. E TRAÙ F., “Il modello che non c’era: L’Italia e la divisione internazionale del lavoro industriale”, Soveria, Rubettino Editore, 2005.

FACCIO M. e LANG L., “The ultimate ownership of Western European corporations”, *Journal of Financial Economics*, n. 3, 2002.

FONDAZIONE CIVICUM, “Le società controllate dai maggiori comuni italiani: bilanci” (a cura dell’Ufficio Studi di Mediobanca), Milano, 2007.

GIGLIOBIANCO A., “Via Nazionale: Banca d’Italia e classe dirigente. Cento anni di Storia”, Donzelli Editore, Roma 2006.

GOLDSTEIN A., “Privatisation in Italy 1993-2002: goals, institutions, outcomes and outstanding issues”, CESifo WP n. 912, April 2003.

LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SCHLEIFER A., “The economic consequences of legal origins”, NBER Working Paper 3608, November 2007.

LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SCHLEIFER A. e VISHNY R. W., “Corporate ownership around the world”, *Journal of Finance* 54, 1999.

MAIER C., “Conti e racconti: interpretazioni della performance dell’economia italiana dal dopoguerra a oggi”, in *Storia Economica d’Italia*, curato da P. Ciocca e G. Toniolo, Bari, Laterza, 1998.

MARCHETTI P., “Diritto societario e disciplina della concorrenza”, in *Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra a oggi*, a cura di F. Barca, Roma, Donzelli, 1997.

MELIS G., “L’amministrazione”, in *Storia della stato italiano dall’unità a oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, Donzelli, 1995.

MINISTERO PER LO SVILUPPO ECONOMICO, “Relazione sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive”, giugno 2008.

MUSU I., “Gli aspetti economici della costituzione italiana: è superato l’art.41?”, Note di Lavoro n.3, Università Ca’ Foscari Venezia, 2008.

NARDOZZI G. “Miracolo e declino: l’Italia tra concorrenza e protezione”, Bari, Laterza, 2004.

PAGANO M., PANETTA F. e ZINGALES L., “Why do companies go public? An empirical analysis”, Journal of Finance, n. 53, 1998.

ROE M., “Political Determinants of Corporate Governance”, Oxford, Oxford University Press, 2003.

ROE M., “Legal origins, politics, and modern stock markets”, Discussion Paper n. 563, Harvard Law Review, 120(2), 2006.

ROSSI N. e TONIOLO G., “Italy”, in Economic Growth in Europe Since 1945, a cura di N. Crafts e G. Toniolo, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

SCARPA C, A. BOITANI, P. M. PANTEGHINI, L. PELLEGRINI E M. PONTI, “Come far ripartire le liberalizzazioni nei servizi”, in Oltre il declino, a cura di T. Boeri, R. Faini, A. Ichino, G. Pisauro e C. Scarpa, Il Mulino, Bologna, 2005.

SCHNEIDER F., “The increase of the size of the shadow economy of 18 OECD countries: some preliminary explanations”, Monaco, CESifo, Working Papers n. 306, June 2000.

SICILIANO G., “Cento anni di borsa in Italia”, Bologna, Il Mulino, 2001.

SPAVENTA L., “Le medie imprese italiane: perché dovrebbero quotarsi?”, Assogestioni, Forum del risparmio gestito, Milano, ottobre 2003.

TURNER G., “The credit crunch”, London, Pluto Press, 2008.

VACCA I., “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, Atti Convegno ANTI, ottobre 2008.

VIESTI G., “Mezzogiorno a tradimento. Il Nord, il Sud e la politica che non c’è”, Bari, La Terza.

L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"

di Fabio Cintioli

1. Il dibattito riformatore della Costituzione è sempre stato, nel corso dell'ultimo decennio, all'ordine del giorno e ben presente nell'agenda politico-istituzionale. Esiti effettivi (e dunque le sue modifiche), si sa, non ve ne sono stati, a parte la novella del titolo V del 2001, dovuta alla legge costituzionale n. 3 del 2001. Il tema resta sicuramente aperto ancor oggi e richiede pertanto anche alla dottrina giuridica di svolgere la sua parte. Talvolta, sembra farsi spazio persino la prospettiva di una ipotetica (e sicuramente problematica) riforma della parte prima della Costituzione. E tra gli oggetti di essa, l'art. 41 è sicuramente tra i più spinosi.

L'art. 41, d'altra parte, è sempre stato al centro delle interpretazioni giuridiche che toccano l'individuo, le sue libertà ed il mercato, con connotazioni che meritano di essere opportunamente rimarcate. Questa disposizione è stata "tirata per la giacca" più volte nella storia repubblicana; ora per dare una decisa vocazione sociale all'assetto economico-giuridico nazionale, ora per rivendicare il fondamento liberale che la ispira. L'avvento del diritto comunitario è parso, ad un certo momento, avere la forza di mettere l'art. 41 quasi in secondo piano. Il valore dominante sarebbe stato quello della libertà di mercato, in una con la libertà di stabilimento e di circolazione dei beni, servizi e capitali.

Nel confronto tra giuristi, però, proprio quando sembrava che gli artt. 81 e 82 del Trattato avessero ormai soppiantato l'art. 41 (ed è questa l'opinione, come si sa, espressa da molti sul piano dell'interpretazione del diritto positivo, come si ricorderà più avanti), il rapporto della libertà di mercato con la Costituzione (e quindi con l'art. 41) è tornato in primo piano. Ciò è stato la conseguenza inevitabile della effettiva e diffusa penetrazione della libertà di concorrenza quale valore ordinamentale; il quale valore, dopo avere ispirato nel corso degli anni '90 le politiche legislative di liberalizzazione e privatizzazione dell'economia, ha inesorabilmente iniziato ad operare come principio giuridico regolatore dei rapporti tra consociati, o direttamente o tramite norme ed atti amministrativi. Nel momento in cui la libera concorrenza "si è fatta precetto", nei provvedimenti *antitrust* come nelle misure asimmetriche di regolazione di mercati altamente specialistici, nelle sentenze del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici come nel contenzioso contrattuale, il giurista ha avuto bisogno di capire e "ponderare" il modo in cui tale principio potesse operare.

Cosa rappresenti nell'ordinamento costituzionale l'art. 41 è divenuto così, ancora una volta, quesito d'attualità. E questa presenza della norma nel dibattito giuridico è destinata a divenire ancor più scintillante nel triste panorama aperto dalla crisi. Vediamo in questi giorni soluzioni, proposte e preoccupazioni che mettono sulla scena, quasi come un ciclo della storia che si va ripetendo, l'intervento dello Stato in funzione correttiva dell'economia e poi, subito dopo, la preoccupazione di un eccessivo sacrificio della "liberalizzazione" che sino a ieri sembrava un valore inattaccabile.

2. L'originaria anfibia dell'art. 41 è stata, nel corso del tempo, abbondantemente scolorita. Alcune delle interpretazioni che erano state "possibili" all'indomani della difficilissima mediazione fatta in Assemblea Costituente sono rimaste infatti prive di sviluppo. E se, nei primissimi anni di vita della Costituzione, hanno mantenuto, pur quiescenti, una

sorta di sopita vitalità, pronta a riaccendere e infiammare, di volta in volta, il dibattito, esse, nella fase che si è aperta con la chiusura degli anni '70, hanno lasciato definitivamente il passo ad altre prospettive.

E' riconosciuto pressoché da tutti che questa disposizione ha mantenuto nel tempo la sua ambiguità di fondo, che è talora apparsa quasi come una mancanza di chiara scelta costituzionale, celata dietro il velo della costituzione economica *mista*. Tuttavia, è indubbio che pur tra queste incertezze e pur nelle oscillazioni che all'interno della giurisprudenza costituzionale sono state innegabilmente presenti, la predetta mediazione ha posto un argine alle prospettive collettivistiche che concepivano una sottovalutazione, se non una parziale negazione, di questa libertà. Per un verso, il raccordo tra i commi dell'art. 41 adegua sì la dichiarazione di libertà dell'iniziativa economica alla qualificazione *sociale* dello Stato repubblicano, intendendo con tale aggettivazione una forma di Stato imperniata sui valori solidaristici, sulla partecipazione dei consociati alle Istituzioni e sul primato della persona umana; per altro verso, la detta libertà è rimasta però *intoccabile* nella sua essenza a causa dell'esclusione di ogni forma di collettivismo. La libertà di iniziativa economica privata ha resistito e resiste, con la sua autonoma efficacia precettiva, ai limiti negativi del comma 2 (in special modo a quello dell'utilità sociale), nonché ai programmi e controlli indirizzati a fini sociali.

Il sistema misto che avrebbe connotato la nostra costituzione economica si è quindi via via orientato, in modo sempre più netto, verso quel polo liberale di interpretazione che affermava con convinzione primato e riconoscimento della libertà di impresa come autentico diritto individuale di livello costituzionale.

E' soprattutto con l'Atto Unico europeo e col Trattato di Maastricht che il modello dell'economia di mercato esercita nell'ordinamento italiano un'influenza determinante, contribuendo a scompaginare l'assetto delle relazioni tra politica ed economia (fortemente influenzate dalla presenza pubblica nei rapporti economici), a modificare profondamente le istituzioni della nostra *costituzione economica* e anche a definire il volto di una mutata *costituzionale materiale*.

L'ordinamento comunitario nutre il mercato interno europeo del principio di libera circolazione dei beni e servizi, di libertà di stabilimento e di libertà di concorrenza. Il mercato unico, nella sua poderosa oggettività, diviene la matrice e l'architrave del progetto di unione dei paesi europei.

Sicché il rapporto tra l'art. 41 e le norme del Trattato sulla tutela della concorrenza può esser descritto, con inevitabile sintesi, come quello che corre tra un fenomeno soggettivo ed uno oggettivo. La norma costituzionale fonda una situazione soggettiva di libertà individuale. Il diritto comunitario esprime invece prevalentemente un modello di relazioni economiche e giuridiche. La prima garantisce tutela al diritto di impresa, ma non si impegna nella scelta di sistema che sarebbe stata necessaria per porre liberalizzazione e mercato alla base delle relazioni di tipo economico. La seconda pone invece l'apertura del mercato e la libera competizione come premessa per il loro svolgimento; sicché prende le mosse da tale libertà, reprime ogni forma di limitazione ed ogni discriminazione all'accesso, accresce le quantità di informazioni sul mercato a beneficio dei consumatori, vieta gli aiuti pubblici alle imprese, esige il livellamento dei campi di gioco con la regolazione asimmetrica che ha interessato soprattutto gli ex monopolisti pubblici, sanziona gli illeciti anticoncorrenziali e limita le concentrazioni che hanno effetti anticompetitivi.

E' in questo contesto che, a Costituzione invariata, si è aperto in dottrina il confronto.

Ed è stata l'*apertura* del sistema come criterio di fondo delle relazioni tra politica ed istituzioni che ha indotto a ricercare, sul piano costituzionale, valori innovativi, o meglio a desumere, dai principi comunitari o tra le maglie dell'art. 41, il nuovo indirizzo che varrebbe a superare quello, ormai datato, connaturale allo Stato interventista.

3. Però ci sono due considerazioni da fare.

La prima è che svolte culturali così profonde e repentine non sono possibili, o comunque non sono particolarmente efficaci, se non trovano nelle strutture sociali e soprattutto in quelle istituzionali un terreno fertile. Se un'amministrazione ha una tradizione e propensione interventista, se è modellata e strutturata (specie per profili quantitativi di persone e beni) come amministrazione di *servizi* ai cittadini anziché apparire come una essenziale amministrazione di *funzioni*, è ben difficile che si possa transitarla, in poche battute, ad un dimensione differente, nella quale il primato andrebbe al privato ed al mercato *tout court*.

La seconda è che liberalismo ed interventismo di Stato conoscono declinazioni e reciproche interazioni via via diverse, per gradazione ed intensità. L'uno conosce le sue correzioni dovute alla sfera pubblica, l'altro può ammettere in qualche misura la coesistenza della libertà d'impresa.

Ciò che si vuol rimarcare, a questo punto, non è tanto il fatto che le interpretazioni diffuse si aprano sino a riconoscere che la tutela della concorrenza è (ormai) un valore costituzionale, quanto la circostanza che l'attenzione sull'art. 41 Cost. sia andata spostandosi in questi ultimi anni dal polo soggettivo della garanzia individuale di una libertà al polo funzionale ed oggettivo del libero mercato concorrenziale come valore in sé, tutelabile in virtù di un suo valore ontologico anziché per la sua strumentalità a soddisfare le pretese dei singoli.

Nel "diritto vivente" sembra talora profilarsi una tendenza che potrebbe addirittura assorbire la detta valenza soggettiva nella prospettiva oggettiva. Sembra quasi che dal discorso su *la* libertà si sia passati frequentemente al discorso sulla tutela de *la* libertà del mercato come regola delle relazioni economico-sociali. E si noti che tale regola sfocia in una pluralità di discipline che mostrano (ed hanno in concreto esibito) una notevole capacità espansiva, con netto incremento della sfera pubblica nel mercato: regolazione asimmetrica pro-concorrenziale; disciplina *antitrust*; tutela del consumatore.

E' qui che inizia allora a materializzarsi un pericolo che potremmo definire come *il paradosso della libertà di concorrenza*.

E' sottolineando questo passaggio dalla concezione soggettivistica ad una concezione (quantomeno potenzialmente) oggettivistica dell'art. 41, che si può passare ad esaminare i problemi che un dibattito attento sia alle prospettive di riforma sia agli sviluppi dell'interpretazione costituzionale non potrebbe che prendere in seria considerazione.

Questo processo di oggettivizzazione dei valori costituzionali presenta, allo stato, dei rischi. Essi sembrano ricadere, per una curiosa eterogenesi dei fini, sulla stessa garanzia della libertà individuale d'impresa. Se la protezione costituzionale si sposta dalla libertà individuale alla valenza oggettiva del mercato concorrenziale (o meglio di *quel* mercato concorrenziale che, di volta in volta, sarà identificato dal legislatore o dall'Amministrazione, o da un'Autorità indipendente o da un giudice) potremmo a tal punto caricare di contenuti tale ultimo "valore" da dargli una potente connotazione

finalistica ("si *deve* raggiungere un certo assetto di libero mercato!"), la quale, a ben vedere, potrebbe tradire proprio la radice istituzionale e culturale del progetto.

4. In primo luogo, il ragionamento denuncia un primo pericolo, ben noto alla letteratura giuridica come a quella economica, vale a dire quel fenomeno noto come *eccesso della regolazione*.

L'affermazione del "miglior libero mercato possibile" nei termini di valore ontologicamente costituzionale ben potrebbe indurre le istituzioni preposte (solo) a vigilare ed a regolare il mercato allo scopo di evitarne i suoi fallimenti ad adottare un numero particolarmente elevato di norme, così come potrebbe spingere il legislatore ad adottare interventi restrittivi della libertà di mercato per fini di liberalizzazione.

L'effetto, quando di vero eccesso si tratta, è quello di ingessare il mercato e di ridurre le libertà, inesorabilmente. In nome della libertà di mercato e della libertà di concorrenza si finisce, insomma, per produrre una iper-regolazione del mercato. Per esser chiari e per non correre, a nostra volta, il rischio di apparire antistorici, l'eccesso regolatorio non è affatto sinonimo di buona vigilanza dei mercati. Anzi, specie in ordinamenti di tipo continentale, la produzione di regole può essere uno dei motivi che inducono ad un allentamento della vigilanza sul mercato volta ad evitare comportamenti abusivi o lesivi della sicurezza e dell'interesse generale così come quelli che, con, ogni probabilità, sono stati alla radice della crisi finanziaria globale di questi tempi. La produzione di regole eccessive, non calibrate, non mirate ai problemi, da un lato resterebbe fine a se stessa, e dall'altro porrebbe ostacoli ad attività di vigilanza e repressive di illeciti le quali, viceversa, devono poter operare nella concretezza dei fatti e senza sentirsi obiettare che un certo tipo di comportamento possa esser giustificato dall'uno o dall'altro tipo di regola speciale nel frattempo emanata.

Il rischio, per il giurista, potrebbe esser definito anche di tipo *culturale*, perché, in un contesto di questo tipo, si potrebbe persino smarrire la centralità di quel rapporto regola-eccezione che ha caratterizzato la relazione tra libertà di iniziativa economica ed i suoi limiti negativi e positivi *ex commi* 2 e 3, per consentire che sovente la regolazione pro-concorrenziale abbia la meglio sul contenuto minimo della libertà economica.

Una concezione costituzionale strutturale e oggettiva della libertà di mercato (qualcosa di simile a quel che è stato definito di recente in chiave critica come il *mercatismo*) potrebbe produrre un eccesso di regole e di interventi amministrativi tendenti, dichiaratamente, alla regolazione pro-concorrenziale ed alla tutela antitrust, ma surrettiziamente mirati alla tutela di altri interessi sulla base di scelte spiccatamente politiche. Non è un caso che le analisi dottrinali recenti abbiano denunciato la carenza di una chiara consapevolezza, a livello di interpretazione costituzionale, di quali siano (e quali presupposti richiedano, da quali soggetti possano essere prese e quali contenuti possano assumere) le misure limitative della libertà di iniziativa economica ispirate ad una regolazione neutrale e pro-concorrenziale, e quali siano invece le misure limitative e conformative ispirate al temperamento di questa libertà con altri valori costituzionali. Se questa consapevolezza manca, probabilmente, è più facile che il rischio in questione si concretizzi. Ed esso potrebbe ridondare in un eccesso di regolazione che non sia solo di tipo *quantitativo*, ma anche di tipo *qualitativo*: quando, appunto, sotto l'egida della regolazione neutrale e pro-concorrenziale passasse una normazione e limitazione aventi finalità differenti ma non dichiarate e non filtrate come tali nel circuito istituzionale.

5. Se tesi rigidamente strutturalistiche accedessero al livello costituzionale e condizionassero anche l'interpretazione della Carta sino a dare subalternità agli altri concorrenti valori costituzionali ed alle libertà individuali, vi sarebbe anche (sebbene possa apparire, appunto, paradossale, essendosi testé preso di mira l'eccesso di regolazione) il pericolo di uno svuotamento dell'essenziale e irrinunciabile tratto "giuridico" dell'ordine di mercato.

Un ordine "giuridico" del mercato presuppone infatti che le regole rispondano a chiari e determinati interessi filtrati dalla legge. Del resto, la complessità del sistema richiede che gli interessi in conflitto siano contemperati tra loro e che ne venga una sintesi istituzionale, perché non tutto può ovviamente essere lasciato al mercato, e la complessità è un dato non eliminabile. Per dirla con Von Mises, "chi predica il ritorno a forme più semplici di economia sociale, dimentica che soltanto il nostro assetto economico offre la possibilità di sostenere, così come si fa oggi, il numero di individui che popola attualmente il nostro pianeta".

E' questo il secondo rischio di cui dobbiamo tener conto. Che sia così è confermato da un dato, tanto evidente quanto spesso trascurato nell'analisi e nelle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali: il mercato libero non è una realtà ontologicamente compiuta, non esiste come elemento dato, non è sempre eguale a se stesso, non esiste un unico e infallibile libero mercato efficiente. Il mercato è l'arena privilegiata delle *conseguenze inintenzionali*. Una Costituzione che accoglie l'apertura del mercato, dunque, non deve affatto rinunciare a regolarlo. Ma non deve dimenticare che esso deve esser regolato per la tutela di tutti gli interessi costituzionali puntualmente identificati e assicurando il contemperamento di tutte le libertà individuali in gioco. Per dare una dimensione giuridica al mercato è indispensabile restare all'interno del quadro costituzionale e quindi negare l'autosufficienza di regole del tutto impermeabili agli altri indici o valori che caratterizzano l'ordinamento nella sua globalità. Non si deve insomma pensare di dovere *regolare il mercato ... per il mercato*. Non esiste solo una (troppo astratta e vaga) regolazione pro-concorrenziale. Anche perché ricordando ancora Von Mises, "quella dell'interventismo è una situazione disperata, in cui ogni fallimento spinge a nuovi interventi": l'effetto di una ricerca della concorrenza strutturale e perfettamente congegnata, fine a se stessa, può allora generare una rincorsa all'infinito che, sempre in suo nome, commette il peccato di un novello interventismo che smarrisce persino il suo fine e che, come tale, è da guardare con ancora più sospetto. Anche l'obiettivo del *consumer welfare*, di consueto identificato come tratto unificante della disciplina *antitrust* e di quella regolatoria pro-concorrenziale, è spesso così impalpabile e sfuggente da diventare una guida incerta.

Pertanto, esaurire il tema della disciplina costituzionale delle libertà economiche sul piano oggettivo-funzionale (della libertà di concorrenza in sé), senza guardare al piano della libertà individuale d'impresa ed al suo concreto dispiegarsi, comporta un metodo che contraddice un sano individualismo metodologico e che potrebbe persino approdare, se spinto agli estremi, ad un terreno scienziata e collettivista, ben lontano dall'analisi corretta di come i fenomeni individuali si manifestano nella società. Il terreno di sviluppo di una norma costituzionale qual è l'art. 41 è quello delle scienze sociali, alle quali non si addice il metodo meccanico tipico di quelle naturali; e questo perlomeno vale se si condividono i postulati di fondo dell'individualismo metodologico. Il *pericolo scienziata* è allora che sotto il terreno, non ben definito, della libera concorrenza si perda di vista lo scorrere di un fiume carsico ricco di interessi i più vari, i quali, beninteso, devono sì concorrere a correggere le libertà economiche, ma mediante l'azione trasparente ed esplicita della legge e dell'azione amministrativa e non sotto un velo che ne maschera e la collocazione costituzionale e il grado e modo di

contemperamento. Si deve ammettere che il mercato richiede un ordine giuridico e che tale ordine giuridico non può dirsi ispirato solo ... al mercato stesso.

Se quest'ultima consapevolezza viene tenuta ferma e si evita così la prevalenza della concezione oggettiva su quella soggettiva delle libertà economiche, avremo conseguenze importanti sul piano dell'interpretazione costituzionale. Potremo dire, ad esempio, che la Costituzione non acconsente ad una legislazione che, in nome della concorrenza, finisca col sottovalutare il piano delle libertà individuali. E potremo dire altresì che, ad esempio, essa non legittima una normazione che sia ciecamente e *strutturalmente* ispirata ad una idea di concorrenza data e fissa, che non faccia un bilanciamento di tale interesse pubblico alla concorrenza con gli altri interessi pubblici in gioco, che non li ponderi e contemperi tutti insieme, e che perciò entri disinvoltamente nel contratto (il quale resta il cuore delle libere relazioni nel mercato) o addirittura che finisca per sottacere di voler mirare ad altri interessi pubblici, mascherandoli dietro il velo della *liberalizzazione* (espressione divenuta di gran moda, ma purtroppo ormai estremamente ambigua) piuttosto che dichiarandoli apertamente alla comunità.

6. Il mutamento di prospettiva nei rapporti tra sfera pubblica ed economia è visibile in questi ultimi periodi ed è purtroppo verosimile che gli effetti della crisi determineranno altre conseguenze normative di questo genere.

Potremmo allora domandarci come l'interventismo nella stagione della crisi debba confrontarsi col precetto costituzionale che tutela l'iniziativa economica privata.

Se esso avesse effettivamente accolto un modello strutturale di assoluta concorrenza e indifferenza e neutralità dell'amministrazione ai destini dell'economia dovremmo paradossalmente porci il problema della legittimità costituzionale delle misure straordinarie di questi ultimi mesi e anni. D'altra parte, un approccio di questo tipo potrebbe esser smentito già mediante l'interpretazione letterale, dato che l'art. 41, comma 2, conserva il riferimento ai limiti preposti alla salvaguardia dell'utilità sociale, nonché alla sicurezza, libertà e dignità umana, ed il comma 3, a sua volta, mantiene il potere del legislatore di determinare i programmi e controlli opportuni per indirizzare e coordinare l'attività economica a fini sociali. Dunque, se guardiamo all'art. 41 non dobbiamo per forza di cose coltivare il sospetto della incostituzionalità di misure che oltretutto sono prese nel contesto storico ed economico che ben si conosce.

Questo, però, ci conferma che il valore di una libera concorrenza in chiave oggettiva non è valore costituzionale in senso assoluto, per due ragioni: i) la prima è che ciascun interesse pubblico di rango costituzionale non si pone mai come valore assoluto, perché va sempre bilanciato e temperato con gli altri interessi che siano via via configgenti con esso; ii) la seconda, tutta interna alla *costituzione economica*, sta nel fatto che l'apertura del mercato come scelta di fondo deve pur sempre leggersi in una con quella disposizione che riconosce come libertà costituzionale fondamentale, per l'appunto in chiave soggettiva, la libertà di iniziativa economica privata.

Quest'ultimo passaggio aiuta anche a comprendere che, finché si terrà fermo il bilanciamento tra una concezione soggettiva ed una oggettiva, ossia quella dinamica *libertà vs limiti*, sarà più semplice trovare un punto di equilibrio nel diritto della crisi, senza tornare a forme di interventismo o protezionismo nazionale che appaiono, a tacer d'altro, incompatibili con l'economia globalizzata. Questo punto di equilibrio porterà ad affermare che le limitazioni all'autonomia contrattuale sono certamente possibili, ma che devono rispettarne l'essenza intangibile e che deve comunque

proteggersi la certezza delle relazioni contrattuali e dei traffici. Porterà a ribadire che il sistema delle limitazioni all'iniziativa economica dev'essere filtrato dalla legge e deve nutrirsi anch'esso del principio di legalità. Infine, la presenza pubblica e l'intervento pubblico devono esser contenuti nei limiti dei presupposti che la giustificano, secondo i canoni di *ragionevolezza* e *proporzionalità*, che si nutrono a loro volta anche delle fonti e della prassi comunitaria.

Questa fase di transizione, con tutte le difficoltà che reca con sé, ci ricorda allora che nel mercato rimane salda la centralità della persona e, con essa, della sua libertà di iniziativa privata.

Modificare l'art. 41, sostituendo lapidariamente la libertà di concorrenza alla libertà di iniziativa privata, potrebbe allora rilevarsi *paradossalmente* sbagliato, tanto quanto tornare ad una dimensione di interventismo pubblico in una economia pianificata. E ancor più paradossale sarebbe dimenticarne il primato rispetto alla (pur lungimirante che fosse) strutturale configurazione del mercato che l'ordinamento positivo avesse, in un dato momento storico, prescelto.

L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica?

di Raffaele Perna

1. E' necessaria una Costituzione economica?

Prima di affrontare il tema della possibilità e della opportunità di riformare la nostra Costituzione economica è necessario porsi una domanda di fondo: ma è poi davvero necessaria una Costituzione economica? Non si tratta di una domanda retorica o paradossale. Anzi, affrontare la questione può essere utile per meglio ricostruire i caratteri fondamentali della nostra Costituzione e per affrontare il tema delle sue prospettive di riforma.

Due sono le prospettive dalle quali è possibile partire. Dal **punto di vista teorico**, occorre sottolineare come il nucleo essenziale di ogni Costituzione è costituito dalla (solenne) affermazione di alcuni diritti e di alcune libertà fondamentali degli individui. Diritti e libertà la cui sanzione costituzionale determina l'indisponibilità da parte del potere politico costituito. Una società in cui la moltitudine degli individui sia sottoposta al potere assoluto, come già evidenziato da un pensatore, che pure non può essere certo considerato come un campione del pensiero liberale costituzionale, come Hegel (*Lineamenti di filosofia del diritto*), non ha per definizione una Costituzione in senso proprio. **Libertà ed uguaglianza** sono le due polarità attorno alle quali si struttura un Costituzione, la quale nello stesso momento in cui riconosce e garantisce questi due valori chiarisce e legittima anche le forme ed i limiti degli interventi che comprimono, limitano o condizionano gli stessi.

Conseguentemente le carte costituzionali prevedono una **organizzazione dei poteri pubblici** idonea a garantire il pieno rispetto delle libertà e dei diritti riconosciuti agli individui. Il principio di separazione dei poteri, la legittimazione democratica dei poteri legislativo ed esecutivo, la superiorità del governo delle leggi su quello degli uomini, sono gli strumenti fondamentali per la tutela dei diritti e delle libertà individuali e per la garanzia dell'uguaglianza dei cittadini. La stessa *Dichiarazione dei diritti del 1789* all'articolo 16 chiarisce che "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata e la separazione dei poteri non è stabilita non ha una Costituzione". Sulla base di queste premesse non appare facilmente iscrivibile nella prospettiva costituzionale classica la previsione di un dettagliato quadro di norme costituzionali dirette a regolare per linee generali i diversi settori del sistema economico del Paese.

E' naturale che le Costituzioni svolgano anche un'essenziale **funzione identitaria** perché, prima ed al di là della fissazione di regole sovraordinate rispetto a quelle prodotte ordinariamente dai pubblici poteri, esprimono l'idea di sé di una collettività. Definiscono l'identità di un popolo che è un prerequisito perché il medesimo popolo senta di appartenere ad una collettività e quindi riconosca la cogenza di tali regole. E' però da sottolineare come tale funzione "identitaria" rappresenti l'in sé della Costituzione. Più che tradursi in puntuali previsioni normative, caratterizza ed attraversa l'intero testo della Carta. Ed in ogni caso un'eventuale traduzione testuale viene normalmente svolta in sede di preambolo o di principi generali.

Rappresenta viceversa un elemento di originalità la scelta della nostra Costituzione di declinare tale profilo "identitario" attraverso numerosi e puntuali articoli dedicati alle attività economiche. Articoli che spaziano dall'attività di impresa alla programmazione economica, dalla funzione sociale della proprietà pubblica e privata alla bonifica delle terre ed alla trasformazione del latifondo, dalla tutela delle zone montane alla piccola proprietà contadina, dal diritto alla giusta e sufficiente retribuzione alla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, dal credito all'azionariato popolare, dalla cooperazione all'artigianato.

E che si tratti di un **elemento di originalità** della nostra Carta fondamentale (certo non il solo, forse non il più rilevante) è del resto confermato volgendo lo sguardo alle **Costituzioni dei più avanzati ordinamenti stranieri**, le quali o ignorano del tutto le attività economiche o si limitano a rendere esplicita la garanzia costituzionale della proprietà privata, prevedendo le condizioni per l'espropriazione per pubblica utilità, e della libera iniziativa economica. Si prenda, ad esempio, la coeva Costituzione della **Repubblica Federale Tedesca**, adottata nel medesimo periodo storico ed in un contesto socio politico per molti versi analogo al nostro, la quale alla materia economica dedica un articolo, l'articolo 14, che sancisce la tutela della proprietà privata ed fissa i limiti per l'esproprio dei beni privati ed uno, l'articolo 15, che prevede genericamente la possibilità di nazionalizzare imprese previo indennizzo. O la Costituzione della **V Repubblica francese** del tutto priva di disposizioni in materia economica. E quando, come nel caso della Costituzione della **Repubblica confederale elvetica** (della fine del XIX secolo e da allora ripetutamente modificata), si riscontra una serie articolata e puntuale di norme in materia economica, si tratta di disposizioni essenzialmente finalizzate a regolare i rapporti fra la Confederazione ed i cantoni.

Tra le costituzioni vigenti nei Paesi dell'Unione europea l'unica che contiene una sezione economica paragonabile alla nostra **Costituzione** economica è quella **portoghese** del 1976 la quale peraltro si avvicina molto al modello delle costituzioni socialiste e, già in sede di preambolo, solennemente sancisce la volontà costituente (rimasta inattuata) di "intraprendere la strada verso una società socialista". E del resto, occorre ricordare come la Costituzione della Repubblica portoghese sia stata oggetto in questi trentacinque anni di numerose revisioni alcune delle quali dirette proprio ad eliminare quella "accentuazione anticapitalistica" (come la definisce il costituzionalista portoghese Jorge Miranda), sconosciuta alle altre costituzioni europee stabilizzate.

2. Perché l'Italia ha una Costituzione economica?

Le ragioni storiche e politiche di tale originalità risiedono a mio avviso nei caratteri fondamentali della nostra Costituzione i quali a loro volta derivano dal particolare contesto storico, politico e culturale in cui avvenne la stesura. Volendo inquadrare la Costituzione del '48 attraverso le categorie classificatorie elaborate dalla dottrina potremmo dire che la nostra è una Costituzione di natura **chiusa, assiologica ed armistiziale**. "**Chiusa**" ovvero fondativa di un ordine giuridico e non, come nel modello delle Costituzioni aperte, tipico del costituzionalismo del XVIII e XIX secolo, ricognitiva di un ordine presupposto.

Ma la nostra Costituzione, a differenza delle altre Costituzioni di tipo chiuso, tipiche del costituzionalismo del XX secolo, non si limita a definire un sistema di regole limitative dei poteri pubblici e regolative dei rapporti fra questi, nella prospettiva di garantire la pacifica convivenza civile. La nostra è una Costituzione con spiccata **valenza assiologica** ovvero esprime un complesso sistema di valori secondo un modello nel quale *iussum* coincide con *iustum*. E questa valenza assiologica trova proprio nella sezione economica la sua manifestazione più esplicita.

Ma a complicare la situazione vi è anche un'altra circostanza: il generale contesto storico del Paese e le concrete vicende che ne accompagnarono l'elaborazione e l'adozione determinarono anche il carattere evidentemente "**armistiziale**" della Costituzione. Un carattere armistiziale che derivava non tanto dal conflitto fra chi aveva vinto e chi aveva perso la guerra che portò alla nascita della Repubblica, quanto dal conflitto interno all'alleanza di forze politiche, sociali e militari risultate vincitrici. E non si trattò del fisiologico conflitto fra soggetti portatori di posizioni politiche diverse, ma uniti da una comune visione del mondo. Il conflitto aveva natura "esistenziale", perché relativo ai principi fondamentali del vivere comune e perché ciascuno temeva che dal successo dell'altro potessero derivare pericoli per la propria stessa sopravvivenza.

Ma proprio il carattere al tempo stesso chiuso, assiologico ed armistiziale della nostra Costituzione ne condizionò in profondità i contenuti iniziali e le vicende successive. Si pensi in primo luogo al **carattere indefinito**, quando non ambiguo di alcune sue solenni affermazioni, la cui puntuale definizione fu il prodotto della faticosa ricerca di un punto di equilibrio fra concezioni politiche inconciliabili. Una faticosa attività di composizione che da un lato conferì al testo un elevatissima qualità lessicale e linguistica ma dall'altro determinò il carattere ambiguo, quando non evanescente di alcune norme. Già l'*incipit*, "L'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro", derivante dai successivi affinamenti della iniziale proposta di sancire "L'Italia è una Repubblica democratica dei lavoratori", rappresenta un raffinato tentativo di conciliazione di opposte visioni politiche, il quale però finisce per scolorire il valore normativo della disposizione e per rendere sfuggente lo stesso suo valore semantico. O si pensi ancora al fondamentale articolo 42, primo comma, "La proprietà è pubblica o privata", che, riletto oggi, si presenta come una mera tautologia, a meno di non volerne rintracciare il valore semantico nell'ordine (evidentemente non alfabetico) nel quale le due categorie di proprietà sono indicate.

E del resto il carattere di "indeterminatezza" di alcune parti della Costituzione (ed in particolare della sua sezione economica) è stato anche alla base dei **due diversi modi di leggere** la nostra Carta che in modo differente ha attraversato tutto il periodo della sua vigenza. Da un lato quello di chi, ancorato ai modelli consolidati del Costituzionalismo liberal-democratico, nell'interpretazione della norme costituzionali pone l'accento sulla loro funzione di limite alla discrezionalità del legislatore ordinario. Dall'altro quello di chi esaltando la funzione assiologica della Carta è indotto a configurarla come una sorta programma costituzionale di governo, il quale deve conformare l'azione dei governi e la produzione legislativa del Parlamento. Ed in questa prospettiva deve essere inquadrato tutto quel filone di riflessione culturale e scientifica e di polemica politica che in questi anni ha in vario modo denunciato non, come sarebbe lecito attendersi, la violazione, ma l'inattuazione (!) della Costituzione

3. Quale è stata la resa della nostra Costituzione economica?

La successiva domanda alla quale occorre dare risposta per affrontare la questione delle prospettive di riforma della Costituzione economica riguarda la sua "capacità propulsiva". Ovvero in che misura la Carta fondamentale è riuscita a sostenere ed a favorire lo sviluppo economico realizzato dal Paese, pur con limiti e contraddizioni, negli ultimi sessant'anni? Ed in che misura i problemi economici che oggi abbiamo di fronte (alto debito pubblico, scarsa competitività, apparati pubblici pleorici ed inefficienti, iperegolamentazione delle attività economico-produttive, burocratizzazione della vita sociale) si sono determinati con il concorso delle previsioni costituzionali?

La risposta a questa domanda è naturalmente assai più complessa ed incerta ma si possono svolgere almeno due considerazioni. Da un lato, è indubitabile che le singole norme della Costituzione economica, ed in particolare quelle che più presentano un carattere ambivalente ed indeterminato, in questi sessant'anni sono state interpretate, anche con il concorso della Corte Costituzionale, in modo sostanzialmente coerente con i principi del libero mercato, e ciò ha reso possibile l'importante progresso economico e sociale realizzato dal Paese a partire dal secondo dopoguerra. Al tempo stesso appare difficile contestare che almeno alcuni dei problemi e delle criticità che caratterizzano in modo strutturale il nostro sistema si sono potuti verificare anche perché gli argini costituzionali erano assenti o si sono rivelati insufficienti.

Si prenda ad esempio lo **stato della finanza pubblica**, che rappresenta l'esempio più evidente di **fallimento delle previsioni costituzionali**. Nonostante i vincoli rigorosi posti dall'articolo 81 (natura formale della legge di bilancio ed obbligo di copertura finanziaria delle leggi di spesa) il nostro registra il secondo debito pubblico (in valore assoluto ed in rapporto al PIL) fra tutti i Paesi avanzati. Ed infatti il meccanismo delineato in Costituzione, che rappresenta un'originale applicazione del principio di "spontaneità ed unanimità nell'approvazione delle imposte" elaborato sul finire del XIX secolo da Knut Wicksell per garantire la responsabilità finanziaria delle decisioni di spesa, doveva servire nelle intenzioni dei proponenti (Luigi Einaudi ed Ezio Vanoni) a garantire il tendenziale pareggio di bilancio. Ma tale meccanismo si rivelò ben presto del tutto incapace di governare le impetuose tendenze all'espansione della spesa pubblica ed alla lievitazione del deficit di bilancio registratesi in tutti i Paesi occidentali. E così dopo decenni di crescita ininterrotta dei disavanzi annuali di bilancio il Paese è riuscito a mettere la finanza pubblica sotto controllo solo quando, grazie all'introduzione di un vincolo esogeno, è stato posto un argine efficace alla nostra discrezionalità finanziaria.

In altri casi è possibile invece ritenere che il verificarsi di criticità del nostro sistema economico sia stato consentito, se non favorito, dalla **manca di precise indicazioni** costituzionali. Rileggendo oggi la Costituzione, colpisce ad esempio il carattere condizionato del riconoscimento della libertà di iniziativa economica, la mancanza di un qualunque richiamo ai principi della concorrenza come essenziale meccanismo di funzionamento del mercato o l'ampiezza della previsione relativa alle forme ed ai contenuti dell'intervento diretto dello Stato nell'economia. Il baricentro dell'impianto culturale della Costituzione economica è rappresentato dai produttori (lavoratori, imprese pubbliche, imprese private) mentre è del tutto assente la categoria del consumatore, che viceversa rappresenta l'architrave dell'economia di mercato.

Ed anche la **scarsa competitività** del sistema Paese, frenato dalla regolamentazione a volte eccessiva e burocratica delle attività economiche ha trovato una legittimazione istituzionale nell'ampiezza della previsione costituzionale sui programmi ed i controlli che possono essere introdotti per indirizzare a fini sociali l'attività economica (ancora una volta prima pubblica, e poi privata, secondo l'articolo 41). Da questo punto di vista il testo della Costituzione risente in modo evidente del contesto storico nel quale fu redatta. Un Paese da ricostruire dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, un'economia internazionale bloccata dagli eventi bellici con un basso interscambio commerciale, rendevano inimmaginabile quello spettacolare processo di crescita che le economie occidentali avrebbero realizzato a partire dagli anni cinquanta. In particolare, l'assenza di qualunque segnale che potesse far prevedere il processo di globalizzazione economica, l'integrazione economica europea, l'emersione di nuovi protagonisti dell'economia mondiale, limitava l'orizzonte culturale dei costituenti all'interno dell'orizzonte dello Stato Nazione nel cui ambito chiuso si immaginava dovesse interamente (o quasi) svolgersi il processo economico.

4. E' attuale la nostra Costituzione economica?

E proprio il forte legame che esiste fra la Costituzione economica ed il contesto sociale ed economico del tempo fa naturalmente sorgere il dubbio sull'attualità e sull'adeguatezza delle sue previsioni. Nel corso di questi sessant'anni sono intervenute **novità così profonde** da sconvolgere il quadro al cui interno si sviluppano i processi economici. E non si tratta solo delle modifiche di contesto derivanti dall'evoluzione del sistema economico internazionale. Si tratta soprattutto delle fondamentali modifiche istituzionali che hanno radicalmente cambiato forme e contenuti del ruolo dello Stato nell'economia. In particolare, l'avanzare del processo di integrazione europea e l'adesione dell'Italia all'Unione monetaria europea ha inciso in profondità sulla **sovranità in materia economica** dello Stato, su tutti gli ambiti di tale sovranità: la sovranità monetaria, la sovranità finanziaria, la sovranità economica.

Ciò è evidente per quanto concerne la **sovranità monetaria**: con l'adesione all'UEM il Paese ha del tutto rinunciato ad un potere che storicamente ha rappresentato un meccanismo essenziale (anche se usato a volte in modo perverso) della politica economica dello Stato.

Ma anche in materia di **finanza pubblica**, con la sottoscrizione del patto di stabilità dei protocolli per il contenimento dei disavanzi pubblici eccessivi (che ha rappresentato una condizione essenziale per l'adozione della moneta unica) l'Italia ha rinunciato ad una parte della propria sovranità di bilancio. Perché se è indubitabile, come è stato segnalato dalla dottrina, che non è corretto sostenere che con il Trattato di Maastricht e con i successivi protocolli sia stato introdotto un formale vincolo al pareggio del bilancio dello Stato, tali innovazioni non possono essere declassate a novità di carattere meramente pattizio e procedimentale, come pure alcuni autori hanno tentato di fare. La fissazione di una regola che per quanto articolata, "procedimentalizzata" e "flessibilizzata" rimane una regola di natura comunque quantitativa, la previsione di una complessa trama di rapporti fra Stati ed Unione europea nella fase di fissazione degli

obiettivi di indebitamento, quanto in quella di verifica dei risultati ed in quella, ancor più delicata di applicazione delle sanzioni in caso di disavanzi eccessivi, ha radicalmente compresso la discrezionalità finanziaria dello Stato, introducendo nella politica di bilancio elementi di eterodeterminazione che incidono profondamente sulla sua sovranità.

Ma a ben vedere un processo analogo, ancorché meno profondo e spettacolare, ha riguardato anche la sovranità dello Stato nella **politica economica**. In particolare, con intensità crescente nel corso degli ultimi vent'anni, l'Unione Europea è intervenuta, in forza delle previsioni di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in modo assai incisivo sulla politica della concorrenza riferita alle relazioni economiche che si svolgono nella spazio economico europeo ma anche in quelle interne ai singoli stati membri. E gli interventi comunitari in questa materia hanno determinato la progressiva erosione di una parte assai significativa dello strumentario di politica economica ed industriale che era stato ampiamente utilizzato nel primo cinquantennio della Repubblica. In particolare oggi è molto più rigoroso e delimitato lo spazio entro il quale lo Stato può far ricorso ai sussidi pubblici in favore di imprese private e alla gestione diretta di attività di impresa attraverso la partecipazione a società commerciali o la creazione di enti pubblici economici.

Ed infatti, sebbene il trattato dell'Unione europea rimanga sostanzialmente indifferente rispetto al regime proprietario delle imprese (art. 295) e si occupi degli aiuti pubblici alle imprese solo in relazione ai possibili effetti negativi sul processo di costruzione del mercato unico (art. 87), negli ultimi anni la politica di apertura dei mercati e di promozione della concorrenza ha indotto l'Unione a porre limiti molto stringenti all'intervento degli stati. In particolare sia l'erogazione di sussidi ad imprese (pubbliche o private) sia la gestione diretta di attività economiche da parte dello Stato (anche nella forma della partecipazione indiretta o della società mista) è stata rigidamente ancorata alla categoria del servizio di interesse economico generale, ovvero del servizio che, per la presenza di un *market failure*, non può essere completamente remunerato dal mercato.

Ma in tal modo, pur partendo dalla semplice prospettiva della tutela del mercato e della concorrenza interna, l'Unione Europea ha finito per assumere su di sé la funzione, assai più delicata e tipicamente costituzionale, di delimitare l'area e di fissare i criteri dell'intervento dello Stato in economia, di regolazione dei rapporti fra stato e mercato, che poi altro non sono che una specifica categoria di rapporti fra autorità e libertà.

5. Occorre cambiare la nostra Costituzione economica?

Alla luce delle considerazioni svolte la risposta alla domanda che dà il titolo al convegno potrebbe apparire scontata. Rispetto al 1948 sono profondamente cambiati tutti gli elementi fondamentali del contesto nel quale la Costituzione economica è stata redatta, e sembrerebbe quindi naturale procedere ad un suo aggiornamento.

E' in primo luogo cambiata in profondità la **cultura politica generale** del Paese. Oggi sono venute meno le ragioni storiche della Costituzione armistiziale. Oggi i valori dell'economia sociale di mercato, per quanto declinati in modo differente, sono entrati stabilmente a far parte della coscienza politica condivisa del Paese.

E' cambiato anche il **contesto economico internazionale** che, in forza della sua sempre maggiore integrazione riduce per forza di cose gli spazi di autonomia delle politiche economiche nazionali che, per i forti legami di interdipendenza, tendono necessariamente a convergere.

Ma sono probabilmente i **vincoli di natura monetaria finanziaria ed economica** derivanti dalla nostra partecipazione all'Unione europea ad avere maggiormente inciso nel processo di obsolescenza della nostra Costituzione economica.

Eppure nonostante l'evidenza di tali ragioni, il tema della Costituzione economica non è mai riuscito ad entrare stabilmente da protagonista nel dibattito politico. Se gli ultimi vent'anni sono stati disseminati da tentativi più o meno riusciti di porre mano ad un aggiornamento, anche profondo e complessivo, della nostra Costituzione il tema della riforma della Costituzione economica è sinora rimasto ai margini, terreno per la riflessione degli studiosi o, al massimo, per iniziative politiche temerarie o comunque episodiche. Eppure per il raffreddamento del confronto politico sui temi economici e, per la minore incidenza della Costituzione economica sugli immediati equilibri politici e di potere, dovrebbe essere più agevole raggiungere un'ampia intesa costituente proprio su questo terreno. Viceversa sembra quasi essere di fronte ad una sorta di interdetto linguistico, ad una **rimozione culturale** del tema.

Quali sono le cause di tale fenomeno? Probabilmente, la vera ragione del prevalente disinteresse sui temi della Costituzione economica è di **mera tattica politica** e risiede nella diffusa convinzione che la questione presenti un **rapporto costi - benefici** assai sfavorevole. Nonostante l'evoluzione della cultura politica del Paese, nonostante il tramonto delle ideologie novecentesche, nonostante la generale accettazione dei sistemi economici capitalistici (pur con tutte le sfumature, le correzioni ed i distinguo possibili), nonostante la convinta adesione all'Unione Europea, alla sua cultura economica ed ai suoi vincoli politici, è infatti probabile che l'apertura di questo capitolo riaprirebbe vecchie fratture e causerebbe nuove lacerazioni, con ciò determinando un costo politico non giustificato dal beneficio che potrebbe ragionevolmente sperarsi di conseguire. In effetti, tutto sommato grazie a quei fattori di cambiamento descritti, ed in particolare grazie alla disciplina europea, negli ultimi vent' anni il nostro Paese sembra aver raggiunto un equilibrio accettabile nella finanza pubblica, nell'apertura del mercato e nelle liberalizzazioni, nell'arretramento dello Stato imprenditore.

Si tratta di argomenti ispirati alla "**ragion politica**", che hanno un indubbio fondamento, ma che non possono far dimenticare i costi ed i problemi causati dall'attuale stato di dissociazione fra la Costituzione economica formale e la Costituzione economica materiale. Se è vero infatti che i vincoli europei hanno consentito un assestamento del nostro sistema ed un recupero delle principali criticità accumulate nel corso del tempo è altrettanto vero che la **logica** stessa dei vincoli europei è intrinsecamente **diversa** da quella delle Costituzioni. Ciò che conta in sede europea è garantire un adeguato processo di convergenza fra i sistemi economici dei paesi membri (e soprattutto di quelli dell'area Euro) al fine di scongiurare il rischio che le divaricazioni fra le aree economiche ed i comportamenti opportunistici di alcuni paesi possano minare la stabilità del processo di unificazione economica e monetaria. Una logica di tipo **interstatale**, "pattizio" e tutta focalizzata sul conseguimento di un **risultato minimo accettabile** per gli altri partner, sostanzialmente indifferente alle modalità di conseguimento del risultato medesimo. Affatto diversa è la logica costituzionale tutta incentrata sulla fissazione di **garanzie** nei rapporti fra lo Stato ed i cittadini e nei rapporti fra i cittadini. Una logica - quella

costituzionale - in cui alla fissazione di diritti ed obblighi reciproci si accompagna necessariamente la definizione di regole idonee a rendere efficiente e trasparente il procedimento per il conseguimento del risultato finale.

In questo senso, occorre riconoscere come l'equilibrio raggiunto grazie ai vincoli europei sia in una certa misura **precario e sub ottimale**. E che si non tratti un equilibrio stabile, di un traguardo raggiunto in modo definitivo ed irreversibile, appare difficilmente contestabile proprio in questi giorni di fronte alle turbolenze finanziarie e valutarie connesse alla crisi economica greca. Ma si tratta soprattutto di un equilibrio sub ottimale poiché i vincoli europei per quanto rigorosi ed effettivi non hanno, e non possono avere, quella capacità conformativa propria di una Costituzione. Basti pensare alle tematiche di **finanza pubblica** relativamente al quale i vincoli europei si concentrano esclusivamente sul risultato quantitativo in termini di indebitamento delle pubbliche amministrazioni, e sono del tutto indifferenti alle procedure, ai rapporti istituzionali fra Governo e Parlamento, alle relazioni fra i diversi livelli di governo, al rapporto fra Stato impositore e cittadino contribuente, la cui puntuale definizione influisce non solo sulla concreta possibilità di conseguire l'obiettivo quantitativo definito in sede europea, ma anche e soprattutto **sulla qualità e sulla trasparenza** delle scelte operate per conseguire tale obiettivo quantitativo.

Ma analoga debolezza si può riscontrare anche sul terreno delle **politiche per la concorrenza e per il mercato**, relativamente al quale la disciplina di fonte europea oltre a concentrarsi per forza di cose sui profili generali e sulla dimensione continentale appare soprattutto assistita da meccanismi di tutela e di garanzia molto più complessi e meno efficaci di quelli nazionali. Non possono, ad esempio, sorprendere, nonostante la produzione normativa e giurisprudenziale europea in materia di imprese pubbliche, aiuti di stato e servizi economici generali, i dati pubblicati nei giorni scorsi dal Dipartimento della pubblica amministrazione e dell'innovazione secondo i quali il numero complessivo di società o di consorzi controllati o partecipati dallo Stato o da altri enti pubblici nel 2009 sia passato 6752 a 7106 con un aumento del 5% su base annua. Non è cioè un caso che terminata da tempo la stagione dello Stato imprenditore, delle partecipazioni statali e dei fondi di dotazione in favore degli enti di gestione, assistiamo comunque da diversi anni all'espansione di quella sorta di "**socialismo municipale**", rispetto al quale i ripetuti tentativi di riformare i servizi pubblici locali si sono rivelati insufficienti.

In questi giorni si è improvvisamente acceso il dibattito sull'opportunità di **riformare l'articolo 41** della Carta, da alcuni ritenuto causa di eccessiva regolazione delle attività economiche e quindi di scarsa competitività del sistema. La questione è complessa. Da un lato non c'è dubbio che la formulazione dell'articolo ed in particolare quella del suo terzo comma indichi l'orientamento in favore di un forte interventismo dello Stato in economia. E del resto, rileggendo i lavori dell'Assemblea costituente, non stupisce il fatto che non siano state accolte le proposte avanzate da Luigi Einaudi e dagli altri costituenti liberali finalizzate a restringere l'intervento pubblico alle situazioni di monopolio di fatto o a sancire in via generale che la legislazione in materia economica deve essere finalizzata a "difendere gli interessi e la libertà del consumatore" (emendamento dell'onorevole Cortese). Dall'altro non deve essere dimenticato che la formulazione dell'articolo nasce come tentativo di arginare le proposte dirette a sancire in modo organico il principio della pianificazione economica, al punto che l'onorevole Arata nell'illustrare il testo dell'emendamento, che poi diverrà la formulazione definitiva del terzo comma, richiami (anche se con una qualche forzatura) nientedimeno che Friedrich August von Hayek.

Si tratta di un terreno assai delicato rispetto al quale, al di là della ricostruzione dell'articolo 41, non può essere trascurato il rischio che un malintesa cultura del mercato, l'ipostatizzazione della categoria astratta della concorrenza perfetta, la dilatazione impropria del concetto di fallimento del mercato, la tentazione costruttivistica di affidare alla legislazione la creazione dell'ordine sociale (ed economico) ottimale, finisca per produrre esiti opposti rispetto alle intenzioni. In particolare, in forza di quello che il prof. Cintioli ha efficacemente definito in un libro pubblicato proprio in questi giorni, il "paradosso della libertà di concorrenza", la riscrittura delle norme in materia di libertà di impresa, ed in particolare la sanzione costituzionale del principio della concorrenza, potrebbe paradossalmente finire per appesantire il carico regolatorio e burocratico che grava sulle attività economiche.

*Ma le ragioni che militano a favore di un intervento riformatore della Costituzione economica non sono solo di natura concreta. Proprio la **funzione identitaria** ed assiologia della nostra Costituzione ci induce a ritenere che solo quando la maturazione della coscienza economica nazionale registratasi negli ultimi decenni avrà trovato un'adeguata traduzione in principi e precetti costituzionali potremo ritenere compiutamente concluso il lungo processo di transizione compiuto dal Paese.*

E da ultimo non si può far a meno di osservare che ritenere inutile porre mano alla Costituzione economica perché questa è da considerarsi ormai irrilevante rispetto ai processi economici in atto, quasi fosse un ferrovicchio ormai irrecuperabile, sarebbe per la nostra Carta fondamentale il **peggiore insulto**.

Rischi e opportunità di una riforma della Costituzione Economica

di Gaetano Quagliariello

L'instabilità economica e finanziaria che si protrae oramai da tempo, e ancora non accenna a stabilizzarsi, ci induce a riflettere, non solo sulla intonazione delle politiche economiche più o meno restrittive, ma soprattutto sull'adeguatezza della cornice istituzionale e normativa, in cui si dispiega il governo dell'economia. Devo dare quindi atto ai responsabili della rivista Percorsi costituzionali di avere individuato, con magnifico tempismo, un tema di grande attualità e di vasta portata.

La costituzione economica italiana, nei suoi aspetti formali e informali, non può non essere all'attenzione di coloro che oggi vogliono dare soluzioni stabili e durature ai gravi problemi da fronteggiare. Le domande relative alla nostra costituzione economica a cui occorre dare risposta sono molteplici: in primis, quali modelli filosofici, e quindi economici, hanno ispirato la redazione di una Carta che - unica fra quelle degli ordinamenti avanzati - si distingue per sovrabbondanza di precetti, talvolta evanescenti e talvolta eccessivamente regolatori, attraverso i quali i principi fondamentali in campo economico vengono declinati? In che maniera tali modelli si sono realizzati nel concreto? Come si integrano con le nuove regole che ci derivano dall'adesione all'Unione europea e in particolare all'Unione monetaria europea, che hanno inciso e incidono in misura non certo superficiale sulla definizione delle politiche economiche e di bilancio dello Stato italiano? La Carta è ancora adeguata alle esigenze specifiche della nostra economia, che, giova ricordarlo, si caratterizza per una vocazione alla trasformazione e all'esportazione, basata prevalentemente su un tessuto di piccole e medie imprese, con un pervicace divario territoriale tra Nord e Sud e una crescita demografica stagnante? In queste condizioni strutturali, la nostra Costituzione economica, materiale e immateriale, è ancora attuale di fronte alle sfide poste dallo sviluppo delle tecnologie produttive, dalla globalizzazione economica, dall'integrazione geopolitica?

A queste domande, e ad altre ancora, hanno cercato di dare risposta gli autori del volume presentato oggi. A loro – non posso citarli tutti - vanno i miei sentiti ringraziamenti per il contributo fornito a questo importante dibattito.

Un ringraziamento particolare anche al Ministro Brunetta, al Segretario generale Angeletti, al presidente D'Amato, i tre illustri esponenti del mondo della produzione e della politica, che hanno avuto la cortesia di partecipare alla tavola rotonda per discutere dell'attualità della nostra Costituzione economica.

E dopo le formalità – peraltro sentite e sincere – passiamo a quello che mi è stato chiesto di fare: delle conclusioni a questo convegno, così opportuno e ben sostenuto dalle pubblicazione della Rivista.

La Costituzione economica italiana è un *unicum* tra i paesi occidentali. Il carattere compromissorio dell'intera Carta fondamentale, pur nel senso più alto e nobile del termine, non avrebbe potuto non ripercuotersi in un ambito così rilevanti. E difatti, come indicato in diversi contributi della Rivista, la Costituzione economica si configura come il risultato di un compromesso tra impostazione marxista e impostazione cattolica; i principi di ispirazione liberale vi hanno trovato

ahimé poco spazio. Nella presentazione del volume, il Prof. Chiappetti sottolinea che, nell'ambito del poco ordinato complesso di articoli di carattere economico della nostra Costituzione, le disposizioni concernenti il lavoro e i lavoratori hanno letteralmente sommerso quelle poche riguardanti le libertà e i diritti economici. Il diritto di proprietà privata vi è riconosciuto e garantito, ma in quanto funzionale all'adempimento della funzione di interesse generale dello Stato sociale. E su questo, rinvio al saggio di Giulio Maria Salerno.

Dalla nostra Costituzione economica scaturisce quindi un forte impulso alla realizzazione di un Welfare State, incentrato, in maniera preminente, sulla tutela dei lavoratori, in particolare di quelli subordinati, che si è concretizzato, nei primi quaranta anni della storia repubblicana, in una vasta produzione normativa di carattere sociale - *Statuto dei lavoratori*, *legge sull'equo canone*, *servizio sanitario nazionale*, tanto per citarne alcuni – e che ha concorso a realizzare nel nostro Paese una delle forme di Stato sociale tra le più articolate delle economie occidentali.

Ciò nondimeno, un'analisi della nostra Costituzione economica materiale e immateriale, con lo sguardo attento ai capisaldi del pensiero liberale e alla luce del bagaglio di esperienza che ci deriva dagli ultimi decenni di storia italiana e internazionale, non può non indurci e scorgere alcune carenze.

Innanzitutto, in essa l'impulso alla realizzazione dello Stato sociale non si accompagna con un'adeguata disciplina del bilancio pubblico e non tutela adeguatamente la competitività del sistema economico nel suo complesso. Sul primo aspetto ricordo solo le dimensioni del debito pubblico italiana e rimando a Raffaele Perna, il quale illustra con chiarezza le debolezze dei principi di fiscalità presenti nella nostra Costituzione. E non può non sottacersi la mancata previsione di tutto ciò che riguarda la tutela della competitività. E' un'assenza di non poco rilievo, perché il nostro sistema economico, per le sue ridotte dimensioni, per la sua collocazione geografica al margine dei grandi mercati dell'Europa continentale e per la sua scarsa dotazione di materie prime, è obbligato a caratterizzarsi come un sistema di trasformazione e di esportazione, in cui la competitività, soprattutto di prezzo, è essenziale per eccellere.

Inoltre, la Costituzione economica presenta delle carenze sotto il profilo del metodo. La realizzazione di obiettivi di carattere sociale, infatti, è stata effettuata utilizzando prevalentemente lo strumento dello Stato. In poche parole: scarsa è la sussidiarietà. E ciò, nonostante siano state inserite numerose disposizioni costituzionali, con l'intento di dare allo Stato un ruolo nel sociale non generalizzato, ma parziale, e spesso di portata meramente integrativa dell'attività privata.

Infine, la nostra Costituzione economica appare inadeguata laddove esprime un *favor* nei confronti del fattore lavoro, in particolare di quello subordinato, rispetto alle altre componenti dell'attività produttiva: capitale e funzione organizzativa. Un retaggio, questo, della visione ottocentesca della produzione, forse non più aggiornato ai tempi e ai desiderata delle stesse categorie di lavoratori, che, in una società delle conoscenze, della mobilità, dell'adattabilità, necessitano di altre e diverse tutele che, per una sorta di eterogenesi dei fini, la Carta fondamentale della nostra Repubblica fondata sul lavoro non sembra in grado di offrire loro.

Insomma, alla luce di quanto contenuto nel volume e di quanto abbiamo ascoltato oggi negli interventi in sala, mi sembra si possa concludere che la struttura dei principi della nostra Costituzione economica andrebbe riformata. Senza entrare nel merito di specifici suggerimenti, mi permetto di indicare alcuni principi che andrebbero quantomeno considerati nell'azione riformatrice.

Primo, per un sistema economico "aperto" agli scambi internazionali, quale quello italiano, bisogna tenere presente che la concorrenza si gioca anche con gli "ordinamenti", ossia, con il quadro normativo e istituzionale. Non basta la fiscalità, né basta il costo del lavoro per determinare il successo del "made in Italy". Occorre che le norme, le istituzioni, la pubblica amministrazione, con cui interagiscono i fattori produttivi, siano efficaci ed efficienti quanto, se non più, di quelli vigenti nei Paesi concorrenti. Occorre avere costante riferimento, in altre parole, alle "best practices" in materia, per evitare di appesantire il nostro sistema produttivo di oneri impropri. In questo contesto, appare quantomeno rischioso, se non persino controproducente, auspicare nel nostro Paese un rafforzamento dello Stato regolatore, imprenditore e dirigista. Sarebbe più appropriato, invece di elargire i soliti sussidi e le solite sovvenzioni – come ben ricorda Rebecchini nel suo testo -, sarebbe opportuno – dicevo - prevedere l'intervento pubblico esclusivamente per "rimuovere" vincoli ed esternalità all'iniziativa economica; per realizzare insomma quelle condizioni di contesto - contrasto alla criminalità, promozione delle infrastrutture, formazione del capitale umano e via dicendo - che imbrigliano e ostacolano la libertà di intrapresa e le prospettive di sviluppo.

Il secondo principio di base si potrebbe riassumere nella frase: *l'ottimo non sia nemico del meglio*. Evitiamo di imbarcarci in progetti di tipo "costruttivista", tendenti a voler cambiare il mondo, trascurando di mettere mano alle cose semplici ed essenziali. Fasi di prolungato dibattito sui massimi sistemi, adombrando grandiosi cambiamenti delle regole, rischiano di generare incertezza presso gli imprenditori, insicurezza per i risparmiatori, ansia ai consumatori. Dobbiamo dare pochi segnali, ma chiari. L'economia di mercato non è in discussione. Funziona ed è in grado di continuare a generare ricchezza e benessere come mai nella storia dell'umanità è accaduto. Ciò che occorre è una sapiente calibratura dell'impianto di base, per eliminare gli eccessi messi in luce dalla recente crisi.

Non dobbiamo, per altro, nasconderci che la fase di turbolenza, che stiamo vivendo in queste settimane, è essenzialmente una crisi economica tutta europea. Essa non nasce negli Stati Uniti. Non ha a che fare con gli eccessi finanziari di Wall Street. Questa crisi riguarda la mole del debito pubblico dei Paesi europei e la capacità (o incapacità?) di crescere per ripagare il debito, mantenendo, allo stesso tempo, i livelli di protezione sociale a cui siamo stati abituati nel vecchio continente. Questa crisi - a mio avviso - ha messo in evidenza la difficoltà dell'Europa di coniugare una generosa spesa sociale con una crescita dinamica in grado di generare risorse sufficienti per coprire tale spesa. E il debito si è accumulato sempre più, perché il confronto tra questi due obiettivi per anni è stato rinviato. Oggi emerge con crudezza... e i recenti eventi della Grecia ne sono l'emblema.

L'euro e l'integrazione economica dell'Europa non sono e non si devono mettere in discussione. Esiste un problema di fiducia. I risparmiatori e gli investitori – europei in primis -, tutti particolarmente sensibili agli eccessi di indebitamento, non sono convinti della volontà dei governi nazionali di mettere ordine, di riequilibrare le finanze pubbliche, di ripristinare nelle nostre economie condizioni strutturali per un incremento della produttività e del tasso di crescita.

Allo stesso tempo, affinché il nostro Paese e l'Europa superino questa fase di stallo, è fondamentale ciò che ricorda il prof. Chiappetti nell'introduzione, rilanciando ciò che già afferma la Costituzione riguardo a contribuire *al progresso materiale o spirituale della società*. Dice Chiappetti: "... la società italiana dovrà anche riacquisire la cultura di valori presenti nella Costituzione, quali il merito, la selezione, l'autorità, l'autosufficienza e la preminenza dell'interesse generale...", e io aggiungo: liberandosi sempre più da uno Stato paternalista.

Il Governo italiano sta facendo la sua parte, da ultimo con la manovra di finanza pubblica che è stata varata nella consapevolezza che un certo rigore contribuirà a ristabilire la fiducia dei risparmiatori e le condizioni per mantenere bassi i tassi di interesse. Naturalmente, sarà necessario che le misure correttive siano integrate da iniziative di carattere strutturale, per liberalizzare il nostro sistema asfittico, per accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione e per migliorare il quadro istituzionale.

CORRIERE DELLA SERA – 10 GIUGNO 2010

Baldassarre: non serve modificare l' articolo 41 A cancellarlo di fatto ci ha già pensato la Ue

Intervista ad Antonio Baldassarre di Alessandra Arachi

Antonio Baldassarre, lei è presidente emerito della Corte costituzionale, ha sentito le parole di Silvio Berlusconi? Vuole modificare l' articolo 41 della Carta, quello che parla di lavoro e impresa... «Difficile capirne le motivazioni».

Il presidente del Consiglio ha detto che è un articolo «datato», permeato da una cultura «catto-comunista».

«Attenzione. Bisogna stare attenti. L' articolo 41 ha tre commi».

E dunque?

«Dunque, per quel che riguarda i primi due commi, ovvero i principi fondanti non si può assolutamente dire che sia datato. Anzi: esprimono una sacrosanta cultura della libertà d' impresa».

E il terzo comma?

«Il terzo è effettivamente legato ad un compromesso che l' Assemblea costituente avrebbe fatto con la parte social-comunista. Però...».

Però cosa?

«Volendo si potrebbe anche proporre di toglierlo questo terzo comma che dice: "La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l' attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". Ma è inutile. Non ha senso».

Perché?

«Con l' avvento della Comunità europea questo comma è stato già cancellato nei fatti».

Ovvero?

«La Corte costituzionale ha già stabilito che si possono derogare anche alcune norme costituzionali. Non quelle fondanti, di principio. Ma in questo caso si tratta di libertà di mercato, libertà di concorrenza».

Quindi non è un articolo ispirato da una matrice «catto-comunista», secondo lei?

«Direi di no. Magari se guardiamo il secondo comma lo possiamo definire cristiano-umanista, con pensieri influenzati da correnti riformiste, dall' economia sociale di mercato. Ma è cosa ben diversa».

Lei dunque non lo cambierebbe questo articolo della Costituzione?

«No, per i motivi che ho appena detto. E che fanno decadere le motivazioni espresse dal presidente del Consiglio. Di certo c' è che io sono affezionato a questa Carta costituzionale. Ma c' è anche altro».

Cos' altro?

«Non credo che si possa trovare in questo Parlamento una maggioranza qualificata in grado di modificare questa legge».

LA REPUBBLICA – 16 GIUGNO 2010 - SEZIONE: ECONOMIA

Solo una perdita di tempo toccare l' articolo 41

Intervista a Guido Tabellini di Eugenio Occorsio

«Non c' è bisogno di modificare l' articolo 41 della Costituzione per arrivare ad una migliore concorrenza e ad una maggior efficienza. L' art. 41 ha un' impostazione sbagliata ma bisogna stare attenti a non creare diversivi o perdere tempo prezioso». Guido Tabellini, economista laureato a Torino e PhD a Los Angeles, dal 2008 rettore della Bocconi, è specializzato nell' analisi del rapporto fra istituzioni politiche e crescita economica. E parla chiaro: non servono modifiche costituzionali per garantire quella scossa di cui l' economia ha bisogno.

Lei concorda con l' analisi di Catricalà, favorevole all' iniziativa di Tremonti purché sia accompagnata da una legge sulla concorrenza?

«Concordo soprattutto con la seconda parte. Intendiamoci: giudico molto positivo che finalmente i politici parlino di queste cose con la prospettiva di aumentare la concorrenza e rilanciare le liberalizzazioni. È una svolta importante che non era scontata viste alcune posizioni assunte in passato dal ministro. Insomma si va nella direzione giusta. Ma rivedere la Costituzione non è oggi prioritario».

E quali sono le priorità?

«Bisogna partire dall' idea che spesso il primo ostacolo alla tutela della concorrenza viene dallo Stato e dall' intervento pubblico più che dal monopolio privato. Con la scusa di indirizzare l' attività economica verso l' utilità sociale, lo Stato ha fatto proprio il contrario e ha ceduto alle pressioni corporative: penso alle tariffe minime per le professioni, al contenimento forzoso nel numero delle licenze dei taxi, all' uso eccessivo dello strumento dell' autorizzazione edilizia per impedire l' apertura di centri commerciali, al monopolio pubblico riservato al servizio postale, alle concessioni di durata troppo lunga per autostrade o aeroporti. E tante altre situazioni. Tutti casi in cui l' intervento regolatore ha protetto delle rendite di posizione. Senza contare i casi di "non intervento" quando invece sarebbe stato necessario, come la mancata separazione della rete del gas dall' Eni. Tutte queste sono posizioni da correggere subito senza imbarcarsi in un cammino legislativo lungo e tortuoso che finirebbe con lo sviare l' attenzione dai veri e urgenti problemi».

Insomma, andrebbe affiancata una normativa di rilevanza costituzionale senza toccare la Carta? «Una volta chiariti i fini, le modalità le deciderà la politica. Certo, l' art.41 così com' è scritto appare vetusto e non all' altezza dei tempi. E' vero che andrebbe cambiato, prima o poi andrà fatto ma non è questa la priorità. Non è irrilevante né casuale, per esempio, l' assenza del concetto di concorrenza: anche grazie a quest' assenza è stato più facile preservare le posizioni di monopolio e ostacolare l' ingresso di nuove imprese sul mercato con la mentalità di cui parlavo. Insomma, è la forza degli interessi corporativi che va riformata, o meglio abolita».

LA STAMPA – 16 GIUGNO 2010

Costituzione usata come scusa

di Irene Tinagli

Al di là dello scontro quasi ideologico che si solleva ogni volta che si tocca la Costituzione, ciò che colpisce del dibattito sull'articolo 41 è la tesi che questo articolo sia ciò che ha frenato e frena la competitività italiana e che, modificandolo, l'Italia possa tornare a competere sui mercati internazionali. Ma è davvero così? E' vero che la competitività di un Paese dipende dalla sua Carta costituzionale? Questa è la domanda che dovremmo porci in questo momento. In questa prospettiva è interessante andare a guardare le classifiche internazionali sulla competitività e scoprire che i Paesi più competitivi del mondo hanno alle spalle Costituzioni, modelli di Stato e di governo completamente diversi l'uno dall'altro.

In vetta alle classifiche troviamo infatti Paesi di tradizioni liberali e liberiste, come gli Stati Uniti. Ma anche Paesi di tradizione social-democratica, come la Svezia e la Danimarca, così come troviamo democrazie parlamentari e presidenzialiste, Stati unitari e Stati federali, repubbliche e monarchie. Già da queste riflessioni sorge quindi più di un ragionevole dubbio. Il dubbio che forse la competitività dipenda da altri fattori. Ed infatti è così.

La competitività - che altro non è che la capacità di crescere nel lungo periodo - è legata ad altro. Si tratta chiaramente di una molteplicità di fattori, ma tre in particolare sono fondamentali: un sistema della ricerca e dell'istruzione moderno e competitivo, una pubblica amministrazione funzionale e trasparente, ed un sistema fiscale e redistributivo efficiente ed equo, che supporti il lavoro e gli investimenti. Investimenti non solo materiali ma anche e soprattutto immateriali, a partire proprio da quelli in ricerca, istruzione e formazione. E' così che si crea un circolo virtuoso: una forza lavoro preparata e competitiva e un sistema di imprese che fa leva su tale capitale umano per generare innovazione e crescita.

Certamente mantenere questi investimenti e questo ciclo virtuoso in tempi di crisi non è facile, ma non impossibile. Basta guardare la Germania, che, pur dando alla luce una manovra finanziaria durissima con i tagli più pesanti dalla Seconda Guerra Mondiale, ha lasciato intatti tutti gli investimenti in istruzione e ricerca, dando mostra di una lungimiranza e di una prospettiva strategica invidiabili. L'Italia invece non solo ha tagliato pesantemente scuola, formazione, università e ricerca, ma non è stata nemmeno capace di portare fino in fondo alcune riforme avviate da questo stesso governo che avrebbero perlomeno dato un contributo a quei cambiamenti strutturali necessari per un eventuale reinvestimento futuro.

La riforma dell'Università è ancora ferma, rallentata non solo dai tanti emendamenti ma anche dall'evidente priorità data ad altri provvedimenti, dai vari Lodo Alfano fino all'ultimo provvedimento sulle intercettazioni, sui quali sono state spese molte più energie.

La riforma della pubblica amministrazione di Brunetta è stata in pratica mutilata dall'ultima manovra del governo che, per introdurre il blocco dei salari nel pubblico impiego, ha di fatto congelato (anche se non formalmente sospeso) tutta la parte della riforma che avrebbe introdotto un po' di meritocrazia, valutazione e responsabilità nella pubblica amministrazione. Di riforma fiscale invece è stato quasi tabù parlare fino ad oggi. Adesso viene rispolverata, ma posta come subordinata alla più alta questione della «libertà di impresa» e alla modifica della Carta costituzionale. Creando un po' di confusione sulle finalità di tale provvedimento, facendo quasi credere che questo articolo impedisca la creazione d'impresa. Non solo non è così, ma la creazione d'impresa, di per sé, non è un problema per il nostro Paese. In Italia si fa già abbastanza impresa, non a caso abbiamo una densità imprenditoriale tra le più alte d'Europa (circa 66 imprese ogni 1000 abitanti, contro 22 della Germania, 39 della Danimarca, e 40 della Francia).

Il problema delle imprese italiane è un altro: è la difficoltà di crescere avendo a che fare con una pubblica amministrazione lenta ed inefficiente, con una fiscalità complessa e penalizzante per chi davvero investe in innovazione e ricerca, e la difficoltà a trovare giovani (giovani veri, non quarantenni) preparati e ben formati sul mercato del lavoro. Questi sono i veri problemi delle imprese, e la modifica dell'articolo 41 non servirà a cambiare molto questo stato di cose. Anche la semplificazione della complessità normativa, la razionalizzazione di autorizzazioni e controlli può essere realizzata subito, senza modifiche costituzionali. D'altronde, è proprio questo governo che ha istituito il ministero per la Semplificazione normativa. Ed è proprio quel ministro, il senatore Calderoli, che pochi mesi fa si è fatto immortalare armato d'ascia e fiamma ossidrica mentre dava fuoco alle 375 mila tra leggi e regolamenti abrogati dal suo ministero. Viene naturale chiedersi come mai tra tutte quelle migliaia di leggi non ce ne fosse nemmeno una che sia servita a rendere più semplice la vita delle imprese e dei cittadini, tanto che oggi siamo ancora a parlare di normativa asfissiante.

Ecco, potremmo ripartire da lì, dal rilancio di una semplificazione normativa più mirata e selettiva, in modo da andare più incontro alle esigenze di aziende e cittadini. E da una riorganizzazione delle procedure e degli adempimenti burocratici per le imprese, per esempio realizzando in modo capillare su tutto il territorio gli sportelli unici per le attività produttive, istituiti per legge dodici anni fa ma nella realtà ancora largamente incompiuti, o, quando esistenti, raramente accompagnati dalle necessarie semplificazioni amministrative e dalla necessaria formazione del personale. Per realizzare tutto questo non è necessario creare una nuova Costituzione. Magari un nuovo ministro sì, potrebbe servire, visto che il ministro per le Attività produttive si è dimesso quasi due mesi fa e ancora non si è trovato un sostituto.

Insomma, se l'obiettivo è rilanciare la competitività del nostro Paese, investire tempo ed energie per modificare la Costituzione potrebbe non essere la strategia più efficace. Ci sono molte altre cose più incisive e fattibili subito che possono servire assai meglio a questo scopo. Se poi l'obiettivo è un altro, allora è un altro discorso.

EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

IL FORO AMMINISTRATIVO

T.A.R.

ISSN 1722-2397

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. III - Febbraio 2004

2

DIRETTA DA

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, GAETANO TROTTA

Si segnalano all'attenzione del lettore

<i>Tar Piemonte, Sez. II, 21 febbraio 2004 n. 319: Sulla giurisdizione del g.o. relativamente alle controversie concernenti le misure interdittive della frequenza negli stadi</i>	339
<i>Tar Lazio, Roma, Sez. III, 12 febbraio 2004 n. 1362: Sul diniego di ottenere interessi moratori per ritardato pagamento delle ricette spedite mensilmente dal farmacista</i>	442
<i>Tar Basilicata, 20 febbraio 2004 n. 105: Sulle differenze economiche tra trasferimento su domanda e trasferimento d'autorità</i>	508
<i>Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, 25 febbraio 2004 n.361: Sull'illegittimità del provvedimento di annullamento o di modifica di attestazione SOA da parte dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici</i>	523



www.giuffre.it/riviste/foro

Per i testi dei provvedimenti più importanti non inseriti nel fascicolo



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

249 - 27 febbraio 2004 — Pres. (f.f.) Silvestri — Est. Lensi — A.S. (avv. Salaris) c. Comune di Senis (avv. Sequi).

[3288/12] Comuni e province - In genere - Giunta comunale e provinciale - Competenze - Approvazione progetto in variante - Competenza - Giunta.

[3288/48] Espropriazione per pubblico interesse - Area scelta - Determinazione - Errori rilevanti. Ai sensi degli artt. 32 e 35, l. 8 giugno 1990 n. 142, i piani finanziari ed i programmi di opere pubbliche rientrano fra gli atti fondamentali di competenza del consiglio comunale, mentre l'approvazione dei progetti di opere pubbliche, anche quando la detta approvazione costituisca variante allo strumento urbanistico a norma dell'art. 1, l. 3 gennaio 1978 n. 1, rientra nella competenza generale della Giunta.

L'erronea determinazione dei beni da espropriare inficia la validità del relativo procedimento quando si risolve in un errore sulla loro individuazione, sì che l'azione amministrativa ne risulti fuorviata, mentre negli altri casi tale errore rileva solo ai fini della quantificazione della relativa indennità, per cui eventuali inesattezze riscontrabili negli atti del procedimento espropriativi in merito alla misurazione delle superfici espropriande, possono tradursi in un vizio dell'atto che individua i beni soltanto se producono un'incertezza assoluta circa l'individuazione del bene costituente l'oggetto dell'acquisto coattivo.

RASSEGNE, ARTICOLI E DOCUMENTAZIONE

[7968/12] LA LIBERTÀ D'IMPRESA COME DIRITTO FONDAMENTALE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La libertà di impresa come libertà di accesso al mercato. — 3. La libertà di impresa come autonomia di gestione dell'attività economica. — 4. La libertà di impresa nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

1. Premessa.

L'art. 16 (1) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (riprodotto senza modifiche nel progetto di trattato che istituisce una Costituzione per L'Europa) (2) riconosce esplicitamente la libertà di impresa come diritto fondamentale dell'individuo (*È riconosciuta la libertà di impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*) (3).

In realtà, seppure questo riconoscimento è avvenuto solo nel 2000, non si deve dimenticare che il libero esercizio delle attività economiche costituisce, *ab origine* uno dei principi cardine alla base del progetto comunitario.

Cosa si intende per libertà individuale di impresa alla luce della normativa comunitaria?

In che modo ed entro quali limiti ne è stata garantita la tutela?

Quali indicazioni emergono invece dalla Costituzione e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana?

Questi sono gli interrogativi ai quali si tenterà di dare risposta nelle pagine che seguono.

2. La libertà di impresa come libertà di accesso al mercato.

Il concetto di « libertà di impresa » racchiude in sé due profili: da una parte, la libertà di svolgere un'attività economica, di accedere ad un determinato mercato, dall'altra, la libertà (una volta sul mercato) di gestire liberamente la propria attività.

È sicuramente il primo aspetto che riveste maggiore importanza alla luce del

(1) Cfr., il commento all'art. 16 di A. LUCARELLI, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001, 130.

(2) In argomento cfr., A. TEZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in *Dir. un. europ.*, 2-3, 2003, 263.

(3) In senso critico sulla « dimensione economica » della Carta, cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLÒ, *L'Unione e i diritti fondamentali: due passi avanti e uno indietro (sui diritti economici?)*, in *Dir. un. europ.*, 3, 2002, 550. L'Autore critica la mancanza di attenzione che la Carta avrebbe dedicato ai diritti economici che sarebbero tutti ricondotti ad una generica « libertà di impresa ». In argomento, cfr., ancora, M.A. CABIBDI, *Costituzione europea e Carta dei diritti fondamentali*, in (A. QUADRIO CURZIO a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Fondazione Carialo, serie « verso la Costituzione europea », Il Mulino, Bologna, 2001, 177.

diritto comunitario, data la sua strumentalità alla costituzione del mercato comune che rappresenta (art. 2 CE) il principale (seppure non l'unico) mezzo per l'attuazione del progetto comunitario.

Al fine di garantire la libertà di accesso al mercato, il trattato prevede due strumenti.

In primo luogo, le disposizioni dedicate alla costruzione del mercato comune. Come è noto, queste ultime sono rappresentate dalla normativa sulla libera circolazione dei beni, servizi, capitali e delle persone (integrazione negativa) (4) e dalla normativa riguardante le misure che le istituzioni comunitarie possono adottare per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri (integrazione positiva) (5).

In secondo luogo, il trattato garantisce il libero accesso al mercato attraverso la normativa *antitrust*, come strumento che tende a porre i vari operatori economici nelle stesse condizioni di partenza (6).

La libertà di accesso al mercato non ha però valenza assoluta e può trovare dei limiti sia in normative statali che nel comportamento degli altri operatori economici. La libera circolazione, infatti, può essere limitata da normative statali volte a tutelare gli interessi pubblici espressamente indicati dal trattato (artt. 30 (7), 46 (8), 58 (9), 39 (10), 6 (11) CE), ovvero le esigenze imperative a carattere generale elaborate in via pretoria dalla Corte di giustizia (12).

(4) Artt. 23 ss. del trattato.

(5) Artt. 94 e 95/CE.

(6) Cfr., a questo proposito, E. COSTANTINI, *Il diritto di iniziativa economica e la tutela della libertà di concorrenza nella prospettiva dell'essential facility doctrine*, in *I diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano, 2002, 77.

In questo senso anche Cassese, secondo cui *se le libertà di circolazione sono strumentali all'unità del mercato, le norme sulla concorrenza, quelle sugli aiuti di Stato e quelle sull'armonizzazione delle legislazioni nazionali, sono a loro volta strumentali alle importazioni in uno Stato, può essere impedita dall'entrarvi da imprese in posizioni dominanti, da aiuti finanziari o di altro tipo [...]*. S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 907.

(7) In base al quale la normativa in materia di libera circolazione delle merci lascia impregiudicati i divieti o le restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale o commerciale.

(8) Secondo cui l'applicazione delle disposizioni in materia di libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi può essere limitata per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

(9) Il quale specifica che le disposizioni relative al libero movimento dei capitali non ostano a che gli Stati membri possano prendere misure giustificate da motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza.

(10) Che indica quali limiti alla libera circolazione dei lavoratori sempre l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica.

(11) *Le esigenze connesse con la tutela ambientale devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni comunitarie [...]*.

(12) Le sentenze in argomento sono numerose. A titolo d'esempio possono essere

Ma anche l'integrazione positiva può trovare dei limiti, sulla base di quanto previsto dai commi 4 e 5 dell'art. 95/CE (13).

Ancora, possono essere giustificati interventi statali in deroga alla normativa *antitrust*, sia sulla base dell'art. 86, n. 2 e del concetto di servizio di interesse economico generale (14), che sulla base delle eccezioni previste al divieto di aiuti di Stato (15).

Anche i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese possono essere giustificati, come si evince dal disposto dell'art. 81, comma 3, in cui si chiarisce che *il divieto di intese restrittive può essere dichiarato inapplicabile agli accordi, decisioni o pratiche concordate che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti, a promuovere il progresso tecnico o economico [...]*. Un accordo, seppure lesivo della concorrenza, può essere dichiarato ammissibile se contribuisce ad attuare una più generale efficienza del mercato, ovvero anche se contribuisce alla tutela di finalità di natura diversa, come ha messo in evidenza la Corte di giustizia (16).

citato: sentenza *Cassis de Dijon*, 20 febbraio 1979, C-320/91, nella quale vengono indicate quali esigenze imperative l'efficacia dei controlli fiscali, la salute pubblica, la lealtà dei negozi commerciali, e la difesa dei consumatori; sentenze: *Weeb*, 17 dicembre 1981, C-110 e *Van Waemael*, 18 gennaio 1979, C-279/80, che riconoscono come esigenze imperative la protezione dei lavoratori e l'equilibrio sul mercato del lavoro. La Corte individua anche come limiti all'applicazione della normativa in materia di libera circolazione: la preservazione del pluralismo della stampa (*Família press*, 11 luglio 1985, C-368/95), l'impulso alla creazione di opere cinematografiche (*Cinéthèque*, 26 giugno 1997, C-60/84), il buon funzionamento della giustizia e il rispetto della deontologia (*Van Binsbergen*, 3 dicembre 1974, n. C-33/74), il buon funzionamento dell'Università (*Alliath Coonan II*, 2 agosto 1993, n. C-332/91), ecc.

(13) Secondo cui anche dopo l'adozione da parte del Consiglio o della Commissione di una misura di armonizzazione, lo Stato membro può mantenere disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'art. 30 o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, ovvero introdurre disposizioni nazionali fondate su nuove prove scientifiche inerenti alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, giustificate da un problema specifico a detto Stato membro insorto dopo l'adozione della misura di armonizzazione.

(14) Sentenze *Corbeau*, 19 maggio 1993, C-320/91; *Atmelo*, 27 aprile 1994, C-393/92; *Albany*, 21 settembre 1999, C-67/96, ecc.

(15) L'art. 73 indica come compatibili con il trattato gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti, ovvero corrispondenti al rimborso di talune servizi inerenti alla nozione di pubblico servizio.

(16) La Corte ha infatti ritenuto nella sentenza *Metro* (25 ottobre 1977, C-267/76) che i poteri attribuiti alla Commissione dall'art. 81, n. 3 dimostrano come l'esigenza di conservazione di una concorrenza efficace, possono venire conciliate con la tutela di *finalità di natura diversa*, sicché, a questo scopo, possono tollerarsi alcune restrizioni della concorrenza, se sono indispensabili al conseguimento di dette finalità e non si risolvono nell'eliminazione della concorrenza stessa per una parte sostanziale del mercato comune. Tra queste finalità vi è, per esempio, l'interesse dei lavoratori. Nella sentenza citata la Corte sostiene che il mantenimento dell'occupazione, in quanto migliora le condizioni generali di produzione, specie in caso di congiuntura economica sfavorevole, rientra fra gli obiettivi che l'art. 81, n. 3 consente di contemplare (sentenza 25 ottobre 1977, C-267/76). Su questa linea, si è posta anche la Commissione la quale ha stabilito che un accordo tra concorrenti, diretto alla chiusura di stabilimenti e alla limitazione della capacità produttiva, può contribuire a migliorare la produzione e a promuovere il progresso tecnico ed economico, anche perché

Il libero accesso al mercato da parte del singolo imprenditore costituisce uno dei pilastri su cui si fonda la costruzione comunitaria, lo stesso ha, però, anche una valenza individualistica come non ha mancato di mettere in evidenza la Corte di giustizia.

La libertà di accesso al mercato è stata, infatti, riconosciuta dai giudici di Lussemburgo come diritto fondamentale in alcune sentenze aventi ad oggetto la valutazione di legittimità di normative comunitarie (17).

In particolare, la Corte ha ritenuto potenzialmente lesivi del diritto di accesso al mercato un regolamento comunitario che vieti l'impiego di nuovi vigneti (sentenza *Hauer*, 13 dicembre 1979, C-44/79), ovvero una direttiva che prescriva il rilascio di un'autorizzazione per svolgere l'attività di utilizzatore di oli usati a scopo di combustibile (sentenza, *АДВНУ*, 7 febbraio 1985, C-240/83).

Naturalmente, la Corte ha specificato, in linea con la sistematica del trattato e con la sua giurisprudenza in materia di mercato unico e concorrenza, che il diritto di accesso al mercato (nella duplice accezione del libero esercizio del commercio e della professione) non costituisce un diritto assoluto.

Lo stesso può infatti essere legittimamente limitato al fine di tutelare scopi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché la sostanza del diritto non venga compromessa.

La Corte non chiarisce cosa debba intendersi per « sostanza del diritto » e propone, sulla base della sua giurisprudenza in materia di limiti derivanti da normative statali, un giudizio sulla necessità e sulla proporzionalità del provvedimento lesivo, rispetto all'obiettivo perseguito.

Il coordinamento delle chiusure permette di eseguire le operazioni di ristrutturazione in condizioni sociali accettabili, facilitando il ricollocamento del personale (decisione della Commissione *Stichting Baksteen*, O.J. 1994, L.131/15). Tra gli interessi che possono essere tenuti in considerazione nell'applicazione della deroga vi è, sicuramente quello dei consumatori, sotto il profilo, non solo del vantaggio economico, che già è previsto dall'art. 81, n. 3 (secondo cui va riservato agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che deriva dal miglioramento delle condizioni del mercato), ma anche della tutela della loro salute, informazione, e sicurezza (decisione *Asahi*, O.J. 1994, L.354/87). L'interesse dei consumatori viene legato a benefici ambientali. Nella decisione *Philip Ornam* (O.J. 1994, L.378/37), per esempio, si legge che l'impiego di impianti più puliti, come risultato degli accordi in questione, determina una riduzione dell'inquinamento atmosferico e, di conseguenza, vantaggi tanto diretti quanto indiretti per i consumatori [...]. Da ultimo, sempre la Commissione, ha ritenuto rilevante, ai fini della concessione della deroga, l'interesse alla tutela del patrimonio culturale. Occupandosi del sistema di distribuzione della stampa in Belgio che comprende una clausola di resa dell'inventario e una clausola di fissazione del prezzo del prodotto ad opera dell'editore, la Commissione ha giudicato legittime le clausole alla luce dell'art. 81, n. 3, sulla base della finalità che esse si prefiggono, ossia di offrire al cliente un'ampia gamma di prodotti di stampa (decisione della Commissione relativa ai contratti di distribuzione della stampa in Belgio, casi n. IV/C-2/31.609 e n. 37.306, riportata nella XXIX *Relazione sulla Politica della Concorrenza*, Bruxelles, 1999, 175). Cfr., in argomento, C.U. Schmid, *Diagonal competence conflicts between European competition law - A conflict of laws reconstruction of the dispute on book price fixing*, in *European Review of Private Law*, 2000, 155.

(17) In argomento cfr., L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. un. europ.*, 1998, 69.

Unica ipotesi in cui la Corte ha ritenuta legittima la lesione della sostanza del diritto di accesso è nel caso in cui la stessa risulti necessaria per l'adempimento di una missione attribuita ad un'impresa che gestisca un servizio di interesse economico generale (18).

3. La libertà di impresa come autonomia di gestione dell'attività economica.

Se, quindi, la libertà di accesso al mercato rappresenta un diritto fondamentale dell'individuo, anche se, allo stesso tempo funzionale al raggiungimento degli obiettivi comunitari, più complesso è il problema del riconoscimento di un'ulteriore aspetto della libertà di impresa, ossia la libera gestione dell'attività economica (autonomia individuale dell'imprenditore) che costituisce una dimensione più propriamente individualistica.

Il trattato, in realtà, si occupa del comportamento degli imprenditori sul mercato agli artt. 81 ss., che vietano, come è noto, le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante.

Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio fra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato

(18) La lettera dell'art. 86/CE (Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme del presente trattato [...]), sembra legittimare il conferimento di diritti speciali ed esclusivi, genericamente richiedendo che gli Stati, non emanino né mantengano nei confronti delle imprese a cui sono stati concessi, misure contrarie alle norme del trattato. Effettivamente, la Corte di giustizia, in una prima fase, ha fatto propria questa interpretazione, ritenendo compatibile con il diritto comunitario siffatta scelta di politica economica, seppure incidentalmente richiedendo la sussistenza di, non ben specificate, esigenze di carattere pubblico (sentenza *Sacchi*, 30 aprile 1974, C-155/73). In un secondo gruppo di pronunce (con particolare riferimento ai diritti esclusivi) si mette in evidenza, però, che se è legittimo da parte dello Stato attribuire un siffatto diritto, lo stesso deve avere una disciplina tale da non indurre necessariamente le imprese beneficiarie a violare la normativa concorrenziale (per esempio, ad abusare della loro posizione dominante). Violazione che può essere giustificata se l'impresa in questione gestisce un servizio di interesse economico generale (quale l'attività di collocamento, *Hofner*, 23 aprile 1991, n. C-41/90; il servizio di ormeggio, 18 giugno 1998, C-266/96; ovvero un sistema pensionistico integrativo, 21 settembre 1999, C-115/97) ed i limiti alla normativa concorrenziale siano indispensabili per il perseguimento dell'obiettivo, salvo il caso in cui l'impresa non sia in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato per quanto riguarda quel settore. È solo con la sentenza *Corbeau* (19 maggio 1993, C-320/91) che si verifica una drastica inversione di tendenza in quanto vengono applicati, per la prima volta, il comma 1 e 2 dell'art. 86, come un'unica norma, volta a fissare le condizioni di legittimità dei monopoli legali in materia di servizi di interesse economico generale. Gli Stati sono liberi di conferire alle imprese cui attribuiscono la gestione di servizio di interesse economico generale diritti esclusivi lesivi della concorrenza, se è necessario per garantire l'adempimento della specifica missione affidata, in condizioni di equilibrio economico. L'esclusione della concorrenza non si giustifica, invece, qualora si tratti di servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse generale, che rispondono a particolari esigenze di operatori economici e che richiedono determinate prestazioni supplementari.

comune [...]. È inoltre incompatibile con il mercato comune e vietato [...] lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo (artt. 81 e 82).

Sulla base del trattato, la libertà dell'imprenditore di gestire la propria attività economica è riconosciuta nella misura in cui non costituisca un ostacolo alla libera competizione concorrenziale e al libero accesso al mercato.

Ad ogni modo, se in relazione alla libertà di impresa come libertà di accesso al mercato, abbiamo visto che la Corte di giustizia si limita ad operare un riconoscimento quale diritto fondamentale e a chiarirne la natura non assoluta, la giurisprudenza che si occupa del diritto fondamentale alla libera gestione della propria attività imprenditoriale risulta invece più articolata e complessa.

La stessa svolge infatti una triplice operazione, ossia di « riconoscimento », di « delimitazione-individuazione » e di « indicazione dei limiti » del diritto in questione.

La Corte, in primo luogo, riconosce questo aspetto della libertà di impresa come diritto fondamentale, sulla base delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dei trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo (sentenza *Nold*, 14 maggio, C-4/73).

In secondo luogo, la Corte si preoccupa di stabilire che cosa possa intendersi per libertà di gestione dell'impresa. A questo fine ne individua un nucleo essenziale, « l'essenza del diritto » che è rappresentato dall'esistenza stessa dell'impresa o dalla libertà di scelta della professione. Inoltre, la Corte indica ciò che sicuramente non può essere tutelato in relazione alla libertà di gestione, ossia i semplici interessi o possibilità d'indole commerciale, la cui natura aleatoria è insita nella essenza stessa dell'attività economica (*Nold*).

I giudici indicano, poi, i vari profili che possono essere ricondotti alla libertà di gestione imprenditoriale: la libertà di decidere le modalità di vendita del proprio prodotto (*Nold*), di decidere la quantità della propria produzione (sentenza *Eridania* 27 settembre 1979, C-230/78), di stabilire la denominazione del proprio prodotto (sentenza *Rehin* 8 ottobre 1986, C-234/85) (19); la libertà di scelta del contraente (sentenza *Neu*, 10 luglio 1991, C-90/91/90); la libertà di fissazione dei prezzi (sentenza *Lufthansa*, 16 ottobre 2003, C-363/01).

Dopo aver stabilito che cosa possa essere ricondotto alla libertà di gestione dell'attività imprenditoriale, la Corte si preoccupa anche di indicare a quali condizioni la stessa libertà possa essere limitata, sia ad opera di normative comunitarie e statali che da comportamenti di imprese concorrenti.

Con riferimento ai limiti che possono derivare alla libertà individuale di impresa da normative comunitarie, la Corte sottolinea che gli stessi devono essere giustificati dagli scopi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza del diritto stesso (*Nold*).

Il primo fra i possibili limiti individuati è il buon funzionamento del mercato. La libertà di gestione imprenditoriale può, infatti, venire compressa dall'esi-

(19) La causa verteva sulla legittimità alla luce dei principi generali del diritto comunitario del regolamento del consiglio di disciplina dell'etichettatura dei vini.

genza di garantire un pari accesso al mercato a tutti gli operatori (sentenza, *Repubblica federale di Germania* c. *Consiglio delle comunità europee*, 29 giugno 1993, C-280/93 R), nonché un'adeguata protezione della produttività comunitaria (soprattutto nei mercati agricoli) (20).

Sempre in relazione alle esigenze del mercato, la Corte ha poi ritenuto che potessero giustificare dei limiti alla libertà di gestione della propria impresa, gli scopi generali perseguiti dall'organizzazione comune del mercato vitivinicolo, sotto il duplice profilo dell'eliminazione degli ostacoli agli scambi fra Stati membri e della protezione dell'informazione ottimale dei consumatori (*Keller*, 8 ottobre 1986, C-234/85).

Ad ogni modo, non sono solo le esigenze del mercato che possono giustificare un limite alla libertà di impresa, ma anche esigenze di natura diversa, quale, per esempio, la tutela ambientale (*Авону*); in ogni caso, comunque, l'intervento non deve essere inaccettabile, ossia tale da ledere addirittura la sostanza stessa del diritto e la misura posta in essere deve essere proporzionata all'obiettivo da raggiungere.

Quindi, la Corte, riconosce l'esistenza del diritto all'autonoma gestione dell'attività imprenditoriale. Questo diritto che ha una valenza più propriamente individualistica (a differenza del diritto di accesso che, come abbiamo visto, è soprattutto funzionale ad esigenze di sistema) trova proprio il suo limite più significativo nell'esigenza di garantire un pari accesso a tutti gli operatori sul mercato.

Di particolare evidenza è questo conflitto in alcune sentenze della Corte nelle quali la stessa utilizza, seppure senza richiamarlo espressamente, il principio dell'essential facilities (21) (elaborato dalla giurisprudenza delle Corti nord-americane), secondo cui un'impresa che occupi una posizione dominante su un determinato mercato, il quale costituisce un'essential facility per accedere ad un altro mercato, abusa della propria posizione dominate qualora, senza una giustificazione oggettiva, neghi l'accesso a tale facility.

In concreto, la Corte ha ritenuto (sentenza *Commercial solvens*, 6 marzo 1974, C-6/773) che l'impresa la quale detenga una posizione dominante sul mercato delle materie prime non può interrompere la fornitura ad un cliente che fabbrica prodotti finiti, allorché decida di produrre essa stessa i prodotti in questione. Nella sentenza *United Brands* (14 febbraio 1978, C-2776) secondo la Corte, abusa della propria posizione dominante un produttore di banane (che occupa una posizione

(20) In alcune sentenze relative al sindacato di legittimità di normative comunitarie, approvate in relazione alla costituzione dell'organizzazione del mercato agricolo comune, i giudici, infatti, rilevano come le quote di produzione previste non costituiscono una violazione della libertà di impresa poiché fissano i quantitativi di produzione di un determinato prodotto il cui smercio fruisce del regime particolare che l'organizzazione comune dei mercati nel settore specifico ha creato per proteggere e favorire la relativa produzione nella Comunità (*Eridania*). Cfr., anche la sentenza *Keller*, 8 ottobre 1986, C-234/85.

(21) In argomento cfr., M. SIRAGUSA e M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e impresa Europa*, 1999, 260; D. DURANTE, G.G. MOGLIA e A. NICITA', *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust*, *ibid.*, 2001, 257.

dominate sul relativo mercato) che interrompe la fornitura dei propri beni ad un distributore-maturatore, reo di aver partecipato ad una campagna pubblicitaria a favore di un altro concorrente.

Da ultimo, sempre secondo la Corte (22), viola l'art. 86 del trattato quell'impresa che, detenendo una posizione dominante su un determinato mercato, si riserva, senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa.

Quindi, la Corte chiamata ad operare un bilanciamento tra il diritto di accesso al mercato e il diritto di ciascun imprenditore a gestire autonomamente la propria attività, in queste sentenze sembra far prevalere nettamente il primo profilo.

In pronunce più recenti, la Corte invece si preoccupa maggiormente di sottolineare il valore dell'autonomia imprenditoriale, contrapponendo i benefici concorrenziali derivanti dal libero accesso al mercato, agli svantaggi che l'interferenza nella libertà di gestione imprenditoriale (in questo caso di un'infrastruttura essenziale) potrebbe arrecare.

L'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni relative alla causa *Bronner* (23) (conclusioni che verranno confermate nella successiva sentenza) opera una distinzione tra il breve e il lungo periodo.

Nel breve periodo, infatti vincolare la libertà di gestione di un'infrastruttura essenziale, imponendo al gestore di concedere l'accesso ad altri operatori, provoca un effetto positivo in termini concorrenziali. L'Avvocato generale mette in evidenza, però, che l'eccessiva interferenza con la libertà di impresa del gestore potrebbe comportare degli effetti negativi di lungo periodo. Infatti, qualora si consentisse con eccessiva facilità l'accesso ad un'infrastruttura di produzione, acquisito o distribuzione, i concorrenti non sarebbero incentivati a predisporre infrastrutture concorrenti (naturalmente in questo caso trattavasi di un'infrastruttura duplicabile, ossia un canale di distribuzione di quotidiani). In tal modo la concorrenza,

(22) Nella causa *Telemarketing* (sentenza 3 ottobre 1995, C-311/84), la Corte sostiene come abusi della sua posizione dominante sul mercato della telediffusione un'emittente che obbliga coloro che desiderano diffondere un messaggio pubblicitario ad utilizzare i servizi di una propria consociata. Nella sentenza *GB-Inno-BM* (13 dicembre 1991, C-18/88) la Corte ha sostenuto che un'impresa che detiene un monopolio sul mercato della costituzione e dell'esercizio di una rete di telecomunicazioni, viola l'art. 86, nel caso in cui, senza necessità obiettiva, si riserva il mercato vicino, ma distinto, dell'importazione, della vendita, dell'allacciamento, del collaudo e della manutenzione degli apparecchi atti ad essere collegati alla suddetta rete, eliminando così ogni forma di concorrenza da parte di altre imprese.

Nella sentenza *Magill*, 6 aprile 1995, C-241,242/91 P, la Corte sostiene che talune emittenti avevano sfruttato abusivamente la loro posizione dominante, facendo valere il loro diritto d'autore nazionale sulle guide dei programmi delle loro trasmissioni, per impedire la pubblicazione, da parte di terzi, di guide televisive settimanali che avrebbero fatto concorrenza alle guide televisive pubblicate da ciascuna emittente e che riguardavano esclusivamente i suoi programmi.

(23) In questa causa la Corte è chiamata a decidere se costituisca abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del trattato il fatto che un gruppo editoriale che detiene una quota rilevante del mercato dei quotidiani neghi all'editore di un quotidiano concorrente l'accesso alla sua rete di recapito a domicilio, ovvero lo subordini alla condizione che esso acquisti dal gruppo anche altre prestazioni.

incrementata nel breve periodo, diminuirebbe nel lungo periodo. Inoltre, un'impresa in posizione dominante sarebbe meno incentivata ad investire in infrastrutture efficienti qualora ai suoi concorrenti fosse consentito, su richiesta, di dividerne i vantaggi. Pertanto, il semplice fatto che un'impresa in posizione dominante conservi un vantaggio su un concorrente utilizzando un'infrastruttura in via esclusiva non può giustificare l'imposizione dell'obbligo di concedere l'accesso all'infrastruttura medesima.

Per questi motivi, l'Avvocato generale e poi la Corte specificano come sia necessario operare un attento bilanciamento dei due interessi; quindi, concludono nel senso che non costituisce abuso di posizione dominante il rifiuto di concedere l'accesso ad un'infrastruttura, qualora non sia provato che il diniego dell'uso possa eliminare del tutto la concorrenza sul mercato dei prodotti derivati, che tale diniego non sia obiettivamente giustificabile e che l'infrastruttura sia indispensabile per l'esercizio dell'attività del concorrente.

Sempre nella stessa sentenza viene poi sollevata un'altra questione relativa alla remunerazione dell'accesso all'infrastruttura.

La libera fissazione dei prezzi all'accesso della *facility* rappresenta un'espressione della libertà di gestione dell'impresa, ma allo stesso tempo la stessa può costituire uno strumento atto a rendere difficoltoso l'accesso al mercato a cui le infrastrutture si riferiscono.

Anche in questo caso, secondo i giudici, nell'individuazione del prezzo deve essere tenuto in considerazione non solo l'interesse delle imprese terze ad accedere al mercato, ma anche l'interesse del gestore. Dunque, il prezzo deve essere tale da remunerare i costi affrontati dal gestore nonché tale da consentirgli un margine di profitto ragionevole (24).

Su quest'ultimo aspetto si è nuovamente pronunciata la Corte nella sentenza *Lufthansa*, 16 ottobre 2003, C-363/01 (25), in materia di accesso ai servizi di *handling* oggetto di una specifica direttiva di liberalizzazione (96/67/CE).

La Corte, che si conforma alle conclusioni dell'Avvocato generale *Mischo* (presentate il 28 gennaio 2003), riconosce esplicitamente che la libera determinazione dei prezzi da parte di un'impresa costituisce corollario del principio fondamentale della libertà d'impresa, che può essere limitato al fine di promuovere l'accesso al mercato. Il limite però non deve essere « eccessivo ».

La libertà di gestione imprenditoriale deve essere contenuta con l'esigenza di garantire l'accesso al mercato: in termini pratici questo significa che la fissazione del canone di accesso agli impianti aeroportuali, deve essere tale da coprire l'ammortamento degli impianti e le spese di gestione, nonché tale da assicurare agli aeroporti un ragionevole vantaggio economico. Lo stesso canone però non può arrivare a comprendere il corrispettivo per il conferimento di una possibilità di

(24) In argomento cfr. S. BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1999, 149.

(25) Per una disamina dei fatti di causa e un commento, vedi, A. MAZZULLI, *La gestione delle infrastrutture essenziali nei mercati regolamentati: il caso del mercato dei servizi di assistenza aeroportuali*, in corso di pubblicazione in *Servizi pubblici e appalti*, 2, 2004.

guadagno poiché altrimenti vi sarebbe un'ingiustificata limitazione della libertà di accesso al relativo mercato (26).

La Corte, in linea con la giurisprudenza precedente e con gli interventi della dottrina (27), riconosce la libertà di gestione dell'impresa (in questo caso sotto il profilo della libera fissazione dei prezzi). Appare evidente però che anche il riconoscimento di questo aspetto della libertà di impresa è intimamente legato ad una logica di sistema.

La libertà di gestione dell'impresa, infatti, seppure astrattamente riconosciuta dalla Corte come diritto dell'individuo, trova però tutela essenzialmente a due condizioni: da una parte, se la stessa non incide negativamente sul diritto di accesso al mercato, dall'altra se, pur incidendo sulla libertà di accesso al mercato, in ultima analisi la sua tutela possa comportare vantaggi al sistema mercato nel suo complesso.

4. La libertà di impresa nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La Corte di giustizia riconosce che il libero esercizio delle attività economiche (sotto il duplice profilo della libertà di accesso al mercato e della libertà di gestione della propria attività imprenditoriale) costituisce una libertà fondamentale dell'individuo.

La libertà d'impresa può, comunque, essere limitata sia da normative comunitarie e statali sia da comportamenti delle altre imprese, se il limite è giustificato dalla tutela di specifici interessi pubblici, salvo che naturalmente la misura o il comportamento posti in essere non siano sproporzionati all'obiettivo da raggiungere.

Come si pone la Corte costituzionale italiana in relazione all'argomento?

Sulla base della previsione dell'art. 41 della Costituzione, che, come è noto, garantisce la libertà di iniziativa economica, la Corte riconosce, *in linea di principio*, sia la libertà dell'imprenditore di accedere ad un determinato mercato che quella di gestire in autonomia la propria attività imprenditoriale.

Il problema naturalmente è quello dei limiti. Nelle sentenze della Corte di giustizia, la libertà di iniziativa economica può essere compressa al fine di tutelare interessi pubblici, la cui natura è praticamente illimitata, se si pensa che addirittura è stata riconosciuta come « esigenza imperativa a carattere generale », tale da limitare l'applicazione della normativa in materia di circolazione dei servizi, quella di dare impulso alla creazione di opere cinema-

(26) Cfr., in argomento, G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Servizi pubblici e appalti*, 4, 2003, 505.

(27) S. BASTIANON, *op. cit.*, 154. L'Autore chiarisce come se è vero che in ambito comunitario sembra emergere la tendenza a calcolare la tariffa di accesso sulla base di valutazioni orientate ai costi, deve essere tuttavia chiaro che i costi presi in considerazione non possono essere soltanto i costi storici, già ampiamente recuperati in virtù della rendita da monopolio della quale il gestore pubblico ha a lungo goduto, ma devono comprendere anche tutti quei costi incrementali di lungo periodo che l'ex monopolista dovrà sopportare per aggiornare e rinnovare l'infrastruttura.

tografiche (28), ovvero quella di mantenere una certa qualità nei programmi televisivi (29).

Se da una parte questo è vero, bisogna ricordare però che la Corte sottopone la misura limitativa ad un rigido giudizio di necessità e proporzionalità.

Il giudizio della nostra Suprema Corte è invece limitato all'accertamento della « ragionevolezza » della misura compressiva, ossia alla *generica idoneità dell'intervento statale al raggiungimento dell'esigenza di utilità sociale* considerata (sentenza n. 20 del 1980).

Facciamo qualche esempio.

Nella sentenza n. 27 del 2003, la Corte ritiene legittima, alla luce dell'art. 41 Cost., una normativa sul contingentamento delle farmacie e la successiva normativa di fissazione degli orari e turni, sulla base dell'interesse alla garanzia del buon funzionamento del servizio farmaceutico.

La Corte, riconosce in astratto la libertà dell'imprenditore di accedere al mercato farmaceutico. Ciononostante, la normativa è legittima in quanto interviene non « irragionevolmente » a tutelare una esigenza di tipo pubblico.

Nella sentenza n. 196 del 1998, la Corte sostiene che l'alterazione dell'assetto concorrenziale potrebbe determinare una lesione della libertà di iniziativa economica, ove non fosse giustificato da specifici interessi pubblici. Se, come abbiamo visto, la tutela della concorrenza rappresenta uno strumento per garantire un pari accesso al mercato agli operatori economici, in questo caso la Corte implicitamente tutela questo profilo della libertà di impresa. Naturalmente, la Corte conclude però che la libertà di impresa può essere legittimamente sacrificata per tutelare esigenze di tipo ambientale ove la misura statale sia ragionevolmente idonea al perseguimento di questo interesse.

Sempre sulla stessa linea, si pongono una serie di sentenze aventi ad oggetto delle normative che impongono il rilascio di un'autorizzazione amministrativa (30) per esercitare determinate attività commerciali (l'attivazione di nuovi panifici (31); l'apertura di magazzini di vendita a prezzi unici (32), ecc.).

In queste sentenze, la Corte seppure riconosce implicitamente che alla libertà di iniziativa economica debba essere ricondotta la libertà di « creare nuovi esercizi », conclude che la stessa possa essere compressa al fine di tutelare l'esigenza di utilità sociale *all'ordinato sviluppo del mercato*, sotto il profilo per esempio dell'incremento della produzione (n. 97 del 1969).

Accanto alla libertà di accedere al mercato la Corte riconosce all'imprenditore anche la libertà di gestire liberamente la propria attività.

In questo senso viene riconosciuta all'imprenditore la libertà di fissare il

(28) Sentenza della Corte di giustizia, *Cinéthèque*, n. C-60-61/84.

(29) Sentenza della Corte di giustizia, *Sieben media*, 28 ottobre 1999, n. C-6/98.

(30) Sul rapporto tra lo strumento autorizzatorio e la libertà di iniziativa economica, cfr. M.A. SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Giuffrè, Milano, 1990; nonché N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati*, Giapichelli, Torino, 2003.

(31) Sentenza n. 63 del 1991.

(32) Sentenza n. 97 del 1969, in *Giur. cost.*, 1239.

numero e la qualità del personale da assumere (n. 78 del 1958) (33); ovvero l'autonomia negoziale (sentenze n. 30 del 1965, con particolare riferimento alla fissazione dei prezzi (34); n. 268 del 1994 e n. 159 del 1998, n. 70 del 2000), la libertà di fissare orari e turni del proprio esercizio commerciale (sentenza n. 27 del 2003), la libertà di decidere se mantenere la propria impresa nell'ambito territoriale in cui è sorta o se estenderla ed articolarla in un territorio più vasto (sentenza n. 54 del 2001); la libertà di scegliere l'oggetto della propria produzione (sentenza n. 20 del 1980) (35).

La libertà di gestione può essere limitata, come la libertà di accesso, per proteggere una determinata categoria economicamente più debole nei confronti di un'altra (sentenza n. 30 del 1965), ovvero per evitare frodi a danno dei concorrenti e dei consumatori (n. 60 del 1965) per proteggere e incentivare talune colture (n. 20 del 1980) nonché per tutelare l'ambiente (n. 190 del 2001).

Quale è il limite massimo a cui può spingersi l'intervento del legislatore nel comprimere l'iniziativa economica privata?

Il limite è rappresentato dalla « sostanza stessa del diritto ». L'intervento limitativo, secondo la Corte, deve essere tale che *l'iniziativa privata non venga annullata o soppressa* (n. 38 del 1960) (36).

Salvo il caso, naturalmente, che non si versi nell'ipotesi prevista all'art. 43 Cost., in base al quale la libertà di impresa può essere completamente annullata a fini di utilità generale in particolari settori di preminente interesse generale (37).

In conclusione possono proporsi le seguenti considerazioni.

Sia la Corte di giustizia che la Corte costituzionale italiana riconoscono all'individuo la libertà di accedere al mercato e di gestire in autonomia la propria attività imprenditoriale. In entrambi i casi, poi, la libertà individuale può essere compressa al fine di tutelare interessi pubblici, salvo che nel caso della giurisprudenza della Corte di giustizia il limite deve essere necessario e proporzionato all'obiettivo, mentre la valutazione operata dai giudici costituzionali italiani è in termini di ragionevolezza.

Il presupposto da cui si parte è esattamente il contrario.

La Costituzione economica comunitaria parte dall'assunto che il libero dispiegarsi delle attività economiche possa comportare sviluppo economico e vantaggi di tipo sociale. Questo non esclude un possibile intervento dei pubblici poteri, ma l'intervento deve essere quanto più possibile rispettoso delle libertà economiche.

Naturalmente la valutazione relativa alle possibilità di intervento varia a seconda del piano su cui si pone. Si pensi, infatti, che un intervento statale, a differenza di un intervento preso a livello comunitario, ha il duplice effetto non solo

(33) In *Giur. cost.*, 1958, 1191, con nota di C. MORIATI, *Iniziativa privata ed imponibile di manodopera*.

(34) In *Giur. cost.*, 1965, I, 283, con nota di D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*.

(35) In *Giur. cost.*, 171.

(36) In *Giur. cost.*, 1960, 628.

(37) Su questa linea la Corte legittima la riserva ai comuni del monopolio locale del latte. Sentenza n. 11 del 1960, in *Giur. cost.*, 1960, 90. Cfr. anche la sentenza n. 78 del 1970.

di intervenire sul mercato in senso economico, ma anche di poter frazionare il mercato comune.

La Corte, quindi, è più rigorosa nella valutazione dei limiti ad opera di normative statali, meno invece nella valutazione dei limiti derivanti da normative comunitarie (ovvero anche dei limiti derivati dai comportamenti degli altri operatori economici), le quali possono perseguire anche finalità di tipo economico. Si pensi poi al fatto che anche le intese restrittive della concorrenza possono essere giustificate se possono produrre un effetto benefico sul sistema mercato nel suo complesso.

Ad ogni modo la sostanza della libertà di impresa non deve mai essere annullata, salvo il caso in cui ciò non sia necessario all'adempimento di una specifica missione relativa ad un servizio di interesse economico generale.

La Corte costituzionale italiana parte invece dall'opposta considerazione, che il libero esercizio delle attività economiche non abbia effetti positivi di sistema.

Dunque, la stessa riconosce la libertà di iniziativa economica dell'individuo, ma non gli attribuisce il valore di strumento di sviluppo e tutela sociale, e ne legittima una ragionevole compressione tutte le volte che il legislatore lo ritenga opportuno. Come conseguenza di questa impostazione vi è anche la maggiore attenzione della Corte alla libertà di gestione imprenditoriale rispetto alla libertà di accesso al mercato che praticamente, seppure incidentalmente riconosciuta, finisce per non essere adeguatamente tutelata.

La situazione ad ogni modo è destinata a cambiare alla luce della recente modifica del Titolo V della Costituzione. Il nuovo art. 117, infatti, non solo prevede tra le materie di esclusiva competenza statale la tutela della concorrenza, ma anche dispone che la potestà legislativa dello Stato e delle regioni è sottoposta anche ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

I valori (38) della concorrenza e del libero mercato entrano quindi a far parte della Costituzione economica italiana e questo non potrà che avere un effetto sulla giurisprudenza della Corte la quale sarà tenuta a operare un nuovo bilanciamento tra le esigenze del mercato e la tutela di specifici interessi pubblici, ma anche tra la dimensione individualistica e la dimensione sistemistica della libertà di iniziativa economica.

MICAELA LOTTINI

(38) G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 3, 980.

Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza

di Luca Christian Natali

L'Autore realizza un'ampia disamina della libertà d'impresa e del principio di uguaglianza come disciplinati dalla nostra Costituzione, dalla Carta di Nizza e dalla Cedu, soffermandosi poi sui limiti positivi e negativi dell'autonomia dei privati, sull'esigenza di protezione del contraente debole e in particolare sulla tutela delle Pmi.

La libertà d'impresa

La Carta di Nizza, all'art. 16, riconosce espressamente la libertà d'impresa (1): sotto l'aspetto formale, ciò costituisce una novità rispetto alle convenzioni rilevanti in ambito comunitario e alla maggior parte delle carte costituzionali dei Paesi membri della UE.

Infatti, mancano riferimenti espressi a tale libertà sia nel Trattato UE, sia nella Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e anche nel Catalogo dei diritti fondamentali (2) redatto dal Comitato Simitis (3). Lacunoso, al riguardo, è anche il testo delle costituzioni nazionali.

Ad esempio, la Costituzione italiana (art. 41, primo comma) stabilisce una generica libertà di iniziativa economica privata («L'iniziativa economica privata è libera»), al contempo, prescrivendo, al secondo comma, che essa non possa svolgersi in contrasto con l'«utilità sociale» o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, e vada indirizzata e coordinata a «fini sociali» (terzo comma). Soltanto l'art. 38 Cost. spagnola riconosce esplicitamente la libertà d'impresa e l'interesse produttivo nel più ampio contesto di un'economia di mercato, e ne affida la tutela ai poteri pubblici coerentemente con le esigenze dell'economia generale ed, eventualmente, con quelle della pianificazione (4).

A fronte del silenzio testuale, va rilevato che la sussistenza e il carattere «fondamentale» (5) di un più generico diritto d'iniziativa economica, nel quale, certo, si colloca la libertà d'impresa - che ne è l'espressione più rilevante sotto l'aspetto organizzativo e funzionale (6) è stata riconosciuta e affermata dalla Corte di Giustizia CE, mediante l'interpretazione estensiva dell'art. 1 del Protocollo addizionale della Cedu. Letteralmente, questa norma prevede solo il diritto di proprietà, ma si ritie-

(2) Sul tema dei diritti fondamentali, v.: Ferrari, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001; Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, spec. 19 ss.; Pescatore, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison de droits des Etats membres*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1980, 337. In particolare, in una prospettiva sistematica e comparatistica: Comandè, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, 1999.

(3) Il relativo testo è pubblicato in *Foro it.*, 1999, parte V, 342.

(4) Libertà (industriale e/o commerciale) dal contenuto parzialmente difforme o incompleto rispetto a quello della libertà d'impresa, vengono contemplate nel testo della Costituzione del Lussemburgo (art. 11, settimo comma) e di alcune Costituzioni del Nord Europa, come quella norvegese (art. 101) e quella finlandese (art. 18). Così anche la Costituzione portoghese, che, all'art. 86, affida allo Stato il compito di incentivare imprese che perseguono interessi economici a carattere generale. Diversamente, la Costituzione irlandese (art. 45, terzo comma, secondo par.) prevede che l'istituzione statale assicuri l'impresa privata. In dottrina, v.: Corapi, *Appunti sul principio di libertà di commercio in alcuni sistemi giuridici contemporanei: la «commerce clause» nella Costituzione degli Stati Uniti*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obblig.*, 1994, 1-4, 1, 73 ss.; Biscaretti di Ruffia, *La Costituzione italiana nell'ottica comparatistica*, II, in *Polit.*, 1989, 1, 5 ss. Per la disamina dei sistemi costituzionale tedesco, britannico e francese, v. i relativi tomi di Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato*, Milano, 1997.

(5) La natura «fondamentale» del diritto di iniziativa economica, in passato affatto pacifico, è adesso riconosciuto dai più. Così lo definisce anche Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 95 e 97, il quale riscontra il suo fondamento in un tipo di pluralismo «istituzionale», e non semplicemente «ideologico», in quanto si risolve più nella potestà di contribuire a creare determinate formazioni sociali (quali le imprese), o in diritti esercitabili soprattutto nell'ambito di esse, più che all'interno dell'ordinamento statale. Tuttavia, l'A. vi individua alcuni limiti, che assoggettano la libertà d'impresa ad autorizzazioni amministrative; in tal caso, riferendosi all'interesse alla sicurezza (dei lavoratori, dei terzi, e, più in generale, della comunità), alla tutela dei consumatori, e alla salvaguardia della struttura concorrenziale del mercato. V. anche Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1996, 18-19, secondo cui è garantito il diritto d'impresa (come quello di proprietà), per cui è garantito ciascun soggetto titolare di questi diritti, ma non l'istituto dell'impresa (né quello della proprietà). Egli sottolinea che la «funzionalizzazione» sociale di questi diritti, fissando finalità e modo d'uso dei beni o dell'impresa, ne modificherebbe la struttura stessa, ammettendo, però, che quest'interpretazione possa dirsi superata dalla normativa comunitaria, d'impronta liberista.

(6) Per una più ampia disamina del rapporto intercorrente fra libertà d'impresa e autonomia contrattuale, si rinvia al par. 2 di quest'articolo.

Note:

(1) Per l'analisi del concetto d'impresa nei vari ordinamenti europei: Corapi-De Donno, *L'impresa*, diretto da Bessone, Torino, 2000, 956.

ne tuteli anche gli interessi economici di imprenditori o professionisti (7).

L'art. 16 della Carta di Nizza riconosce la libertà d'impresa, ma ne prescrive la necessaria conformità «al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». A tali parametri, dunque, la Carta fa rinvio per quanto concerne ambito operativo, e, soprattutto, garanzie e limiti di tale libertà: il suo stesso contenuto deve intendersi regolato da norme e principi già vigenti in ambito comunitario e nazionale. Il diritto comunitario viene riconosciuto quale necessario riferimento, che i singoli Stati, secondo i propri modelli di «costituzione economica» interpretano e inseriscono nei propri schemi istituzionali e normativi (8).

Il rinvio alle «legislazioni nazionali» significherebbe, anzitutto, rinvio alle carte costituzionali, quali fonti di rango primario e a carattere, almeno parzialmente, precettivo, cui tutte le altre fonti devono ispirarsi e conformarsi, a pena di illegittimità (9). Il parametro delle «passi nazionali» dovrebbe riguardare, invece, soprattutto il diritto di matrice giurisprudenziale (c.d. «diritto vivente») quale fondamentale criterio di orientamento e decisione delle controversie.

Va rilevato, inoltre, che anche la nozione di libertà d'impresa non ha carattere unitario e generale, assumendo connotati peculiari nei vari ordinamenti nazionali (10).

Tuttavia, il giudice comunitario (11) considera «impresa» ogni entità, anche giuridicamente frammentata, ma unitaria sotto il profilo economico (12), grazie a un unico centro decisionale capace di influenzare le scelte dei vari comparti e fonda la libertà d'impresa sull'art. 1 del Protocollo addizionale Cedu e sui principi concorrenziali enucleabili dagli artt. 81 e 82 Trattato CE (13) e dal regolamento CE 4064/1989 (14).

In particolare, ex art. 81, primo comma, TCE, sono vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazione d'impresa e tutte le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Di tali accordi vietati l'art. 81, secondo comma, e la nullità: la libertà individuale viene così temperata e funzionalizzata a un principio di interesse generale, quello concorrenziale.

Tale principio trova ancor maggior risalto nel Trattato di Maastricht, dove, però, la prospettiva, e così le finalità, dell'Unione Europea perdono la connotazione originaria, meramente economica, incentrata su criteri di efficienza e di competitività economica, per abbracciare nuovi valori ed esigenze di tipo sociale, quali la solidarietà, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la lotta alla disoccupazione.

Nella sentenza Nold (15), il giudice comunitario nega l'assolutezza della libertà di attività economica, individuandovi un limite nella «funzione sociale» dei beni e delle attività oggetto della tutela. Però, si precisa che i limiti posti devono potersi giustificare grazie a «obiettivi

d'indole generale» perseguiti dalla Comunità e lasciare intatta la sostanza dei diritti stessi. Analogamente, nella sentenza Hauer (16), la Corte di Giustizia CE stabilisce che le limitazioni alla libertà economica devono essere motivate da un obiettivo di interesse generale e non possono concretarsi in «un intervento inaccettabile e sproporzionato tale da ledere addirittura la sostanza del diritto» (17).

Anche la dottrina ha riconosciuto e evidenziato, nel diritto comunitario, il limite dell'«utilità sociale», quale macroconcetto suscettibile, di volta in volta, in base ai diversi parametri normativi, di vari significati di tutela: salvaguardia della struttura concorrenziale del mercato, o della correttezza delle relazioni commerciali, o dello

Note:

(7) Basti considerare le sentt. C. Giust. CE 27 settembre 1979, 230/78, SPA Eridania e a., in *Racc.*, 1979, 2749, punti 20 e 31 e 14 maggio 1974, 4/73, *Nold*, *ivi*, 1974, 1125 ss., punto 14.

(8) V. Lucarelli, *sub art. 16*, in Bifulco-Cartabia-Celotto, *L'Europa dei diritti*, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 131.

(9) *Id.*, *cit.*, 131.

(10) Corapi-De Donno, *L'impresa*, *cit.*, 959.

(11) In particolare, ai fini dell'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza, di cui all'art. 81 TCE.

(12) V. C. Giust. CE 12 luglio 1984, C-170/83, *Hydrotherm/Compact*, in *Racc.*, 1984, 2999 ss. Interessante anche 28 marzo 1984, C-29 e 30/83, *CRAM e Rheinzink/Commissione*, *ibid.*, 1679 ss.

(13) In argomento, v. C. Giust. CE 28 maggio 1998, C-7/95 P, *John Deere/Commissione*, in *Racc.*, 1998, I, 31111 ss., in base alla quale è vietato anche l'accordo tra imprese che, pur privo di scopo anticoncorrenziale, abbia effetti, anche solo potenzialmente, anticoncorrenziali, se pregiudica il mercato in misura non irrilevante. È da rilevare anche C. Giust. CE 9 settembre 2003, C-198/01, *CIF/AGCM* (in *Corr. giur.*, 11, 2003, 1415 ss., con nota di Bastianon-Nascimbene), secondo cui - in presenza di comportamenti di imprese in contrasto con l'art. 81, n. 1, TCE, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale, che ne legittima o ne rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato - l'AGCM deve disapplicare la normativa nazionale e può infliggere sanzioni alle dette imprese, sia per le condotte da esse realizzate dopo che la decisione di disapplicazione è già divenuta definitiva nei loro confronti, sia per loro condotte pregresse, se queste sono state solo facilitate o incoraggiate, e non imposte, dalla normativa nazionale.

(14) Specificatamente concernente l'applicazione delle regole concorrenziali degli artt. 81-82 Trattato CE è il Regolamento CE 1/ 2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, in *GUCE L 4* 1 gennaio 2003, 1; per una sua sintesi, v. Zabert, *Approvata la riforma europea della disciplina antitrust*, in questa *Rivista*, 2, 2003, 206.

(15) *Cit.* in nota 7.

(16) C. Giust. CE 13 dicembre 1979, C-44/79, in *Racc.*, 1979, 3727, punto 17.

(17) V. C. Giust. CE 26 giugno 1980, C-136/79, *National Panasonic/Commissione*, in *Racc.*, 1980, 2033 ss.; 13 dicembre 1979, C-44/79, *ivi*, 3727, punto 17. Per una più ampia disamina della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla funzionalizzazione sociale della libertà d'impresa: Daniele, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. un. eur.*, 1998, 69; Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 85 ss.; Oppo, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 36.

sviluppo economico e tecnologico, o, ancora, promozione dei diritti «sociali» (18).

A tali limiti l'art. 16 Carta di Nizza - che, pur non vincolante, ha tuttavia valore giuridico, soprattutto se e nella misura in cui divenga parametro di riferimento e fonte di diritto applicabile per le decisioni del giudice comunitario e dei giudici nazionali (19) - fa rinvio implicito quando statuisce la necessaria conformità della libertà d'impresa al diritto comunitario, poiché di esso è componente fortemente vitale l'elaborazione giurisprudenziale di principi e regole comunitarie. Si consideri, inoltre, l'art. 52, secondo comma, quale limite generale e norma di «chiusura» (20) del sistema, secondo cui la Carta di Nizza non modifica la portata dei diritti riconosciuti dai Trattati comunitari e dal Trattato sull'Unione Europea.

Il principio di uguaglianza e quello di solidarietà; il valore - persona al centro della Carta di Nizza

La libertà d'impresa deve essere considerata - si è detto - necessariamente funzionalizzata all'utilità sociale, ma trova un altro limite implicito anche nell'osservanza del diritto fondamentale all'«uguaglianza» (21), a cui il capo III della Carta è dedicato.

A tal punto, ci si deve chiedere quale uguaglianza sia tutelata dalla Carta di Nizza e se essa coincida con quella tutelata dal diritto comunitario.

La Carta di Nizza (art. 20) riconosce il principio di uguaglianza formale: «Tutte le persone sono uguali di fronte alla legge», cui collega il divieto di discriminazioni (art. 21) (22). Essa, invece, non fa cenno all'uguaglianza sostanziale, limitandosi a predisporre solo alcune norme settoriali, volte a tutelare determinate categorie di soggetti «deboli» (23). Pertanto, non può dirsi vera uguaglianza sostanziale, quale quella, invece, sancita dall'art. 3, secondo comma, Cost. it., bensì base minima di salvaguardia dalle discriminazioni, «un'uguaglianza rispettosa delle differenze» (24), che, cioè, non promuove la rimozione degli ostacoli allo sviluppo culturale o socio-economico, e, dunque, alla libertà e all'uguaglianza, delle persone (fisiche o giuridiche che siano).

Anche il principio di «solidarietà» pare enunciato in modo frammentato (25) e in funzione meramente «protettiva» (26).

Peraltro, si osserva come le libertà siano formulate senza la contestuale previsione di limiti: la stessa libertà di impresa non è espressamente funzionalizzata a criteri di utilità sociale. Più in generale, si dice che, nel documento di Nizza, la «socialità» compare poco, a parte una specifica norma sulla sicurezza sociale (art. 34): sembrerebbe quasi una «libertà senza responsabilità» (27). La Carta rinuncia a compiere direttamente operazioni di «bilanciamento» tra valori e diritti fondamentali in, attuale o potenziale, contrasto, tra loro; così, differenziandosi dal nostro Costituente (v. art. 41 Cost.). L'enunciazione delle libertà, sostanzialmente omologate tra loro, poi, pare priva di un qualunque ordine gerarchico.

Ci si deve chiedere, allora, se il diritto comunitario si stia evolvendo verso un modello di assoluto liberismo, essenzialmente affidato alla «mano invisibile» del mercato. In tal caso, vi sarebbe palese contrasto con le politiche assistenziali e solidaristiche dei Paesi membri verso i soggetti relativamente deboli, fra cui le piccole-medie imprese.

Certamente, sono innegabili le spinte neolibériste che si celano dietro quei modelli giuridico-economici (come, in particolare, quello statunitense), che senz'altro hanno influenzato, e tutt'ora, influenzano, più o meno consapevolmente, la costruzione del mercato unico europeo (28).

Note:

(18) Delogu, *La distribuzione selettiva al vaglio dei giudici italiani*, in *Contr. e impr./Eur.*, 1996, 198.

(19) Come pare potersi, peraltro, già, da una decisione del Tribunale di I grado della Corte di Giustizia CE, anteriore alla Carta di Nizza, (sent. 20 febbraio 2001, *Mannsmannrohren-Werke AG*, causa T-112/98 in materia di diritto della difesa), in cui si è esclusa la applicabilità della Carta invocata dal ricorrente soltanto perché questi ha presentato il ricorso prima della proclamazione della stessa da parte del Parlamento Europeo. V. Spadaro, *Sulla «giuridicità» della Carta europea dei diritti: c'è ma (per molti) non si vede*, in Ferrari, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, cit., 264. Inoltre, si è evidenziato che la fissazione di clausole di autodefinizione della Carta (artt. 51-54) si è resa necessaria proprio in conseguenza della decisione del presidente della Convenzione (R. Herzog) di redigere il documento di Nizza come se avesse efficacia immediatamente vincolante: v. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in Manzella-Melograni-Paciotti-Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 40.

(20) Lucarelli, *sub art. 16*, cit., 133.

(21) Sull'origine storica e il *modus operandi* del principio di uguaglianza: Agrò, *Art. 3*, in *Commentario all'uguaglianza sostanziale*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, 123 ss.; Biscaretti di Ruffia, *Uguaglianza (principio di)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 1088 ss.; Paladin, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Milano, 1965.

(22) Che ha una norma corrispondente nell'art. 14 Cedu.

(23) V. art. 23, sulla parità uomo-donna; art. 24, sui diritti dei bambini; art. 25, sui diritti degli anziani, l'art. 25, sull'inserimento dei disabili. Sono disposizioni frammentarie quelle della Carta, accostabile a «un edificio ben costruito e armonioso nelle sue scale portanti (Dignità, Libertà, Uguaglianza e Solidarietà), ma ... carente di scale di collegamento»: v. Busnelli, *Importanza e limiti dei valori fondamentali della Carta*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di Vettori, Padova, 2002, 132 e 136. Tuttavia, Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in Manzella-Melograni-Paciotti-Rodotà, cit., 73 ss., riconosce nel testo di Nizza «il più largo spazio transnazionale dei diritti».

(24) Busnelli, *op. cit.*, 133.

(25) Mediante norme protettive di alcune categorie, come i lavoratori (artt. 27-32), gli ammalati (art. 35), o i consumatori (art. 38).

(26) Non è solidarietà «sociale» destinata a permeare relazioni personali ed economiche e, magari, attuata attraverso il principio di *correttezza e buona fede*; «La solidarietà rimane sullo sfondo; ed è una solidarietà pallida»: così Busnelli, *op. cit.*, 137.

(27) Busnelli, *op. cit.*, *ibid.*

(28) Per una minuziosa descrizione del fenomeno di circolazione del modello americano, passato da un ruolo di leadership ad una posizione dominante rispetto ai sistemi giuridici europei e al processo di codificazione europea, v. Mattei, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in *Global Jurist Frontiers*, vol. 3, issue 2, 2003, Berkeley Electronic Press, 2003, in particolare par. VIII.

In realtà, però, non va fraintesa l'ambigua frammentarietà della Carta, piuttosto ne vanno indagate le possibili ragioni. Anzitutto, la Carta, quale bozza della futura Costituzione europea (29), non ha pretese direttamente e immediatamente precettive. Essa, poi, intende descrivere il «mimimo comun denominatore» delle tradizioni costituzionali comuni (30) e non offrire il quadro completo, quindi presumibilmente più vero, di esse.

A ciò si lega una questione essenziale, quanto difficilmente risolvibile: il vano tentativo di «adeguato» bilanciamento tra diritti fondamentali, quale valutazione comparativa dei vari interessi (generali, collettivi e individuali) eventualmente compresenti nella medesima fattispecie, alla ricerca di un «corretto» equilibrio tra di essi.

Siffatto bilanciamento è complicato, peraltro, dall'estrema difficoltà di individuare i diritti «fondamentali» e di inserirli in un rapporto gerarchico tra loro. Infatti, un diritto, per potersi definire fondamentale, dovrebbe sottendere beni considerati intangibili, o eccezionalmente e ragionevolmente comprimibili, già nelle tradizioni costituzionali, e riflettersi anche nelle esperienze - storiche, culturali ed economiche - dei Paesi membri. Tuttavia, al contempo, data la peculiarità di tradizioni, esperienze e valori sottesi, contenuto e limiti dei diritti fondamentali non possono che variare, anche significativamente, sia nei vari Stati, sia nei diversi periodi storici, evidenziando così un carattere preminentemente «relativo» (31).

Il documento di Nizza, comunque, pone la persona al centro dell'azione comunitaria: così, ad esempio, il presupposto della legittimità dell'Unione intenta a creare uno spazio comune dei diritti coincide non tanto con la garanzia della sovranità popolare, quanto, piuttosto, con la tutela dei diritti fondamentali e dei principali interessi di persone fisiche e giuridiche, che vi fanno parte (32). Nonostante la crescente rilevanza della dimensione economica globale e della sua influenza sul fenomeno giuridico, la Carta di Nizza, quale base della futura Costituzione Europea, ha rinunciato a esaltare le logiche del mercato, e, invece, ha rilevato, ed enunciato, la prassi giurisprudenziale e l'elaborazione dottrinale già sviluppatesi riguardo ai diritti fondamentali, riaffermando principi propri della Corte di Giustizia CE, oppure - si è detto - comuni alle tradizioni costituzionali (33). Pur non avendo carattere immediatamente e direttamente precettivo, essa costituisce un rilevante documento «giuridico» (34), soprattutto poiché declama fondamentali valori e principi comuni ai Paesi membri, peraltro, utili per interpretare i rapporti tra privati e istituzioni, ma anche interprivati.

Inoltre, la sua interpretazione va integrata con quella delle Carte costituzionali nazionali e delle fonti del diritto comunitario, tra cui certo rientra la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, che tutela la libertà d'impresa non disgiuntamente dal perseguimento dell'utilità sociale (35).

Soprattutto, occorre considerare che il giudice comuni-

tario, da un parte, riconosce il carattere «fondamentale» del diritto d'iniziativa economica, ma, dall'altra, concepisce come necessariamente «sostanziale» il principio di uguaglianza.

Invero, i Trattati comunitari sono privi di una generale positivizzazione del principio di uguaglianza, limitandosi ad enunciare una serie di divieti di discriminazioni (collari, comunque, dell'uguaglianza e tesi a realizzare integrazione e libertà). Malgrado ciò, la Corte comunitaria lo inserisce nei diritti e principi fondamentali del diritto comunitario (36), ammettendo di essere tenuta a ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e ai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, quale la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu) (37). Più precisamente, essa stabilisce che la «vera» uguaglianza non significa che il contenuto delle leggi debba essere identico per tutti, ma impone che situazioni analoghe siano trattate in modo analogo e che situazioni diverse, invece, siano diversamente disciplinate (38). L'uguaglianza so-

Note:

(29) Si guardi, in particolare, al testo adottato dalla Convenzione Europea (13 giugno - 10 luglio 2003), e sottoposto all'approvazione del Presidente del Consiglio UE (18 luglio 2003).

(30) V. Per la considerazione di queste tradizioni costituzionali, nel quadro delle fonti del diritto comunitario, v. Comoglio, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1994, V, col. 153.

(31) I diritti fondamentali, conoscendo una positivizzazione, sempre più diffusa, anche quando essi vengano solo proclamati, o comunque provvisti di una tutela solo minimale, senza garanzie (giurisdizionali o meno), risultano sempre più specificati, creando problemi di sovrapposizione nella scelta della disciplina applicabile alla fattispecie concreta e nell'individuazione di un catalogo comune di diritti. Questo catalogo, peraltro, può dirsi «aperto» all'ingresso di nuovi diritti, in virtù, peraltro, di formule generiche, come quella dell'art. 2 Cost. it.: v. Pace, *Costituzionalismo e metodi interpretativi dei diritti fondamentali*, in *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, a cura di Rolla, Torino, 2001, 28 ss.

(32) Proprio il principio di uguaglianza è stato esteso anche alle persone giuridiche, non tanto perché esse sono proiezione della libertà individuale, quanto, invece, per il carattere «oggettivo» progressivamente assunto da tale principio nella sua applicazione giurisprudenziale: v. Cerri, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma, 1994, 1 ss.

(33) Vettori, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2002, 670.

(34) V. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, cit., 57 ss.

(35) V. *supra*.

(36) Soprattutto, con riferimento alle controversie in materia di lavoro, previdenziale, assicurativa e a alle controversie tra imprenditori comunitari e organi deputati all'erogazione di aiuti e contributi: v. sentt. C. Giust. CE 13 novembre 1984, C-283/83, *Racke/Hauptzollamt Mainz*, in *Racc.*, 1984, 3791; 17 aprile 1997, C-15/95, *Earl/de Kerlast*, *ivi*, 1997, I-1961 e 13 aprile 2000, C-292/97, *Karlsson*, spec. par. 38. Per una più compiuta analisi giurisprudenziale, v. anche: Toriello, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000, 255 ss.; Tesauro, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 1999, 2 ss.; Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, Padova, 1989.

(37) V. sent. C. Giust. CE, C-44/79, cit., 3727 ss. (concl. Capotorti).

(38) V. sentt. C. Giust. CE 13 aprile 2000, C-292/97, cit., punto 39; 17 aprile 1997, C-15/95, cit., punto 35; 20 settembre 1988, C-203/86, *Spa* (segue)

stanziale è, peraltro, obiettivo generale dell'azione comunitaria (art. 3, par. 2, TCE (39)), oltre che di specifiche politiche della CE (art. 13 TCE (40)).

Peraltro, rispetto all'attività giudiziale del giudice comunitario, la Cedu e le costituzioni nazionali, che proclamano questo principio, e, più in generale, i diritti fondamentali, sono da ritenersi «atti d'indirizzo» e strumenti interpretativi privilegiati, in quanto sostanziali componenti del diritto «transnazionale», oltre che per effetto della circolazione dei modelli giuridici nei vari ordinamenti e della loro reciproca influenza (41).

È parzialmente diverso l'approccio della Corte Cedu, secondo cui il legislatore può dettare una disciplina differenziata se la discriminazione ha una «giustificazione oggettiva e razionale», se essa, cioè, persegue uno «scopo legittimo» (tra cui, certo, rientra la promozione socio-economica delle categorie svantaggiate, qual è, spesso, la piccola impresa) e se esiste un rapporto ragionevole di «proporzionalità» tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (42). Essa, inoltre, riconosce agli Stati contraenti il potere discrezionale di stabilire se e in quale misura differenze fra situazioni per altri aspetti analoghi giustificano disparità di trattamento (43).

La Corte riconosce l'obbligo degli Stati contraenti di eliminare le disuguaglianze di fatto, anche se in relazione a specifici settori di sua competenza, quale l'integrazione razziale (art. 14 Convenzione Cedu) (44) e l'azione di contestazione della paternità (45), negando, però, al contempo, l'esistenza, in materia di diritti fondamentali, di un unico generale potere decisionale in capo agli Stati contraenti, poiché il «*marge d'appréciation*» nazionale deve intendersi variabile «*selon les circonstances, les domaines et le contexte*» (46).

In concreto, soprattutto in ambito comunitario, il principio di uguaglianza, comunque, può venire a coesistere nella medesima fattispecie con diritti e libertà, con i quali va necessariamente bilanciato e tra cui v'è anche la libertà di iniziativa economica (47).

In quest'ottica, la Corte di Cassazione, con riferimento all'art. 87, secondo par. (48) e terzo par. (49) TCE, statuisce che gli aiuti statali alle imprese, vietati perché distortivi rispetto alla competitività del mercato, possono ammettersi per soddisfare esigenze di rilevanza sociale (50). Tuttavia, il campo operativo dell'utilità sociale è circoscritto dalla Corte Costituzionale, secondo cui la funzionalizzazione della libertà d'impresa non può arrivare a sacrificare le opzioni di fondo o restringere in rigidi confini lo spazio o l'oggetto delle sue scelte organizzative (51).

Si consideri anche come, nella prassi della Corte Cedu si sia affermata la tendenza all'interpretazione teleologica della Convenzione, tesa alla massima attuazione a ga-

1983, 371 ss.; 11 marzo 1982, C-164/80, *De Pascale/Commissione*, *ivi*, 1982, 909 ss.; 3 marzo 1982, C-14/81, *Alpha Steel/Commissione*, *ivi*, 1982, 749 ss.; v. anche sentt. C. Giust. CE 4 febbraio 1982, C-1253/79, *Battaglia-Commissione*, *ivi*, 1982, 297 ss.; C-828/79, *Adam/Commissione*, *ivi*, 1982, 269 ss.; C-817/79, *Buyll/Commissione*, *ivi*, 1982, 245 ss. L'identità sostanziale del diritto d'uguaglianza è stata ribadita anche dalla Corte Costituzionale, già con la sent. n. 53/1958, in *Giur. cost.*, 1958, 603 ss.

(39) In base a cui «l'azione della Comunità europea ... mira ad eliminare le ineguaglianze».

(40) «... Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

(41) Invece, si deve rilevare che il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni (e, quindi, ai diritti fondamentali in esse ricompresi), contenuto nell'art. 6 Trattato UE, non comporta, di per sé, la trasformazione di questi diritti in «fonte» del diritto comunitario, come si verificerebbe se tale norma fosse una vera e propria clausola di «rinvio», direttamente destinata a recepire il contenuto normativo delle dette tradizioni e a trasformarlo in diritto europeo: v. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, cit., 25-27.

(42) Per un'applicazione di questo principio, v. anche C. Cedu 23 novembre 1983, *Publ. de la Cour, Série A*, vol. 70 sul caso *Van der Mussel*, regolato dalla Corte Cedu applicando anche fonti esterne alla Convenzione, come gli accordi ILO. In ambito comunitario, v. sentt. C. Giust. CE, C-265/87, *Schrader*, punto 21, in *Racc.*, 1989, 2239 ss., che definisce il principio di «proporzionalità» come «principio generale del diritto comunitario» e C. Giust. CE 19 giugno 1980, cause riunite 41/79, 121/79 e 796/79, *Testa e altri*, *ivi*, 1980, 1979 ss., che lo considera applicabile anche quando gli Stati nazionali dispongano di rilevante margine discrezionale. Più recentemente, anche C. Giust. CE 16 novembre 2000, C-217/99, *Commissione/Belgio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, 432 ss., con nota di Di Plinio.

(43) V., es., C. Cedu 18 febbraio 1999, *Larkos*; 23 aprile 1999, *Chassagnou*, in *Riv. int. dir. eu.*, 1999, 841.

(44) V., es., C. Cedu 23 settembre 1994, *Publ. de la Cour, Série A*, vol. 298, riguardante il caso (*Jersild*) di un privato invocante la violazione dell'art. 10 Convenzione Cedu, dopo essere stato condannato dal governo danese per aver contribuito a diffondere ideologie razziste tramite una trasmissione televisiva.

(45) V. C. Cedu 28 novembre 1984 sull'affare *Rasmussen*, *Publ. de la Cour, Série A*, vol. 87, 15. Nel caso di specie, si era lamentata la violazione dell'art. 14 Convenzione da parte di una legislazione che consentiva solo alla madre (e non anche al padre) di contestare, senza limiti di tempo, la propria qualità di genitore del figlio nato in costanza di matrimonio.

(46) V. C. Cedu *Rasmussen*, cit., *ibid.*; v. anche sentt. 26 aprile 1979 sul caso *Sunday Times*, *ibid.*, vol. 30, 36 ss. e, al riguardo, Sapienza, *La libertà d'espressione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Sunday Times*, in *Riv. dir. int.*, 1981, 43 ss.

(47) Necessità sostanzialmente riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale, già con le sentt. 23 aprile 1965, n. 30 e 27 febbraio 1962, n. 7.

(48) Fra questi, si considerino gli aiuti a carattere sociale ai singoli consumatori (lett. a) e a quelli destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali (lett. b).

(49) Si segnalano gli aiuti atti a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia normalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione (lett. a) e quelli destinati a promuovere lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse (lett. c).

(50) In particolare, v. Cass. 19 aprile 2000, n. 5087, che, eccezionalmente, ammette aiuti e sovvenzioni di Stato, per favorire lo sviluppo economico di regioni con tenore di vita particolarmente basso o con grave forma di sottoccupazione.

(51) V. Corte Cost. 19 dicembre 1990, n. 548.

Note:

(segue nota 38)

gnal/Consiglio, in *Racc.*, 1988, 4563, punto 25; 13 novembre 1984, C-283/83, cit., 3791 ss.; 23 febbraio 1983, C-8/82, *Wagner/BALM*, in *Racc.*,

ranza dei diritti fondamentali enunciati. Anch'essa, perciò, ha riconosciuto come necessaria la logica del «*balance of interests*», non solo tra interessi nazionali e diritti individuali, ma anche tra contrapposti diritti individuali, eleggendola a parametro di legittimità di atti e politiche adottate dagli Stati membri (52).

Ciò, a dimostrare, peraltro, che diritti e libertà, necessariamente considerati secondo una prospettiva «storica» e «relativa», e in una logica di bilanciamento tra di essi, possono mutare natura o, ancor più spesso, contorni, dando vita a sempre nuovi assetti ed equilibri (53).

I concetti di «autonomia privata» e «autonomia contrattuale», in rapporto a quello di «libertà economica»

La «libertà d'impresa» ha nell'«autonomia privata» il suo principale riflesso operativo interpretativo. Quest'ultimo è un concetto di difficile definizione, soprattutto perché pronto ad assumere, a seconda del contesto in cui si inserisce, «sviati significati ... non ... riconducibili ad un centro sistematico concettuale» (54). In via correlata, diverso è, nelle singole situazioni, il rapporto tra autonomia privata e ordine giuridico (55). Tuttavia, è possibile individuare l'essenza dell'autonomia privata nella «libertà nel soddisfacimento del proprio interesse particolare» (56), «almeno economico, vuoi con atti vuoi con attività» (57).

Da qui, la frequente sovrapposizione tra «autonomia privata» e «libertà» (o «autonomia») contrattuale, della quale si discute significato e ambito operativo.

Alla libertà contrattuale (58) viene spesso ricollegato «il potere di creare regole» (59), quali norme individuali poste in essere dai consociati e riconosciute dall'ordinamento (60). Il privato potrebbe creare fattispecie giuridiche, contribuendo a determinare l'ambito del giuridicamente rilevante (61).

Autorevole dottrina, però, nega l'autosufficienza dell'autonomia privata nella produzione di norme giuridiche, ritenendo necessaria, per la produzione di effetti giuridici, l'autorizzazione della «volontà sovrana» dell'ordinamento giuridico (62).

Di conseguenza, l'autonomia privata avrebbe carattere «derivato», poiché qualunque espressione di autonomia potrebbe considerarsi tale solo se considerata in relazione ad un ordinamento, da cui deriva e su cui, in qualche modo, incide (63).

Soprattutto, occorre rilevare che autonomia contrattuale e autonomia privata non sono concetti identici, quindi non totalmente sovrapponibili o interscambiabili.

L'autonomia contrattuale (64) (o, secondo una più ampia accezione, «negoziale») (65) dipende concettualmente dall'autonomia privata, di cui costituisce la principale articolazione.

Questa, a sua volta, è il riflesso della «libertà di iniziativa economica», sancita in Italia dall'art. 41 Cost., primo comma (66), essenzialmente coincidente con la «libertà di impresa» (67), che, per definizione (68), sul metodo

Note:

(52) Per simili riflessioni ed interessanti esemplificazioni, v. Pustorino, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Istituto per lo studio comparato sulle garanzie dei diritti fondamentali (CNR), Napoli, 1998, 51 ss. Così, riguardo al contrasto fra libertà d'opinione e stampa (art. 10 Cedu) e diritto alla riservatezza (art. 8 Cedu) di un uomo politico, l'A. fa riferimento a C. Cedu 8 luglio 1986 e 23 maggio 1991 nei casi *Lingers* e *Oberschlick* (con i relativi rapporti della Commissione Cedu: 11 luglio 1984 e 14 dicembre 1989), *Publ. de la Cour, Série A*, voll. 103 e 204, 24 ss. e, ugualmente, 24 ss. Sull'esigenza di un equilibrato rapporto tra interessi generali e individuali, v. anche: sentt. 1995 sul caso *Scollo* (sulle eccezioni, nella legislazione italiana, all'impossibilità per il proprietario di ottenere il rilascio dell'immobile), *Publ. de la Cour, Série A*, vol. 315 C; 30 agosto 1990 sull'affare *Fox, Campbell et Harley*, *ibid.*, vol. 182, 15 ss. e 26 ss.; 23 settembre 1982 sul caso *Sporrong et Lonnroth* (violazione del diritto di proprietà da parte di provvedimenti legislativi sostanzialmente espropriativi), *ibid.*, vol. 52, 24 ss.; 23 luglio 1968 sul *régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, *ibid.*, Série A, vol. 6, 32.

(53) V. Bifulco-Cartabia-Celotto, *L'Europa dei diritti*, cit., 2001, 137; Tizzano, *L'azione dell'Unione Europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Dir. un. eur.*, 1999, 145 ss. V. anche: Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge Univ. Press, 1999; Id. (ed.), *The EU, the WTO, and the NAFTA. (Towards a common law of the International Trade)*, Academy European Law, Oxford Univ., Press, 2000.

(54) Pugliatti, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 366. Per l'analisi puntuale del concetto e la ricostruzione precisa delle relative teorie dottrinali, si veda Grisi, *L'autonomia privata (diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia)*, Milano, 1999, 9 ss.

(55) Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 5.

(56) Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, 1959, 372.

(57) Oppo, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1991, 484. Similmente, Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, 335.

(58) Riconosciuta anche dalla Corte CE: es. sent. 16 gennaio 1979, C-151/78, *Sukkerfabriken Nykobing Limiteret*, in *Racc.*, 1979, I, punto 19; sent. 5 ottobre 1999, C-240/97, *Spagna/Commissione*, *ivi*, 1999, I-6571, punto 99.

(59) Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, 5 e 32 ss.

(60) Sacco, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, 1987, 517.

(61) Barcellona - Camardi, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 327.

(62) Santoro-Passarelli, cit., 369; v. anche Rescigno, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, 3 ss.

(63) Rescigno, cit., *ibid.*: «...la sola vera, possibile autonomia sarebbe quella degli ordinamenti non originari, poiché non avrebbe senso parlare per quegli ordinamenti privati, per le zone del diritto dei privati destinati a non incontrarsi, a non interferire mai con l'ordinamento statale (o, più in generale, con un ordinamento superiore dove prenda radice la potestà di ordinarli)».

(64) Che, in Germania (2,1) e in Grecia (5,1), assume rango costituzionale.

(65) «Il dubbio o il rifiuto della generale teoria del negozio giuridico non distruggono il problema dell'autonomia negoziale e la possibilità che la nozione di autonomia vada al di là dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322»: così, Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, 2 ed., Torino, 1997, 139; v. anche Rescigno, *L'autonomia dei privati*, cit., 9.

(66) Messineo, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1973, 42 ss. V. anche Serrani, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, 294.

(67) La Corte Costituzionale, con sent. n. 29/1957, ha precisato che l'iniziativa economica comprende la scelta di ogni attività economica,

(segue)

«economico» fonda i propri profili organizzativi e operativi (69).

Una volta definita ed inquadrata l'autonomia privata, è possibile specificarne il contenuto e, di conseguenza, il ruolo svolto nel contratto. Essa, in concreto, coerentemente col relativo dato codicistico (70), si traduce nella libertà di perseguire finalità diverse da quelle perseguibili con i contratti tipici, o finalità già perseguibili mediante i contratti tipici con schemi contrattuali atipici (71).

Al contempo, similmente, autonomia contrattuale vuol dire anche libertà delle imprese di utilizzare contratti tipici per conseguire finalità atipiche, come nel caso del contratto fiduciario o del contratto indiretto, o libertà di combinare strumenti tipici e atipici, per realizzare interessi ulteriori rispetto a quelli propri dei singoli strumenti, come nel caso dei contratti collegati (72).

Limiti all'autonomia dei privati: limiti di tipo «negativo» e di tipo «positivo»

L'autonomia privata, nella specificazione della libertà contrattuale, è principio contemplato anche negli strumenti di unificazione del diritto privato. Ad esempio, in base all'art. 1.1 dei *Principi Unidroit*, (73) (comunque non vincolanti), «le parti sono libere di concludere un contratto e di determinarne il contenuto» ed incontrano l'unico limite nella buona fede (art. 1.7, secondo comma), col massimo risalto, dunque, nell'ambito dei contratti commerciali internazionali, all'autonomia dei privati. Questi, difatti, possono anche escludere l'applicazione dei *Principi Unidroit*, derogarvi o anche modificarne gli effetti (art. 1.5), sacrificandoli sull'altare della libertà contrattuale (74).

Analoga la definizione contenuta nei Principi di diritto europeo dei contratti, e precisamente nell'art. 1:102, che sancisce la libertà dei privati - comprese, evidentemente, le imprese - di stipulare contratti e di determinarne il contenuto. Tale libertà viene però assoggettata a più limiti, fra cui l'inderogabilità delle norme imperative dei Principi stessi (75).

Ad esempio, l'art. 4.118 stabilisce che «non possono essere escluse né limitate» (76) le tutele previste per il dolo, la violenza e l'ingiusto profitto o il vantaggio iniquo e il diritto di annullare una clausola abusiva che non sia stata oggetto di trattativa individuale (77).

Altri limiti all'autonomia contrattuale, desumibile dal combinato disposto degli artt. 1:102 e 1:103, secondo comma, dei Principi (78), sono costituiti dalle norme imperative nazionali e, in necessaria evidenza, data la sua portata generale, dal principio di buona fede (79), che, nei principi e nei progetti di unificazione del diritto contrattuale europeo, si pone sempre più come correttivo dello «*strictum ius*» e filtro del giudizio sull'equità delle clausole contrattuali. Ne è applicazione l'art. 1:201 PECL, per cui ciascuna parte non può pretendere l'esecuzione di un contratto o di una clausola iniqua nei confronti dell'altra parte.

Natura e funzione di questi limiti meglio si comprendono se, in via più generale, si consideri che all'attività dei privati si affianca, in funzione integrativa, ma anche contrappositiva, l'attività eteronoma dell'ordinamento giuridico (80), che si esprime, sia attraverso predetermi-

Note:

(segue nota 67)

mentre la Carta di Nizza (art. 16) pare restringere la libertà d'iniziativa economica alla libertà d'impresa; in merito a questa sovrapposizione: Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.

(68) V. art. 2082 Codice civile: «è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

(69) Per la considerazione dell'incidenza delle esigenze del mercato sull'autonomia contrattuale, v., *ex pluribus*, anche: Oppo, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 421 ss.; Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, I, 1997, 1 ss.; Oppetit, *Le libertà contrattuali à l'épreuve du droit de la concurrence*, in *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, 241 ss.; Raiser, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in *Il compito del diritto privato*, a cura di Mazzoni, Milano, 101 ss.

(70) Ossia con l'art. 1322 Codice civile (Autonomia contrattuale): «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti posti dalla disciplina legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una particolare, purché siano diretti a realizzare fini meritevoli di tutela».

(71) V. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II/1, Padova, 1993, 138.

(72) Galgano, *op. cit.*, 139.

(73) Che, pur non essendo vincolanti, hanno capacità *de facto* persuasiva, poiché «buon prodotto finito», inducendo i vari operatori ad avvalersene per libera scelta: v. Di Majo, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1996, 287 ss.

(74) V. Di Majo, *op. cit.*, 289.

(75) Discipline, in via generale, dall'art. 1:103, primo comma, in base a cui le norme imperative nazionali-tranne quelle la cui applicabilità, secondo il diritto internazionale privato, prescinde dalla legge che regola il contratto-cedono, in caso di contrasto, rispetto ai principi aventi carattere imperativo.

(76) Tuttavia, stando al commento all'art. 4:114 con cui la presente norma va armonizzata, le parti possono comunque stipulare validamente una transazione tale da comportare la rinuncia a tali tutele. Così, Castronovo, *I principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, 316.

(77) Si recepisce così una tradizione comune a paesi di *civil* e di *common law*, secondo cui sono intangibili i rimedi per le cause di invalidità. In Inghilterra, dove vige l'*Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* (SI 1994 n.3159), si è statuito (*Pearson v. Dublin Corp.*, 1907, A. C. 351, H. L.) che non possono essere esclusi i rimedi contro il dolo e che è valida la clausola, che escluda o limiti i rimedi contro ogni altro tipo di falsa rappresentazione, soltanto se non iniqua (*Misrepresentation Act* 1967, s. 3, nella versione modificata dalla legge sulle clausole vessatorie del 1977, s. 8).

(78) Che così prevede: «In ogni caso troveranno applicazione quelle norme imperative della legge nazionale ... la cui applicabilità, secondo le norme proprie di diritto internazionale privato, non dipende dalla legge che regola il contratto».

(79) Art. 4:110 PECL. Busnelli, *Note in materia di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 543 ss., che, a sua volta, si riferisce a Whittaker-Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, 3 ss.

(80) Mediante «regole eteronome al potere di autoregolazione privata, non costituenti emanazione del potere medesimo, ma miranti ... a disciplinarne ... il valido esercizio»: Grisi, *op. cit.*, 12.

nati comandi normativi, sia attraverso la pronuncia resa a posteriori dal giudice (81).

In particolare, essi, a prescindere dalla loro peculiarità, paiono tutti coerenti col limite dell'«utilità sociale» (82), come costituzionalizzato dal nostro ordinamento mediante l'art. 41 Cost., secondo e terzo comma, - si è detto al par. 1 - riconosciuto ed enunciato anche dal giudice comunitario.

Quest'ultima comprende, ma non si esaurisce nell'esigenza di «strutturazione del mercato» (83). Peraltro, attenendosi alla distinzione fra norme disponibili e norme imperative, dunque sottratte al potere normativo dei privati (84), sarebbe ugualmente parziale e, pertanto, scorretto.

Nell'utilità sociale sembrano potersi includere anche altre esigenze, tra cui quella di tutela del contraente «debole», tra cui spesso rientrano i consumatori, ma anche le piccole imprese fornitrici o subfornitrici. Questa asserzione, però, è più esatta se sufficientemente contestualizzata e relativizzata, rilevando che tali imprese, nell'ambito delle relazioni commerciali con grandi imprese nazionali o straniere, si trovano in una situazione di notevole soggezione economica, atta a tradursi in gravi squilibri del regolamento contrattuale - quali modesti corrispettivi o tassi di interessi eccessivi, esoneri o limitazioni della responsabilità del creditore, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria - oppure in gravi patologie del momento esecutivo, come ritardi eccessivi e ingiustificati dei pagamenti e notevoli costi per il recupero dei crediti (85).

Pertanto, ai limiti «negativi», quali l'ordine pubblico, la morale, la norma imperativa, sanciti dal Codice civile (artt. 1343 ss.; 1418 Codice civile, sostanzialmente tesi ad «arginare» (86) l'autonomia privata, si aggiungono limiti «positivi», comportanti, cioè, «l'invasione della sfera dell'autonomia con statuizioni che attengono allo stesso modo d'essere del rapporto interprivato» (87). In quest'ottica, vanno rilevati l'obbligo legale di contrarre (artt. 1679 - 2597 Codice civile), il meccanismo di inserzione automatica di clausole (art. 1339 Codice civile) e, soprattutto, i sempre più frequenti interventi del legislatore speciale, spesso in attuazione della normativa comunitaria, al fine di proteggere interessi e diritti del contraente debole (88) nei rapporti di locazione; di lavoro subordinato; di credito; di commercio, fra cui quelli aventi oggetto i beni di consumo, etc. Vari sono stati anche i provvedimenti, succedutisi negli ultimi anni, favorevoli al consumatore (89), e, in minor misura, al piccolo medio-imprenditore (90).

Questi interventi legislativi paiono derogare al principio di parità giuridica delle parti contrattuali, quale diretta espressione del principio di uguaglianza formale ex art. 3 Cost., che si pone a pilastro del diritto privato comune (e, in particolare, del diritto privato codificato). Questa legislazione, difatti, pare intesa a realizzare una diversa uguaglianza: quella *sostanziale*, attraverso la disparità giuridica, cioè attribuendo posizioni giuridiche privilegiate

ai soggetti che sono sostanzialmente più deboli (91). Il panorama giuridico, pertanto, va caratterizzandosi per aree, sempre più estese, di diritto «speciale», in un duplice senso:

a) Formale, perché è di solito il legislatore speciale ad intervenire in esecuzione o attuazione della disciplina comunitaria.

b) Sostanziale, in quanto il diritto privato comune va articolandosi in una serie di diritti dei privati, suggerendo la riconsiderazione della stessa teoria generale del contratto. Diviene decisivo lo «status» della parte, cioè la sua posizione socio-economica, poiché, variando essa, varia anche la disciplina applicabile al rapporto contrattuale (92). Non si tratta di una semplice manifestazione di pluralismo, né del solo riflesso dell'interventismo statale in campo economico, ma è eloquente segnale della problematiche applicative di un diritto originariamente uguale e astratto, qual è il diritto privato comune dei contratti (93).

Parallelamente a siffatta «specializzazione» del diritto privato, procede la rilevante integrazione eteronoma del

Note:

(81) Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 189. Al contempo, tuttavia, l'autonomia privata, pur letteralmente (ex 1322 Codice civile) ristretta alla sola sfera contrattuale, ha esteso così i suoi confini «da consentirne una significativa presenza in ogni settore almeno del diritto privato»: Belvedere, *Presentazione*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di Belvedere-Granelli, Padova, 2001, 7.

(82) V. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 177.

(83) Grisi, *op. cit.*, 15.

(84) Che non possono statuire in modo opposto, o anche solo diverso, da queste: così, Messineo, *op. cit.*, 42.

(85) Sono queste le problematiche, che si pongono ad *occurso legis* della direttiva 2000/35/CE, di cui ci si soffermerà *infra*.

(86) Questo verbo è usato da Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, in AA. VV., *Diritto privato, L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 218.

(87) Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 143 ss.

(88) «Che, se non sottratto alla logica del mercato, rischia di non trovare risposta ai propri bisogni»: così Grisi, *op. cit.*, 25.

(89) V., es.: la direttiva 1999/44/CE, sulla vendita e sulle garanzie di consumo; la direttiva 1998/6/CE, in materia di indicazione dei prezzi al consumatore; la direttiva 1997/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza; la direttiva 1994/47/CE, in materia di multiproprietà; la direttiva 1990/314/CE, in materia di viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso»; la direttiva 1985/577/CE, sui contratti di compravendita stipulati al di fuori dei locali commerciali.

(90) V. *infra*.

(91) Barcellona, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 240.

(92) V. Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Scritti in onore di Sacco*, a cura di Cendon, II, Milano, 1994, 1287 e in *Giur. it.*, 1983, IV, 57 ss. Sul punto, si segnalano anche: Oppo, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Principi e problemi del diritto privato*, (Scritti giuridici VI), Padova, 1997, 203 ss.; Bonocore, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 1 ss.; Roppo, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1981, 701 ss.

(93) Iannarelli, in *Il diritto privato futuro*, a cura di Perlingieri, Scuola spec. in dir. civ., Univ. Camerino, Napoli, 1993, 88.

regolamento contrattuale e, di riflesso, la necessaria compressione dello spazio operativo dell'autonomia privata da parte del legislatore.

Dalla medesima esigenza pare poter trarre nuovo alimento anche la riflessione riguardo alla funzione del giudizio di meritevolezza (ex art. 1322, secondo comma, Codice civile) rispetto agli schemi atipici adottati dai privati per la regolazione dei propri interessi economici, ancor più frequenti e rilevanti nell'ambito delle relazioni commerciali, e, dunque, dei rapporti imprenditoriali, dove agevolazione e celerità degli scambi si pongono quali esigenze fondamentali.

Al riguardo, bisogna ricordare che, secondo autorevole dottrina (94), il giudizio di meritevolezza dovrebbe verificare solo se il contratto innominato abbia causa lecita, perché, se così non fosse, si darebbe eccessivo spazio alla discrezionalità del giudice e, conseguentemente, al rischio di arbitrio giudiziale (95), a causa del carattere «generico e impreciso» del criterio costituzionale dell'utilità sociale, a cui viene ricondotto detto carattere meritorio (96).

Invece, per altri Autori, tesi a valorizzare il testo della Relazione al Codice civile (97), l'autonomia contrattuale è «strutturata, ossia inserita e chiusa tra le alte mura della legge» (98). Pertanto, l'operazione concretamente posta in essere dalle parti, sottoposta al giudizio di meritevolezza, dovrebbe essere conforme ai principi dell'ordinamento giuridico e adempiere, in via «strumentale», a una funzione socialmente utile, perseguendo un interesse effettivamente corrispondente all'interesse tipizzato nello schema astratto (99).

Ebbene, constatando la crescente attenzione del legislatore verso l'esigenza di uguaglianza sostanziale delle parti contraenti e la creazione di tutele *ad hoc* a favore dei contraenti deboli (anzitutto il consumatore, ma anche, talvolta, il piccolo imprenditore), forse, può farsi una scelta, sufficientemente motivata, fra le opzioni ermeneutiche appena descritte. Cioè, privilegiare la detta concezione «strumentale» dell'autonomia privata, secondo cui essa deve perseguire l'utilità sociale, adottando per quest'ultima, tuttavia, un significato più circoscritto e concreto.

In particolare, fatte salve altre esigenze ugualmente meritevoli di salvaguardia (tutela del consumatore, dell'ambiente...; protezione dell'economia nazionale e/o comunitaria, della salute pubblica; della morale pubblica...), il legislatore, nella regolamentazione dei rapporti di scambio, dovrebbe, tendenzialmente, perseguire alcuni precisi obiettivi. Fra di essi, paiono potersi individuare l'agevolazione dell'accesso al mercato e alle sue opportunità, e dell'effettiva operatività in esso, e, soprattutto, l'equilibrio fra diritti e obblighi delle contrapposte posizioni contrattuali, al fine di impedire che la inferiorità socioeconomica di una parte si traduca nella soggezione agli abusi contrattuali della parte più forte.

È da auspicarsi che quest'opzione ermeneutica trovi sempre più spazio anche nel momento applicativo della leg-

ge, cioè in sede giudiziale. Infatti, tutelare i contraenti deboli (quali possono risultare i «piccoli imprenditori») (100), mediante l'attribuzione al giudice di un potere di verifica del contenuto contrattuale o l'inserzione coattiva di regole legali nella disciplina negoziale, vuol dire ridurre l'autonomia contrattuale, ma anche avvicinarsi all'ideale dell'uguaglianza sostanziale.

Tuttavia, ci si deve domandare se così sia effettiva e irreversibile la compressione dell'autonomia contrattuale, e se sia veramente frenata la libertà delle parti di autoregolamentare i propri interessi.

La risposta è negativa, se si considera che la parte debole, prevaricata dalla controparte socio-economicamente più forte, non è comunque affatto libera di contrattare perseguendo i propri scopi e che, invece, sufficientemente protetta, potrebbe acquistare maggiore libertà. Dunque, comprimere, «*ope legis*» o «*ope iudicis*», l'autonomia contrattuale della parte forte è sacrificio indispensabile per consentire l'autonomia della parte debole, e per avere sempre maggiore parità di potere contrattuale tra i contraenti (101); coerentemente alla logica del necessario bilanciamento tra istanze o esigenze fondamentali.

Note:

(94) Gorla, *Il contratto*, I. I lineamenti generali, Milano, 1955, 199 ss. Puntualmente anche Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, 29: «Meritevolezza del contratto è... qualcosa di più che liceità ma molto meno che perseguimento dell'interesse generale e anche meno che conformità all'interesse generale; rispetto al quale il contratto è di per sé neutro. La diversa opinione, che funzionalizza l'autonomia privata addirittura nel suo momento negoziale, non è accettabile, benché... trovi qualche appiglio in talune affermazioni della Relazione al codice civile, affermazioni spiegabili con i convincimenti e più con la obbligata retorica del tempo. Di interesse generale deve essere la compressione, non la concreta esplicazione dell'autonomia contrattuale, rimessa all'iniziativa e nei contenuti alla scelta dei privati».

(95) «...il quale potrebbe togliere valore ad ogni contratto valido, col pretesto che il suo fine non è socialmente apprezzabile»: v. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 29, nota 1.

(96) Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 172.

(97) In cui la causa è definita come «la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata».

(98) Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 146.

(99) Ferri, *op. cit.*, 358 ss. V. anche: Perlingieri, *Profili istituzionali del diritto civile*, 2 ed., Napoli, 1979, 66; Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, cit., 339; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., 181 ss.; Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1956, 11. Recentemente, su questo solco, anche Benedetti, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 cod. civ.*, in Belvedere-Granelli, cit., 134 ss.

(100) Per l'art. 2083 Codice civile sono tali i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e comunque, più in generale, «coloro i quali esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia».

(101) In proposito, Mattei, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed uguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 611. In questo senso, v. Longu, *Brevi cenni sulla materializzazione del diritto dei contratti*, in Comandè, *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, 161 ss.

La disciplina legislativa del contratto, soprattutto «*de iure condendo*», non può limitarsi a ratificare gli assetti raggiunti dai contraenti, ma deve anche preoccuparsi di tutelare l'armonico e corretto sviluppo dei rapporti economici. Il contratto, infatti, pare sempre meno capace di legittimarsi da sé, ossia per il sol fatto che i privati lo hanno liberamente posto in essere. Pertanto, potrebbe dirsi che esso meriti la protezione dell'ordinamento giuridico, soltanto se conforme a un sistema di regole sufficientemente teso a proteggere le parti deboli e anche i soggetti con esse collegati (ad esempio, le piccole imprese che, in quanto subfornitrici, siano creditrici verso un'impresa, che a sua volta rifornisca una grande impresa).

Bilanciamento tra libertà di impresa e uguaglianza sostanziale tra imprese nell'ordinamento italiano: tutela indiretta delle Pmi

In passato, la Commissione Cedu affermava che gli obblighi sottoscritti dagli Stati contraenti con la Convenzione tendono a proteggere i diritti fondamentali dei cittadini dalle invasioni dello Stato, piuttosto che creare tra loro diritti soggettivi e reciproci (102). Successivamente, tuttavia, allo scopo di fornire effettiva protezione ai diritti fondamentali, nella prassi della Corte di Strasburgo è progressivamente invalsa la tendenza ad applicare le norme della Convenzione non solo alle violazioni commesse direttamente dallo Stato (c.d. efficacia «verticale» della Convenzione), ma anche alle violazioni compiute dai privati (c.d. efficacia «orizzontale» della Convenzione), affermando l'obbligo degli Stati contraenti di prevenire e reprimere anche tale tipo di violazione (103).

L'interpretazione teleologica, volta a valorizzare i diritti e gli interessi individuali dei privati, caratterizza anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, già in occasione della sua decisione sul caso *Van Gend en Loos*, ove si rileva che il diritto comunitario, come impone ai singoli obblighi, così attribuisce loro diritti soggettivi, comunitariamente protetti, ai quali deve essere garantita adeguata tutela anche in sede giurisdizionale (104).

Ciò premesso, chiediamoci se, nel nostro ordinamento, alla luce della legislazione e della relativa elaborazione giurisprudenziale, sia configurabile un principio generale di uguaglianza sostanziale tra le imprese, o piuttosto un interesse egualitario di mero fatto, tutelato solo occasionalmente, e se questo possa dirsi attuato e tutelato nel nostro ordinamento. Ciò, nella consapevolezza che non è sufficiente rilevare l'esistenza di protezione accordata ad una determinata situazione giuridica, per poterla ricondurre ad un principio di carattere generale.

Ebbene, la nostra Costituzione, per lo meno nel suo dato formale, non contempla un siffatto principio, ma, sancendo - all'art. 3 - in via espressa e generale, il principio di uguaglianza sostanziale, impone un essenziale parametro di riferimento e di orientamento per il legislatore ordinario, impegnato a disciplinare i rapporti tra privati (105).

Peraltro, secondo il giudice delle leggi (106), pur in assenza di una regolamentazione uniforme in ambito comunitario, vigerebbe il principio di non discriminazione tra imprese, che agiscono sullo stesso mercato in rapporto di concorrenza, operando, nella diversità delle discipline nazionali, come istanza di adeguamento del diritto interno ai principi stabiliti nel trattato istitutivo della Comunità europea agli artt. 30 ss., e, quindi, nel senso di impedire che le imprese nazionali siano gravate da oneri, vincoli e divieti che il legislatore non potrebbe imporre alla produzione comunitaria.

Quanto, invece, al piano codicistico, il piccolo imprenditore (107) gode di alcuni precisi benefici: infatti, egli, anche quando svolga attività commerciale, non è obbligato alla tenuta di scritture contabili (v. artt. 2214 ss. Codice civile), e non è assoggettato al fallimento e alle altre procedure concorsuali (ex artt. 2221 Codice civile; art. 1, primo comma, R.D. n. 267/1942).

Inoltre, il legislatore speciale, comunque stretto fra l'esigenza di promuovere lo sviluppo della piccola impresa e

Note:

(102) Commissione, Decisione di ricevibilità 788/60, *Austria/Italia*, 117, spec. 141.

(103) Pustorino, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, cit., 48. Con il detto fine, nella causa *X et Y c. Pays-Bas*, con riferimento all'art. 8, la Corte Cedu ha sancito che la tutela effettiva del diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare implicava «*l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations purement négative ne cadrerait pas avec l'objet et le but dell'articolo 11... celui-ci appelle parfois des mesures positives, au besoin jusque dans les relations interindividuelles*»: v. C. Cedu 26 marzo 1985, *Publ. de la Cour, Série A*, vol. 91, 11. L'attuazione di regole fra privati, mediante interpretazione teleologica della Convenzione Cedu, emerge anche nell'affare *Plattform «Arzte für das Leben»*, in relazione al diritto di associazione e riunione pacifica (art. 11), ove la Corte ha statuito che «*une conception purement négative ne cadrerait pas avec l'objet et le but dell'articolo 11... celui-ci appelle parfois des mesures positives, au besoin jusque dans les relations interindividuelles*»: v. C. Cedu 21 giugno 1988, *Publ. de la Cour, Série A*, vol. 139, 12.

(104) V. C. Giust. CE 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*, in *Racc.*, 1962, 23. In argomento, v. Carbone, *Progetto di costituzione europea, diritti dell'individuo e tutela giurisdizionale*, in *Dir. comm. int.*, 1, 2003, 3 ss.; Tesaro, *The effectiveness of judicial protection and co-operation between the Court of Justice and national courts*, in *Yearbook Eur. Law*, 1994, 4 ss.; Tizzano, *Il ruolo della Corte di Giustizia nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 1994, 922 ss.

(105) Riguardo all'influenza dei valori costituzionali sui rapporti interprivati: Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 35, secondo cui «la stretta legalità, proprio perché condizionata dai vincoli di contenuto ad essa imposti dai diritti fondamentali, ha immesso una dimensione sostanziale così nelle teorie della validità come nella teoria della democrazia, producendo una dissociazione ... tra legittimità sostanziale e legittimità formale dei sistemi politici». V. anche Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, 137 ss.

(106) V. Corte Cost. 23 dicembre 1997, n. 443, che, sulla base di detto principio, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 41, primo comma, Cost., l'art. 30, legge n. 580/1967 («Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari»).

(107) Che, come si vedrà meglio *infra*, è concetto non sempre coincidente con quello di imprenditore «debole».

quella - spesso contrapposta - di garantire la libertà d'impresa e la sua autonomia organizzativa, ha fornito all'imprenditore debole una prima apposita protezione con la legge n. 192/1998 (108), limitata, però, ai soli rapporti di subfornitura.

Tuttavia, il fine preminente del legislatore del 1998 (109) non è rimuovere gli ostacoli impeditivi dell'effettiva uguaglianza fra imprese o, comunque, agevolare la iniziativa economica individuale, ma garantire l'efficiente funzionamento del mercato. Non si è voluto realizzare un principio di protezione sociale o di giustizia distributiva, ma salvaguardare la struttura concorrenziale del mercato, in stretto collegamento con la *ratio* della legge n. 87/1990 (110), istitutiva dell'Autorità Garante della concorrenza del mercato (111). Così, ad esito del contemperamento tra esigenze contrapposte, la tutela fornita all'impresa debole risulta avere carattere «indiretto».

Una successiva base di tutela della piccola impresa è data dalla direttiva 2000/35/CE (112), adottata per la lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle «transazioni» commerciali, e dal conseguente D.Lgs. n. 231/2002.

Il piccolo imprenditore risulta protetto, essenzialmente, nelle sue ragioni creditorie. In particolare, il legislatore, con il D.Lgs. n. 231/2002, istituisce, nei rapporti tra imprese, la mora *ex re*, senza necessità, quindi, di alcun atto di intimazione scritta e stabilisce un preciso quadro legale per i termini d'adempimento, destinati ad operare qualora nel contratto non si sia stato fissato alcun termine di riferimento o quello contrattuale sia gravemente iniquo verso il creditore. Analogamente, l'art. 3, legge sulla subfornitura prescrive condizioni e termini per il pagamento del corrispettivo dovuto al subfornitore, stabilendo che il termine per il pagamento inizia a decorrere dalla consegna del bene oppure dalla comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione e, comunque, non può eccedere i 60 giorni da tale momento. Secondo questa norma, alla scadenza del termine, il creditore, salva diversa pattuizione, è legittimato a esigere il prezzo, senza bisogno di costituzione in mora (113).

Però, ci si deve interrogare se in tal modo l'imprenditore socio-economicamente debole sia sufficientemente tutelato; e se sia effettivamente assicurata l'attuazione del principio fondamentale dell'uguaglianza sostanziale anche tra gli operatori del mercato, e, nello specifico, tra piccoli e grandi imprenditori.

Tali interrogativi non sembrano avere una risposta positiva se si considera quanto segue. Certo, allo stato attuale, la piccola-medio impresa dispone di una base di tutela assente fino a qualche anno fa. La Corte Costituzionale (114) stessa ha ravvisato nell'art. 44 Cost. un principio generale di favore per le piccole imprese (giustificato soprattutto da fini occupazionali), ma, al contempo, lo ha circoscritto e temperato con altre esigenze fondamentali, come la protezione dei lavoratori licenziati, senza la necessaria forma scritta, ai quali viene riconosciuta la tutela «reale» (115).

Soprattutto, è inevitabile che la mancanza di una «*voluntas legis*», essenzialmente diretta alla tutela dell'imprenditore debole, si rifletta in una disciplina parziale, disorganica e disomogenea. Infatti, la normativa vigente interviene solo in qualche fase del rapporto giuridico-economico tra operatori economici, tutelando solo alcune delle ragioni delle piccole-medio imprese, quali quelle connesse ai diritti di credito.

E qui occorre chiedersi se l'impresa creditrice sia sempre impresa «debole», dunque meritevole di tutela. Subito un'osservazione: il provvedimento normativo *de quo* pare tutelare il creditore in quanto tale, senza preoccuparsi della posizione economica concretamente sottesa alla posizione di credito (116).

Peraltro, mediante alcune norme delle legge sulla subfornitura, l'ordinamento si arroga il potere di controllo del

Note:

(108) V., *ex pluribus*: Bertolotti, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000; *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura di Alpa-Clarizia, Milano, 1999, 244; Bertolotti, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sui rapporti interni e internazionali*, Padova, 1999; *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, a cura di Sposato-Coccia, Torino, 1999.

(109) Quale si vince anche dai disegni di legge elaborati durante la XIII legislatura (S. 637 e S. 644), poi, unificati in un unico testo, in materia di subfornitura. V. Maugeri, *Le recenti modifiche della disciplina sull'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, 2, 457.

(110) V.: Osti, *Il lato oscuro dell'antitrust: qualche dubbio in più*, in *Foro it.*, 1994, IV, 76; Pardolesi, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, ivi, 1993, V, 1, il quale ha un approccio variamente critico verso questa normativa *antitrust*.

(111) Lo dimostra anche la modifica apportata all'art. 9 (abuso di dipendenza economica), legge n. 192/1998 dall'art. 11, secondo comma, legge 57/2001, che, ferma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3, legge 287/1990, ha attribuito all'AGCM il compito di procedere alle diffide e sanzioni previste dall'art. 13 della disciplina *antitrust* nei confronti dell'impresa responsabile dell'abuso, quando questo venga ritenuto rilevante per la tutela del concorrenza e del mercato. Ciò anche su segnalazione di terzi e a seguito dell'attivazione dei poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria da parte della detta Autorità. Per un'analisi recente dei riflessi applicativi della legge n. 287/1990, si consideri Boni, *La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto*, in *Dir. un. eur.*, 1, 2003, 45 ss.

(112) Un'attenta analisi delle fasi che hanno preceduto l'approvazione della direttiva è di Conti, *La direttiva 2000/35 sui ritardi pagamenti e la legge comunitaria di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. giur.*, 2002, 6, 802 ss. Per un commento della stessa, v. anche Fauceglia, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in questa Rivista, 2001, 3, 307 ss.; De Marzo, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, ivi, 2002, 628 ss.; Mengoni, *La direttiva 2000/35 in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. e dir. priv.*, I, 2001, 74; Zaccaria, *La direttiva 2000/35 CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium Juris*, 2001, 259.

(113) Peraltro, con una significativa deroga all'art. 1665 ss. Codice civile.

(114) Con la sentenza 23 novembre 1994, n. 398.

(115) Per analoghe considerazioni, v. Corte Cost. 23 aprile 1998 n. 143.

(116) Si badi all'art. 6 (disciplinante l'attuazione della direttiva negli ordinamenti nazionali), dove si stabilisce che «Gli Stati membri possono lasciare in vigore od emanare norme che siano più favorevoli al creditore di quelle necessarie per conformarsi alla presente direttiva».

contenuto giuridico ed economico dei contratti stipulati fra imprese (117). Tale controllo, però, pare fermarsi a squilibri gravi del rapporto sinallagmatico, comunque non si estrinseca nella previsione di una minuziosa casistica di clausole vessatorie, qual è quella prevista, a tutela del consumatore, dall'art. 1469 bis Codice civile. Il contenuto negoziale dei contratti d'impresa è sostanzialmente lasciato all'autonomia privata, quale dimensione riflessa della libertà d'impresa.

Inoltre, rimangono aperti importanti interrogativi, e, di conseguenza, emergono significativi vuoti di tutela. Ad esempio, «*quid iuris*» quando il regolamento contrattuale sia iniquo verso un'impresa che non rientri nel campo applicativo dell'art. 1, legge n. 192/1998 (118)?

Al riguardo, va considerato che la legge sulla subfornitura deroga ad alcuni principi generali delle obbligazioni e del contratto, ed è dubbio, perciò, se vada intesa come normativa eccezionale e, dunque, inapplicabile analogicamente, o, se, invece, possa essere applicata anche a contraenti deboli diversi dal subfornitore (119).

Si guardi, per contrasto, al carattere relativamente completo e analitico della normativa relativa ai contratti del consumatore (ex artt. 1469 bis ss. Codice civile) (120), quale particolare specie di contraente debole. Sembra necessario, anche «*de iure condendo*», adottare un concetto di contraente debole che prescindendo dalla formale qualifica di consumatore e dalla relativa definizione, ed eleggerlo a imprescindibile obiettivo di tutela, considerando soprattutto la situazione sostanziale facente capo all'operatore economico (121).

In quest'ottica di adeguata attenzione al substrato socio-economico, è necessario raffrontare la definizione di «piccolo imprenditore» con una nozione, quella di «imprenditore debole», certamente connessa, ma non sempre coincidente. Infatti, accade che il piccolo imprenditore, pur così definibile in base al dato normativo, non sia «debole» quindi meritevole di apposita tutela, perché privo di sufficiente esperienza e conoscenza del settore operativo, e/o di potere economico e contrattuale per poter incidere effettivamente sul regolamento negoziale, concretamente pattuito con un altro operatore economico.

Ai fini della protezione ordinamentale, dunque, pare imprescindibile un concetto di impresa «debole» a carattere «sostanziale» (concreto) e «relativo», cioè strettamente legato alla singola vicenda contrattuale, alla prassi eventualmente instaurata fra le parti e all'area di mercato coinvolta, ma ancor più ai fondamentali momenti della stipula del contratto e della sua esecuzione, e alle caratteristiche socio-economiche della controparte.

Mediante siffatto concetto, si evidenzia l'inadeguatezza della definizione codicistica (art. 2083 Codice civile), in base alla quale si ricava soltanto che non v'è piccolo imprenditore laddove sull'impiego di forza lavoro prevalga l'impiego del capitale, o laddove, invece dell'organizzazione familiare delle attività, si rilevi il più complesso assetto organizzativo delle imprese di tipo societario.

In realtà, il concetto di piccolo imprenditore, per effetto delle trasformazioni economiche e tecnologiche (122), e di più interventi normativi (123), pare sempre più difficilmente compatibile con le categorie codicistiche. Ad es., si guardi alla figura dell'imprenditore agricolo, che, nell'originaria formulazione dell'art. 2135 Codice civile, era «chi esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame» e «attività connesse», ossia «le attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti agricoli, quando rientrano nell'esercizio normale dell'agricoltura». In seguito all'integrazione normativa, operata dal D.Lgs. n.

Note:

(117) Solo a titolo esemplificativo, v. art. 9, riguardo al divieto di «abuso di dipendenza economica», laddove per «dipendenza economica» si intende la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi.

(118) Che comunque è già ristretto dalla lettera ad oggetto del secondo comma dell'art. 1 medesimo.

(119) Secondo Padovini, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., 3. Comunque, secondo l'opinione prevalente, il tenore letterale dell'art. 9, legge 192/1998 consentirebbe l'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica a tutti i rapporti commerciali tra imprenditori, e non ai soli rapporti di subfornitura. V., *ex pluribus*: Ceridono, sub art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 429; Bertolotti, *op. cit.*, 178 ss.; Mazziotti Di Celso, sub art. 9, *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura di Alpa-Clarizia, cit., 244; Bertolotti, *op. cit.*, 144. In senso contrario, Rinaldi-Turritto, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, a cura di Sposato-Coccia, cit., 125 ss.

(120) Introdotti nel nostro ordinamento, in attuazione della direttiva 1993/13/CE «sui contratti del consumatore», con la legge 52/1996; poi, novellata dalla legge 526/1999 (l. com. 1999) e, recentemente, dalla legge 14/2003 (l. com. 2002) - che ha esteso la portata dell'azione inibitoria collettiva, ora esperibile anche contro il professionista e le associazioni di professionisti, che «raccomandino» l'inserzione di clausole generali «vessorie» - al fine di una maggiore conformità alla detta direttiva. Sugli artt. 1469 bis ss. Codice civile, v., *ex pluribus*: Orestano-Gabrielli, *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 2000, 225 ss.; AA. VV., *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesarò, Padova, 2 ed., 1998, 732 ss.; AA. VV., *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di Bianca-Busnelli, Padova, 1997, I-XXI 751-1293; AA. VV., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa-Patti, Milano, 1997, I-XII, 390 ss.; Bin, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si applicano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr./Eur.*, 1996, 2, 431 ss.

(121) Come meglio si dirà *infra*. V. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori (Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito)*, Milano, 2003, 36 ss.

(122) Come la progressiva industrializzazione dell'attività agricola; l'uso sempre più frequente di sostanze chimiche; l'espansione della manodopera, etc.

(123) Riguardo alla ridefinizione in atto del concetto di piccola impresa, v. anche D.M. 18 settembre 1997 (sull'adeguamento alla disciplina comunitaria dei criteri di individuazione di piccola e media impresa ai fini degli aiuti di Stato), e la nuova Raccomandazione, 6 maggio 2003, n. 1442, della Commissione Europea (in sostituzione della precedente Raccomandazione 1996/280/CE, a partire dal 1° gennaio 2005), che, nell'individuare le imprese beneficiarie degli incentivi previsti dai programmi comunitari (PIC), nazionali (PON) e regionali (POR), cofinanziati dall'UE, ridefinisce il concetto dell'acronimo PMI, introducendo la nozione di «microimpresa», accanto a quello di piccola e media impresa, tutte identificate dal numero di occupati annui e dall'ammontare del loro fatturato.

228/2001, coltivazione del fondo, e comunque attività di impresa agricola, sono considerate anche le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un «ciclo biologico» o di «una sua fase», mediante l'utilizzo del fondo o delle altre risorse indicate dal decreto legislativo. Per la nuova formulazione dell'art. 2135, secondo comma, Codice civile, divengono connesse alla attività principale dell'imprenditore agricole nuove attività, come quelle di «commercializzazione» e «valorizzazione» dei «prodotti» derivati dall'attività agricola; quelle relative alla «fornitura di beni e servizi» mediante l'uso prevalente di attrezzature o risorse dell'impresa normalmente impiegate nello svolgimento dell'impresa, incluse quante comportino la valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale (o si traducano in prestazioni di «ricezione» e «ospitalità», peculiari, peraltro, dell'agriturismo). L'art. 2135, riformulato, poi, stabilisce che può essere imprenditore agricolo anche una cooperativa di agricoltori o un loro consorzio, se vi sia il prevalente utilizzo di risorse prodotte dai soci o se si offrano ai soci beni e servizi per la cura e lo sviluppo di un ciclo biologico (124).

Così, diviene discutibile l'esistenza stessa di uno speciale statuto giuridico per l'imprenditore agricolo ed anche la sua definibilità come piccolo imprenditore, tanto più se inteso come contraente debole, considerata, in particolare, la difficoltà di distinzione strutturale e funzionale

tra impresa agricola, sempre più industrializzata (con sempre maggiore ricorso al capitale economico e allo strumento del credito), e impresa commerciale (125).

Note:

(124) Peraltro, sulla base del D.Lgs. n. 228/2001, teso a riformare anche il regime del settore della pesca, all'imprenditore «agricolo» «a titolo principale» è parificato anche l'imprenditore ittico. Inoltre, all'art. 2, D.Lgs. cit., si prevede che l'iscrizione degli imprenditori agricoli, ed anche delle società semplici esercenti attività agricola, nella sezione speciale del registro delle imprese, oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle previste dalle leggi speciali, abbia l'efficacia di cui all'art. 2193 Codice civile.

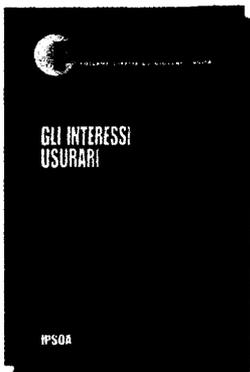
(125) Lo stesso può dirsi per l'artigiano, destinatario di particolare considerazione già nel dato costituzionale (v. art. 45 Cost., ove si evidenzia l'obiettivo di «tutela» e di «sviluppo» dell'artigianato e art. 117 Cost., in relazione ai possibili interventi del legislatore regionale), e, poi, nella legge - quadro per l'artigianato (legge n. 443/1985), che beneficia questo settore economico di misure di incentivazione e sostegno, ed estende, tranne alcune eccezioni, il possibile oggetto dell'impresa artigiana a qualsiasi produzione di beni o servizi (v. art. 3 legge cit.). Inoltre, ex art. 2, primo comma, legge cit., viene meno il requisito - precedentemente richiesto dall'art. 2083 Codice civile - di necessaria prevalenza del lavoro dell'artigiano (e di membri della sua famiglia) sul lavoro altrui e sul capitale investito nell'impresa, essendo stabiliti soltanto limiti riguardo al numero dei dipendenti diretti dall'imprenditore artigiano o dai suoi soci (v. art. 4).

LIBRI

Collana **Pratica del diritto civile** diretta da G. Iudica

Gli interessi usurari

Valerio Pandolfini



Il volume **offre l'inquadramento sistematico dell'obbligazione degli interessi nel contesto della disciplina codicistica unitamente all'analisi della normativa in tema di usura**, così come si è venuta a modificare attraverso il succedersi dei diversi provvedimenti legislativi (dalla legge n. 108 del 1996 alla legge n. 24 del 2001) e delle pronunce giurisprudenziali sul punto.

L'autore affronta anche le questioni applicative ancora irrisolte e le prospettive di evoluzione sul punto.

Il testo contiene una completa appendice di consultazione, comprensiva della legislazione nazionale e comunitaria rilevante nonché della giurisprudenza costituzio-

nale, di legittimità e di merito e di lettere e circolari ministeriali utili per la comprensione della tematica trattata; l'appendice offre anche la raccolta completa degli allegati dei decreti di rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai fini dell'applicazione della legge sull'usura dal 1996 al 27 settembre 2002.

Ipsoa 2002, pagg. 404, € 32,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoa.it**



LA CORTE E LE SCELTE DI POLITICA ECONOMICA: LA DISCUTIBILE DILATAZIONE DELL' INTERVENTO STATALE A TUTELA DELLA CONCORRENZA

di

Luisa Cassetti

(Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Perugia)

4 marzo 2004

1. Economia e costituzione dopo la riforma del Titolo V, parte II della Costituzione.

La riforma del titolo V, operata dalla legge costituzionale n.3 del 2001, ha introdotto nella Costituzione repubblicana un consistente numero di parole nuove che esprimono concetti e parametri di natura economica.

I termini e le nozioni economiche sono presenti all'interno di principi-obiettivi (lo *sviluppo economico* che giustifica gli interventi perequativi di cui all'art. 119 Cost., l'*unità economica* di cui all'art. 120 Cost), all'interno delle materie ovvero delle competenze trasversali riservate allo Stato (tutela della concorrenza, tutela del risparmio e dei mercati finanziari, perequazione delle risorse finanziarie di cui all'art.117, 2° c., Cost.) nonché nelle materie di competenza concorrente (sostegno all'innovazione nei settori produttivi di cui all'art.117, 3° co. Cost.).

Da questo complesso di disposizioni emerge un consistente nucleo di principi e di regole che vanno ad arricchire il diritto costituzionale dell'economia che fino ad oggi ruotava attorno alle garanzie individuali dei diritti economici e sociali ed alle trasformazioni dell'intervento pubblico consentite dall'art.43 Cost. ovvero imposte dal processo di integrazione nell'Europa di Maastricht.

In Europa, questo processo di arricchimento del diritto costituzionale dell'economia ad opera delle regole sul riparto delle competenze legislative tra lo Stato centrale e le autonomie regionali appartiene sia ai sistemi federali maturi, come la Germania, sia alle realtà con una ormai consolidata tradizione regionale, come la Spagna.

Come è noto, l'elaborazione di un *'öffentliches Wirtschaftsrecht'* si è sviluppata attorno all'interpretazione delle norme sulla distribuzione delle competenze legislative tra la Federazione

ed i Länder in materia di diritto dell'economia (attività mineraria, industria, gestione economica dell'energia, artigianato, lavoro autonomo, commercio, attività bancaria e di borsa, assicurazioni private) ovvero in materia di prevenzione dell'abuso di posizione dominante (art. 74, n.11, n.16,GG). In particolare, l'inserimento nella Legge fondamentale (a seguito della revisione costituzionale del 1967) del parametro che impone il rispetto dell'*equilibrio economico generale*, al quale si devono uniformare sia il bilancio dello Stato federale (Bund), sia i bilanci dei singoli Länder (art. 109 GG), ha dato vita ad una vera e propria "norma fondamentale" del diritto costituzionale dell'economia.

Non si deve inoltre dimenticare che nell'esperienza tedesca la costruzione di un nucleo di principi costituzionali in materia economica (cd.*Wirtschaftsverfassung*) è stata possibile anche in virtù dell'interpretazione evolutiva (dottrinale e giurisprudenziale) di alcune clausole di garanzia generali sui diritti della persona (il diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2, I GG) inteso come libertà di agire e quindi di iniziativa estesa anche al campo dei rapporti economici) e di talune libertà fondamentali (dalla libertà di scelta della professione, garantita dall'art.12 GG., alla libertà di impresa e di iniziativa economica privata).

In altre parole, dall'interpretazione sistematica dei principi sulle libertà, delle regole sulla distribuzione delle competenze e dei parametri relativi all'organizzazione della forma di Stato federale l'esperienza tedesca ha ricavato un sistema di principi e di regole che hanno definito e precisato il ruolo dell'economia nella Legge fondamentale tedesca¹.

Nell'esperienza costituzionale spagnola, il diritto costituzionale dell'economia si è sviluppato attorno alle garanzie dei diritti economici ed alle regole sul riparto delle competenze tra lo Stato e le comunità autonome. In particolare, il dibattito scientifico e l'esperienza giurisprudenziale hanno avuto ad oggetto, da un lato, l'interpretazione della garanzia relativa alla "libertà di impresa nel quadro dell'economia di mercato" (art.38) e, dall'altro, l'esegesi dei criteri che definiscono il riparto delle competenze tra lo Stato e le comunità autonome. Sul versante dell'organizzazione statale, il bilanciamento tra il dinamismo imposto da un regionalismo differenziato ed il valore dell'unità che implica in primo luogo la tendenziale uniformità dello sviluppo economico del paese, si trova espressamente codificato nell'art.138 Cost. del 1978 ai sensi del quale "lo Stato garantisce la realizzazione del principio di solidarietà vegliando sull'instaurazione di un'equilibrio economico adeguato e giusto tra le diverse parti del territorio spagnolo".

¹ Per una ricostruzione del dibattito sulla *Wirtschaftsverfassung* tedesca si rinvia a L. Casseti, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, 2002.

In Italia, prima della riforma del titolo V, parte II, della Costituzione repubblicana un nucleo consistente del diritto costituzionale dell'economia si è sviluppato attorno al dibattito sulla copertura costituzionale della tutela del mercato concorrenziale, dopo che la legge nazionale antitrust n.287 del 1990 aveva definito le sue radici culturali nel vincolo interpretativo ai principi comunitari elaborati dalla Commissione e dalla Corte di giustizia (nell'applicazione delle regole antimonopolistiche poste dal Trattato CE) e nella diretta attuazione del diritto di iniziativa economica privata garantito dall'art. 41 Cost.².

La riforma del regionalismo italiano apre nuovi orizzonti al diritto costituzionale dell'economia che si arricchisce per effetto delle regole che definiscono il nuovo riparto delle competenze tra lo Stato e le regioni in materia economica. Abbiamo già ricordato in apertura l'ampiezza e la diversa natura di questi precetti che per la prima volta affollano di termini e di parametri economici la Costituzione repubblicana: si tratta ora di precisare, alla luce delle argomentazioni utilizzate nella sentenza n. 14 di quest'anno, le prospettive interpretative di alcune di quelle nozioni.

In verità, gli effetti di questo arricchimento del linguaggio costituzionale nell'esperienza italiana non hanno tardato a riflettersi sulla giustizia costituzionale: la Corte appare oggi sempre più coinvolta nella delicata interpretazione di nozioni economiche ed il suo indispensabile contributo interpretativo è destinato in prospettiva a fare chiarezza sul significato di quei parametri nel sindacato sulle scelte economiche del legislatore³.

2. La problematica dilatazione della riserva allo Stato della "tutela della concorrenza".

Con la sentenza n.14 di quest'anno la Corte ha compiuto l'apprezzabile sforzo di definire il ruolo e l'ampiezza della tutela della concorrenza, riservata allo Stato dall'art.117, co.2, lett.e) Cost.⁴.

Tale operazione interpretativa si fonda sulla comparazione con la normativa comunitaria sulla concorrenza: così come le regole in materia di aiuti alle imprese sono parte integrante della politica comunitaria della concorrenza, anche la competenza costituzionale sulla tutela della concorrenza abilita lo Stato ad intervenire direttamente sul mercato ed a perseguire strategie

² Gli esiti di questo dibattito sono stati ricostruiti, da ultimo, nel saggio di L. Buffoni, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 345 ss., al quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

³ Per un'analisi dei profili tecnici ed economici di alcune recenti decisioni della Corte in materia di politica energetica v. S. Da Empoli-A. Sterpa, *La Corte costituzionale e il federalismo energetico*, in www.federalismi.it, n.3/2004.

⁴ Sull'inquadramento della "tutela della concorrenza" tra le competenze trasversali non riconducibili alla nozione tradizionale di "materia", v. A.D'Atena, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad.cost.*,

di sviluppo industriale. La stessa collocazione della tutela della concorrenza accanto alle altre competenze in materia di politica economica (moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari, sistema valutario e contabile, perequazione delle risorse finanziarie) elencate all'interno del medesimo comma 2, lett.e) dell'art.117 Cost. confermerebbe, secondo l'interpretazione sistematica fornita dalla Corte, il ruolo "dinamico" della tutela della concorrenza. In altre parole, la contestuale collocazione nel medesimo precetto costituzionale (art. 117, c.2, lett.e Cost.) di alcune parole-chiave dell'economia (moneta, tutela della concorrenza, tutela del risparmio e mercati finanziari) suggeriscono alla Corte di qualificare la tutela della concorrenza come "una delle leve della politica economica statale": in quanto strumento di politica economica, la tutela della concorrenza "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, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali".

Sulla base di questa accezione "dilatata" della tutela della concorrenza, che finisce per legittimare interventi diretti dello Stato volti a promuovere attivamente, oltre che a difendere, l'assetto concorrenziale del mercato, la Corte "ritaglia" il proprio sindacato.

Gli interventi dello Stato a tutela e promozione della concorrenza sono legittimi nella misura in cui perseguono finalità che attengono allo sviluppo dell'intero paese. In altre parole, l'intervento statale si giustifica "per la sua rilevanza macroeconomica": appartengono invece alla competenza legislativa concorrente e residuale delle regioni "gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva locale". Spetta ai giudici costituzionali, ai quali resta ovviamente precluso il sindacato sul merito delle scelte legislative, la verifica in ordine ai presupposti sui quali si fonda l'intervento statale: il sindacato si riferisce alla "razionalità dei presupposti" ed alla "proporzionalità" dell'intervento statale⁵. Sulla base di questa interpretazione "dinamica" della competenza statale a difesa della concorrenza ed applicando le regole sul sindacato di ragionevolezza delle norme legislative sospettate di ledere le competenze regionali (artt.117 e 118 Cost.) la Corte ha dichiarato legittime le norme censurate relative alle misure di sostegno destinate al "Fondo di mutualità e solidarietà per i rischi in agricoltura" (art.52, comma 83, della legge n.448 del 2001), ai contributi riservati ai settori produttivi del tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero (art.59, legge n.448 del 2001) nonché alle

n.1/2003, 15 ss.; L.Cassetti, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza* (10.12.2001), in www.federalismi.it

⁵ Corte cost., sent. 13.1.2004, n.14, punto 4 del considerato in diritto.

agevolazioni per le aree svantaggiate (art.60, c.1, lettera d) della legge n.448 del 2001) ed alle regole sul finanziamento di nuovi patti territoriali e contratti di programma riguardanti taluni settori produttivi (agroalimentare e pesca) (art. 67 della legge n.448 del 2001).

I passaggi argomentativi della sentenza che qui si commenta presentano talune ombre, sia per ciò che riguarda la ricostruzione della competenza statale a difesa della concorrenzialità del mercato, sia per le regole sul sindacato di ragionevolezza dell'intervento legislativo statale con le quali la Corte tenta di recuperare margini di controllo sulla ragionevolezza delle diverse scelte di politica economica sottoposte al suo esame.

In verità, la qualificazione dinamica dell'intervento statale a tutela della concorrenza si fonda su un confronto inappropriato con la politica comunitaria della concorrenza.

Nel sistema comunitario le norme sugli aiuti di stato alle imprese (Artt.87-89 TCE) hanno una funzione complementare rispetto ai divieti *antitrust* (intese vietate e abuso di posizione dominante di cui agli artt.81 ss.TCE): mentre i divieti antimonopolio colpiscono i comportamenti collusivi delle imprese, l'art.87, co. 1 TCE impone agli Stati il *divieto* di erogare aiuti alle proprie imprese. Dal momento che anche le politiche economiche degli Stati devono essere condotte conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (art. 4, 1 TCE), l'erogazione di aiuti da parte delle autorità statali è in via di principio vietata giacchè ritenuta in grado di influire, falsandola, sulla dinamica della concorrenza nel mercato europeo⁶.

Il divieto di aiuti non ha carattere assoluto e inderogabile: lo stesso art.87, n.2 TCE elenca, infatti, talune categorie di aiuti che sono compatibili con il mercato concorrenziale. Si tratta di aiuti con finalità sociali (concessi ai consumatori), di aiuti erogabili in presenza di particolari congiunture (calamità naturali) ovvero destinati ad aree geografiche ben delimitate (aiuti allo sviluppo economico dei Laender dell'ex Germania est). Le finalità che sorreggono queste deroghe al principio generale del divieto degli aiuti di Stato sono di carattere economico-sociale: del resto la politica della concorrenza è una delle politiche di una Comunità che si propone di promuovere, mediante l'istituzione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile non inflazionistica, un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri (art.2 TCE).

⁶ Cfr.U. Draetta – V. Parisi, *Elementi di diritto dell'Unione europea, Parte speciale, Il diritto sostanziale*, Milano, 2003, 141; G. Tesaurò, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 718 ss..

Accanto agli aiuti dichiarati dal Trattato compatibili con il mercato concorrenziale vi sono poi gli aiuti che “possono” essere dichiarati compatibili sulla base di una scelta discrezionale della Commissione che di volta in volta è chiamata a decidere in ordine alla loro compatibilità con il funzionamento del mercato europeo.

Queste misure di sostegno “potenzialmente compatibili” si fondano sulla scelta di promuovere lo sviluppo economico nelle regioni meno sviluppate (art.87, n.3, lett.a) ovvero di promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio (lett.d) o ancora di sostenere determinati settori produttivi che versano in particolari difficoltà di natura strutturale (lett.c). Anche per questa categoria di aiuti le istituzioni comunitarie introducono nel funzionamento del mercato una serie di correttivi al fine di salvaguardare interessi di natura culturale o sociale. Questo tipo di interventi “diretti” sul mercato concorrenziale europeo sono dunque finalizzati al perseguimento da parte delle istituzioni comunitarie di una serie di obiettivi di politica regionale, sociale, di sviluppo delle aree depresse, di politica industriale⁷.

Diverso è il ruolo della concorrenza e delle politiche di sostegno alle imprese nella dimensione statale.

Nel mercato nazionale le misure di sostegno (benefici fiscali, erogazione di contributi, etc.) ai settori produttivi rientrano tra le scelte di politica economica che, in quanto dirette a singole categorie di imprese sono potenzialmente lesive della concorrenza nel mercato interno e sono quindi soggette al controllo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato che annovera tra i suoi poteri anche quello di segnalare al governo e al parlamento le distorsioni al funzionamento concorrenziale del mercato introdotte dal legislatore o dall’amministrazione, sia statale che regionale (artt.21 e 22, legge n.287 del 1990)⁸.

Dei criteri utilizzati dall’Autorità nell’ambito dei poteri consultivi ha fatto tesoro la stessa Corte costituzionale quando ha censurato le scelte del legislatore regionale relative all’organizzazione delle agenzie di viaggio. I giudici costituzionali hanno infatti dichiarato incostituzionali le norme regionali che prevedevano vincoli nella gestione delle agenzie nonché un duplice regime di autorizzazioni (richieste per l’apertura delle sedi periferiche e per l’agenzia principale): tali vincoli sono apparsi alla Corte lesivi della libertà di iniziativa economica garantita (art.41 Cost.) e del divieto di porre ingiustificati ostacoli alla libera circolazione delle persone e delle cose tra le regioni nonché del divieto di limitare il diritto al

⁷ Sottolinea G.Tesauro, *Diritto comunitario*, cit, 742 ss., che il potere discrezionale di cui gode la Commissione nel valutare la compatibilità di questi aiuti è tale da convogliare questi interventi pubblici della Comunità verso obiettivi di politica industriale che siano di volta in volta compatibili con gli interessi comunitari.

lavoro in qualunque parte del territorio nazionale (art.120 Cost.). Sulla base del combinato disposto delle garanzie poste dagli artt. 41 e 120 Cost. la Corte ha ricavato “una nozione unitaria di mercato che non consente la creazione di artificiose barriere all’espandersi dell’impresa e al diritto di questa di calibrare le proprie strutture organizzative sulla propria capacità produttiva”: è evidente che in questa ricostruzione la Corte ha colto e valorizzato la prospettiva dinamica dell’iniziativa economica intesa come libertà di concorrere all’interno del mercato nazionale⁹.

Dopo la riforma del titolo V, la tutela della concorrenza risulta essere un parametro costituzionalizzato all’interno delle norme sul riparto delle competenze Stato-regioni: in qualità di titolare della funzione di tutela dell’assetto concorrenziale del mercato lo Stato è tenuto al rispetto di quel valore e deve pertanto astenersi dall’introdurre, per via legislativa o amministrativa, regole in contrasto con il funzionamento concorrenziale del mercato nazionale. In questo nuovo quadro costituzionale le leggi, statali e regionali, che introducono meccanismi e regole in grado di produrre alterazioni della concorrenza nel mercato possono essere sindacate dalla Corte costituzionale alla luce del parametro che riserva allo Stato la funzione di tutelare la concorrenza (art.117, comma 2, lett.e Cost.).

Poiché le disposizioni legislative statali sugli aiuti alle imprese sono potenzialmente in grado di alterare a vantaggio delle imprese beneficiarie gli equilibri del mercato di riferimento, quelle stesse misure di sostegno potrebbero essere dichiarate incostituzionali¹⁰.

In verità, essendo la tutela della concorrenza inserita all’interno di un parametro che definisce il regime delle competenze Stato-regioni, l’incostituzionalità dovrebbe essere pronunciata tutte le volte che la legge statale censurata altera gli equilibri concorrenziali del mercato ed interviene in assenza di presupposti che legittimano l’esercizio di altre funzioni o competenze riservate allo Stato (dall’art.117, comma 2 Cost.) o che consentono l’adozione di una normativa statale di principio (nelle materie elencate dall’art.117, comma 3 Cost.).

⁸ L’art. 21, l.n.287 del 1990 consente all’Autorità di segnalare le situazioni distorsive della concorrenza determinate da norme di legge, di regolamenti o da provvedimenti amministrativi generali; l’art.22 consente invece all’Autorità di segnalare le distorsioni derivanti da proposte di legge in corso di approvazione.

⁹ Così Corte cost., sent. 6.11.1998, n.362, punto 5 della motivazione in diritto: sul valore del parametro costruito attorno agli artt.41 e 120 Cost. v. L.Cassetti, *La libertà di iniziativa economica privata e il mercato delle agenzie di viaggio*, in *Gazzetta giuridica Giuffrè-Italia Oggi*, n.13/1999; v. anche le sentenze nn.54 e 339 del 2001 con le quali la Corte ha dichiarato illegittimi i regimi autorizzatori imposti dalle leggi regionali (Sardegna, Abruzzo e Veneto) con riferimento all’apertura di nuove filiali e succursali delle agenzie di viaggio.

¹⁰ E’ la conclusione di G.Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Diritto pubblico*, 2002, 997, che annovera tra le alterazioni della concorrenzialità del mercato non solo le scelte dello Stato che agisce in veste di operatore economico, ma anche dello stato che esercita prerogative dei pubblici poteri, sottoponendo a licenze, autorizzazioni, concessioni, abilitazioni, licenze una serie di attività economiche che potrebbero essere svolte liberamente, in assenza di interessi pubblici antagonisti dotati di una qualche consistenza (ivi, 999).

In effetti, quando lo Stato introduce un regime fiscale differenziato o istituisce fondi di finanziamento per determinate categorie di imprese, per specifici settori produttivi o per definite aree geografiche del paese interviene “direttamente” sugli equilibri del mercato elaborando strategie di politica economica. Quando dunque lo Stato interviene sul mercato attraverso gli aiuti alle imprese compie scelte di politica economica, di politica industriale, di politica sociale, di politica occupazionale il cui impatto sulla concorrenzialità del mercato nazionale non solo continuerà ad essere monitorato dall’Autorità *antitrust*, nell’ambito dei poteri consultivi, ma potrà altresì essere oggetto del sindacato della Corte, sotto il profilo dell’eventuale violazione del valore della concorrenzialità del mercato operata in assenza di altri titoli che giustificano l’intervento statale.

Poiché dunque gli aiuti, esattamente come accade nell’ordinamento comunitario, si inseriscono all’interno di strategie di politica industriale ovvero di politica occupazionale, la violazione della tutela della concorrenza potrà essere “compensata” solo dalla possibilità di ricondurre quel tipo di intervento statale ad un ben preciso titolo (competenza trasversale, funzione o materia) che legittimi l’intervento medesimo.

Quando, ad esempio, l’aiuto è riconducibile alla categoria dei benefici finalizzati alla promozione dello sviluppo tecnologico delle imprese (rinnovamento dei cicli produttivi, riconversione industriale, informatizzazione dei processi di produzione, sviluppo delle nuove tecnologie applicabili ai processi produttivi etc.), sarà la Corte a dover stabilire se l’intervento statale sia coerente con il riparto delle competenze legislative del nuovo art.117, che nel suo comma 3 annovera tra le materie di competenza concorrente quella del “sostegno all’innovazione nei settori produttivi”.

Se invece l’aiuto non è finalizzato in via esclusiva alla promozione dell’innovazione tecnologica ma è rivolto ad un determinato settore produttivo, i margini di manovra dell’intervento statale dovrebbero essere valutati alla luce delle nuove competenze residuali spettanti alle regioni sulle materie dell’industria, del commercio, dell’artigianato e del turismo.

Seguendo questo percorso argomentativo la Corte avrebbe dunque potuto giustificare gli interventi statali relativi alle sovvenzioni destinate ai settori produttivi specifici (calzaturiero, abbigliamento e tessile) (art.59, legge n.448 del 2001) e gravanti sul fondo nazionale per l’innovazione tecnologica (art.14, legge n.46 del 1982), non già sulla base della generica “dimensione macroeconomica dell’intervento”, ma avrebbe potuto “salvare” quel tipo di

intervento in nome del potere statale di dettare norme di principio in materia di “sostegno all’innovazione nei settori produttivi” (art.117, comma 3 Cost.)¹¹.

Seguendo questa impostazione, la Corte non avrebbe dilatato la nozione di tutela della concorrenza fino a ricomprendervi gli interventi di sostegno e di aiuto, che sono invece potenzialmente lesivi della concorrenzialità del mercato, ed avrebbe al tempo stesso evitato di invocare il parametro della “rilevanza nazionale” della tipologia di intervento di sostegno alle imprese.

2.1. *Dilatazione della tutela della concorrenza e sindacato sulle scelte di politica economica*

Veniamo così alla seconda parte della motivazione in cui la Corte tenta di recuperare spazi al controllo sulle scelte legislative di politica economica, ben consapevole del fatto che “una dilatazione massima di tale competenza (tutela della concorrenza) che non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti, rischierebbe di vanificare lo schema di riparto dell’art.117 Cost. che vede attribuite alla potestà legislativa residuale e concorrente delle regioni materie la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico”¹².

La Corte, dunque, preoccupata dei riflessi negativi sulla competenze legislative regionali derivanti dalla proposta interpretazione estensiva dei poteri statali a tutela della concorrenza, tenta di delimitare i confini delle scelte legislative che incidono sul meccanismo concorrenziale alla luce del parametro della rilevanza macroeconomica e quindi nazionale dell’intervento pubblico. Tale rilevanza dovrebbe essere di volta in volta verificata dalla Corte, sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità.

Nel compiere questo passaggio interpretativo la Corte sembra in effetti riesumare il parametro dell’interesse nazionale. Sotto le mentite spoglie della “rilevanza macroeconomica” dell’aiuto statale si cela in realtà il parametro dell’interesse nazionale alla luce del quale i giudici costituzionali sono in grado di sindacare l’eventuale invasione delle competenze legislative regionali su materie economiche che potrebbero ragionevolmente comprendere al loro interno

¹¹ Nel compiere questo tipo di valutazione la Corte avrebbe dovuto chiarire se, ed in quale misura, la normativa statale censurata poneva effettivamente norme di principio: in linea generale appartengono alla categoria dei principi riservati al legislatore statale le norme che impongono la continuità del beneficio accordato, la compatibilità con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di stati, le norme che definiscono i controlli sulla gestione del beneficio accordato ovvero quelle che individuano i soggetti titolari del medesimo.

¹² Così Corte cost. sent.n.14 del 2004, cit, punto 4 del Considerato in diritto.

e, quindi, giustificare l'adozione di misure di sostegno ovvero di correttivi destinati ad incidere sul funzionamento del mercato regionale¹³.

E' difficile nascondere le perplessità che tale parametro suscita. Il ricordo dei primi cinquant'anni di regionalismo, che ha visto la trasformazione dell'interesse nazionale da originario limite di merito a limite di legittimità delle competenze legislative regionali, è ancora sufficientemente vivo e nitido: è difficile escludere che la rilevanza macroeconomica dell'intervento pubblico, non potendo essere di volta in volta misurata dalla Corte alla quale è precluso il sindacato nel merito della scelta legislativa di politica economica, possa trasformarsi in un parametro assolutamente sfuggente e dunque suscettibile di essere utilizzato a svantaggio della valorizzazione delle competenze concorrenti e residuali riconosciute alle regioni dal nuovo Titolo V su materie che attengono al governo dell'economia.

L'unico correttivo che forse potrebbe "irrobustire" le motivazioni delle decisioni della Corte quando è chiamata a valutare la proporzionalità dell'intervento pubblico nell'economia concorrenziale potrebbe essere dato dal ricorso ai poteri istruttori¹⁴. E', infatti, evidente che la valenza macroeconomica e, dunque, il rilievo nazionale di una scelta legislativa potrebbero essere più consapevolmente valutati sulla base di dati statistici, di elaborazioni recenti di analisi economiche e di altre fonti di prova, dalle quali potrebbe emergere il "reale" peso del settore produttivo interessato dall'intervento pubblico rispetto agli equilibri complessivi dell'economia nazionale.

Si potrebbe dunque pensare che lo scrutinio sulla ragionevolezza delle misure legislative di sostegno, invocato dalla Corte come "contropartita" della scelta di considerare gli aiuti alle imprese nazionali come interventi a tutela e promozione della concorrenza, presenta un notevole margine di approssimazione, che potrebbe essere solo in minima parte colmato dal ricorso sistematico alle ordinanze istruttorie.

E' ovvio che questo tipo di problemi non sarebbero emersi, se solo i giudici costituzionali avessero evitato di appiattare la *tutela* della concorrenza sulla *politica comunitaria* della concorrenza.

¹³ Cfr. F.Sacco, *Competenze statali trasversali e potestà legislativa regionale: un tentativo di razionalizzazione (a proposito della "tutela della concorrenza") della Corte costituzionale*, (4 febbraio 2004) in www.associazionedeicostituzionalisti.it

¹⁴ Ai sensi dell'art. 12, delle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, la Corte dispone con ordinanza dei mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservare per l'esecuzione; l'art.13 delle N.I. definisce quindi le modalità procedurali con le quali il giudice per l'istruzione procede alla raccolta delle prove.

3. *Intervento diretto sul mercato e legge nazionale antitrust.*

In verità, la scelta della comparazione/equiparazione tra la politica della concorrenza comunitaria e la tutela nazionale della concorrenza intesa come strumento dinamico di politica economica appare discutibile anche sulla base del confronto con la filosofia *antitrust* che sostiene la stessa legge n. 287 del 1990.

Il vincolo interpretativo posto dal legislatore italiano (art.1, comma 4, legge n.287 del 1990) nei confronti della disciplina comunitaria *antitrust* si riferisce unicamente all'applicazione dei divieti in materia di intese, abuso di posizione dominante e concentrazioni così come elaborati nella prassi della Commissione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Il controllo sugli aiuti di stato alle imprese era e resta una competenza accentrata nelle mani della Commissione che la gestisce al fine di coordinare e armonizzare la politica della concorrenza con le altre politiche comunitarie (politiche industriali, regionali, sviluppo e coesione economico-sociale etc.).

La legge nazionale *antitrust* costituisce la sintesi di due opposte visioni della concorrenza. Mentre la proposta di legge presentata dal sen. Rossi, identificava la tutela antimonopolistica con la tutela del consumatore e quindi immaginava un sistema di controllo giurisdizionale (riservato alla Corte d'appello), il disegno di legge presentato dall'allora Ministro dell'Industria Battaglia proponeva invece l'attribuzione di poteri discrezionali ad un'Autorità amministrativa e un'interpretazione elastica dei divieti in materia di intese e di concentrazioni, in linea con la politica comunitaria della concorrenza.

La legge n.287 del 1990 è espressione di una soluzione di compromesso che appare lontana tanto dalla prospettiva, esclusivamente soggettiva, della difesa degli interessi del consumatore, quanto dalla discrezionalità con la quale la Commissione europea applica i divieti *antitrust* comunitari.

L'art.1 della legge suddetta richiama, del resto, non già la tutela del consumatore, ma l'attuazione del diritto di iniziativa economica privata garantito dall'art.41 Cost., che dà copertura costituzionale alle regole nazionali *antitrust*¹⁵; inoltre, la scelta di affidare ad un'Autorità strutturalmente indipendente dal circuito dell'indirizzo politico il controllo sulle formazioni di potere economico privato che derivano da intese collusive, dall'abuso di

¹⁵ Cfr. L. Casseti, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 233: il richiamo all'art.41 Cost. va interpretato nel senso che il principio di libertà economica contenuto nel primo comma dell'art.41 deve ritenersi comprensivo del mantenimento della struttura concorrenziale del mercato; G. Rossi, *Relazione*, in AA.VV., *Linee per una legislazione antimonopolistica in Italia*, in *Dir.econ.*, 1988, II, 319 ricordava peraltro che l'unico problema dell'*antitrust* dovrebbe essere quello di salvaguardare la struttura concorrenziale del mercato, dal momento che il bilanciamento fra interessi economici e interessi sociali (ivi inclusa la difesa del consumatore) appartiene piuttosto alla discrezionalità delle scelte politiche.

posizione dominante e dalle concentrazioni non è andata nella direzione di costruire una *politica della concorrenza*.

In effetti, anche nello svolgimento del controllo sulle concentrazioni l'Autorità nazionale *antitrust* non utilizza un potere discrezionale di intervento sulla dinamica del mercato e non è in grado di pianificare e di conformare la struttura del medesimo. In effetti, l'unico "tributo" pagato nel corso dell'approvazione parlamentare della legge *antitrust* alla teoria del controllo antimonopolistico come strumento di politica economica è contenuto nell'art.25 della legge n.287 del 1990. Tale disposizione attribuisce infatti al Consiglio dei ministri il potere di fissare i criteri in base ai quali l'Autorità potrebbe in via eccezionale autorizzare, in presenza di rilevanti interessi generali dell'economia nazionale e nell'ottica dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione altrimenti vietate. Anche in questi casi, però, l'Autorità mantiene la possibilità di prescrivere tutte le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato. E' evidente che gli spazi per la decisione "politica" sulle limitazioni della concorrenzialità del mercato nazionale sono alquanto remoti: è del resto richiesta la previa attivazione del governo che deve autorizzare le concentrazioni vietate e quelle stesse deroghe sono comunque soggette a ben precisi limiti temporali definiti dall'Autorità *antitrust*.

Riesce dunque assai difficile immaginare, anche alla luce della struttura e delle competenze riservate dalla legge all'Autorità *antitrust*, la tutela della concorrenza in chiave di intervento diretto volto a "conformare" la struttura del mercato.

4. Tutela della concorrenza in senso dinamico e regolazione.

Più in generale, la tutela della concorrenza nell'accezione dinamica, più volte richiamata dalla sentenza che si commenta, si riferisce agli interventi di promozione e di sostegno della medesima, interventi che appartengono alla regolazione economica.

L'induzione ovvero la promozione del meccanismo concorrenziale presuppone settori di mercato aventi caratteristiche tali da rendere inefficace o insufficiente il controllo *antitrust* a difesa della concorrenzialità del mercato: in questi casi la promozione della concorrenza in senso dinamico è garantita dalla regolazione. L'"instaurazione di assetti concorrenziali" ovvero "la predisposizione delle condizioni per un sufficiente sviluppo del mercato" sono dunque funzioni che appartengono alla regolazione economica.

Regolazione e tutela *antitrust* operano con strumenti totalmente differenti: la regolazione interviene al fine di creare o favorire le condizioni necessarie per la concorrenzialità di mercati in via di liberalizzazione, nei quali la concorrenza è assente o scarsamente operante,

ed è dunque uno strumento distinto dalla tutela *antitrust* che si limita a vietare i comportamenti anticoncorrenziali ed a ripristinare le regole violate¹⁶.

La regolazione è un controllo continuo e concentrato che le autorità pubbliche svolgono sul mercato mediante l'imposizione di vincoli di comportamento rivolti agli operatori privati; le scelte regolative esprimono soluzioni di politica economica che riguardano determinati settori di mercato. La regolazione, dunque, in quanto "scelta politica" flessibile è modulabile nel tempo, anche in relazione ai costi ed ai benefici che è in grado di produrre¹⁷.

Nel nuovo quadro delle competenze definito dalla riforma costituzionale del regionalismo le scelte che attengono alla regolazione di settore dovrebbero mantenere i tratti e le caratteristiche che li distinguono dagli interventi a tutela della concorrenza nelle forme definite dalla legge nazionale *antitrust* e dovrebbero piuttosto confrontarsi con gli spazi di politica economica che sono consentiti alle regioni nell'esercizio di talune competenze legislative che coinvolgono ambiti e settori produttivi interessati dall'intervento pubblico di tipo regolativo¹⁸.

Le soluzioni che attengono alla regolazione di taluni settori di mercato (es. comunicazione, servizi pubblici locali, servizi in via di liberalizzazione) dovrebbero infatti essere ripensate alla luce del nuovo riparto delle competenze tra lo Stato e le autonomie regionali: in questo contesto si potrebbe giungere ad un bilanciamento equo tra l'esigenza di uniformità del mercato nazionale, garantita da autorità di regolazione statali, e la valorizzazione delle risorse e delle strategie economiche elaborate dalle regioni nell'ambito delle proprie competenze legislative¹⁹.

¹⁶ S.Cassese, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n.3/2001*, in www.federalismi.it esclude che la liberalizzazione del mercato dell'energia possa essere ricondotta alla nozione della tutela della concorrenza; sulla dimensione dinamica della tutela della concorrenza, v. M. D'Alberti, Audizione del 5 dicembre 2001, Senato della Repubblica, I Commissione permanente, *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del titolo V della parte II della Costituzione*, il quale precisa che l'espressione "tutela" va oltre la mera difesa degli equilibri concorrenziali: sulla base di questa concezione "dinamica" L. Buffoni, *La "tutela della concorrenza"*, cit., 376, ritiene che allo Stato spetti non solo la competenza per interventi a difesa del mantenimento di condizioni di concorrenzialità in mercati già liberalizzati (ad es. nei settori del commercio, dell'industria e del turismo), ma anche interventi di promozione della concorrenza laddove questa fatica ad affermarsi per la presenza di monopoli naturali (nel caso della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, del trasporto locale e dell'ordinamento della comunicazione).

¹⁷ Sulla distinzione tra regolazione e tutela della concorrenza mediante regole *antitrust* v. J.J. Montero, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2003, 437, ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali. Sugli effetti della regolazione di settore rispetto agli equilibri concorrenziali dei mercati v. Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Relazione annuale*, Roma, 2003, Capitolo II-Regolazione dei mercati e concorrenza, in www.agcm.it

¹⁸ Sulle modalità e le forme di questo confronto Stato-regioni sulle scelte attinenti alla regolazione di settore si rinvia a L.Cassetti, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza* (10.12.2001), in www.federalismi.it

¹⁹ Nella sentenza 16.3.2001, n.65 la Corte ha del resto sottolineato il fatto che anche le regioni possono essere "interpreti del principio del libero scambio nelle materie di loro competenza" e possono quindi elaborare linee di indirizzo intese a non deprimere il valore delle risorse naturali che costituiscono patrimonio pubblico.

EVOLUZIONE NORMATIVA

SEMPLIFICAZIONE E LIBERALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA NEL CONTESTO DEL RIFORMISMO AMMINISTRATIVO ITALIANO DEGLI ULTIMI DECENNI.

LO STATO DELL'ARTE, I PROBLEMI SUL TAPPETO E LE PROSPETTIVE POSSIBILI

di

Roberto GAROFOLI

Abstract

L'Autore esamina le politiche di semplificazione procedimentale degli ultimi due decenni, soffermandosi in specie sulla crescente importanza che il legislatore ha, al riguardo, riconosciuto agli istituti del silenzio-assenso e della d.i.a., ma anche al tema del rispetto da parte della pubblica amministrazione del "tempo" dell'azione amministrativa e delle connesse responsabilità (come, peraltro, di recente disciplinate dalla legge 18 giugno 2009, n. 69). Lo fa tenendo conto di un contesto di più ampio respiro, quale è quello della riforma complessiva dell'amministrazione, in specie considerando l'evoluzione che ha connotato la disciplina della dirigenza amministrativa e, più in generale, lo stato di inveramento del principio di netta separazione tra politica e amministrazione, baluardo (tradito?) del riformismo amministrativo dei primi anni '90. Tanto in considerazione dei pericoli insiti in un processo riformatore che, sul piano organizzativo, precarizza la dirigenza pubblica rendendola sempre meno idonea ad assicurare, in quanto defraudata della necessaria indipendenza statutaria, un'imparzialità di azione ed una adeguata capacità di comparare e valutare, nel definire la vicenda amministrativa, tutti gli interessi coinvolti e, spesso, in contesa; e che dall'altro, intervenendo sul piano funzionale, persegue l'obiettivo dello snellimento procedimentale incidendo su talune fasi della ponderazione degli interessi in gioco per eliderne talune, in specie rendendo facoltativa la chiusura dell'iter procedimentale con un provvedimento espresso che motivatamente dia conto delle ragioni sottese alla scelta amministrativa.

Tre gli interrogativi di fondo che guidano la disamina, condotta con metodo diacronico, della disciplina riguardante taluni istituti di semplificazione procedimentale.

- 1. E' possibile evitare che la semplificazione del procedimento amministrativo rechi con sé una deprecabile deresponsabilizzazione dell'amministrazione e dei suoi agenti?*
- 2. La semplificazione dei procedimenti e la semplificazione delle regole possono conciliarsi? La semplificazione del procedimento amministrativo può, cioè, non essere perseguita dequotando e depotenziando regole procedurali la cui positivizzazione ha rappresentato una conquista di civiltà procedimentale?*
- 3. In che modo può e deve concorrere all'abbattimento del c.d. rischio amministrativo una naturale e per vero già in atto (per quanto impensabile solo fino ad alcuni anni fa) evoluzione del processo amministrativo, della sua fisionomia, del suo oggetto, delle tecniche di tutela in seno allo stesso sperimentabili? Detto altrimenti, riforma dell'amministrazione e riforma del processo amministrativo devono convergere verso la realizzazione di obiettivi comuni? E' consentito quindi pensare ad una sinergia tra riforma dell'amministrazione volta ad una semplificazione delle sue performance ed evoluzione del processo amministrativo?*

SOMMARIO.**PARTE I.****LA SEMPLIFICAZIONE PROCEDIMENTALE NEL CONTESTO DEL RIFORMISMO AMMINISTRATIVO ITALIANO DEGLI ULTIMI DECENNI.**

1. Premessa. **2.** La semplificazione nel più ampio contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni. **2.1.** La regionalizzazione. **2.2.** La privatizzazione del lavoro pubblico. **2.3.** Le riforme della dirigenza: l'evoluzione della disciplina riguardante gli incarichi, la valutazione e la responsabilità dirigenziale. **2.4.** Il destino del principio di separazione tra politica e amministrazione. Il rischio di deresponsabilizzazione della dirigenza e l'attacco ai principi di *merit system e tenure*.

PARTE II.**GLI ISTITUTI DELLA SEMPLIFICAZIONE PROCEDIMENTALE.**

3. Semplificazione amministrativa e competitività del Paese. **4.** Le tecniche di semplificazione procedimentale. **5.** Gli interrogativi. **6.** La d.i.a. **6.1.** La dibattuta questione della natura della d.i.a e delle forme di tutela del terzo. **6.2.** La d.i.a e le politiche di semplificazione: conclusioni. **7.** Il silenzio-assenso: la disciplina. **7.1.** Il silenzio-assenso quale strumento di semplificazione. **8.** Il silenzio-inadempimento. **8.1.** Le novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69. **8.1.2.** La ristorabilità del danno da ritardo. **8.1.2.1.** La risarcibilità del danno da ritardo mero: il dibattito svoltosi prima della riforma. **8.1.2.2.3.** La fattispecie di cui all'art. 2 *bis*, l. n. 241/1990: persa un'occasione per la soluzione del problema? **8.1.3.** La nuova ipotesi di responsabilità dirigenziale: i rapporti con la responsabilità dirigenziale prevista dall'art. 21, d. lgs. n. 165 del 2001. **8.1.3.1.** Responsabilità dirigenziale e responsabilità del procedimento. **9.** La disciplina dettata dall'art. 21-*opties*, l. 241/1990. **10.** Riforma dell'amministrazione ed evoluzione del processo amministrativo: è possibile una sinergia? La delega per il riassetto della giustizia amministrativa introdotta dalla legge n. 69 del 2009.

PARTE I.
LA SEMPLIFICAZIONE PROCEDIMENTALE NEL CONTESTO DEL RIFORMISMO
AMMINISTRATIVO ITALIANO DEGLI ULTIMI DECENNI

1. Premessa.

La semplificazione amministrativa è da tempo all'ordine del giorno in gran parte dei Paesi occidentali.

Soprattutto negli ultimi decenni si sono registrate riforme legislative e iniziative volte ad attuarla, per lo più nell'ambito di più articolati disegni di riforma dell'amministrazione.

In particolare, si sono moltiplicati gli interventi finalizzati ad assicurare una semplificazione del procedimento amministrativo.

All'esame delle tecniche di semplificazione procedimentale sperimentate in questi ultimi decenni è diretto il presente contributo: alla ricognizione dei principali istituti introdotti dal legislatore con l'intento di semplificare l'attività procedimentalizzata e alla ricostruzione con metodo diacronico delle discipline che si sono succedute, seguirà, quindi, il tentativo di analizzarne gli effetti anche di tipo sistematico, evidenziando i risultati raggiunti ma anche i principali profili di criticità.

2. La semplificazione nel più ampio contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni.

Ancor prima, giova inquadrare le politiche di semplificazione procedimentale in un contesto di più ampio respiro, quale è quello della riforma complessiva dell'amministrazione.

Non vi è dubbio, invero, che la semplificazione amministrativa e, in specie, quella procedimentale rappresenti un tassello (certo importante) di più ampie e complesse politiche di riforma amministrativa.

Ebbene, non può non cogliersi l'utilità di una disamina delle politiche di semplificazione procedimentale in atto condotta tenendo ben chiare le linee principali lungo le quali si è mosso (e si sta muovendo) il percorso delle riforme dell'amministrazione.

Almeno due le ragioni che rendono opportuno un inquadramento sistematico delle politiche di semplificazione procedimentale.

Da un lato, lo snellimento delle procedure amministrative non è, invero, conseguibile con interventi, tanto più se episodici e parziali, sulla sola disciplina di questo o quel procedimento, richiedendo, piuttosto, la definizione di un disegno globale, integrato e coerente che, muovendo dalla revisione delle strutture amministrative e dei loro collegamenti organizzativi, passi per una ridefinizione dei compiti ed un'ottimizzazione delle capacità di lavoro all'interno degli uffici, giungendo per questa via ad una riduzione dei passaggi e dei tempi necessari per lo svolgimento dell'agire amministrativo¹.

Detto altrimenti, sarebbe sbagliato pensare di poter affidare solo a siffatta tipologia di tecnica la ripresa dei complicati e lunghi processi di semplificazione amministrativa e, più in generale, di miglioramento delle *performance* dell'amministrazione pubblica.

Volendo anzi anticipare quanto emergerà nel passare in rassegna taluni istituti valorizzati dal legislatore nel tentativo di perseguire obiettivi di semplificazione, può dirsi che un'autentica semplificazione può raggiungersi incidendo sulle cause strutturali delle complicazioni amministrative, non già con interventi destinati ad incidere sul solo procedimento, al fine di eliminarne talune fasi o a depotenziare il rilievo da riconoscere all'inosservanza di talune sue regole².

Su altro e speculare versante, il nesso tra semplificazione procedimentale e disegno complessivo di modernizzazione dell'amministrazione risulta con una certa evidenza se si considera il rischio che

¹ PATRONI GRIFFI, *La semplificazione amministrativa*, 2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

² Sul punto, le riflessioni di AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative akka disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 2635 ss.

la semplificazione del procedimento amministrativo e taluni istituti attraverso il cui potenziamento si è inteso realizzarla (silenzio-assenso e d.i.a.) rechi con sé una deprecabile deresponsabilizzazione dell'amministrazione e dei suoi agenti, e, per l'effetto, un abbattimento della capacità degli apparati pubblici di assolvere adeguatamente i propri compiti.

Gli obiettivi del complessivo disegno di riforma dell'amministrazione

Occorre, allora, avere chiari gli obiettivi che si intende perseguire nel condurre le politiche complessive di riforma dell'amministrazione e quelle, più particolari, di semplificazione procedimentale.

Al riguardo, il legislatore dei primi anni '90, per vero sviluppando indicazioni contenute nel famoso Rapporto Giannini del 1979, ha colto nella coppia efficienza-efficacia i parametri destinati ad ispirare ed orientare la riforma del sistema amministrativo italiano; tanto in omaggio ad una auspicata aziendalizzazione dell'amministrazione pubblica, frutto peraltro di un retroterra culturale fondato sulla giusta considerazione delle lentezze, arretratezze e disfunzioni dell'apparato pubblico. Ciò che, però, non può trascurarsi è il rischio che, nel tentativo spasmodico di aziendalizzare l'amministrazione pubblica, assimilandola all'impresa privata, si perseguano obiettivi di efficienza ed efficacia a discapito di altri valori fondamentali, in specie quelli di imparzialità, legalità e responsabilità, nella mancata consapevolezza che la logica pubblica non può coincidere del tutto con quella imprenditoriale.

Si tratta di un assunto che merita un qualche approfondimento.

L'introduzione di criteri di razionalità economica nell'organizzazione e nel funzionamento dell'amministrazione pubblica non può e non deve finire per mettere in ombra il principale obiettivo della stessa e dei suoi funzionari, quale è quello della difesa e cura, imparziale e responsabile, degli interessi pubblici generali.

Un'osservazione pare, al riguardo, quasi scontata.

La modernizzazione dell'apparato pubblico e il recupero, nella sua organizzazione e nella sua attività, di efficienza ed efficacia (oltre che, indirettamente, di credibilità) deve passare per una valorizzazione del ruolo, un innalzamento delle capacità gestorie ed un rafforzamento del sistema di responsabilità dei "vertici aziendali", di chi cioè ha la responsabilità di assicurare l'attuazione dei processi di riforma amministrativa.

Non pochi pericoli prospetta, per contro, un processo riformatore che:

sul piano organizzativo, precarizzi la dirigenza pubblica rendendola sempre meno idonea ad assicurare, in quanto defraudata della necessaria indipendenza statutaria, un'imparzialità di azione ed una adeguata capacità di comparare e valutare, nel definire la vicenda amministrativa, tutti gli interessi coinvolti, e spesso in contesa;

e che dall'altro, intervenendo *sul piano funzionale*, persegua l'obiettivo dello snellimento procedimentale incidendo su talune fasi della ponderazione degli interessi in gioco per eliderne talune, in specie rendendo facoltativa la chiusura dell'*iter* procedimentale con un provvedimento espresso che motivatamente dia conto delle ragioni sottese alla scelta amministrativa.

E' un timore che è consentito nutrire alla stregua di una lettura sistemica delle linee di tendenza che hanno mosso il riformismo amministrativo negli ultimi decenni?

A che punto è allora la riforma dell'amministrazione italiana? Quali le linee di tendenza e i risultati raggiunti?

Non si tratta di domande cui è agevole rispondere tanto più che non è affatto certo che si possa enucleare talune indiscutibili e condivise linee di tendenza.

Al di là del comune denominatore rappresentato dai dichiarati scopi efficientistici, il riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni si è caratterizzato non solo per cambi di intensità nella marcia, con accelerazioni e brusche battute di arresto, ma anche per fragorosi cambi di rotta, con un succedersi frenetico di riforme e contro-riforme, l'una contrapposta all'altra.

La stessa instabilità degli indirizzi politici, conseguente all'alternanza al governo di maggioranze di segno opposto, non ha mancato di sortire effetti sulle sorti della politica di riforma amministrativa, non sempre atteggiata come politica *bipartisan*³.

Volendo provare, ciò nonostante, a tracciare alcune tendenziali direttrici lungo le quali si è mosso, ancorché con oscillazioni e contraddizioni, il riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni è consentito svolgere, in estrema sintesi, le seguenti osservazioni.

2.1. La regionalizzazione.

Su un primo versante, va segnalata la tendenza, per vero registrata anche in ambito europeo⁴, a spostare verso il basso e verso la periferia funzioni e compiti amministrativi, con allentamento dei vincoli gerarchici che connotavano storicamente il nesso tra plessi centrali dell'amministrazione e le periferie e con conseguente valorizzazione della rete delle istituzioni periferiche, in attuazione del principio di sussidiarietà. Ne è emerso un rinnovato assetto istituzionale fondato su un modello di tipo reticolare, in contrapposizione alla tradizione amministrativa di stampo ottocentesco connotata dalla valorizzazione di schemi verticistici, gerarchici e piramidali.

Scontato, al riguardo, segnalare l'incerta e contrastata realizzazione della riforma del Titolo V (legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3), svoltasi tra le forti resistenze di tipo centralistico (in specie per quel che attiene alla riduzione degli apparati centrali e al trasferimento del personale), e sempre più radicali proposte di modifica costituzionale volte a riconoscere alle Regioni ancor più estese potestà esclusive.

Certo è, comunque, che lo spostamento di competenze e materie tra il centro e la periferia ha imposto la individuazione di nuove forme organizzative oltre che di nuovi poteri idonei ad assicurare l'armonizzazione e la messa in rete dei soggetti presenti nel reticolo istituzionale ormai diffuso sul territorio⁵.

2.2. La privatizzazione del lavoro pubblico.

Un secondo fondamentale settore di intervento del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni è stato quello della regolamentazione del lavoro pubblico, con la contrattualizzazione del rapporto di impiego alle dipendenze dell'amministrazione pubblica.

³ Constatazione che non può non suscitare forti preoccupazioni essendo quello della riforma dell'amministrazione un processo nella cui attuazione sono quanto mai indispensabili coerenza e perseveranza di indirizzi politici, da realizzarsi prescindendo da eventuali mutamenti degli equilibri politici e parlamentari. Si impone, cioè, per usare una terminologia talvolta abusata, un sostegno *bipartisan*. Esigenza, quest'ultima, di cui si comprende appieno l'importanza in specie con riferimento alle politiche di semplificazione. Elevato si prospetta il rischio che le amministrazioni siano fagocitate dai propri interessi di settore, e che da ciò derivino ostacoli all'emersione ed alla concreta realizzazione di iniziative di semplificazione. Invero, la semplificazione e la qualità della regolazione costituiscono infatti un "interesse pubblico autonomo" che tuttavia, non sostenuto da una continua e coerente volontà politica, appare inevitabilmente perdente di fronte agli interessi di settore, dotati di maggiore capacità di auto-conservazione, oltre che di più elevata attitudine ad affermarsi sul piano istituzionale ed amministrativo. PATRONI GRIFFI, *La semplificazione amministrativa*, cit. Per usare il linguaggio di M.S. Giannini, è questa una delle "invarianti" naturali che si frappongono al processo di semplificazione, da impostare conseguentemente sulla base di una strategia di lungo periodo. Sul tema MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 89 ss.

⁴ Per una disamina dei tratti comuni che hanno connotato l'evoluzione dei sistemi amministrativi europei, D'ALESSIO, *Convergenze e divergenze dei sistemi amministrativi europei*, in *Istituzioni, politica e amministrazione. Otto paesi a confronto*, a cura di Di Benedetto, Torino, Giappichelli, 2005, 176 ss.

⁵ In tema CAMELLI, *Le autonomie tra sistemi locali e reti: profili istituzionali*, in *L'innovazione tra centro e periferia. Il caso di Bologna*, Bologna, Il Mulino, 2004, 15, secondo cui "oggi il governo locale è avvolto in una fitta rete di regolazioni, procedure, vincoli e compatibilità che condizionano profondamente l'esercizio dei propri poteri. Questi ultimi restano, naturalmente, ed anzi si sono largamente accresciuti nel tempo [...]. Ma la selezione e soddisfazione della propria "domanda" passa, almeno per le decisioni rilevanti, sempre meno per i moduli dell'*autodeterminazione* e sempre più per quelli della *cooperazione* con altri soggetti, pubblici e privati. L'intuizione dei patti territoriali, e delle altre forme negoziali promosse dal centro, muovono appunto da questi elementi territoriali, e delle altre forme negoziali promosse dal centro, muovono appunto da questi elementi".

Come è stato osservato, peraltro, anche tale importante segmento del processo riformatore non è stato immune da criticità e debolezze: “su alcuni istituti di decisiva importanza per l’efficienza organizzativa la contrattazione non è intervenuta o è intervenuta con eccessiva timidezza, come nel caso degli inquadramenti e della progressione in carriera”; tanto ha comportato che “l’area disciplinata da disposizioni normative è ancora estesa”⁶.

Soprattutto, una contrastata e preoccupante evoluzione ha connotato la strategica regolamentazione del rapporto che lega all’amministrazione i dirigenti: evoluzione su cui è opportuno soffermarsi per tracciarne i passaggi decisivi, ma anche per evidenziarne le sicure criticità⁷.

Il tema merita un approfondimento se si considera che la definizione dello *status* dei dirigenti è con ogni evidenza destinata a condizionare i rapporti tra politica e amministrazione, la cui netta separazione aveva rappresentato il manifesto ideologico se non la vera e propria bussola del riformismo amministrativo dei primi anni Novanta⁸.

2.3. Le riforme della dirigenza: l’evoluzione della disciplina riguardante gli incarichi, la valutazione e la responsabilità dirigenziale.

Come è noto, la dirigenza pubblica⁹ è stata oggetto di profonde riforme a partire dalla generale privatizzazione dell’impiego pubblico attuata col d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che, in attuazione di quanto stabilito dalla legge delega¹⁰, l’aveva suddivisa in due “fasce”, con limitazione della contrattualizzazione del rapporto d’impiego ai soli dirigenti sottordinati e conservazione, invece, del rapporto di tipo pubblicistico per i dirigenti generali (ossia, per quelli dei livelli apicali).

Distinzione che, seppure oggetto di critiche in dottrina¹¹, era stata ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale che ha valorizzato il ruolo di “cerniera” svolto dai dirigenti apicali tra livello politico e livello amministrativo.¹²

Successivamente, il legislatore ha abbandonato l’originaria opzione tornando, con la legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. “legge Bassanini”) e il conseguente decreto attuativo (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), al regime unitario; è stata difatti estesa anche ai dirigenti generali l’applicabilità della generale disciplina civilistica con una scelta che apprezzata da taluni -in quanto volta ad evitare pericolose fratture all’interno della dirigenza pubblica e a portare a compimento l’avviato processo ormai

⁶ SAVINO, *Le riforme amministrative*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, I, II ed., Milano, 2234.

⁷ Si veda, CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006, 3-4.

⁸ Tra i primi fautori della scissione netta tra funzione di indirizzo politico e funzione di esecuzione amministrativa, SPAVENTA, *La politica e l’amministrazione della Destra e l’opera della Sinistra*, cit., 1879; ID., *La politica della Destra*, Bari 1910, 25; MINGHETTI, *I partiti politici e l’ingerenza loro nella giustizia e nell’amministrazione*, Bologna 1881, 102; WILSON, *The study of administration*, in *Political science quarterly* 1887, 2, 209 ss.; PETERS, *La pubblica amministrazione. Un’analisi comparata*, Bologna 1991, 18; WEBER, *Parlamento e Governo e altri scritti politici*, Torino 1982, 64 ss., il quale considera la burocrazia come un apparato operante *sine ira et studio*, cioè che si limita a eseguire in maniera del tutto neutrale, senza passione e interesse, quanto viene deciso in sede politica. .

⁹ Fra i principali studi monografici sulla dirigenza pubblica si segnalano: DURVAL, *La riforma della pubblica amministrazione ed il sistema di valutazione dei dirigenti*, in *Lav. e prev. oggi*, 2009, 3, 321 ss.; LANOTTE, *Lavoro e P.A. - La dirigenza pubblica*, in *Dir. prat. lav.*, 2003, 10, 682 ss.; CUCCURU, *Il ruolo della dirigenza alla luce del principio di separazione fra politica e amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 4, 1409 ss.; CASSESE, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, n. 2, 231 ss.; ASTONE, *Prime note sul riordino della dirigenza statale*, in *Funz. pubbl.*, 2002, 1, 31 ss.; MEOLI, *Il nuovo ruolo della dirigenza*, in *Foro amm.*, 1997, II, 2197 ss.; BATTINI, *Il personale e la dirigenza*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, 425 ss.; PROIETTI, *La dirigenza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1995, n. 16, 72 ss.; CAPOBIANCHI – D’ALESSIO – GIRARDI – PREZIOSI - ZELEFILIPPO, *La riforma della dirigenza pubblica*, in *Nuova rassegna*, 1994, n. 13-14, 1665 ss.; ALBANESE - TORRICELLI, *La dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 521 ss.; D’ALBERTI (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, 1990; D’ORTA - MEOLI, *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, 1994.

¹⁰ Legge 23 ottobre 1992, n. 421.

¹¹ D’ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, in *Lav. dir.* 1996, 2, 283 ss.; PROIETTI, *op. cit.*

¹² Corte. cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 698 ss.

avviato di privatizzazione del pubblico impiego¹³ - è stata invece fortemente contestata da chi ha intravisto nella collocazione dei dirigenti anche generali nell'area privatistica, con conseguente soggezione alla contrattazione di diritto comune, alla giurisdizione ordinaria e al connesso regime di recesso dal rapporto di lavoro, altrettanti pericoli per l'indipendenza di giudizio e per l'imparziale esercizio delle funzioni pubbliche loro conferite.

In ogni caso, a questa trasformazione del regime giuridico della dirigenza, così sottratta al tradizionale modello burocratico, ha corrisposto l'introduzione di nuove forme di valutazione dell'operato dei dirigenti, in specie consistenti nella verifica dei risultati conseguiti e degli obiettivi raggiunti.

Conseguentemente, è stato delineato il nuovo modello della responsabilità dirigenziale, concepita come una responsabilità tipica e specifica del ruolo dirigenziale, ulteriore e aggiuntiva rispetto ad altre forme di responsabilità (civile, contabile, disciplinare etc.), sganciata dall'illegittimità degli atti e dei comportamenti posti in essere e invece strettamente connessa alla validità ed all'efficienza dell'attività gestionale svolta.¹⁴

Più in generale, tra le maggiori novità introdotte dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, meritano di essere attentamente segnalate la previsione generale del limite temporale massimo di sette anni per tutti gli incarichi dirigenziali e la possibilità di revoca, da parte del governo che entra in carica, dei cosiddetti incarichi di vertice (segretario generale di ministeri, incarichi di direzione di strutture articolate in uffici dirigenziali generali); facoltà esercitabile nei primi novanta giorni dall'insediamento del nuovo governo che ha ottenuto la fiducia dal Parlamento (art. 13).

L'art. 13 del d.lgs. n. 80/1998, che sostituisce l'art. 19 del d.lgs. n. 29/1993, reca quindi significative innovazioni al regime degli incarichi dei dirigenti.

Vengono, infatti, introdotti due principi mediante i quali si accentua il carattere fiduciario dell'affidamento di tali incarichi: quello della durata limitata nel tempo e quello - anche se limitato ai soli incarichi di «vertice» - della revocabilità degli stessi da parte del nuovo governo che subentra al precedente.

Su questo quadro complessivo è intervenuta la profonda riforma della dirigenza pubblica recata dalla legge 15 luglio 2002, n. 145 (c.d. "legge Frattini"), in cui da più parti si è intravisto il tentativo di attuare una parziale (ma vistosa) inversione di rotta rispetto al percorso fino a quel momento seguito dal legislatore, con sottrazione di ampi settori del rapporto di impiego dei dirigenti al modello contrattuale e conseguente ripubblicizzazione del loro *status*.¹⁵

Tre i principali aspetti del previgente impianto normativo su cui la legge n. 145 del 2002 interviene in senso profondamente innovativo:

- le modalità di determinazione dell'oggetto, degli obiettivi e della durata dell'incarico (art. 3, co. 1, lett. *b*);
- l'introduzione, tra i parametri di valutazione della responsabilità dirigenziale, dell'osservanza delle direttive da parte del dirigente (art. 3, co. 2, lett. *a*);
- l'abolizione del ruolo unico e, quindi, del cosiddetto mercato delle competenze interno alle amministrazioni (art. 3, co. 4).

In disparte la riscrittura dell'art. 15, d.lgs. n. 165 del 2001, con conseguente cancellazione del ruolo unico dirigenziale (che aveva rappresentato una delle principali innovazioni dell'impianto previgente, sempre osteggiata dalle burocrazie presso i Ministeri)¹⁶ e conseguente ripristino dei singoli ruoli ministeriali, assume un rilievo centrale la nuova disciplina del conferimento degli

¹³ FERLUGA, *La dirigenza pubblica verso la "privatizzazione": gli ultimi (e forse definitivi) interventi legislativi*, in *Giust. civ.*, 1999, 1, 24 ss.

¹⁴ D'ORTA, *Verifica dei risultati. Responsabilità dirigenziali*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci, Milano, 1995, 490 ss.; NOVIELLO - TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, Giuffrè, 2002, 62 ss. 136.

¹⁵ Cfr., CARINCI, *Sisifo riformatore: la dirigenza*, in *Lav. nelle p.a.*, 2001, 959 ss.; CARUSO, *La storia interna della riforma del P.I.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *Lav. nelle p.a.*, 2001, 991 ss.

¹⁶ CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in *Lav. nelle p.a.*, 2004, 5, 833 ss.

incarichi dirigenziali di cui all'art. 19 del medesimo testo unico che, nella versione tuttora in vigore, stabilisce che i predetti incarichi siano conferiti con un "provvedimento", al quale "accede un contratto individuale".

Ebbene, se il contenuto del contratto è limitato alla disciplina del trattamento economico del dirigente, nel provvedimento di conferimento – ovvero in separato provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro competente – sono individuati "l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonché la durata dell'incarico" (originariamente inseriti, invece, nel contratto di impiego).

Quanto alla durata degli incarichi, peraltro, giova osservare che già nella disciplina del 1998 la precarizzazione del rapporto di ufficio era stata connessa al meccanismo secondo il quale la cessazione degli incarichi della nuova dirigenza "privatizzata" discendeva automaticamente dal mutamento del governo. Come osservato, "l'applicazione dello *spoils system* in senso stretto venne peraltro limitata, dal legislatore del 1998, ai soli incarichi dirigenziali più elevati [...], cioè ad incarichi conferiti coin d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei ministri, e relativi alla titolarità di strutture articolate a loro volta in uffici dirigenziali generali"¹⁷. A questo, tuttavia, si affiancava, già nella disciplina del 1998, quello che è stato definito *spoils system* "in senso lato", attesa la già prevista "temporaneità" per tutti gli incarichi dirigenziali¹⁸.

Con la successiva legge n. 145 del 2002, tuttavia, la breccia aperta dal legislatore del 1998 è stata di non poco allargata, da un lato, con la soppressione di qualunque limite alla durata minima degli incarichi dirigenziali e la sostanziale previsione della possibilità di incarichi anche brevissimi, dall'altro, con l'introduzione di una disciplina transitoria – poi dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale¹⁹ - per la quale *una tantum* si rendeva possibile la cessazione automatica di tutti gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale in corso al momento dell'entrata in vigore della legge.

Sul primo versante, è stabilito, infatti, che la durata degli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale non possa eccedere il termine di tre anni, mentre, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine non deve superare i cinque anni²⁰.

Chiara la conseguente accentuazione dell'instabilità nell'esercizio delle funzioni dirigenziali la cui titolarità riveste carattere permanentemente provvisorio, rinvenendo peraltro la sua legittimazione primaria in un atto di investitura con cui sono conferiti ai dirigenti gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale.

Ne è risultato un complessivo quadro regolamentare del rapporto di impiego dirigenziale difficilmente compatibile con il succitato principio di netta separazione e reciproca autonomia tra indirizzo politico e azione amministrativa (asse dichiaratamente portante delle riforme avviate negli anni Novanta)²¹.

¹⁷ BATTINI, *In morte del principio di distinzione tra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 6, 912-913

¹⁸ BATTINI, *op. cit.*

¹⁹ Corte. cost., 23 marzo 2007, n. 103, su cui CLARICH, *Una rivincita della dirigenza pubblica nei confronti dello strapotere della politica a garanzia dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in *www.neldiritto.it* (2007).

²⁰ Prima dell'entrata in vigore della legge n. 145 del 2002, la disciplina modificata prevedeva che gli incarichi avessero durata non inferiore a due anni e non superiore a sette anni, con facoltà di rinnovo.

²¹ L'espressione è di D'ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Lav. nelle p.a.*, 2006, 3-4, 549 ss. In tema, MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale, Il modello italiano in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2006; SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell'impegno all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Torino, Giappichelli, 2006.

Invero, l'accentuazione del carattere fiduciario della nomina dei dirigenti e della loro dipendenza dall'organo di vertice politico, calata nel contesto normativo che comunque continua a caratterizzare la dirigenza pubblica, ha recato con sé una "precarizzazione" di quest'ultima²².

Tale ripensamento della filosofia sottesa alla normativa in materia di dirigenza pubblica non ha mancato, peraltro, di manifestarsi anche in sede di riscrittura della disciplina relativa alla valutazione dei dirigenti e alla loro specifica responsabilità.

Di sicuro rilievo, al riguardo, da un lato, la soppressione, nel corpo dell'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, che disciplina la responsabilità dirigenziale, di una delle ipotesi cui era possibile ricondurre detta responsabilità, quella inerente ai risultati negativi dell'attività svolta, previsione più direttamente connessa alla *ratio* normativa tendente a riconoscere in capo ai dirigenti il massimo dell'autonomia organizzativa e gestionale, riservando alla P.A. la successiva verifica dei risultati; dall'altro, come osservato, l'introduzione, tra i parametri di valutazione della responsabilità dirigenziale, dell'osservanza delle direttive da parte del dirigente.

Invero, il riferimento al rispetto delle direttive (da considerarsi altro dal raggiungimento degli obiettivi), introduce una limitazione dell'autonomia del dirigente, consentendo al vertice politico (ovvero al dirigente generale, nel caso del dirigente cui non sia affidato un ufficio dirigenziale generale) di attendere non solo all'indicazione degli obiettivi, ma anche alla definizione delle modalità concrete di realizzazione dell'obiettivo stesso²³.

Volendo riassumere, agli originari tre "livelli" di responsabilità (lieve, nel caso di risultati negativi o di mancato raggiungimento degli obiettivi; media, nel caso di grave inosservanza di direttive e di ripetuta valutazione negativa dei risultati dell'attività amministrativa; grave, nei casi di maggiore gravità) si sostituisce, per effetto della legge n. 145 del 2002, la tipizzazione di due sole condotte che possono essere fonte di responsabilità: il mancato raggiungimento degli obiettivi e l'inosservanza di direttive (quest'ultima non più accompagnata dal requisito della gravità).

Tali fattispecie, poi, in ragione della loro maggiore o minore gravità, possono dar luogo a diverse conseguenze: nei casi meno gravi, all'impossibilità di rinnovo dell'incarico dirigenziale; in quelli più gravi, alla revoca anticipata dell'incarico ovvero al recesso dal rapporto di impiego.

Lo stretto legame della responsabilità dirigenziale con l'oggetto dell'incarico dirigenziale è quindi ancor più evidente a seguito della legge n. 145 del 2002, attesa l'individuazione delle infrazioni suscettibili di dar luogo a tale responsabilità (mancato raggiungimento degli obiettivi e inosservanza di direttive).

Con la scomparsa di quella particolare fattispecie di responsabilità dirigenziale che trovava fondamento nei "*risultati negativi della gestione*", detta responsabilità risulta oggi "*tagliata esattamente a misura dei contenuti dell'incarico attribuito al dirigente*";²⁴ in particolare, non è privo di significato che oggi non sia più prevista, quale possibile causa di un giudizio di inidoneità del dirigente, una generale e oggettiva verifica della validità dei risultati ottenuti in rapporto all'interesse della collettività e ai principi e valori di buon andamento della P.A., ma una

²² CASSESE, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Lav. nelle p.a.*, 2003, 2, 231 ss. Cfr. pure, VALENSISE, *La dirigenza amministrativa tra fiduciarità della nomina ed il rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2002, 1211 ss., secondo il quale le disposizioni citate accentuano la componente fiduciaria nel rapporto tra la politica e la dirigenza, con il rischio che neanche più il regime giuridico della responsabilità dirigenziale, da far valere in caso di violazione degli obblighi pattuiti all'atto di conferimento dell'incarico, possa costituire una garanzia di stabilità, una sorta di contrappeso al cosiddetto «pactum fiduciae».

²³ Nella scorsa legislatura, si è cercato, senza risultato, di ridefinire i confini della responsabilità dirigenziale, nel quadro di progetti di legge intesi a una più generale riscrittura dell'assetto della dirigenza pubblica.²³ In tema, In tema, cfr. GLINIANSKI, *Riforma e innovazione della dirigenza nello schema di DDL del Governo contenente misure di razionalizzazione delle norme generali sul lavoro alle dipendenze delle PP.AA.*, in *www.lexitalia.it*, n. 9/2007; OLIVERI, *Brevi annotazioni sulla riforma della dirigenza*, *ivi*.

²⁴ MAINARDI, *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del comitato dei garanti*, in *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 1078 ss.

valutazione circoscritta all'aderenza dell'operato del dirigente agli obiettivi "scolpiti" nell'originario provvedimento di incarico.²⁵

2.4. Il destino del principio di separazione tra politica e amministrazione. Il rischio di deresponsabilizzazione della dirigenza e l'attacco ai principi di *merit system e tenure*.

Il complesso delle innovazioni così sommariamente descritte ha indotto non pochi a sostenere che fra i possibili effetti della riforma del 2002 vi sia stato quello di una sostanziale deresponsabilizzazione della dirigenza²⁶.

Pur restando formalmente vigente, invero, il principio per cui nella scelta dei dirigenti occorre tener conto anche "delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti", non vi è dubbio che l'accentuazione dell'elemento fiduciario finisca per mettere in discussione il principio cardine di separazione tra politica e amministrazione, implicando un intervento di dettaglio della prima sull'attività della seconda.

Evidente il rischio di un'accentuazione della dipendenza e della fidelizzazione del dirigente al vertice politico.²⁷

Diverse le ragioni che hanno determinato quella che è stata definita una "regressione" del sistema amministrativo italiano²⁸.

Alla constatazione dell'immobilismo di certa dirigenza amministrativa, scelta sulla base del criterio della sola anzianità, si è affiancato il forte impatto esercitato anche sul sistema amministrativo dall'avvento nella costituzione politica del principio maggioritario, che ha comportato l'esigenza della politica, direttamente scelta dall'elettorato sulla base di un programma politico assuntamente vincolante, di poter scegliere con discrezionalità i soggetti preposti all'attuazione del programma, sull'assunto secondo cui all'apparato burocratico sarebbe spettato unicamente di mettere in atto, in modo quasi meccanico, le direttive della politica.

In una prospettiva di più ampio respiro, si delinea il rischio che siano posti in dubbio principi cardine dell'organizzazione amministrativa (non privi, peraltro, di copertura costituzionale), quali quelli, per usare un'espressione di origine britannica, di *merit system* (che presuppone e impone l'accesso agli uffici pubblici in posizione di eguaglianza e sulla base del merito accertato in forma competitiva) e di *tenure* (ossia di permanenza nel ruolo del dirigenti)²⁹.

Principi la cui consapevole elaborazione nel dibattito costituente svoltosi con riguardo alle disposizioni relative alla pubblica amministrazione non può essere messa in discussione.

Basti ricordare l'intervento, di evidente attualità, con cui Mortati rimarcò l'esigenza di "assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici. Lo sforzo di una costituzione democratica, oggi che al potere si alternano i partiti, deve tendere a garantire una certa indipendenza ai funzionari dello Stato, per avere un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti"³⁰.

Naturalmente, i principi citati non ostano affatto all'introduzione di strumenti giuridici che consentano di valutare i dirigenti pubblici quanto a risultati, efficienza ed efficacia di azione.

²⁵ CARUSO, *La storia interna della riforma del P.I.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *Lav. nelle p.a.*, 2001, 993-994.

²⁶ GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 873 ss.

²⁷ ANGIELLO, *La valutazione dei dirigenti pubblici*, in *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 1070 ss. Rischio ancor più robusto se si considera che, in base alla vigente normativa (art. 19, co. 6, del d.lg. n. 165 del 2001, così come sostituito dall'art. 3, co. 1, lett. g), l. n. 145 del 2002), è il conferimento di incarichi di funzione dirigenziale semplice nonché di funzione dirigenziale di livello generale, a persone estranee a quest'ultima.

²⁸ CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione: principio del merito e stabilità degli impiegati*, *Lectio magistralis* per l'inaugurazione del Master di secondo livello in diritto amministrativo, Napoli, Facoltà di Giurisprudenza, 19 gennaio 2007.

²⁹ Una ricostruzione delle ragioni che hanno storicamente giustificato l'affermarsi di quei principi quali regole cardine dell'organizzazione della burocrazia nei Paesi occidentali in CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione: principio del merito e stabilità degli impiegati*, cit.

³⁰ Intervento tenuto nella seduta del 14 gennaio 1947 della seconda Sottocommissione per la Costituzione, Prima Sezione (in AP, 1864).

Ciò che si sottolinea è il rischio che le illustrate riforme organizzative degli ultimi anni possano recare -in uno ad un sistema di sostanziale “irresponsabilità” degli organi politici che, non titolari della gestione amministrativa, non possono essere chiamati a rispondere delle loro scelte discrezionali (restando sottoposti prevalentemente alla sola responsabilità politica)- una promiscuità nei rapporti tra potere politico e dirigenza, con conseguente deresponsabilizzazione di quest’ultima, in uno, il che è ancor più grave, ad una progressiva perdita di quell’indipendenza statutaria premessa indispensabile per un esercizio imparziale delle funzioni.

Su un piano ancor più generale il rischio è quello di una incondizionata rinuncia a costruire una dirigenza amministrativa di ruolo degna delle migliori burocrazie europee.

PARTE II

GLI ISTITUTI DELLA SEMPLIFICAZIONE PROCEDIMENTALE

3. Semplificazione amministrativa e competitività del Paese.

Così sinteticamente illustrato il quadro generale delle riforme dell'amministrazione, è possibile focalizzare l'attenzione sulle politiche di semplificazione amministrativa.

Non si tratta di un processo solo italiano.

L'esigenza di por mano alle complicazioni amministrative è da tempo avvertita in tutti i Paesi occidentali, nei quali è peraltro viva la consapevolezza della difficoltà del percorso di semplificazione. Consapevolezza espressa in modo efficace con l'ossimoro *simplifier est une tache assez compliquée*.

Una consapevolezza, del resto, non di recente emersione se già Tocqueville mise in evidenza, nella descrizione dello Stato francese alla vigilia della Rivoluzione del 1789, la complessità del sistema amministrativo e delle procedure all'epoca adottate, rilevando, per esempio, che la lentezza della procedura amministrativa è così grande che “non ho mai visto passare meno di un anno prima che una parrocchia potesse ottenere il permesso di rialzare il campanile o di restaurare il presbitero”³¹.

Ritornando all'interno dei confini nazionali, negli anni '90, nell'ambito del rinnovato interesse per la riforma dell'amministrazione, si sono imposti i temi della delegificazione e della qualità della normazione, soprattutto secondaria.

Già con la legge 241/1990 è cominciata a farsi strada l'idea secondo cui la “semplificazione amministrativa” è elemento trainante di una riforma dell'amministrazione pubblica, ritardi ed inefficienze costituendo le principali cause di arretratezza della macchina pubblica.

Matura, in una prospettiva di ancor più ampio respiro, la convinzione dell'impatto negativo sulla competitività del “sistema Paese” del c.d. “rischio amministrativo”, per tale intendendosi l'insieme di elementi negativi che rendono l'amministrazione inefficiente, le sue regole non chiare e contraddittorie, i suoi procedimenti lenti e farraginosi: dalle disfunzioni organizzative, alle regole che disciplinano l'attività, talvolta apparentemente destinate ad ostacolare o impedire le attività economiche, ai ritardi nella cultura della dirigenza pubblica, alla difficoltà di affermare un rigoroso regime di responsabilità per i danni arrecati alle attività dei cittadini da atti o dall'inerzia o dai ritardi delle amministrazioni, alla *non risolutività* delle decisioni della giustizia amministrativa ed alla ineffettività quindi del sistema rimediabile (tema, quest'ultimo, come proverò ad osservare in chiusura, intimamente connesso a quello della semplificazione dell'amministrazione e del recupero di efficienza e credibilità della stessa)³².

La consapevolezza del legame che intercorre tra riforma dell'amministrazione e sua semplificazione, da un lato, rilancio della competitività, dall'altro, traspare peraltro in modo evidente se si considera che i primi strumenti di semplificazione sono stati adottati, sul piano formale, nell'ambito di una legge finanziaria (l. n. 537 del 1993); parimenti significativo è che con il d.l. n. 35/2005 sulla c.d. “competitività” sono state riscritte, nel tentativo di dare impulso al processo di semplificazione, le disposizioni della legge 241/1990 relative alla d.i.a. e al silenzio-assenso.

Da ultimo, con legge 18 giugno 2009, n. 69, recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”, sono state ancora una volta

³¹ Citazione tratta da CLARICH, *Gli strumenti di semplificazione della burocrazia: deregolamentazione, decentramento, sportello unico, nuove forme di organizzazione amministrativa e nuovi modelli procedurali*, 2000, in www.giustizia-amministrativa.it.

³² AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative akka disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 2635 ss.

riscritte le disposizioni relative a tre istituti di semplificazione, quali la conferenza di servizi, la d.i.a. e il silenzio-assenso.

Non si intende in questa sede ripercorrere le tappe fondamentali lungo le quali si è andata dipanando in Italia, non senza accelerazioni e battute d'arresto, la politica di semplificazione amministrativa³³, quanto piuttosto soffermare l'attenzione su taluni dei principi, meccanismi ed istituti introdotti e valorizzati nel tentativo di assecondare e soddisfare una sempre più avvertita esigenza di semplificazione.

Prima ancora è opportuno provare a passare in rassegna le principali cause della "complicazione amministrativa", nonché gli strumenti normalmente utilizzati nel tentativo di porvi rimedio.

4. Cause della complicazione amministrativa e tecniche di intervento.

Le cause della complicazione amministrativa hanno natura strutturale: vanno individuate nella progressiva articolazione e differenziazione della società, nella sempre più frequente emersione di nuovi interessi pubblici affidati alla tutela di una molteplicità di apparati pubblici, nella moltiplicazione dei livelli amministrativi, nello sviluppo delle burocrazie, nella farraginosità, arretratezza, inutile complicazione delle "regole", implicanti l'inutile lungaggine delle procedure amministrative.

Quali, allora, storicamente, le tecniche di intervento?

Volendo mutuare una quadripartizione già segnalata in dottrina³⁴, vengono in considerazione:

- a. la *delegificazione*, che, in omaggio ad un'esigenza di flessibilità normativa, comporta la concentrazione delle norme in regolamenti, senza tuttavia ridurre il numero e ridimensionarne l'incidenza;
- b. la *deregolamentazione*, implicante l'eliminazione delle regole legislative o regolamentari *non* indispensabili a tutelare gli interessi pubblici inerenti le specifiche materie, con conservazione delle sole regole *essenziali*³⁵;
- c. la *semplificazione* dei procedimenti amministrativi, conseguente all'attuazione delle stesse politiche di deregolamentazione ovvero alla riduzione dei procedimenti alle sole fasi essenziali;
- d. la *deamministrativizzazione* (o *liberalizzazione*), implicante la sottrazione di intere attività del privato alle regole amministrative³⁶.

Quest'ultima, consistente nel liberalizzare attività private, svincolandone l'esercizio ad ogni forma di preventiva verifica o valutazione di tipo pubblicistico, è tecnica di intervento cui è per vero

³³ Cfr., tra gli altri, AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative akka disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 2635 ss.; VESPERINI, *Semplificazione amministrativa*, in Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5479; NATALINI, *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, 2006; PATRONI GRIFFI, *La semplificazione amministrativa*, 2008, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁴ AMOROSINO, *op. cit.*

³⁵ Non esaltanti, secondo gli studi condotti da Giulio NAPOLITANO, i risultati delle politiche di semplificazione degli ultimi anni. Il governo di centro-destra iniziò la sua esperienza adottando nel primo periodo 402 misure di semplificazione e 386 di complicazione (con un tasso di semplificazione pari a 1,04, superiore a quello del precedente governo Prodi – 0,77 – ma inferiore a quello del primo governo D'Alema – 1,09): NAPOLITANO, *L'attività normativa del Governo nel periodo dicembre 2001-febbraio 2002*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2002, n. 2, 406. Sono seguite nel marzo-giugno 2002 619 misure di semplificazione ma a fronte di 641 di complicazione (0,97): ID., *L'attività normativa del Governo nel periodo marzo 2002-giugno 2002*, ivi, 2002, n. 4, 986. Quindi, 477 misure di semplificazione a fronte di 415 di complicazione tra giugno e dicembre 2002 (1,15): ID., *L'attività normativa del Governo nel periodo marzo 2002-giugno 2002*, ivi, 2003, n. 2, 610. Negli anni seguenti i dati furono: 212 misure di semplificazione contro 329 di complicazione (tasso allo 0,64) nel periodo compreso tra dicembre 2003 e giugno 2004, 253 misure di semplificazione contro 637 di complicazione (tasso allo 0,40) tra luglio e dicembre 2004, 167 misure di semplificazione contro 343 di complicazione (tasso allo 0,52) tra dicembre 2004 e giugno 2005, 182 misure di semplificazione contro 317 di complicazione (tasso allo 0,57) tra luglio e dicembre 2005, 227 misure di semplificazione contro 295 di complicazione (tasso allo 0,76) tra gennaio e maggio del 2006.

³⁶ AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative akka disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 2635 ss.

consentito ricorrere residualmente, essendo non agevole ipotizzare una diffusa sottrazione di attività private ad ogni momento di controllo amministrativo.

Le principali politiche attive di riforma sono pertanto quelle finalizzate essenzialmente alla deregolamentazione ed alla semplificazione.

Revisione e razionalizzazione del sistema normativo e snellimento delle procedure, pertanto, rappresentano le due principali tecniche di intervento, cui deve affiancarsi l'introduzione di tecnologie e di più adeguate metodologie organizzative.

5. Gli interrogativi.

In questa sede ci si sofferma come anticipato, sulle tecniche di semplificazione del procedimento amministrativo con l'intento di passare in rassegna taluni degli strumenti di semplificazione procedimentale più di recente valorizzati dal legislatore, verificandone la concreta attitudine ad assicurare l'attuazione degli obiettivi di efficacia ed efficienza amministrativa in modo non disgiunto, come osservato nella prima Parte, dal rispetto dei principi di legalità, imparzialità e responsabilità.

Nel farlo, pare utile farsi orientare nella disamina dall'esigenza di dare risposta a tre interrogativi di fondo.

1. E' possibile evitare che la semplificazione del procedimento amministrativo rechi con sé una deprecabile deresponsabilizzazione dell'amministrazione e dei suoi agenti?
2. La semplificazione dei procedimenti e la semplificazione delle regole possono conciliarsi? La semplificazione del procedimento amministrativo può, cioè, non essere perseguita de-quotando e depotenziando regole procedimentali la cui positivizzazione ha rappresentato una conquista di civiltà procedimentale?
3. In che modo può e deve concorrere all'abbattimento del c.d. rischio amministrativo una naturale e per vero già in atto (per quanto impensabile solo fino ad alcuni anni fa) evoluzione del processo amministrativo, della sua fisionomia, del suo oggetto, delle tecniche di tutela in seno allo stesso sperimentabili? Detto altrimenti, riforma dell'amministrazione e riforma del processo amministrativo devono convergere verso la realizzazione di obiettivi comuni? E' consentito quindi pensare ad una sinergia tra riforma dell'amministrazione volta ad una semplificazione delle sue performance ed evoluzione del processo amministrativo?

Giova muovere, nel condurre l'analisi, dalla legge che reca la disciplina dell'azione amministrativa, la n. 241 del 1990, a più riprese modificata.

Anteriormente infatti all'emanazione di tale legge mancava una disciplina generale del procedimento amministrativo³⁷. Ne derivava un'eccessiva discrezionalità della P.A. nella gestione della fase procedimentale, anche per quanto riguarda i tempi di conclusione della stessa. Con la l. n. 241 del 1990 è stata introdotta una disciplina organica del procedimento amministrativo volta a garantire, oltre alla dialettica con i soggetti interessati e controinteressati, l'accelerazione e semplificazione dell'azione amministrativa, attraverso istituti quali il silenzio-assenso, la denuncia in luogo di autorizzazione, le conferenze di servizi, la regolamentazione dei termini del procedimento, ecc.

In particolare, la politica della semplificazione si è tradotta nella tendenza ad escludere la necessità di provvedimenti autorizzatori espressi per il compimento di determinate attività. Ferma la disomogeneità di posizioni dottrinali e giurisprudenziali in merito all'effettiva riconducibilità dei singoli istituti al capitolo della semplificazione o dell'autentica liberalizzazione (si rinvia al riguardo alla Parte II, Cap. III, par. 21), il riferimento è:

- alla dichiarazione di inizio attività, disciplinata dall'art. 19, l. n. 241 del 1990;

³⁷ Erano invece presenti alcune normative di settore, inerenti a specifiche tipologie procedimentali, es. in materia di espropriazione per pubblica utilità (l. 25 giugno 1865, n. 2359) o di rilascio di titoli abilitativi edilizi (l. 17 agosto 1942, n. 1150).

- alla denuncia di inizio attività, quale titolo abilitativo edilizio, disciplinato dagli artt. 22 e 23, t.u. 6 giugno 2001, n. 380, che permette di eseguire talune tipologie di interventi edilizi senza che sia necessario ottenere il permesso di costruire, attraverso la semplice notizia, data dal privato al Comune, che decorso il termine di trenta giorni previsto dalla legge darà inizio all'intervento documentato (la d.i.a. deve essere infatti accompagnata da una relazione redatta da un tecnico abilitato che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi e il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie). Se nel termine di trenta giorni dalla presentazione della denuncia non interviene alcun ordine inibitorio da parte del dirigente o del responsabile dell'UTC, l'interessato può dare avvio ai lavori denunciati;
- al "silenzio-assenso", istituto divenuto ad applicazione generalizzata a seguito della l. 14 maggio 2005, n. 80 che, nel modificare l'art. 20, l. n. 241 del 1990, ha stabilito che - salvo quanto previsto dal precedente art. 19 in materia di dichiarazione di inizio attività - nei procedimenti ad istanza di parte, il silenzio dell'amministrazione competente, inteso come mancanza di provvedimenti di diniego alla scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento o di indizione, nel termine di 30 giorni, di una conferenza di servizi ove la deliberazione sull'istanza richieda una valutazione congiunta di più interessi pubblici, equivale a un provvedimento di accoglimento;
- alla conferenza di servizi, quale modulo procedimentale finalizzato al contemperamento degli interessi pubblici (nel caso della conferenza c.d. istruttoria) e alla velocizzazione e semplificazione dell'azione amministrativa.

6. La d.i.a.

Tralasciando istituti che all'evidenza rispondono ad un'esigenza di semplificazione, quali in particolare le conferenze di servizi, gli sportelli unici e gli accordi sostitutivi, ci si sofferma in particolare sulla disciplina riguardante la d.i.a., il silenzio, significativo e non, le illegittimità non invalidanti di cui all'art. 21-*opties*, l. 241/1990: istituti e meccanismi (la cui disciplina è stata profondamente rivista dal legislatore del 2005 e del 2009), in relazione ai quali, più che per altri, vengono in rilievo gli angoscianti interrogativi sopra riportati.

Quanto alla d.i.a. e al silenzio assenso, si tratta di tecniche di semplificazione procedimentale (per la d.i.a. per vero di autentica liberalizzazione) ampiamente sperimentate in molti Paesi: in Spagna, per esempio, ove i procedimenti per i quali è previsto il *silencio positivo* sono sensibilmente aumentati nell'ultimo decennio del secolo scorso, o in Francia dove hanno registrato un'ampia diffusione gli strumenti dell'*accord implicite* e del *régime déclaratif* sostitutivo dell'autorizzazione nei settori più disparati.

Prima ancora di esaminare le ambiguità che connotano la disciplina nazionale della d.i.a., giova tuttavia subito delimitare l'ambito della sua concreta operatività, anche dopo il d.l. n. 35/2005, pure dichiaratamente intervenuto con l'intento di estenderne la portata applicativa; tanto con l'intento di dimostrare che si tratta, comunque, di istituto la cui valorizzazione nella prospettiva della "lotta" alle complicazioni amministrative non può essere sopravvalutata.

Ebbene, il ricorso al modulo procedimentale in esame non è consentito – oltre che, in generale, con riferimento all'attività puramente discrezionale della Pubblica Amministrazione³⁸ – in una serie di

³⁸ Per vero, si è registrato sul punto un contrasto interpretativo innescato da talune innovazioni che hanno interessato la disciplina della d.i.a. nel passaggio dalla l. n. 241/1990, alla l. n. 537/1995 e, infine alla l. n. 80/2005. Nell'originaria formulazione dell'art. 19, l. n. 241 del 1990, l'istituto era previsto come assolutamente eccezionale, la sua praticabilità essendo relegata ai soli casi contemplati dal successivo regolamento cui la stessa disposizione primaria rinviava. La versione originaria dell'art. 19 escludeva, comunque, dall'ambito di applicazione dell'istituto i casi in cui l'atto di assenso dell'amministrazione richiedesse l'esercizio di poteri discrezionali o l'esperimento di prove, o fosse soggetto a limiti o contingenti. Venivano, in tal modo, ad esempio, sottratti al regime liberalizzato, i provvedimenti di abilitazione, che presuppongono, in genere, una valutazione personale dei requisiti di idoneità del richiedente (si pensi alla patente di guida, al porto d'armi, etc.) e, come tali, comportanti l'esperimento di prove, tra l'altro solitamente rimesse ad un giudizio connotato da elementi di discrezionalità tecnica. Parimenti, erano escluse dal regime della d.i.a. (e lo sono tuttora) gli atti di assenso rilasciati dalle amministrazioni preposte alla tutela di interessi superindividuali, come l'ambiente,

materie, tassativamente elencate dall'art. 19, l. n. 241/1990, comma 1, in cui la delicatezza degli interessi coinvolti impone la necessità di un'adeguata ponderazione da parte dell'ufficio, con conseguente obbligo per lo stesso di concludere il procedimento con un provvedimento motivato ed esplicito.

Alle materie già in precedenza indicate dalla norma (difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, amministrazione della giustizia, amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente), si aggiungono, ora, per effetto delle innovazioni introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, l'asilo e la cittadinanza, materie, peraltro, connesse alla pubblica sicurezza ed all'immigrazione, già esclusi dalla formulazione previgente dell'art. 19, l. n. 241/1990³⁹.

Sottesa alla disposta integrazione normativa è, con tutta evidenza, la volontà di sottrarre gli ambiti suindicati a qualsivoglia automatismo, stante la rilevanza dei beni implicati. Coerentemente, il medesimo art. 9, l. n. 69/2009, esclude l'asilo e la cittadinanza anche dal campo di operatività del silenzio-assenso, inserendone il riferimento nel comma 4 dell'art. 20, l. n. 241/1990⁴⁰.

il patrimonio storico-artistico, il paesaggio, la salute, od operanti nei settori della difesa nazionale, della sicurezza pubblica (si tratta dei settori sensibili). Con l'art. 2, l. n. 537 del 1993 (legge Finanziaria per il 1994), l'*incipit* della norma fu sostituito con la precisazione secondo cui «*in tutti i casi ...*» in cui singole discipline di settore richiedano, per lo svolgimento di un'attività privata, il previo ottenimento di autorizzazioni, licenze, permessi, nulla-osta ovvero altri atti di assenso, comunque denominati, l'attività medesima può essere esercitata previa denuncia di inizio da parte dell'interessato. Ulteriore innovazione era costituita dall'introduzione di un termine perentorio di sessanta giorni entro il quale la P.A. poteva inibire l'attività. L'istituto della d.i.a., sia pur nel solo ambito delle attività vincolate, assolveva ad una funzione non tanto di semplificazione amministrativa, quanto di sottrazione dall'area del procedimento di tutta un'ampia gamma di attività private, rispetto alle quali il legislatore valorizzava l'apporto collaborativo del privato, in considerazione della natura vincolata e meramente accertativa dell'attività oggetto della dichiarazione. In questi casi, in altri termini, la P.A. si fidava di quanto dichiarato dal privato, per lo meno fino all'espletamento di una successiva attività amministrativa di verifica della rispondenza di quanto dichiarato a quanto statuito dalla normativa di settore. L'art. 19, l. n. 241 del 1990, è stato completamente riformulato dall'art. 3, d.l. n. 35 del 2005, convertito con l. n. 80 del 2005, che ha notevolmente innovato l'istituto. Per quel che in questa sede viene in rilievo, la novella del 2005 ha ampliato, secondo una tesi minoritariamente sostenuta, il campo di applicazione dell'istituto; la d.i.a. trovando applicazione anche laddove il rilascio delle autorizzazioni dipenda da valutazioni tecnico-discrezionali, considerato che il nuovo art. 19, l. n. 241 del 1990, non richiede più che l'accertamento dei presupposti dell'autorizzazione avvenga senza «*prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecnico discrezionali*» e che il comma 3 dello stesso art. 19 prevede il potere di revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies*, che mal si concilierebbe con l'assunto secondo cui la nuova d.i.a. si applichi ai soli provvedimenti vincolati, giacché l'esercizio del potere di revoca presuppone l'esistenza di margini di discrezionalità in capo all'amministrazione.

³⁹ LAVERMICOCCA, *op. cit.*, pp. 206. Per l'ingresso nel paese e l'acquisizione dello status di cittadino italiano – commenta l'Autore – occorrono verifiche che, ancorché di natura documentale e non caratterizzate da discrezionalità tecnico-amministrativa, attese le implicazioni in tema di ordine pubblico, non possono essere lasciate ad un autonomo esercizio da parte dell'interessato.

⁴⁰ L'art. 9 della legge n. 69 del 2009 ha anche introdotto nel comma 2 dell'art. 19, l. n. 241/1990 il seguente periodo: «Nel caso in cui la dichiarazione di inizio attività abbia ad oggetto l'esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazioni di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante o comunque a tale fine eventualmente richiesta, l'attività può essere iniziata dalla data della presentazione della dichiarazione dell'amministrazione competente». In tali casi, l'amministrazione competente potrà fare esercizio dei propri poteri inibitori «nel termine di trenta giorni dalla data della presentazione della dichiarazione», come puntualizzato dal successivo comma 3, in tal senso modificato dalla legge n. 69 del 2009. La novella introduce la possibilità, in determinati casi, dell'avvio dei lavori contestuale alla dichiarazione di inizio attività. L'innovazione si giustifica non solo e non tanto in termini di semplificazione amministrativa, quanto per l'esigenza di dare attuazione alla direttiva 2006/123/CE, espressamente richiamata dalla nuova previsione. La richiamata direttiva, entrata in vigore il 28 dicembre 2006 e da recepirsi entro il 28 dicembre 2009, contiene le disposizioni generali che consentono di agevolare la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento dei prestatori, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi. In tal senso, la novità introdotta nell'art. 19, l. n. 241/1990, costituisce un anticipo di attuazione della direttiva – reso urgente dalla imminente scadenza del termine sopra ricordato – nonchè un vincolo al futuro recepimento. In deroga a quanto previsto come regola generale, la nuova disposizione consente al privato che abbia presentato una dichiarazione avente ad oggetto l'esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di

Più nel dettaglio, l'art. 19, l. 241/1990, circoscrive drasticamente l'ambito di operatività dello strumento, escludendone in linea generale l'applicazione per gli atti per il cui rilascio non siano previsti non soltanto limiti o contingenti complessivi – come già disponeva il testo originario – ma neppure specifici strumenti di programmazione settoriale, nonché per tutti quelli rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesistico e dell'ambiente, nonché per gli atti imposti dalla normativa comunitaria.

In specie:

- possono esser avviate, mediante *dichiarazione* sostitutiva dell'interessato, tutte le attività imprenditoriali, commerciali ed artigianali per le quali è richiesta autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta;
- la dichiarazione può avere efficacia sostitutiva solo se gli ordinari provvedimenti legittimanti dipendono esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi generali e se non sia previsto, per il rilascio, alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale;
- non possono esser sostituiti dalla dichiarazione del privato gli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia e delle finanze, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché gli atti imposti dalla normativa comunitaria.

Si fa, quindi, riferimento ad attività *vincolate* della Pubblica Amministrazione, implicanti una verifica di conformità sempre che non sia, *ex lege*, previsto un limite di tipo qualitativo o un contingentamento o una programmazione di settore.

Il meccanismo è peraltro destinato a sostituire concessioni non costitutive.

Orbene, in disparte la difficoltà di individuare il discrimine tra le concessioni “non costitutive” e quelle costitutive⁴¹ può concludersi -combinando questa condizione con quelle della correlazione con attività imprenditoriali, commerciali o artigianali e della natura vincolata del provvedimento rispetto al quale la d.i.a. funge da meccanismo sostitutivo- che alla stessa non è consentito ricorrere per le *sovvenzioni* (per lo più postulanti un'attività valutativa), per le concessioni di onorificenze e ricompense (estrane alle attività imprenditoriali), per la “concessione” della cittadinanza o della personalità giuridica (non inerenti ad attività imprenditoriali), le concessioni di beni pubblici a privati (rilasciate a seguito di procedure ad evidenza pubblica, sulla scorta quindi di una valutazione a carattere discrezionale).

I margini residui non sono molti, tanto più se si tiene conto dell'intreccio di autorizzazioni cui sono soggette molte attività, sicché, anche in casi in cui un'autorizzazione è apparentemente sostituibile

prestazioni di servizi di cui alla direttiva citata di dare subito inizio all'attività medesima (cd. d.i.a. “immediata”), senza necessità di attendere il decorso di trenta giorni e di inoltrare un'ulteriore comunicazione di inizio effettivo della stessa. L'avvio contestuale alla dichiarazione di inizio attività non preclude alla Pubblica Amministrazione ricevente il poterdovere di verificare la sussistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio dell'attività oggetto della dichiarazione, da esercitarsi nel termine di trenta giorni decorrenti dalla presentazione della d.i.a. Restano, inoltre, intatti gli ulteriori poteri sanzionatori e di autotutela, esperibili dalla Pubblica Amministrazione anche dopo il decorso del termine di esercizio del potere inibitorio ed ancorché abbia avuto inizio l'attività dichiarata. Da ultimo, giova richiamare l'ulteriore modifica apportata dalla legge n. 69 del 2009 - già segnalata nello svolgimento della traccia sul silenzio assenso – all'ultimo comma dell'art. 19 cit., ove, premessa la g.e. del G.A., si precisa che il relativo ricorso giurisdizionale è esperibile “da qualunque interessato nei termini di legge”. Si è osservato che l'espressione impiegata dal legislatore della novella («qualunque interessato») deve intendersi con riferimento alla nozione processuale e non già sostanziale di interesse: non si allude, cioè, alla natura della posizione giuridica lesa, quanto, piuttosto, all'utilità della pronuncia chiesta in relazione alla lesione dedotta e, dunque, all'interesse alla proposizione dell'azione processuale, con conseguente esclusione della possibilità di un'azione popolare.

⁴¹ Risale agli scritti di Ranalletti del 1894-1896 la distinzione tra concessioni *traslative* di situazioni di cui l'amministrazione sarebbe titolare e concessioni *costitutive* di situazioni create *ex novo* dal provvedimento dell'amministrazione.

da una d.i.a., questa finisce poi per essere in fatto inutilizzabile in assenza di altre autorizzazioni per le quali la sostituzione è esclusa⁴².

Nell'ottica delle semplificazioni si è al cospetto, pertanto, di un'innovazione dal respiro corto.

A ciò si aggiunga la diffidenza con cui, nella prassi, i privati guardano all'istituto della comunicazione di inizio d'attività, non essendo sicuri del "valore" dei "non atti" così ottenuti.

Diffidenza aggravata dall'espressa previsione di un generalizzato potere di "autotutela" della p.a. sulla d.i.a., anche dopo la scadenza del termine per il controllo.

6.1. La dibattuta questione della natura della d.i.a e delle forme di tutela del terzo.

Il che comporta -passando dalla delimitazione dell'ambito applicativo dell'istituto alla decifrazione della sua natura giuridica- la trasformazione della d.i.a in uno "strano ircocervo", destinato a nascere privato per poi tramutarsi in pubblico⁴³.

Trasformazione cui ha contribuito quella parte della giurisprudenza amministrativa orientata a ritenere che la d.i.a., lungi dal costituire un atto del privato cui la legge riconosce effetti di abilitazione all'esercizio di talune attività private (così sottratte al vaglio preventivo dell'amministrazione), sia solo il primo atto di un vero e proprio procedimento destinato a concludersi con un atto dell'amministrazione ancorché destinato ad essere manifestato *per silentium*.

Il lungo dibattito sviluppatosi sul tema impone di schematizzare le diverse posizioni, dando contezza sinteticamente degli argomenti svolti a rispettivo sostegno e delle correlative critiche.

Due le tesi che si contendono il campo.

Secondo una prima impostazione⁴⁴, la d.i.a. costituirebbe una fattispecie a formazione successiva, configurabile come un atto amministrativo tacito destinato a formarsi in presenza di alcuni presupposti formali e sostanziali e per effetto del decorso del termine assegnato all'amministrazione per esercitare il potere inibitorio.

A sostegno si è valorizzato il dato letterale dell'art. 19 (prima della sua riscrittura da parte della l. n. 80 del 2005) nella parte in cui afferma che "*l'atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio attività*": tale espressione è intesa nel senso che la dichiarazione del privato è equiparata ad un atto amministrativo di consenso ed è fonte della legittimazione del soggetto a svolgere l'attività.

Si è anche rimarcata l'introduzione da parte della l. n. 80 del 2005 del potere di intervenire in autotutela consente di qualificare la d.i.a. come atto amministrativo di primo grado sul quale sono destinati ad incidere i provvedimenti di revoca e annullamento, quali atti di secondo grado.

In particolare, la previsione dell'adottabilità di provvedimenti di secondo grado sottende la qualificazione della d.i.a. (o meglio, degli effetti della d.i.a.) in termini di atto abilitativo tacito; da ciò consegue che, qualora la P.A. non eserciti, nel termine di decadenza previsto dalla legge, i propri poteri inibitori in merito all'attività oggetto della d.i.a., si forma un atto di assenso implicito, oggetto di possibile caducazione in via di autotutela da parte della stessa amministrazione ovvero dal G.A. adito dal terzo. Tali conclusioni troverebbero conferma nel nuovo disposto dell'art. 21, comma 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, introdotto in sede di conversione dalla l. n. 80 del 2005, che, riferendosi espressamente alle attività iniziate dal privato ai sensi dell'art. 19, assimila gli effetti della d.i.a. alla fattispecie del silenzio assenso *ex art. 20*, accomunando le due ipotesi nella categoria degli atti di assenso⁴⁵.

⁴² AMOROSINO, *op. cit.*

⁴³ SANDULLI, *op. cit.*

⁴⁴ Tar Piemonte, sez. I, 5 settembre 2006, n. 2762; Tar Abruzzo, Pescara, 1 settembre 2005, n. 494; Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916; Id., sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6910; Tar Veneto, sez. II, 10 settembre 2003, n. 4722; Id. 20 giugno 2003, n. 3405; Cons. St., sez. VI, 10 giugno 2003, n. 3265; Tar Lombardia, Brescia, 1 giugno 2001, n. 397.

⁴⁵ E' quanto sostenuto da Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, seguito da una copiosa giurisprudenza anche dei T.A.R. (Emilia Romagna, Bologna, 2 ottobre 2007, n. 2253; Campania, Napoli, 7 marzo 2008, n. 1167), che, muovendo dall'assunto secondo cui la d.i.a. è istituto di mera semplificazione, non idoneo, in quanto tale, ad escludere che per le attività sottoposte al relativo regime sia comunque necessario un atto di assenso dell'amministrazione,

Diverse le obiezioni formulate al riguardo.

Si è in primo luogo osservato che, se è vero certo che l'art. 19, comma 3, l. n. 241 del 1990, rinvia agli artt. 21 *quinques* e *nonies*, è vero anche che lo stesso legislatore del 2005, dopo l'art. 19, continua a disciplinare, al successivo art. 20, il silenzio-assenso, che, dunque, mantiene una sua caratterizzazione autonoma rispetto al primo istituto.

Si è anche osservato che se la d.i.a. fosse davvero un atto destinato ad avviare un procedimento destinato a concludersi con provvedimento di accoglimento per *silentium*, tra d.i.a. e silenzio-assenso sarebbe arduo cogliere una sostanziale differenza. Di contro, si rileva, le due norme presentano una diversa funzione, in quanto l'art. 20, a differenza dell'art. 19, non incide in senso abrogativo sul regime autorizzatorio, ma costituisce una mera semplificazione procedimentale, prevedendo - per effetto dell'inerzia dell'amministrazione - una modalità di conseguimento dell'autorizzazione equipollente, per natura ed effetti, ad un provvedimento esplicito di accoglimento. In quest'ottica si sottolinea, inoltre, che mentre nell'art. 20 il legislatore compie un'espresa equiparazione del silenzio al provvedimento di accoglimento della domanda, ciò non accade nell'art. 19; sicché, mentre a fondamento del valore provvedimentale del silenzio-assenso si pone una domanda dell'interessato, a fondamento della d.i.a. vi è una mera dichiarazione o denuncia attestante l'esistenza delle condizioni richieste dalla legge per l'esercizio dell'attività.

Per altra tesi,⁴⁶ la d.i.a. è un atto formalmente e soggettivamente privato, cui la legge ricollega direttamente l'effetto di abilitare l'istante all'esercizio dell'attività.

A sostegno di siffatta conclusione si rileva che la d.i.a. non proviene da un'amministrazione, essendo un atto del privato cui la stessa legge, che, in presenza di determinate condizioni e all'esito di una fattispecie a formazione complessa, ricollega la legittimazione allo svolgimento di una determinata attività, così liberalizzata. Non viene in rilievo l'esercizio di una potestà pubblicistica, né un provvedimento amministrativo in forma tacita (c.d. silenzio-assenso). Gli unici provvedimenti rinvenibili nella fattispecie sono quelli, meramente eventuali, che la P.A. può emanare, nel termine di legge, per impedire la prosecuzione dell'attività o per imporre la rimozione degli effetti, ovvero quelli adottati in autotutela anche successivamente alla scadenza di tale termine.

Viene, soprattutto, richiamata la *ratio* dell'istituto, volto ad introdurre un regime di liberalizzazione di determinate attività, con la conseguenza che per l'esercizio delle stesse non è necessaria l'emanazione di un titolo provvedimentale di legittimazione.

Invero, la d.i.a. nasce storicamente non come strumento di semplificazione procedimentale ma come strumento di autentica liberalizzazione di alcune attività private.

Alla logica della semplificazione procedimentale risponde, infatti, il diverso istituto, regolamentato dalla norma immediatamente successiva, del silenzio assenso, che non è strumento di liberalizzazione, ossia strumento che facoltizza l'esercizio di talune attività da parte del privato senza che sussista un preventivo vaglio da parte della P.A., ma che, al contrario, è volto, sull'assunto della necessità del vaglio preventivo perché una certa attività possa essere esercitata, a semplificare le modalità di esternazione del suddetto vaglio. Quando un'attività soggiace a silenzio

ancorché espresso per *silentium*, conclude che, con il decorso del termine previsto dal citato art. 19, si forma una autorizzazione implicita di natura provvedimentale, impugnabile dal terzo entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del perfezionamento della d.i.a. o dall'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto di d.i.a. Ad avviso della sesta Sezione, quindi, il ricorso avverso il titolo abilitativo, formatosi a seguito di d.i.a., ha ad oggetto non il mancato esercizio dei poteri sanzionatori o di autotutela dell'amministrazione, ma direttamente l'assentibilità o meno dell'intervento. Orientamento, questo, che affonda le sue autentiche ragioni nella giusta esigenza di evitare che il terzo controinteressato, non avendo un atto amministrativo da impugnare, sia costretto a sollecitare l'esercizio dei poteri repressivi o di autotutela dell'amministrazione, con l'intento di impugnare quindi innanzi al giudice l'atto negativo o il silenzio-inadempimento serbato dall'amministrazione: risultato, quest'ultimo, cui può condurre l'adesione alla tesi che riconosce natura privata alla d.i.a., come tale non impugnabile innanzi al giudice amministrativo. E' una di quelle ipotesi in cui il processo amministrativo e la sua tradizionale fisionomia impugnatoria finisce per condizionare la lettura di un istituto sostanziale, fino a stravolgerne la naturale portata.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916; Id., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 948; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 3 aprile 2007, n. 1652.

assenso, invero, la stessa non può dirsi liberalizzata, essendo solo regolamentato un meccanismo procedimentale più semplificato di formazione del provvedimento, pure necessario, di esternazione dell'assenso dell'amministrazione.

La d.i.a. è, invece, strumento di autentica liberalizzazione, essendo storicamente nata per sottrarre certe attività al vaglio preventivo dell'amministrazione. Il meccanismo della d.i.a., difatti, consente di iniziare l'esercizio di alcune attività sulla base di un atto che il privato formula e presenta, all'amministrazione senza attendere un vaglio preventivo della stessa. Difatti, il legislatore prevede che l'amministrazione possa al più esercitare un potere inibitorio dell'attività già iniziata (peraltro entro un termine perentorio), non anche che la stessa possa e debba esprimere un assenso preventivo all'esercizio di quell'attività.

Questa è, quindi, la distinzione concettualmente fondamentale tra la d.i.a. ed il silenzio assenso: l'uno è espressione di una tendenza del legislatore a liberalizzare certe attività, l'altro, invece, di un'esigenza di semplificare il procedimento da osservare affinché la pubblica amministrazione possa esternare la sua determinazione, ritenuta, tuttavia, ancora necessaria perché il privato possa esercitare una data attività.

A sostegno dell'assunto milita ora anche la lettera del secondo comma dell'art. 19 – come novellata da parte dell'art. 9 della legge n. 69 del 2009 – ove prevede la fattispecie della d.i.a. cd. "immediata" nel senso già sopra diviso. In proposito, si osserva che se il riconoscimento al privato della possibilità, in determinate ipotesi, di dare immediato avvio ai lavori oggetto della dichiarazione non toglie, come rilevato, la possibilità alla Pubblica Amministrazione di verificarne la legittimità ed eventualmente di inibirne la prosecuzione o di ordinarne la conformazione alla legge, nel termine di trenta giorni, decorrente non già dalla comunicazione di inizio effettivo – in quanto omessa nel caso di specie – bensì dalla presentazione della stessa d.i.a., tuttavia non è men vero che quel riconoscimento rafforza l'assunto secondo cui, per effetto della previsione della d.i.a., la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema "norma-potere-effetto", ma è una legittimazione *ex lege*, secondo lo schema "norma-fatto-effetto", in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della P.A.

A conforto della tesi privatistica si è anche osservato che la l. n. 80 del 2005, nel riconoscere espressamente alla P.A. il potere di autotutela, recepisce l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva la sussistenza in capo alla P.A. di un potere residuale di autotutela, da intendere tuttavia quale potere *sui generis*, caratterizzato dal fatto di non implicare un'attività di secondo grado insistente su un precedente provvedimento amministrativo. Si osserva, in particolare, che il riferimento agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, contenuto nell'art. 19, consente di esercitare un potere che tecnicamente non è di secondo grado, in quanto non interviene su una precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione, ma che con l'autotutela classica condivide esclusivamente i presupposti ed il procedimento. In questo senso si ritiene che il richiamo agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* va inteso come riferito alla possibilità di adottare non già atti di autotutela in senso proprio, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedurali previsti da tali norme⁴⁷. Peraltro, a sostegno della improprietà del richiamo agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* si adduce che il potere di revoca, previsto dalla prima delle norme in esame, fondato su una valutazione dell'interesse pubblico (originario o sopravvenuto) ed avente ad oggetto i soli atti discrezionali, non sarebbe configurabile in relazione alla d.i.a. in cui il titolo ampliativo concerne attività vincolate o, semmai, caratterizzate da discrezionalità tecnica.

Sul tema, è da ultimo intervenuto *Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717*⁴⁸.

All'esito di un articolato apparato motivazionale, la sesta Sezione giunge alle seguenti conclusioni:

- la d.i.a. è un atto di un soggetto privato e non di una Pubblica Amministrazione, che ne è

⁴⁷ Tar Campania, Napoli, sez. III, 27 gennaio 2006, n. 1131.

⁴⁸ Conforme, da ultimo, Tar Calabria, Reggio Calabria, 18 giugno 2009, n. 431.

invece destinataria, non costituendo perciò esplicazione di una potestà pubblicistica; .

- per effetto della previsione della d.i.a., la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema "norma-potere-effetto", ma è una legittimazione *ex lege*, secondo lo schema "norma-fatto-effetto", in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della P.A.;
- il riferimento agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, legge n. 241/1990, contenuto nell'art. 19 della stessa legge n. 241/1990, consente alla P.A. di esercitare un potere che tecnicamente non è di secondo grado, in quanto non interviene su una precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione, con l'autotutela classica condividendo soltanto i presupposti e il procedimento;
- il richiamo agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, di cui all'art. 19 cit., è riferito alla possibilità di adottare non già atti di autotutela in senso proprio, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedurali previsti dal tali norme. In tal modo, il legislatore - nel recepire l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva la sussistenza in capo alla P.A. di un potere residuale di intervento anche dopo la scadenza del termine - si è fatto carico di tutelare l'affidamento che può essere maturato in capo al privato per effetto del decorso del tempo;
- attesa la natura di dichiarazione privata ascritta alla d.i.a., lo strumento di tutela del terzo rispetto all'attività intrapresa dal dichiarante deve essere identificato nell'azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire innanzi al giudice amministrativo per sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio di attività. Emanata la sentenza di accertamento, graverà sull'Amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato, sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti.

E' quanto consente di soddisfare le esigenze di cui la giurisprudenza amministrativa si fa carico, afferenti come osservato alla tutela del terzo.

Le si soddisfa, tuttavia, incidendo sul processo amministrativo, anziché stravolgendo la natura dell'istituto di diritto sostanziale: in specie, riconoscendo l'esperibilità, nel processo amministrativo, nel caso di specie ad opera del terzo, di un'azione a carattere non impugnatorio, ma volta solo all'accertamento della contrarietà dell'attività indicata in d.i.a. alla disciplina di settore⁴⁹.

6.2. La d.i.a e le politiche di semplificazione: conclusioni.

Concludendo quanto alla d.i.a., i ristretti margini di operatività dell'istituto, la rimarcata tendenza dei privati a diffidare dallo stesso, in uno al rischio di una sua strisciante trasformazione in un autentico silenzio assenso, inducono ad interrogarsi in merito alla sua effettiva utilità quale strumento sul quale seriamente contare nel condurre un'ambiziosa politica di recupero di efficienza procedimentale.

Soprattutto, la tendenza, talvolta anche giurisprudenziale, ad accostare la d.i.a. al silenzio assenso induce a volgere lo sguardo a questo secondo strumento di semplificazione procedimentale.

7. Il silenzio-assenso. La disciplina.

Il silenzio-assenso costituisce un tipico rimedio previsto dal legislatore per prevenire lo stesso prodursi delle conseguenze negative collegate all'inerzia amministrativa.

La più significativa innovazione, introdotta nel 2005, nel quadro della riforma della l. 241/90, ha riguardato proprio l'ambito di applicazione del silenzio - assenso che, da strumento particolare, utilizzabile solo nei casi individuati dalle norme, diventa istituto ad applicazione generale,

⁴⁹ In tema, CLARICH e SANCHINI, *Verso il tramonto della tipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *Rivista Neldiritto*, 2009, n. 3, 446 ss.

utilizzabile ogni qualvolta:

- il procedimento sia **ad** istanza di parte;
- il richiedente miri **ad** ottenere un provvedimento amministrativo;
- non si verta in una materia sottratta all'operatività del silenzio-assenso per effetto della stessa previsione dell'art. 20 o per effetto di un successivo decreto del Presidente del Consiglio, all'uopo emanato, non avente natura regolamentare ed adottato su proposta del Ministro competente, sentito il Ministro per la Funzione Pubblica.

Invero, l'art. 20, l. n. 241 del 1990, come riscritto dall'art. 3, comma 6 *ter*, d.l. n. 35 del 2005, nel testo risultante dopo la legge di conversione n. 80 del 2005, prevede che *“fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2 del presente articolo”*.

Il silenzio-assenso, dunque, nei procedimenti ad istanza di parte, perde il carattere di istituto eccezionale, destinato ad operare nelle tassative ipotesi previste, per divenire istituto generale.

Il legislatore ha, tuttavia, escluso dal suo ambito di applicazione talune ipotesi.

La formazione del silenzio-assenso è esclusa in primo luogo allorché l'amministrazione avvii una procedura di conferenza di servizi entro trenta giorni dalla domanda. Utilizzando l'art. 20, comma 2, l'espressione *“può indire”*, deve ritenersi che l'eccezione riguardi le ipotesi di conferenza di servizi facoltativa⁵⁰. È lo stesso avvio del procedimento di conferenza a costituire indice della necessità di una valutazione comparativa di interessi e, quindi, di una espressa determinazione in merito.

Non trova applicazione la regola del silenzio-assenso in una serie di ulteriori ipotesi, individuabili per categorie di materie o di norme:

- a) gli atti e i procedimenti riguardanti le materie sensibili del patrimonio culturale e paesaggistico, dell'ambiente, della difesa nazionale, della pubblica sicurezza e dell'immigrazione, della salute e della pubblica incolumità, che, in considerazione della rilevanza costituzionale degli interessi ad esse sottesi, devono essere oggetto di un'espressa determinazione amministrativa, non essendo possibile utilizzare meccanismi di equiparazione al provvedimento espresso di comportamenti inerti;
- b) i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali; si è in proposito osservato⁵¹ che la disposizione non riguarda le ipotesi in cui la normativa comunitaria impone espressamente un provvedimento amministrativo formale. Il riferimento è invece alle ipotesi in cui è indispensabile una espressa valutazione amministrativa, come un accertamento tecnico o una verifica. In conclusione, il silenzio-assenso, non può trovare applicazione in tutti i casi in cui sussiste la necessità di svolgere una specifica attività istruttoria, vuoi in considerazione della natura degli interessi coinvolti vuoi perché la stessa normativa affida all'autorità procedente il potere di imporre prescrizioni e cautele a riprova che si richiede un provvedimento *ad hoc*;
- c) i casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come provvedimento di rigetto dell'istanza;
- d) i casi in cui una disposizione regolamentare, ovvero atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti, escludono l'applicazione del silenzio-assenso. I decreti in questione, essendo diretti a determinare in via generale ed astratta la disciplina applicabile ad una serie di procedimenti, hanno natura regolamentare. Non si tratta, tuttavia, di regolamenti di delegificazione, difettando dei requisiti formali e sostanziali di cui all'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400; gli stessi, peraltro, non delegificano un determinato settore, limitandosi a mantenere il regime legislativo preesistente.

Come accennato, l'art. 9, l. n. 69/2009, ha da ultimo inserito nell'art. 20, comma 4, l. n. 241/1990, il riferimento alle materie dell'immigrazione, dell'asilo e della cittadinanza, allo scopo di sottrarle al meccanismo del silenzio provvedimentale⁵².

⁵⁰ MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 268.

⁵¹ MORBIDELLI, *op. cit.*

⁵² L'innovazione appare coerente con la parallela incisione dell'art. 19, legge medesima, di cui si è detto nel paragrafo dedicato alla d.i.a., e la cui *ratio* consiste nella opportunità di evitare l'automatica formazione di un provvedimento tacito di accoglimento della istanza in ambiti, quali quelli specificati nel comma 4 dell'art. 20, l. n. 241/1990, in cui la delicatezza degli interessi coinvolti impone la necessità di una adeguata ponderazione a cura dell'Amministrazione competente, di cui la stessa possa dare conto nella motivazione esplicita del provvedimento conclusivo. Infine, l'art. 7, l. n. 69/2009, ha sostituito l'ultimo comma dell'art. 20, l. n. 241/1990, che ora così dispone: *«Si applicano gli articoli 2, comma 7, e 10-bis»*. Si tratta di adeguamento normativo reso indispensabile dalle modifiche apportate dalle altre disposizioni della novella. Ed invero: l'originario riferimento al comma 4 dell'art. 2, l. n. 241/1990, è sostituito dal rinvio al comma 7, stesso articolo, in cui risulta confluito, con alcune precisazioni, il contenuto del comma 4, avente ad oggetto l'istituto della sospensione del termine di conclusione del procedimento amministrativo; resta immutato il richiamo all'art. 10 *bis*, disciplinante il preavviso di rigetto. L'applicazione al silenzio-assenso delle disposizioni in materia di sospensione del termine per provvedere e di comunicazione dei motivi ostativi dell'accoglimento della istanza comprova la valenza provvedimentale dell'istituto.

Al ricorrere di tali requisiti, la mancata adozione del provvedimento finale, nei termini fissati dall'art. 2 della legge n. 241/90, che generalizza l'obbligo della P.A. di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso, entro termini certi e prefissati, "equivale a provvedimento di accoglimento della domanda".

La modifica apportata dal legislatore del 2005 si è rivelata, dunque, di grande impatto, avendo rovesciato il rapporto di regola ad eccezione: diversamente dalla previgente disciplina, che confinava l'operatività del silenzio assenso ad ipotesi determinate, oggi costituisce la regola che la richiesta del privato debba dirsi assentita qualora la PA non si sia determinata entro il termine previsto per provvedere. Diversamente, è l'inoperatività del silenzio assenso a costituire l'eccezione.

Importante osservare –passando dall'ambito applicativo alla concreta disciplina dell'istituto- che, decorso il termine per la formazione del silenzio-assenso, l'esaurimento del potere della P.A. di provvedere in maniera espressa è, comunque, compensato dalla possibilità di incidere sugli effetti illegittimi del silenzio-assenso agendo in autotutela.

In tal caso, però, l'eliminazione del silenzio non consegue automaticamente alla valutazione dell'illegittimità, ma presuppone il riscontro di ragioni di pubblico interesse nella direzione della cancellazione dell'atto.

La conclusione trova positivo sostegno nel nuovo testo dell'art. 20, l. n. 241 del 1990, il cui comma 3 specifica che, nei casi in cui il silenzio equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*.

Il richiamo a tali disposizioni conferma, del resto, la natura provvedimentale del silenzio-assenso, a tutti gli effetti equiparato ad un provvedimento, suscettibile di rimozione tramite l'esercizio del potere di autotutela della P.A. procedente.

7.1. Il silenzio-assenso quale strumento di semplificazione.

Questa essendo la disciplina attuale del silenzio-assenso, qualche riflessione si impone in merito alla possibilità di scorgere in tale istituto uno strumento da valorizzare nel perseguire una politica di semplificazione procedimentale.

Viene in considerazione, al riguardo, il primo dei tre interrogativi prima enunciati.

E' possibile evitare che la semplificazione del procedimento amministrativo passi inevitabilmente per una deprecabile deresponsabilizzazione dell'amministrazione e dei suoi agenti?

Può escludersi che il silenzio-assenso sia un meccanismo cui ricorrere solo per "eludere" i problemi strutturali di un'amministrazione non sempre in grado di svolgere in modo adeguato ed efficiente, nell'ambito del procedimento, le funzioni che le sono assegnate?

Soprattutto, non è più fisiologico imporre ed assicurare (con responsabilizzazioni e conseguenti sanzioni per i ritardi, oltre che con adeguati poteri sostitutivi) il rilascio di provvedimenti espressi in un tempo ragionevolmente prestabilito, incidendo sulle cause strutturali dei ritardi, oltre che dotando il cittadino di strumenti rimediali adeguati da sperimentare per ovviare alle inerzie?

Il silenzio assenso e la sua propagandata generalizzazione non si pongono in contraddizione con l'obbligo generale di concludere il procedimento con provvedimento espresso, finendo col legittimarne l'elusione, a danno dei principi di buona amministrazione⁵³?

8. Il silenzio-inadempimento.

Un riferimento è d'obbligo, a questo punto, alla nuova disciplina del silenzio rifiuto-inadempimento, in specie volto ad esprimere l'apprezzamento per la scelta dello stesso legislatore del 2005 di snellire l'*iter* di formazione dello stesso (con l'eliminazione della necessità della previa diffida) e, per quel che più conta, con la prevista trasformazione del giudizio amministrativo

⁵³ SANDULLI, op. cit.

avverso il silenzio, ormai volto (almeno quando l'inerzia contestata non sia stata serbata in relazione ad istanze il cui soddisfacimento implichi esercizio di discrezionalità) all'accertamento della fondatezza sostanziale della pretesa, anziché della sola violazione ad opera dell'amministrazione della tempistica procedimentale.

Scelta questa – coerente peraltro con un'idea prospettata oltre trenta anni fa da Mario Nigro e fatta propria dalla storica pronuncia dell'Adunanza plenaria del 1978 (prima che fosse rimessa in discussione dalla stessa Plenaria nel 2002, per vero in un mutato contesto normativo)- quanto mai opportuna al fine di evitare che il processo amministrativo possa a sua volta divenire, a causa della non risolutività delle decisioni all'esito dello stesso adottate, momento di ulteriore complicazione amministrativa, anziché fattore di definitiva risoluzione delle inerzie dell'amministrazione.

Si tratta, quindi, di intervento apprezzabile laddove irrobustisce le forme rimediali assegnate al privato a fronte dell'inerzia dell'amministrazione.

Se accompagnata dalla previsione della risarcibilità dei danni da ritardo, in disparte la spettanza del bene della vita invano chiesto all'amministrazione, saremmo al cospetto di un sistema normativo capace di sortire un effetto di deterrenza nei confronti delle amministrazioni inerti, chiamate quindi a fare responsabilmente i conti con le cause della inefficienza.

Con parziale favore vanno salutate, al riguardo, le previsioni contenute nella legge n. 69/2009 in tema di termini dell'azione amministrativa e di conseguenze relative al mancato rispetto degli stessi. Giova passarle in rassegna.

8.1. Le novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69.

Un cenno, in chiusura, meritano le novità introdotte, in tema di ritardi dell'amministrazione e di responsabilità dirigenziale, dalla legge 18 giugno 2009, n. 69.

Su un primo versante, riscrivendo l'art. 2, legge n. 241/1990⁵⁴, ridefinisce i termini per provvedere, anche attraverso la limitazione del ricorso ad evenienze sospensive o interruttrive della relativa durata.

⁵⁴ Così riformulato: «Art. 2 – Conclusione del procedimento.

Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni.

Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa, sono individuati i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza.

Nei casi in cui, tenendo conto della sostenibilità dei tempi, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento, sono indispensabili termini superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, i decreti di cui al comma 3 sono adottati su proposta anche dei Ministri della Pubblica Amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. I termini ivi previsti non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione.

Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza.

I termini per la conclusione del procedimento decorrono dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è a iniziativa di parte.

Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa e non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2.

Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno

E' così introdotta una nuova disciplina dei termini massimi di conclusione dei procedimenti improntata a una generale abbreviazione dei termini stessi rispetto all'assetto previgente, nonché a principi di certezza, uniformità ed estremo rigore circa il momento entro il quale la P.A. è tenuta a definire il procedimento da essa gestito,

Su un secondo fronte, la legge 18 luglio 2009, n. 69, introduce previsioni dichiaratamente intese ad accrescere la tutela degli amministrati a fronte di ritardi e inefficienze dei soggetti pubblici nella definizione dei procedimenti amministrativi.

In tale prospettiva, vengono in rilievo due significative novità.

Da un lato, il riconoscimento esplicito della risarcibilità del c.d. danno da ritardo contenuto nel "nuovo" art. 2-bis della legge n. 241, a tenore del quale «*Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.*

Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni.».

Dall'altro, la legge 18 giugno 2009, n. 69, nell'intento di accrescere la tutela degli amministrati a fronte di ritardi e inefficienze dei soggetti pubblici nella definizione dei procedimenti amministrativi, prevede espressamente che i predetti ritardi possono essere causa di responsabilità dei dirigenti amministrativi.

Invero, il novellato art. 2, legge n. 241 del 1990, così recita al suo ultimo comma: «*La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*».

Correlativamente, il comma 2 dell'art. 7 della ridetta legge n. 69 del 2009 dispone: «*Il rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti rappresenta un elemento di valutazione dei dirigenti; di esso si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato. Il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro per la semplificazione normativa, adotta le linee di indirizzo per l'attuazione del presente articolo e per i casi di grave e ripetuta inosservanza dell'obbligo di provvedere entro i termini fissati per ciascun procedimento*».

Si tratta di previsioni coerenti con i più generali intenti di incremento dell'efficienza e della produttività che hanno ispirato la più recente produzione legislativa in materia di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione, in specie la nota legge 4 marzo 2009, n. 15 (c.d. "legge Brunetta" o "anti-fannulloni").⁵⁵

8.1.2. La ristorabilità del danno da ritardo.

Come osservato, a norma dell'art. 2 bis, l. n. 241/1990, «*Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.*

Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni.».

L'inosservanza del termine di conclusione del procedimento amministrativo, nella sistematica della legge n. 69/2009, integra, altresì, un elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, come esplicitato dal comma 9 dell'art. 2, l. n. 241/1990.

Mentre, tuttavia, la responsabilità dirigenziale incombe sul dirigente, in aggiunta a quella cd. erariale, nei suoi rapporti con l'amministrazione alle dipendenze della quale svolge la propria attività lavorativa, la responsabilità per danno da ritardo di cui all'art. 2 bis, l. n. 241/1990, grava sulla Pubblica Amministrazione, obbligandola a risarcire il cittadino del danno ingiusto che questo abbia patito in

dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatto salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrono i presupposti. La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale ».

⁵⁵ Fra i primi commenti, cfr. CLARICH, *La "cura Brunetta" punta su formazione e premi ma il giudizio è rinviato ai decreti legislativi*, in *Guida dir.*, 2009, n. 13, 38 ss.

conseguenza della **inosservanza**, dolosa o colposa, del termine di conclusione del procedimento amministrativo, integrando un istituto rimediabile a disposizione del privato, aggiuntivo rispetto all'impugnazione del **silenzio**.

Giova considerare **che**, con riferimento al danno da ritardo, vengono in considerazione tre distinte questioni interpretative, tutte già esaminate in giurisprudenza:

- 1) la prima, di tipo **sostanziale**, attiene all'individuazione dei presupposti di ristorabilità del danno da ritardo e, prima ancora, all'identificazione delle posizioni soggettive tutelate dal meccanismo risarcitorio attivabile contro la P.A. colpevole del ritardo stesso: problematica, questa, che consente di vedere riproposta la **contrapposizione** teorica tra le due opzioni, aquiliana e contrattuale, relative alla natura giuridica della **responsabilità** dell'amministrazione;
- 2) la seconda, di tipo **processuale**, relativa all'individuazione del giudice innanzi al quale proporre la pretesa risarcitoria avente ad oggetto i danni da ritardo;
- 3) la terza, parimenti a carattere squisitamente processuale, riguardante l'estensibilità della nota regola della pregiudizialità alle domande risarcitorie aventi ad oggetto il pregiudizio asseritamente subito non già per effetto di provvedimento annullabile dal giudice amministrativo, ma in conseguenza del mero **silenzio** dell'amministrazione.

Ebbene la novella:

- 1) non pare idonea a fugare i dubbi interpretativi emersi in dottrina e giurisprudenza con riguardo ai presupposti di ristorabilità del danno da ritardo, in specie con riferimento alla risarcibilità del danno da ritardo mero;
- 2) interviene decisamente sulla seconda, con la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie nelle quali si fa questione del danno da ritardo;
- 3) non si occupa della questione relativa alla proponibilità in forma autonoma della domanda risarcitoria avente ad oggetto il danno da ritardo, non preceduta dal previo esperimento del ricorso avverso il silenzio.

Ciò posto giova soffermarsi sul primo dei tre indicati profili.

8.1.2.1. La risarcibilità del danno da ritardo mero: il dibattito svoltosi prima della riforma.

Come è noto, prima della novella, controversa è apparsa la questione relativa alla spettanza della tutela risarcitoria laddove l'amministrazione adottò un provvedimento sfavorevole, legittimo, ma con ritardo rispetto ai tempi ordinari del procedimento: è questa l'ipotesi del c.d. da ritardo mero, che s'identifica nella lesione dell'interesse procedimentale (e, dunque, non collegata al bene sostanziale della vita) del privato alla tempestiva conclusione del procedimento, nel termine di cui all'art. 2, l. n. 241 del 1990, a prescindere, quindi, dall'effettiva lesione del bene finale al cui conseguimento l'istanza era rivolta.

Ci si è chiesti, quindi, se l'interesse del privato al rispetto della tempistica procedimentale da parte della P.A. sia risarcibile *ex se*, a prescindere dalla spettanza del bene della vita richiesto ed indipendentemente dalla successiva emanazione e dal contenuto del provvedimento oggetto dell'istanza.

In quest'ottica, si muoveva l'art. 17, comma 1, lett. f), l. 15 marzo 1997, n. 59, che ipotizzava "forme di indennizzo automatico e forfettario per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento e di mancata o ritardata adozione del provvedimento".

La previsione richiamata assicurava un *quid minimum* di ristoro patrimoniale in via forfettaria; non escludeva, tuttavia, che il soggetto danneggiato dal mancato rispetto della tempistica procedimentale potesse provare di aver subito un danno in misura superiore rispetto a quella forfettariamente determinata in base alla legge del 1997.

Diversi erano, infatti, i presupposti condizionanti, rispettivamente, l'attivazione del meccanismo forfettario ipotizzato dal cit. art. 17 e di quello propriamente risarcitorio; l'indennizzo presupponeva il mero fatto dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere, non anche la valutazione circa la maggiore o minore fondatezza, sul piano sostanziale, della pretesa del privato.

Ad ogni modo, i dubbi interpretativi sollevati dalla disposizione in esame, contenuta in un disegno di legge delega, non si sono mai concretizzati, non essendo mai stata attuata la delega.

Ciò posto, il problema di fondo consiste nel verificare se sia o meno risarcibile il danno da ritardo indipendentemente dalla fondatezza della pretesa azionata dal privato con l'istanza. In altri termini, occorre stabilire se l'affidamento del privato nella certezza dei tempi dell'azione amministrativa sia meritevole di tutela in sé, a prescindere dal conseguimento dell'utile finale cui l'istanza era preordinata.

Diverse le posizioni interpretative al riguardo emerse.

Per un primo indirizzo, va riconosciuta la responsabilità della P.A. per il solo fatto del ritardo, in assenza quindi di ogni indagine sulla spettanza del bene della vita o dell'utilità finale: si sostiene, invero, che “non è ontologicamente corretto limitare le lesioni dell'interesse legittimo al solo provvedimento (allorché esso sia, non solo illegittimo, ma anche sfavorevole). Ogni violazione di principi e di regole che riguardino qualsiasi aspetto dell'azione amministrativa, in quanto impedisca, complichino o ritardi la determinazione (o il mantenimento) di un favorevole assetto degli interessi (finali), per ciò stesso lede l'interesse legittimo, anche se l'azione amministrativa si conclude in un provvedimento sfavorevole (e legittimo). L'inerzia, il ritardo nell'adozione del provvedimento, l'andamento contraddittorio, confuso, inutilmente gravoso dell'amministrazione provocano la lesione dell'interesse legittimo, allo stesso modo in cui provoca lesione il provvedimento finale sfavorevole”.

Si tratta di impostazione che, in qualche misura, pare evocare la ricostruzione dogmatica della responsabilità della P.A. come responsabilità da contatto o paracontrattuale, più vicina a quella contrattuale che a quella aquiliana, derivante dalla sola violazione dei doveri funzionali di legalità, imparzialità ed efficienza gravanti sull'amministrazione, analoghi agli obblighi di protezione nelle obbligazioni di diritto privato; ricostruzione che, come è noto, svincola la tutela risarcitoria dal giudizio sulla spettanza del bene della vita o della chance di conseguirlo, reputando sufficiente l'acclarata violazione degli obblighi procedurali, in cui il contatto qualificato si concreta.

La tutela risarcitoria, secondo questa ricostruzione, è, quindi, accordata in considerazione della riscontrata violazione degli obblighi procedurali, tra cui quello alla definizione tempestiva del procedimento amministrativo, a prescindere dalla spettanza o meno del bene della vita.

Sviluppando la riportata impostazione, *Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875*, nel rimettere la relativa questione all'Adunanza Plenaria, ha ricostruito il danno da ritardo come pregiudizio conseguente alla violazione dell'interesse al rispetto dei tempi di definizione dell'istanza prescritti dalla legge.

A fondamento dell'assunto, i giudici di Palazzo Spada, oltre a richiamare la tesi della natura contrattuale della responsabilità della P.A. (da contatto amministrativo qualificato), hanno sostenuto che l'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa è – nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del cd. rapporto amministrativo – interesse meritevole di tutela in sé considerato, non essendo sufficiente relegare tale tutela alla previsione e all'azionabilità di strumenti processuali a carattere propulsivo, che si giustificano solo nell'ottica del conseguimento dell'utilità finale, ma appaiono poco appaganti rispetto all'interesse del privato a vedere definita con certezza la propria posizione in relazione a un'istanza rivolta all'amministrazione.

Sulla questione è intervenuto *Cons. St., A.P., 15 settembre 2005, n. 7*, optando per la non ristorabilità del danno da ritardo mero.

Ad avviso dei Giudici della Plenaria, invero, il danno da ritardo è risarcibile solo quando emerga la spettanza del provvedimento favorevole; quando il provvedimento adottato in ritardo è (legittimamente) negativo, il ritardo dell'agire amministrativo non è fonte autonoma di risarcimento. Invero, “il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi

sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita")".

8.1.2.2.3. La fattispecie di cui all'art. 2 bis, l. n. 241/1990: persa un'occasione per la soluzione del problema?

La positivizzazione dell'istituto della responsabilità per danno da ritardo era già stata inserita nel disegno di legge Nicolais, A.S. 1859, presentato alle camere dal governo della scorsa legislatura, poi decaduto e, quindi, ripresentato integralmente dal nuovo governo nel corso della XVI legislatura.

Nella sua originaria formulazione, la previsione di cui al d.d.l. A.C. 1441 stabiliva che il risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza della inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento fosse dovuto dalle Pubbliche Amministrazioni e soggetti assimilati «indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto».

Nel comma 2 era inoltre prevista, «indipendentemente dal risarcimento del danno», la corresponsione ai soggetti istanti, per il mero ritardo, di una somma di denaro stabilita in misura fissa ed eventualmente progressiva (da stabilirsi con regolamento governativo ex art. 17, comma 1, l. n. 400/1988), «tenuto conto anche della rilevanza degli interessi coinvolti nel procedimento stesso».

La cognizione delle controversie relative all'applicazione dell'articolo era devoluta alla giurisdizione esclusiva de giudice amministrativo.

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno era fissata in cinque anni; quella del diritto alla corresponsione della somma di cui al comma 2 in due anni.

In sede di stesura definitiva, sia il riferimento alla autonomia del danno dalla spettanza del beneficio che quello relativo alla sanzionabilità del ritardo indipendentemente dalla dimostrazione del pregiudizio sono state espunte dal testo della norma, fomentando quindi, anzichè sopire, la diatriba in materia di giustiziabilità del danno da ritardo.

In recepimento dell'orientamento giurisprudenziale prevalente, la disposizione in commento pare per vero configurare il danno da ritardo come ipotesi specifica di responsabilità aquiliana⁵⁶.

La fattispecie materiale dell'illecito consta della condotta, consistente nell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento – a sua volta disciplinata nel precedente art. 2 – in nesso di causalità col danno ingiusto.

L'accertamento dell'eziologia tra condotta tenuta e pregiudizio occasionato potrà condursi alla stregua dei criteri comunemente impiegati in sede di causalità civilistica, costituiti dalla *condicio sine qua non* temperata dalla 'causalità adeguata'.

Il riferimento al «danno ingiusto» deve essere correttamente inteso con il filtro della interpretazione giurisprudenziale prevalente⁵⁷, e, dunque, non più circoscritto al diritto soggettivo perfetto, bensì esteso a qualsivoglia posizione giuridica soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento.

Occorre tuttavia chiedersi se tra siffatte posizioni sia ricompreso l'interesse del cittadino al rispetto dei termini di conclusione del procedimento, indipendentemente dall'esito dello stesso; la manipolazione operata nel corso dei lavori preparatori ha lasciato perfettamente intatti i dubbi manifestati dalla dottrina e dalla giurisprudenza anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 69/2009, e ora trasferiti in sede di interpretazione della neintrodotta disposizione.

In dottrina, sono già emerse tesi contrapposte.

Per una prima impostazione, che valorizza l'espressa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per il contenzioso risarcitorio avente ad oggetto il danno da ritardo, l'odierna opzione normativa, implicando il riconoscimento – quanto meno in alcuni casi – della

⁵⁶ Favorevoli a tale conclusione, GISONDI, "Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da ritardo", in "Il nuovo procedimento amministrativo", commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69 a cura di CARINGELLA-PROTTO, Roma, 2009, pp. 133 ss., che vi è indotto dalla considerazione del fatto che la norma pone a carico del ricorrente la prova del carattere colposo dell'inerzia della PA; VOLPE, "Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione di interessi legittimi dell'Amministrazione", in www.lexitalia.it, maggio 2009, il quale sottolinea la coincidenza tra il termine di prescrizione quinquennale previsto ex art. 2 bis, l. n. 241/1990, e quello fissato in generale in tema di responsabilità extracontrattuale.

⁵⁷ TOSCHEI, "Ristoro per danno da ritardo se l'attività è vincolata", cit., p. 46.

natura di vero e proprio diritto dell'interesse dei privati alla tempestiva conclusione del procedimento, confermerebbe la natura contrattuale della relativa responsabilità dell'amministrazione: tanto sull'assunto della tradizionale concezione della giurisdizione esclusiva come limitata a materie caratterizzate da "intreccio" di situazioni di diritto soggettivo e interesse legittimo⁵⁸.

Su altro versante, tuttavia, chi, non senza fondamento, ritiene la nuova disposizione non idonea a modificare le conclusioni già raggiunte dalla prevalente giurisprudenza, tanto più in considerazione del ripensamento dei compilatori rispetto alla prima versione del d.d.l., idoneo a suggerire la volontà legislativa di non disancorare il risarcimento del danno da ritardo dalla spettanza del beneficio sotteso al provvedimento omesso⁵⁹.

In tal senso, e contrariamente all'avviso poc'anzi riferito, non si ritiene decisiva neanche la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, verosimilmente volta a dissipare una volta per tutte i dubbi insorti all'indomani della nota sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204, allorché in talune pronunce si era ipotizzata l'estraneità alla sfera di cognizione del giudice amministrativo delle azioni da risarcimento da silenzio o da ritardo, essendo questi ultimi meri comportamenti, e non atti né provvedimenti.⁶⁰

8.1.3. La nuova ipotesi di responsabilità dirigenziale: i rapporti con la responsabilità dirigenziale prevista dall'art. 21, d. lgs. n. 165 del 2001.

Come osservato, la legge 18 giugno 2009, n. 69, nell'intento di accrescere la tutela degli amministrati a fronte di ritardi e inefficienze dei soggetti pubblici nella definizione dei procedimenti amministrativi, prevede espressamente che i predetti ritardi possono essere causa di responsabilità dei dirigenti amministrativi.

Invero, il novellato art. 2, legge n. 241 del 1990, così recita al suo ultimo comma: "*La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*".

Correlativamente, il comma 2 dell'art. 7 della ridetta legge n. 69 del 2009 dispone: "*Il rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti rappresenta un elemento di valutazione dei dirigenti; di esso si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato. Il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro per la semplificazione normativa, adotta le linee di indirizzo per l'attuazione del presente articolo e per i casi di grave e ripetuta inosservanza dell'obbligo di provvedere entro i termini fissati per ciascun procedimento*".

Ciò posto, vanno segnalati i problemi di coordinamento che la nuova previsione in tema di responsabilità dirigenziale pone con la generale disciplina *in subiecta materia* contenuta nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non inciso dalla riforma.

Problemi applicativi la nuova previsione può anche innescare se si ha riguardo alle ipotesi in cui il responsabile del procedimento *ex art. 5 l. n. 241/90* non rivesta qualifica dirigenziale⁶¹.

⁵⁸ Cfr. VACCA, *Ontologia della situazione giuridica soggettiva sottesa all'azione di risarcimento del danno conseguente all'inadempimento da parte della pubblica amministrazione dell'obbligo di esercitare il potere amministrativo (alla luce della legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in *www.lexitalia.it* (luglio 2009), il quale, muovendo dalla tradizionale concezione della giurisdizione esclusiva come limitata a materie caratterizzate da "intreccio" di situazioni di diritto soggettivo e interesse legittimo, conclude che l'odierna opzione normativa, implicando il riconoscimento – quanto meno in alcuni casi – dalla natura di vero e proprio diritto dell'interesse dei privati alla tempestiva conclusione del procedimento, confermerebbe la natura contrattuale della relativa responsabilità dell'amministrazione.

⁵⁹ GRECO, *I nuovi profili della responsabilità dirigenziale nella legge 18 luglio 2009, n. 69*, in GAROFOLI, *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, Neldiritto editore, 2009.

⁶⁰ Dubbi per vero già superati dalla prevalente giurisprudenza, la quale aveva in contrario affermato trattarsi comunque di controversie aventi a oggetto l'esercizio, o meglio il mancato esercizio, dei poteri funzionali e autoritativi della P.A., come tali certamente rientranti nel perimetro della cognizione del giudice amministrativo. Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2005, n. 6745, in *Giur. it.*, 2005, 1949; Cons. St., Ad. Pl., n. 7/2005, cit.

⁶¹ Per una trattazione approfondita degli indicati aspetti, GRECO, *I nuovi profili della responsabilità dirigenziale nella legge 18 luglio 2009, n. 69*, in GAROFOLI, *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, Neldiritto editore, 2009.

Giova esaminare dapprima i problemi di coordinamento tra la nuova previsione e la generale disciplina *in subiecta materia* contenuta nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165

Occorre, invero, valutare se la nuova previsione oggi inserita nell'ultimo comma dell'art. 2 l. n. 241 del 1990, secondo cui il mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento amministrativo "*costituisce elemento di valutazione*" della responsabilità dirigenziale, importi o meno l'introduzione di una ipotesi ulteriore di responsabilità dirigenziale, destinata ad aggiungersi alle due individuate dall'art. 21, d.lgs. n. 165 del 2001.

Va senz'altro esclusa la possibilità di ricondurre la nuova fattispecie alla figura della "*inosservanza di direttive*", considerandola un'ipotesi particolare di essa.

Invero, le "*direttive*" richiamate dall'art. 21 vanno identificate in quelle impartite dall'organo di indirizzo politico, connesse con gli obiettivi individuati nel provvedimento di incarico; per contro, l'obbligo di osservare i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi – il cui mancato rispetto, secondo la norma, può costituire elemento di valutazione della responsabilità del dirigente - non discende da siffatte direttive, ma direttamente da disposizioni di legge o regolamento.

Parimenti problematico risulta ricondurre la nuova previsione alla diversa ipotesi, ex art. 21 d.lgs. n. 165 del 2001, di "*mancato raggiungimento degli obiettivi*": anche in questo caso, infatti, gli "*obiettivi*" cui il legislatore ha inteso avere riguardo sono gli obiettivi specifici cui è preordinato l'incarico dirigenziale, quali risultano individuati nel provvedimento di conferimento, non già obiettivi generali dell'azione della P.A., come il raggiungimento di risultati di efficienza ed efficacia, cui è funzionale il rispetto dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di cui all'art. 2, l. n. 241/1990.

Come è stato attentamente osservato, allora, deve ritenersi che con la novità legislativa che si esamina si è inteso introdurre una nuova ed ulteriore ipotesi di responsabilità dirigenziale, destinata ad aggiungersi a quelle già individuate dal non modificato art. 21 d.lgs. n. 165/2001⁶².

8.1.3.1. Responsabilità dirigenziale e responsabilità del procedimento.

Il rilievo ascripto dalla legge n. 69 del 2009 ai ritardi nella definizione dei procedimenti amministrativi in sede di valutazione della responsabilità dei dirigenti impone di scandagliare il rapporto tra tale peculiare responsabilità e l'imputazione degli effetti dell'attività procedimentale al responsabile del procedimento di cui all'art. 5, l. n. 241/90.

Come è noto, tale norma espressamente prevede il dovere del dirigente di ciascuna unità organizzativa, come definita dal precedente art. 4, di assegnare la responsabilità dell'istruttoria e degli altri adempimenti connessi a ogni singolo procedimento "*a sé o ad altro dipendente addetto all'unità*"; nella pratica, si individua quale responsabile del procedimento un funzionario di livello non dirigenziale, ciò che ha posto l'ulteriore questione del rapporto tra dirigente preposto all'unità organizzativa e responsabile del procedimento.

Si è ritenuto, al riguardo, che non vi è contraddizione tra l'innovativa introduzione di una nuova forma di responsabilità, circoscritta ai dirigenti e strettamente connessa alla loro capacità di conseguire i risultati programmati, e l'intento di accrescere al massimo, per ragioni di efficienza e di trasparenza esterna, l'autonomia del responsabile della procedura, funzionario sempre più spesso diverso dal dirigente, e tuttavia molto più di questo a conoscenza delle problematiche sottese al procedimento.

Invero, si è sostenuto che la coerenza del sistema sia assicurata dalla distinzione tra le possibili responsabilità (civile, penale, contabile etc.) configurabili in capo al responsabile del procedimento

⁶² GRECO, *op. cit.*, il quale osserva che "ancora una volta, pertanto, il legislatore interviene su un tessuto normativo "sensibile", quale è quello in materia di ordinamento della dirigenza pubblica e di relativa responsabilità, introducendo rilevanti novità in una *sedes* eterogenea e senza interessare il testo fondamentale vigente in materia (nella specie, il Testo Unico del pubblico impiego), e quindi con modalità foriere di possibili dubbi ed equivoci interpretativi; tale tecnica legislativa, sempre più diffusa negli ultimi anni, appare certamente censurabile (oltre che contrastante con i dichiarati intenti di "codificazione" di interi settori normativi)".

per il proprio operato all'interno delle singole procedure e la ben diversa responsabilità del dirigente, concernente i profili generali di funzionamento dell'ufficio, la sua efficienza, l'efficacia globale dell'azione condotta.⁶³

Sul piano del rapporto interno fra il responsabile del procedimento e il dirigente che lo nomina ai sensi dell'art. 5 l. n. 241/90, il nuovo sistema si caratterizzava per il superamento del tradizionale modello gerarchico del rapporto tra dirigenza e dipendenti, in favore di un assetto incentrato sulla separazione e reciproca interrelazione delle competenze, in senso "orizzontale".

Occorre verificare in che modo su questo modello incide la nuova previsione di una possibile responsabilità del dirigente conseguente alla violazione dei termini di durata massima dei procedimenti amministrativi.

Pare utile segnalare che il legislatore, mosso dall'intento di conseguire obiettivi di semplificazione e di potenziamento delle garanzie dei cittadini a fronte dell'azione della P.A., li abbia perseguiti non già introducendo più puntuali previsioni relative alla responsabilità dei funzionari a diretto contatto con gli amministrati, bensì introducendo una maggiore responsabilizzazione del livello apicale dell'apparato burocratico-amministrativo.

Come è stato acutamente posto in risalto, non sarà semplice coniugare l'inedita ipotesi di responsabilità dirigenziale oggi prevista dall'art. 2, comma 9, con quella che fino a oggi è stata la netta separazione del ruolo del dirigente rispetto ai compiti e ai doveri attribuiti dalla legge al responsabile del procedimento⁶⁴.

9. La disciplina dettata dall'art. 21-*octies*, l. 241/1990.

Un cenno merita, ancora, la disciplina dettata dall'art. 21-*octies*, L. 241 del 1990, recante una previsione che, forse più delle altre, è destinata ad avere un impatto decisivo sul sistema di tutela approntato dal giudice amministrativo, non più tenuto ad arrestarsi alla valutazione della illegittimità formale o procedimentale dell'atto impugnato, su cui non può quindi abbattersi la scure dell'annullamento giurisdizionale allorché il giudice si avveda della sua giustezza sostanziale all'esito del doveroso esame prognostico circa gli esiti che il procedimento avrebbe avuto allorché l'errore formale o procedimentale, pure acclarato, non fosse stato commesso.

Si tratta, sul versante processuale, di un clamoroso cambio di prospettiva: l'atto amministrativo non è più l'oggetto esclusivo del giudizio amministrativo, che deve invece estendersi, a patto che sia rispettato lo spazio riservato alla discrezionalità amministrativa, al rapporto, con la verifica di ciò che nella vicenda amministrativa sarebbe comunque successo se pure le dedotte illegittimità non si fossero verificate.

Volgendo lo sguardo alle possibili implicazioni di tipo sostanziale e procedimentale (anziché squisitamente processuale) della disposizione citata, non è mancato chi ha nella stessa ravvisato una misura di semplificazione procedimentale, destinata ad aprire la via alla riduzione della rilevanza degli adempimenti procedimentali.

Se così fosse, si tratterebbe di scelta non del tutto in linea con quelle pure contestualmente fatte dallo stesso legislatore del 2005: da un lato, infatti, quel legislatore ha mostrato la tendenza a rafforzare le garanzie procedimentali — si pensi alla norma sulla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglienza dell'istanza: art. 10-*bis*, cui segue una eventuale fase partecipativa — dall'altro, quella a deprezzarle.

Giova, sul punto, qualche riflessione, necessariamente sintetica.

L'art. 21-*octies*, L. 241 del 1990, costituisce il tentativo di codificare quelle tendenze antiformaliste già apparse sia in dottrina che in giurisprudenza.

Orbene, premesso che l'impostazione antiformalista va senz'altro condivisa, ci si deve però chiedere se effettivamente la nuova previsione vada nel senso di semplificare l'azione amministrativa e renderla più efficiente eliminando alcune formalità che costituivano un

⁶³ In tal senso, POTENZA, *Spunti innovativi attuali nella disciplina della responsabilità gestionale dei dirigenti degli enti locali*, in *Foro amm.*, 1998, 2, 619 ss.

⁶⁴ GRECO, *op. cit.*

appesantimento.

Giova considerare, al riguardo, che le norme sul procedimento o la forma degli atti non sono dettate per bizantinismi, costituendo viceversa il precipitato di principi di grande rilievo, talvolta di rango costituzionale: trasparenza, leale collaborazione, partecipazione al procedimento, accesso agli atti. Come è noto, peraltro, la legge n. 241 non ha minuziosamente disciplinato il procedimento amministrativo, dettando alcune regole, “poche ma forti”, che non sembrano certo da sé sole destinate ad indebolire la tensione efficientistica dell’azione amministrativa⁶⁵.

Regole, soprattutto, dettate a tutela del cittadino, oltre che della stessa amministrazione.

In specie, la trasparenza dell’*agere* amministrativo e delle sue decisioni, la partecipazione dei privati o delle altre autorità pubbliche al procedimento, lungi dal costituire un aggravio dello stesso, consente alla stessa amministrazione procedente di avere una visuale migliore per adottare le proprie determinazioni.

I principi e le regole introdotti dalla 241 non sono quindi meramente formali.

Ove la riforma della 241 avesse inteso fare un passo indietro rispetto a questi principi si aprirebbe un serio problema di costituzionalità.

Si tratta del noto dibattito, sorto all’indomani dell’entrata in vigore della disposizione che si esamina, relativo alla sua natura sostanziale o processuale.

- secondo una prima tesi, l’art. 21-*octies* ha trasformato i vizi di illegittimità individuati al secondo comma in mere irregolarità. In particolare, secondo una minoritaria posizione, l’art. 21-*octies*, configurerebbe addirittura una sorta di esimente, in grado di sollevare la P.A. dall’obbligo di rispettare gli artt. 7 e 8;

- secondo la tesi contrapposta, invece, l’art. 21-*octies*, non incide sul regime giuridico dell’atto, cioè sulle categorie dell’irregolarità e dell’illegittimità, ma semplicemente inibisce la pronuncia di annullamento dell’atto per carenza dell’interesse a ricorrere. L’unico rimedio esperibile rimarrebbe, pertanto, il risarcimento del danno, anche se è discussa la possibilità di configurare un danno risarcibile quando il provvedimento concretamente adottato non avrebbe potuto essere diverso. In questi casi, infatti, non sussiste solitamente una diretta lesione del bene della vita, ma semplicemente una violazione dell’interesse al rispetto delle regole procedurali, sulla cui risarcibilità esistono opinioni contrastanti.

Volendo esplicitare le posizioni finora illustrate in modo schematico, può dirsi che per una prima ipotesi ricostruttiva, peraltro minoritaria, il provvedimento non annullabile per effetto del secondo comma dell’art. 21-*octies* sarebbe un provvedimento meramente irregolare.

Come è noto la nozione di irregolarità non è pacifica in dottrina.

Secondo l’impostazione ermeneutica prevalente, all’irregolarità sarebbero riconducibili i vizi formali minori del provvedimento amministrativo, ovvero le ipotesi in cui la difformità dell’atto dal paradigma normativo sia così lieve da consentire la qualificazione del provvedimento come legittimo *ab origine*. L’atto irregolare appare così in contrasto con il testo ma non con lo spirito della norma violata, senza che risultino compromessi l’individuazione e il perseguimento dell’interesse pubblico concreto. Peraltro, non è mancato chi ha negato in radice la configurabilità di una ipotesi di difformità dallo schema legale che non conduca all’illegittimità dell’atto amministrativo.

Ciò posto, l’irregolarità presuppone che il giudice effettui una valutazione del vizio *ex ante* e in astratto, senza alcun riferimento alla fattispecie concreta. Diversamente, ha puntualmente sottolineato la giurisprudenza, la previsione dell’art. 21-*octies*, comma 2 impone l’accertamento, *ex post*, che il provvedimento affetto da un vizio di legittimità non avrebbe potuto avere comunque un contenuto dispositivo diverso.

Sotto diverso profilo, si è osservato come la tesi in esame finirebbe col negare al cittadino, a fronte di un atto affetto da vizi procedurali riconducibili all’ipotesi di violazione di legge, qualsiasi strumento di reazione processuale, anche meramente risarcitorio, in palese contrasto con i principi espressi dagli artt. 24 e 113 della Costituzione.

⁶⁵ CHIEPPA, *Il nuovo regime dell’invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it

Accertata l'impossibilità di ricondurre la fattispecie introdotta dall'art. 21-*octies* alla nozione di irregolarità, parte della dottrina ha riconosciuto nella disposizione in esame la codificazione del principio del raggiungimento dello scopo dell'atto, già disciplinata dall'art. 156, co. 3 c.p.c., in base al quale *“la nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato”*. La regola del raggiungimento dello scopo si ricollega al più generale principio di conservazione degli atti amministrativi e di strumentalità delle forme e presuppone che l'invalidità dell'atto, accertata in concreto ed *ex post* dal giudice, venga considerata irrilevante allorché lo scopo della norma violata sia stato comunque raggiunto.

Si è tuttavia obiettato che mentre l'art. 156, co. 3, c.p.c., si riferisce allo scopo della disposizione procedimentale violata (così, ad esempio, è irrilevante il mancato rispetto di una norma che garantisce la partecipazione del privato al procedimento qualora il contraddittorio con il cittadino si sia comunque instaurato), l'art. 21-*octies*, co. 2, impone una più penetrante valutazione del contenuto dispositivo del provvedimento concretamente adottato e, quindi, dello scopo dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici perseguiti. Così, qualora il giudice accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del principio del raggiungimento dello scopo dell'atto *“esclude la sussistenza del vizio senza neanche dover valutare se sussistano, o meno, i presupposti per l'applicazione dell'art. 21octies della legge 241/1990”*⁶⁶.

La tesi, che comporterebbe l'impossibilità per l'amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento sostanzialmente legittimo, è stata sottoposta a critica sotto due diversi profili. In primo luogo, si è acutamente osservato come tale ricostruzione sia in grado di giustificare esclusivamente l'irrilevanza dei vizi degli atti endoprocedimentali, sanati dal provvedimento conclusivo, mentre non riesce a spiegare in modo convincente perché non sia annullabile il provvedimento finale invalido. Sotto diverso profilo si è rilevato come il mancato annullamento dell'atto, in base all'art. 21-*octies*, prescinda, come accade invece in caso di convalida, dall'acquisizione successiva di un elemento mancante che perfezioni la fattispecie: il provvedimento, in base al disposto dell'art. 21-*octies*, resta comunque invalido, sebbene non sia annullabile dal giudice.

L'impostazione ermeneutica che sembra trovare maggiori consensi in dottrina e in giurisprudenza è quindi quella che riconosce nella disposizione in esame la codificazione del principio giuridico del raggiungimento del risultato. L'invalidità del provvedimento, secondo questa ipotesi ricostruttiva, diventa irrilevante, in quanto il ricorrente non può attendersi dalla rinnovazione del procedimento una decisione diversa da quella adottata. La novella legislativa non avrebbe fatto altro, quindi, che accogliere le istanze della dottrina e della giurisprudenza che già da tempo sottolineavano come la sanzione dell'annullamento appaia inutile e, sotto certi aspetti, persino dannosa per il privato, qualora sia evidente che all'annullamento conseguirebbe comunque un provvedimento, questa volta formalmente legittimo, sfavorevole al ricorrente.

In conclusione, l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge 241/90, pure simile alla previsione contenuta nell'ordinamento tedesco, appare pericoloso in specie laddove, non correttamente inteso, rischia di depotenziare la funzione partecipativa del cittadino al procedimento amministrativo.

Il rischio più forte è quello di un disorientamento dell'amministrazione, che farebbe meglio a non tenere conto della norma in sede amministrativa, limitandosi ad utilizzarla in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l'esercizio del potere di autotutela⁶⁷.

Scontato ricordare le profonde radici che il diritto del destinatario ad essere sentito, prima dell'adozione di un provvedimento non favorevole, ha in altre civiltà giuridiche, ritenute meno formaliste della nostra: in Gran Bretagna, la regola dell'*audi alteram partem*, il diritto di essere sentiti, dal processo è passato al procedimento amministrativo ed è divenuta una garanzia (essenziale) ineludibile per gli interessati a seguito di pronunzie delle Corti giudiziarie inglesi su casi amministrativi risalenti al seicento ed al settecento.

⁶⁶ Cons. Stato, sez. VI, n. 5260 del 2006.

⁶⁷ CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it

Pare piuttosto contraddittorio, allora, oltre che configgente con il principio di democraticità dell'azione amministrativa, pensare che la semplificazione dei procedimenti amministrativi possa passare per l'introduzione di una estesa dimidiazione delle regole formali e procedurali e per un ridimensionamento del rilievo che l'inosservanza delle stesse può sortire in termini di patologia del provvedimento finale adottato dall'amministrazione.

10. Riforma dell'amministrazione ed evoluzione del processo amministrativo: è possibile una sinergia? La delega per il riassetto della giustizia amministrativa introdotta dalla legge n. 69 del 2009.

Per chiudere, giova confrontarsi con l'ultimo degli interrogativi da cui si è inteso prendere le mosse. In che modo può e deve concorrere all'abbattimento del c.d. rischio amministrativo una naturale evoluzione del processo amministrativo, della sua fisionomia, del suo oggetto, delle tecniche di tutela in seno allo stesso sperimentabili? E' possibile pensare ad una sinergia tra riforma dell'amministrazione volta ad una semplificazione delle sue *performance* ed evoluzione del processo amministrativo⁶⁸?

Come è noto, è ormai in atto una tendenziale trasformazione del giudizio amministrativo, ruotante non più attorno alla sola azione di annullamento, al suo interno essendo sperimentabili plurime azioni.

Soprattutto, è in atto una tendenza a considerare l'atto amministrativo non più l'oggetto esclusivo della cognizione del giudice amministrativo, chiamato sempre più a portare il suo vaglio sul rapporto, sì da assicurare una tutela piena (e non di facciata) all'interesse del privato.

L'evoluzione subita dal giudizio sul silenzio e dal suo oggetto, le novità in tema di motivi aggiunti, l'introduzione del meccanismo sanante di cui all'art. 21 *octies*, l. 241/1990, costituiscono indizi forti del processo evolutivo accennato.

Si tratta di un'evoluzione da salutare con particolare favore se solo si considera che la precedente e tradizionale visione del processo amministrativo quale sistema ruotante attorno all'atto, volto cioè a valutarne la legittimità senza che nello stesso si prenda coscienza del rapporto che all'atto è sotteso e si accerti, quindi, l'effettiva consistenza delle posizioni di vantaggio e non di cui sono titolari i protagonisti della vicenda amministrativa (amministrazione, istante e controinteressati), ha tradizionalmente indotto:

- 1) ad escludere, quanto alle azioni proponibili, la sperimentabilità nel processo amministrativo a tutela di interessi legittimi, di azioni di accertamento e condanna;
- 2) a ritenere, quanto alla consistenza della cognizione devoluta al giudice amministrativo e all'impegno istruttorio dallo stesso esigibile, non necessaria una complessa attività di raccolta probatoria, come attestato dalla mancata previsione, prima del varo della legge n. 205/2005, della consulenza tecnica;
- 3) ad avallare la prassi processuale del c.d. assorbimento dei motivi, in forza della quale il giudice annulla l'atto sulla base della riscontrata presenza di uno solo dei diversi vizi dedotti con i motivi di ricorso, senza passare all'esame degli altri, in specie quelli sostanziali, pure necessario perché la sentenza possa orientare il successivo riesercizio del potere;
- 4) ad escludere l'integrabilità in giudizio della motivazione di cui si è dedotto in ricorso la mancanza o l'insufficienza, al contempo ammettendo che, annullato l'atto sulla base della accertata violazione dell'art. 3, l. 241/1990, l'amministrazione possa reiterare il diniego esplicitando nuove ragioni;

⁶⁸ Per alcune riflessioni sulle "interrelazioni tra le trasformazioni che hanno riguardato il provvedimento e quelle che hanno interessato il processo amministrativo" espresse "nella consapevolezza che tra le une e le altre esiste una reciproca influenza, una osmosi continua", DE LISE, *Lo statuto del provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it

5) sostanzialmente a riconoscere –a fronte di un giudizio di annullamento per intero vertente sull’atto e sui suoi vizi, anche formali o procedurali – un amplissimo potere di riesaminare e definire la vicenda in capo all’amministrazione, cui di fatto si riconsegna, sostanzialmente indifeso, il privato, pure vittorioso in giudizio.

Risvolti, quelli segnalati, certo confliggenti con l’obiettivo di rendere il processo amministrativo e le pronunce che lo definiscono davvero “risolutive”, anziché parentesi processuali di un procedimento amministrativo destinato -in spregio ad ogni istanza semplificatrice- a ripartire *ex novo*.

Ferme le conquiste ormai realizzate, occorre interrogarsi sull’opportunità (o necessità) di un’ulteriore evoluzione, spinta fino al punto da aprire il processo amministrativo al principio di atipicità delle forme di tutela.

Aperture in tal senso si sono registrate nella più recente giurisprudenza impegnata ad esaminare la questione relativa all’ammissibilità, nel processo amministrativo, di un’azione di accertamento autonomo, sul modello tedesco⁶⁹.

E’ probabilmente opportuna una scelta di campo del legislatore, coerente non solo con la rappresentata evoluzione del sistema di giustizia amministrativa nella direzione della pienezza della protezione accordata alle posizioni soggettive, ma anche con il segnalato obiettivo di rendere davvero “risolutive” le pronunce del giudice amministrativo.

Un’opportunità è, al riguardo, offerta dalla delega per il riassetto della giustizia amministrativa contenuta nell’art. 44, legge n. 69 del 2009⁷⁰.

⁶⁹ In senso affermativo, Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Rivista Neldiritto*, 2009, n. 3, 446 ss., con nota di CLARICH e SANCHINI, *Verso il tramonto della tipicità delle azioni nel processo amministrativo*. Conf. da ultimo, Tar Calabria, Reggio Calabria, 18 giugno 2009, n. 431. Per un attento esame della tematica, CLARICH, *Tipicità delle azioni e azioni di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁷⁰ “1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele.

2. I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all’articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche e telematiche, nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l’estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l’individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell’arretrato;

b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice:

1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni;

2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l’ordinamento vigente;

3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice;

4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa;

c) procedere alla revisione e razionalizzazione dei riti speciali, e delle materie cui essi si applicano, fatti salvi quelli previsti dalle norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige;

d) razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale, prevedendo il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi e introducendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni;

e) razionalizzare e unificare la disciplina della riassunzione del processo e dei relativi termini, anche a seguito di sentenze di altri ordini giurisdizionali, nonché di sentenze dei tribunali amministrativi regionali o del Consiglio di Stato che dichiarano l’incompetenza funzionale;

f) riordinare la tutela cautelare, anche generalizzando quella ante causam, nonché il procedimento cautelare innanzi al giudice amministrativo in caso di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, prevedendo che:

Due, principalmente, le direttrici di fondo lungo le quali dovrà muoversi il legislatore delegato.

Da un lato, sarà incidere sui fattori che ostano ad una definizione tempestiva del processo amministrativo ponendo mano ai criteri di riparto della giurisdizione e assicurando piena attuazione al principio di concentrazione processuale, nonché ridefinendo la disciplina dei termini processuali e della tutela cautelare.

Dall'altro, per l'appunto, sarà necessario assicurare pieno ingresso al principio della pluralità (se non della atipicità) delle azioni proponibili: di annullamento, accertamento e risarcimento.

Sullo sfondo, però, un obiettivo ulteriore: quello di rendere il sistema di giustizia amministrativa idoneo ad assicurare, con le sue decisioni, un miglioramento delle *performance* dell'amministrazione, orientandola, oltre che stigmatizzandone, con lo strumento risarcitorio, illiceità e ritardi.

E' possibile e doverosa, cioè, una sinergia tra riforma dell'amministrazione, volta ad un recupero di efficienza e credibilità, ed evoluzione del processo amministrativo, diretta a garantire che le decisioni dei giudici abbiano un'efficacia per quanto possibile "risolutiva" della vicenda amministrativa, anziché costituire parentesi di un procedimento amministrativo destinato –in spregio ad ogni istanza semplificatrice- a ripartire *ex novo*.

1) la domanda di tutela interinale non può essere trattata fino a quando il ricorrente non presenta istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito;

2) in caso di istanza cautelare ante causam, il ricorso introduttivo del giudizio è notificato e depositato, unitamente alla relativa istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito, entro i termini di decadenza previsti dalla legge o, in difetto di essi, nei sessanta giorni dalla istanza cautelare, perdendo altrimenti ogni effetto la concessa tutela interinale;

3) nel caso di accoglimento della domanda cautelare, l'istanza di fissazione di udienza non può essere revocata e l'udienza di merito è celebrata entro il termine di un anno;

g) riordinare il sistema delle impugnazioni, individuando le disposizioni applicabili, mediante rinvio a quelle del processo di primo grado, e disciplinando la concentrazione delle impugnazioni, l'effetto devolutivo dell'appello, la proposizione di nuove domande, prove ed eccezioni.

3. I decreti legislativi di cui al comma 1 abrogano espressamente tutte le disposizioni riordinate o con essi incompatibili, fatta salva l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, e dettano le opportune disposizioni di coordinamento in relazione alle disposizioni non abrogate.

4. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri. Sugli schemi di decreto legislativo è acquisito il parere del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari. I pareri sono resi entro quarantacinque giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, i decreti possono essere emanati anche senza i predetti pareri. Ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda avvalersi della facoltà di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato può utilizzare, al fine della stesura dell'articolato normativo, magistrati di tribunale amministrativo regionale, esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese. Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso. Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, possono ad essi essere apportate le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con lo stesso procedimento e in base ai medesimi principi e criteri direttivi previsti per l'emanazione degli originari decreti.

5. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

6. All'articolo 1, comma 309, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, dopo le parole: «tribunali amministrativi regionali» sono aggiunte le seguenti: «, ivi comprese quelle occorrenti per incentivare progetti speciali per lo smaltimento dell'arretrato e per il miglior funzionamento del processo amministrativo».



Arriva la Scia, segnalazioni invece di dichiarazioni

Anche in questo caso, come era per la Dia, la documentazione serve a comprovare il possesso da parte di chi informa l'amministrazione dei requisiti e presupposti necessari per l'esercizio dell'attività

IL COMMENTO DI ANNA CORRADO

Scompare la Dia, denuncia di inizio attività per dar vita alla Scia, segnalazione certificata di inizio attività. Se con l'articolo 49 del decreto legge 78/2010 sono state introdotte, a ennesima modifica delle disposizioni di legge in tema di conferenza di servizi, alcune novità quanto al disposto dei relativi articoli della legge n. 241 del 1990, è in sede di conversione del citato decreto (operata con la legge 30 luglio 2010 n. 122) che si registra la novella più significativa e interessante da un punto di vista innanzitutto giuridico.

Disposizioni in materia di conferenza di servizi (Dl 78, articolo 49) - Con il comma 4-bis del citato articolo 49, infatti, è stato riscritto l'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, già recante la disciplina della denuncia di inizio attività, varandosi un testo integralmente nuovo che introduce nel nostro sistema l'istituto della Scia, «segnalazione certificata di inizio attività». Prima ancora di formulare rilievi e considerazioni, occorre ricordare che il nuovo testo di legge è in vigore dal 31 luglio 2010, atteso che la citata legge di conversione ha fissato la data di entrata in vigore delle nuove disposizioni al giorno successivo alla sua pubblicazio-

ne in «Gazzetta», avvenuta il 30 luglio. Così come va ancora in via preliminare rilevato che la citata legge di conversione chiarisce, al comma 4-ter del riscritto articolo 19 della legge n. 241 del 1990, che «le espressioni "segnalazione certificata di inizio di attività" e "Scia" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "dichiarazione di inizio di attività" e "Dia", ovunque ricorrono, anche come parte di una espressione più ampia» e che la nuova disciplina, di cui al comma 4-bis, «sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio di attività recata da ogni normativa statale e regionale».

Un problema operativo - L'ampiezza e nello stesso tempo la chiarezza della formula adoperata depongono, a una prima lettura, per la tesi dell'integrale scomparsa dal sistema della «denuncia di inizio attività» e della sua del pari integrale sostituzione con la «segnalazione certificata di inizio attività»: altro non potrebbe essere il senso del richiamo a «ogni normativa statale e regionale» e all'«ovunque ricorrono» per quanto concerne le due indicate locuzioni.

Il problema è, evidentemente, non solo teorico, ma anche e so-

prattutto operativo: la Scia, per come ora disciplinata dal legislatore, prende il posto anche della Dia edilizia, di cui agli articoli 22 e 23 del Dpr n. 380 del 2001? Occorre, infatti, considerare non solo e non tanto che le disposizioni specificamente volte a disciplinare la Dia edilizia non sono state espressamente abrogate, quanto piuttosto che si è in presenza di una disciplina speciale in parte differenziata rispetto a quella della Dia ordinaria.

Tuttavia, le primissime osservazioni alla novella in esame sono state prevalentemente nel senso di ritenere ricondotta nell'ambito di essa anche la Dia edilizia. La tesi preferibile è quella per cui anche la Dia edilizia è ora sostituita dalla segnalazione certificata di inizio attività (e così i termini assegnati all'amministrazione per operare i previsti interventi repressivi), ferme restando quelle disposizioni specificamente volte a disciplinare l'istituto in campo edilizio compatibili con l'avvenuta sostituzione di «d.i.a.» con «s.c.i.a.».

Va ancora rilevato che il comma 4-ter dell'articolo 19 - per come riscritto - chiarisce che le disposizioni di cui al comma 4-bis, in pratica le disposizioni in tema di Scia, attengono alla tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lette-



ra e), della Costituzione, e costituiscono livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m) del medesimo secondo comma.

In precedenza, l'articolo 29 della legge n. 241 del 1990 già prescriveva che le dichiarazioni in tema di denuncia di inizio attività (oltre che di silenzio assenso) attecchivano ai citati livelli essenziali secondo un modulo di progressivo ampliamento, a partire dall'accesso ai documenti, degli istituti della n. 241 in tal modo sottratti alla possibilità di intervento legislativo regionale. Occorre, infatti, ricordare che la riconduzione di un dato istituto a materia o ambito di materia che il novellato articolo 117 della Costituzione inserisce nell'elenco di cui al secondo comma importa l'attribuzione della disciplina di quell'istituto alla competenza esclusiva del legislatore statale.

La novità - La novità che va rimarcata per la Scia è che accanto all'oramai tradizionale riconduzione (di istituti della legge n. 241 del 1990) alla disciplina dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, la stessa è pure ricondotta all'ambito della tutela della concorrenza, materia comunque anch'essa riservata in via esclusiva al legislatore nazionale.

Tutto ciò premesso, ai sensi della nuova disciplina, ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di

**L'articolo 49
del decreto legge 78/2010,
per come modificato
in sede di conversione,
reca delega al Governo,
da esercitarsi entro un anno,
volta espressamente
a semplificare e ridurre
gli adempimenti
gravanti sulle piccole
e medie imprese**

attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una "segnalazione" dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli imposti dalla normativa comunitaria. Si tratta, nella sostanza, dello stesso ambito di applicazione (in disparte una riscrittura più razionale dei relativi confini con specifico riguardo alla materia ambientale, paesaggistica e culturale) già de-

lineato per la denuncia di inizio di attività. E dunque la "segnalazione" operata dal diretto interessato prende il luogo della "dichiarazione" di questi.

La documentazione necessaria - Anche la segnalazione, tuttavia, deve essere corredata - al pari della dichiarazione - da quella documentazione idonea complessivamente a comprovare il possesso in capo al "segnalante" dei requisiti e presupposti necessari per l'esercizio dell'attività di che trattasi. Ma mentre per la Dia era richiesta, a corredo della stessa, con formula invero ampia e generica la produzione, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste (ferma restando la possibilità per l'amministrazione competente di richiedere informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità soltanto qualora non siano attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non siano direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni), la nuova disciplina della Scia, che è appunto una "segnalazione certificata" così come lo stesso legislatore la definisce, impone di corredata la segnalazione stessa, in primo luogo, con le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445.

Occorre qui ricordare che un siffatto chiaro e inequivoco rinvio a quell'amplissima potestà



Ambito oggettivo di applicazione

Autorizzazioni	Atti
Richiedibili con la Scia	Atti per i quali l'autorizzazione da rilasciarsi dipenda esclusivamente dall'accertamento, in capo al richiedente, di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale
Non richiedibili con la Scia	Atti per i quali l'autorizzazione sia subordinata: <ul style="list-style-type: none"> □ A un limite o contingente complessivo □ A specifici strumenti di programmazione settoriale □ Ad atti imposti dalla normativa comunitaria □ A vincoli ambientali, paesaggistici o culturali □ All'ottenimento di atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, nonché di quelli imposti dalla normativa comunitaria. Non possono beneficiare delle disposizioni sulla segnalazione certificata quelle attività economiche a prevalente carattere finanziario, comprese quelle regolate dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria.

a cura di Alessandro Sacrestano

di autocertificazione e comunque potestà di comprovare con dichiarazione personale fatti, stati e qualità che il citato testo unico sulla semplificazione documentale attribuisce al cittadino sta necessariamente a significare giuridica sufficienza delle dichiarazioni sostitutive (compiutamente alternative dunque alle certificazioni pubbliche) al fine di dare certezza giuridica a quei fatti, quegli stati e quelle qualità che consentono l'esercizio di una determinata attività.

Ma la nuova disciplina della Scia è invero più compiuta quanto al corredo documentale della segnalazione, prevedendo la nuova formulazione dell'articolo 19 che siano dall'interessato prodotte anche le attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero le dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese. Il richiamo, quanto a questo ultimo profilo, è alle disposizioni recate dall'articolo 38 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, rubricato «Impresa

in un giorno». Il citato articolo 38 stabilisce che, al fine di garantire il diritto di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 della Costituzione, l'avvio di attività imprenditoriale, per il soggetto in possesso dei requisiti di legge, è tutelato sin dalla presentazione della dichiarazione di inizio attività (ora segnalazione certificata di inizio attività) o dalla richiesta del titolo autorizzatorio. Prevede, inoltre, che l'attestazione della sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa per la realizzazione, la trasformazione, il trasferimento e la cessazione dell'esercizio dell'attività di impresa può essere affidata a soggetti privati accreditati (le agenzie per le imprese).

La norma in questione stabilisce che in caso di istruttoria con esito positivo, tali soggetti privati rilasciano una dichiarazione di conformità che costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività. Qualora si tratti di procedimenti che comportino attività discrezionale da par-

te dell'amministrazione, i soggetti privati accreditati svolgono unicamente attività istruttorie in luogo e a supporto del cosiddetto sportello unico per le attività produttive. In ogni caso la norma fa comunque e giustamente salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti in ordine a quanto comprovato con le dichiarazioni sostitutive e, più in generale, con la documentazione prodotta a corredo della Scia.

La tempistica - Ma, senza ombra di dubbio, il punto di maggior interesse del nuovo istituto concerne la possibilità per il privato interessato di iniziare l'attività oggetto della segnalazione già dalla data della presentazione della segnalazione medesima all'amministrazione competente, in linea peraltro con l'innanzi richiamato disposto dell'articolo 38 del Dl n. 112 del 2008. Nel previgente sistema relativo alla denuncia di inizio attività, l'attività oggetto della dichiarazione poteva essere iniziata solo decor-



si trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente e, comunque, contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato era tenuto a darne comunicazione all'amministrazione competente. Di contro, si allunga da trenta a sessanta giorni il termine assegnato all'amministrazione competente, in caso di accertata carenza in capo al segnalante dei requisiti e dei presupposti richiesti per l'esercizio della specifica attività oggetto della relativa segnalazione (termine decorrente dal ricevimento della segnalazione medesima) per adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa.

Immutata rimane invece la regola che fa comunque salva la possibilità per l'interessato di conformare l'attività avviata alla normativa vigente entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. Così come è espressamente confermata dal Legislatore, anche con riguardo alla Scia, la sussistenza del potere di autotutela dell'amministrazione, come già disposto con riguardo alla denuncia di inizio attività. Sono infatti richiamati nel corpo dell'articolo 19 in esame gli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, disciplinanti rispettivamente gli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio.

I poteri dell'amministrazione - I poteri di intervento dell'amministrazione competente risultano, con riguardo alla nuova di-

Il punto di maggior interesse del nuovo istituto concerne la possibilità per il privato di iniziare i "lavori" dalla data della presentazione della comunicazione all'amministrazione competente

sciplina della Scia, regolamentati in maniera più articolata. Innanzitutto, l'amministrazione non incontra limite di tempo alcuno per la (legittima) adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei relativi effetti nel caso in cui il segnalante abbia fatto ricorso, a corredo della segnalazione, a dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci.

Invero, in detta evenienza, il successivo comma 6 del riscritto articolo 19 stabilisce che, ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti richiesti per l'esercizio dell'attività è punito con la reclusione da uno a tre anni. Si tratta evidentemente di una disposizione speciale che introduce uno specifico reato nel sistema normativo relativo alle dichiarazioni sostitutive poiché singolarmente volto a punire il ricorso ad autocertificazioni mendaci prodotte a corredo

di Scia. Non a caso la stessa disciplina in esame fa comunque espressamente salve le sanzioni penali già previste per il ricorso a dichiarazioni sostitutive false dal già citato Dpr n. 445 del 2000. Invero quest'ultimo riconnette all'uso delle dichiarazioni false o mendaci una sorta di sanzione amministrativa consistente nella decadenza dal beneficio conseguito grazie alle stesse. Ma il decorso dei sessanta giorni assegnati per l'adozione di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività non impedisce l'intervento "repressivo" dell'amministrazione competente laddove si sia in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e comunque previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente.

Esclusioni e giurisdizione - Le nuove disposizioni in tema di Scia non si applicano, per espresso disposto del riscritto articolo 19, alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria. Detta espressa esclusione di applicazione sembra motivo di conferma della (per il resto) generale applicabilità del nuovo istituto.

La novella in esame chiarisce che ogni controversia relativa all'applicazione del nuovo articolo 19 è devoluta alla giurisdizio-



ne esclusiva del giudice amministrativo.

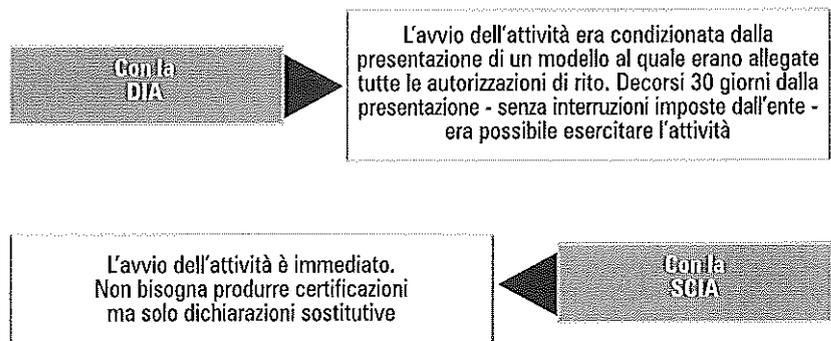
La disposizione è analoga a quella già recata dalla previgente formulazione dell'articolo 19 con riguardo alle controversie relative alla denuncia di inizio attività e tuttavia abrogata dal n. 14) del comma 1 dell'articolo 4 dell'allegato 4 al Dlgs 2 luglio 2010 n. 104, recante il codice del processo amministrativo, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 2 dello stesso provvedimento.

La ora rinnovata attribuzione di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non poteva per ragioni di tempo essere considerata dal codice, per cui essa è positivamente posta dal novellato articolo 19 della legge n. 241 del 1990.

Come in precedenza disposto, il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'articolo 20 della stessa legge n. 241 del 1990.

La delega - Da ultimo, l'articolo 49 del decreto legge 78/2010, per come modificato in sede di conversione, reca delega al Governo, da esercitarsi entro un anno, volta espressamente a semplificare e ridurre gli adempimenti amministrativi gravanti sulle piccole e medie imprese. Tra i principi e i criteri direttivi posti dal legislatore, si segnalano, a conferma di una logica che è la stessa che ispira la disciplina della Scia, l'eliminazione di autorizzazioni, licenze, permessi, ovvero di dichiarazioni, attestazioni, certificazioni, comunque de-

Vecchio e nuovo a confronto



a cura di Alessandro Sacrestano

nominati, nonché degli adempimenti amministrativi e delle procedure non necessarie rispetto alla tutela degli interessi pubblici in relazione alla dimensione dell'impresa ovvero alle attività esercitate e l'estensione dell'utilizzo dell'autocertificazione, delle attestazioni e delle asseverazioni dei tecnici abilitati nonché delle dichiarazioni di conformità da parte dell'agenzia delle imprese.

L'intervento in tema di conferenza di servizi - Rimane da ricordare, per completare l'esame dell'articolo 49 del decreto legge n. 78 per come convertito in legge, che appunto in sede di conversione vi è stato un ulteriore intervento in tema di conferenza di servizi. In particolare, è stato ulteriormente modificato il comma 4 dell'articolo 14-ter della legge n. 241 del 1990. La norma dispone che nei casi in cui è richiesta la Via, la conferenza di servizi si esprime dopo aver acquisito la valutazione medesima e il termine per la conclusione della conferenza resta sospeso, per un massimo di novanta gior-

ni, fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale. Se la Via non interviene nel termine previsto per l'adozione del relativo provvedimento, l'amministrazione competente si esprime in sede di conferenza di servizi, la quale si conclude nei trenta giorni successivi al termine predetto. Tuttavia, a richiesta della maggioranza dei soggetti partecipanti alla conferenza di servizi, il termine di trenta giorni di cui al precedente periodo è prorogato di altri trenta giorni nel caso che si appalesi la necessità di approfondimenti istruttori. La novella introdotta in sede di conversione del decreto consente all'amministrazione competente al rilascio dei provvedimenti in materia ambientale, proprio al fine di assicurare il rispetto dei tempi, di far eseguire anche da altri organi dell'amministrazione pubblica o enti pubblici dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero da istituti universitari tutte le attività tecnico-istruttorie non ancora eseguite. In tal caso gli oneri economici diretti o indiretti sono posti a esclusivo carico del soggetto committente il progetto. ■



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministro per la Semplificazione Normativa
Ufficio legislativo

Al dott. Daniele Belotti
Assessore Territorio e Urbanistica
Regione Lombardia
Via Sasseti 32
20124 – Milano

p.c.

Ministero dell'economia e delle finanze
Ufficio Legislativo Economia

Ministero per la pubblica amministrazione e
innovazione
Ufficio Legislativo

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti
Ufficio Legislativo

Oggetto: Segnalazione certificata di inizio attività. Articolo 49 commi 4 –bis e seguenti, legge n. 122 del 2010

In riscontro alla richiesta di chiarimenti inoltrata a questo Ufficio circa l'ambito di applicazione alla materia edilizia delle disposizioni indicate in oggetto (prot. 1259 del 30.08.2010), acquisito l'avviso degli Uffici legislativi dei Ministeri delle infrastrutture e dei trasporti (prot. 37109 del 14.09.2010) e per la pubblica amministrazione e l'innovazione (prot. 564 del 10.09.2010), si rappresenta quanto segue.

1- Com'è noto, l'articolo 49, comma 4 – *bis* del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, disciplina la segnalazione certificata di inizio attività (Scia), sostituendo integralmente la disciplina della dichiarazione di inizio attività contenuta nel previgente articolo 19 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Tale riforma risponde ad una logica di riduzione degli oneri amministrativi fortemente innovativa e migliorativa per il privato, consentendogli di intraprendere un'attività economica sin dalla data di presentazione di una mera segnalazione all'amministrazione pubblica competente.

La Scia, infatti, consente di iniziare l'attività immediatamente e senza necessità di attendere la scadenza di alcun termine, ciò traducendosi in una sostanziale accelerazione e semplificazione rispetto alla precedente disciplina contenuta nell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, che prevedeva il decorso del termine di trenta giorni prima di poter avviare l'attività oggetto della Dia e legittimava l'esercizio di poteri inibitori da parte dell'amministrazione entro l'ulteriore termine di trenta giorni dalla comunicazione di avvio della medesima attività.

Il legislatore nazionale si era già mosso in tale direzione con il decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59, di recepimento della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 n. 123 (c.d. "*Direttiva Servizi*"), che, modificando l'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, ha introdotto la Dia "*ad effetto immediato*", rispetto alla quale la nuova disciplina della Scia si pone in linea di assoluta continuità.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 1, nel testo novellato, la Scia tiene luogo di "*ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi*" ed è corredata dalla documentazione specificamente richiesta dalla normativa di settore.

In particolare, la norma richiede espressamente che alla segnalazione certificata di inizio attività siano allegate, tra l'altro, le "*attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati*", con gli elaborati progettuali necessari per consentire le verifiche successive di competenza dell'amministrazione.

2- Tanto rilevato, è avviso dello scrivente Ufficio che il quesito in ordine all'applicabilità della disciplina della segnalazione certificata di inizio attività alla materia edilizia non può che trovare risposta positiva, sulla base dei seguenti argomenti.

In primo luogo, assume rilievo l'argomento letterale, giacché, ai sensi del comma 4 – *ter* dell'articolo 49 della legge n. 122 del 2010, le espressioni "*segnalazione certificata di inizio attività*" e "*Scia*" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "*dichiarazione di inizio attività*" e "*Dia*", "*ovunque ricorrano anche come parte di un'espressione più ampia*", sia nelle normative statali che in quelle regionali. Il medesimo comma stabilisce, altresì, che la disciplina della Scia contenuta nel novellato articolo 19 della legge n. 241 del 1990 "*sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale*".

In secondo luogo, nel confronto con la previgente formulazione dell'articolo 19, deve evidenziarsi come il legislatore abbia ommesso di indicare la Dia edilizia tra quelle oggetto di espressa esclusione dall'ambito applicativo della disposizione (commi 1 e 5, primo periodo). Invero, nella previgente formulazione il legislatore aveva escluso dall'ambito applicativo della dichiarazione di inizio attività quella in materia edilizia, laddove aveva disposto che *“Restano ferme le disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai commi 2 e 3 per l'inizio dell'attività e per l'adozione da parte dell'amministrazione competente di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti”* (articolo 19, comma 4). Analoga clausola di salvezza non compare nel vigente articolo 19.

In terzo luogo, la già evidenziata previsione secondo cui la segnalazione certificata di inizio attività è corredata non solo dalle certificazioni ed attestazioni ma anche dalle *“asseverazioni”* di tecnici abilitati - riferimento non presente nel previgente articolo 19 - appare in linea con quanto stabilito dalla disciplina della Dia edilizia contenuta nell'articolo 23 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, la quale richiede, preliminarmente all'avvio dell'attività edilizia, la presentazione di una *“dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie”*. Lo specifico, nuovo riferimento alle *“asseverazioni”*, tipiche della DIA edilizia, induce a ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi anche alle certificazioni ed attestazioni concernenti la suddetta fattispecie.

In quarto luogo, che la disciplina della Scia sia destinata a sostituire integralmente, con i limiti di seguito enunciati, quella della Dia edilizia appare, altresì, confermato dai lavori preparatori della legge di conversione del d.l. n. 78 del 2010 (AS 2228) .

In particolare, il dossier di documentazione predisposto dal Servizio Studi del Senato suggerisce la seguente lettura della disposizione: *“La norma ha anche un profilo abrogativo della normativa statale difforme, per cui si deve intendere che ad essa va ricondotta anche la denuncia di inizio di attività edilizia, disciplinata dagli articoli 22 e 23 del d.P.R. n. 380 del 2001”*.

Ulteriore, rilevante argomento a sostegno della tesi esposta si desume dalla previsione dell'articolo 49, comma 4-ter, primo periodo, della legge n. 122 del 2010, secondo cui la disciplina della Scia, tra l'altro, *“costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m)”* dell'art. 117, secondo comma, della Costituzione. In virtù delle modifiche introdotte dalla legge n. 69 del 2009, già l'articolo 29, comma 2-ter, della legge n. 241 del 1990 stabiliva l'attinenza ai livelli essenziali delle prestazioni di cui alla stessa lett. m) delle disposizioni concernenti la dichiarazione di inizio attività. La riproduzione del principio all'interno

della disciplina della Scia conferma l'intenzione del legislatore statale di assicurare massima portata applicativa alla disposizione, con salvezza delle sole materie espressamente escluse.

Per le stesse ragioni qui esposte, va precisato che la disciplina della Scia si applica alla materia edilizia mantenendo l'identico campo applicativo di quella della Dia, senza quindi interferire con l'ambito applicativo degli altri titoli abilitativi (es. permesso di costruire, caratterizzato da una disciplina puntuale e compiuta contenuta nel testo unico edilizia, alla quale non appare riferibile né sul piano letterale, né su quello funzionale, quella della nuova Scia).

L'estensione della disciplina della Scia anche al permesso di costruire, ovvero alla Dia alternativa al permesso di costruire, determinerebbe, nella sostanza, l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990 oltre i confini sopra delineati. Peraltro, all'estensione sembra di ostacolo la disciplina speciale della Dia di cui all'articolo 22, commi 3 e 4, del d.P.R. n. 380 del 2001, la quale è dal legislatore forgiata sulla falsariga di quella del permesso di costruire. In tal senso depongono le univoche previsioni dell'articolo 38, comma 2-bis, che fa riferimento alla "*formazione del titolo*", e dell'articolo 39, comma 5-bis, secondo cui le disposizioni in materia di annullamento da parte della Regione del permesso di costruire si applicano anche alla Dia alternativa al permesso di costruire.

3- L'accertata applicabilità della disciplina della Scia alla Dia edilizia pone l'ulteriore nodo interpretativo dei rapporti con le discipline statali e regionali previgenti incompatibili, non abrogate espressamente dall'articolo 49 della legge n. 122 del 2010.

Come si è detto, l'articolo 49, comma 4-ter, introduce, a far data dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge n. 78 del 2010, un meccanismo di sostituzione automatica della disciplina della Scia a quella della Dia, anche edilizia.

La conclusione che precede impone un ulteriore chiarimento ermeneutico, con riferimento agli interventi edilizi realizzabili con Dia alternativa rispetto al permesso di costruire.

L'articolo 22, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001 determina i casi in cui interventi edilizi soggetti a permesso di costruire possono essere realizzati alternativamente con Dia, e il successivo comma 4 riconosce alle Regioni a statuto ordinario la facoltà di ampliare o ridurre l'ambito applicativo del precedente comma. Di qui il problema del rapporto tra la disciplina della Scia e quella della Dia alternativa al permesso di costruire, e segnatamente del rapporto tra la disciplina della Scia e quella contenuta nelle leggi regionali che, in attuazione della previsione dell'articolo 22, comma 4, del d.P.R. n. 380 del 2001, hanno introdotto ulteriori casi di alternatività tra Dia e permesso di costruire.

Al riguardo, è avviso dello scrivente Ufficio che la disciplina della Scia non si applichi alla Dia alternativa al permesso di costruire e che le leggi regionali previgenti con le quali è stata

esercitata la facoltà prevista dall'articolo 22, comma 4, del d.P.R. n. 380 del 2001 non siano state incise dall'entrata in vigore dell'articolo 49 della legge n. 122 del 2010.

A tale conclusione conduce quanto già evidenziato con riferimento ai titoli edilizi diversi dalla Dia, ed in particolare con riferimento al permesso di costruire, al quale non risulta applicabile la disciplina della Scia. Con particolare riguardo alle leggi regionali recanti ulteriori casi di Dia alternativa al permesso di costruire, la predetta conclusione appare peraltro conforme sia ad una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 49 della legge n. 122 del 2010, che salvaguardi la potestà legislativa regionale di estendere, oltre i confini dell'intervento statale ed in attuazione dell'articolo 22, comma 4, del testo unico edilizia, l'istituto della Dia edilizia, sia alla previsione dell'articolo 29, comma 2-*quater* della legge n. 241 del 1990, la quale riconosce alle Regioni, nella disciplina dei procedimenti amministrativi di propria competenza, la facoltà di prevedere livelli ulteriori di tutela rispetto a quelli garantiti dalle disposizioni statali attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai precedenti commi 2-*bis* e 2-*ter*.

4- Delineato nei termini sopra enunciati l'ambito applicativo del novellato articolo 19 della legge n. 241 del 1990 con riferimento alla materia edilizia, occorre chiarire i seguenti ulteriori aspetti di rilievo:

- in caso di intervento edilizio in zona sottoposta a vincolo, permane l'onere di acquisizione ed allegazione alla segnalazione certificata dello specifico atto di assenso dell'ente preposto alla tutela del vincolo stesso; tale atto, in virtù della espressa previsione dell'articolo 19, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (*“con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali”*), non può essere sostituito dalla Scia;
- per le Dia edilizie presentate prima dell'entrata in vigore della novella dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, anche nell'eventualità in cui alla data di entrata in vigore non fosse ancora decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione, la disciplina applicabile non può che essere quella vigente al momento della presentazione della Dia, salva la possibilità per il privato di avvalersi degli effetti della novella presentando, per il medesimo intervento, una Scia.

Il Capo dell'Ufficio Legislativo
(Cons. Giuseppe Chinè)

LA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

Da:

http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/sussidiarieta/doc/Razzano_Consta_19-1-04.doc

Il presente lavoro è destinato alla pubblicazione sulla rivista Giurisprudenza italiana

GIOVANNA RAZZANO

IL CONSIGLIO DI STATO, IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA'
ORIZZONTALE E LE IMPRESE

Dopo la decisione del 20 marzo 2000 n. 1493 e il parere 2691/02 (Ad. 5-II-2003)¹, il Consiglio di Stato torna a richiamare il principio di sussidiarietà, questa volta inteso nella sua accezione orizzontale², e a motivare in base ad esso

¹ Si trattava precisamente di Cons. Stato, IV Sez., decisione 20 marzo 2000 n. 1493, Presidente Catalozzi, Estensore D'Agostino e di Cons. Stato, II Sez., Ad. 5-II-2003, parere 2691/02, Presidente Rosa, Estensore D'Agostino. La decisione e il parere sono pubblicati in questa medesima rivista con commento di G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato e il principio di sussidiarietà*. Anche in questa terza occasione, come si osserva dal parere in epigrafe, il relatore estensore è il medesimo consigliere D'Agostino. Ricordiamo in estrema sintesi che con la decisione 20 marzo 2000, n. 1493, il Consiglio di Stato respinse l'appello e affermò, in base al principio di sussidiarietà, che nella pianificazione territoriale urbanistica va salvaguardata la centralità del Comune quale ente di riferimento degli interessi della comunità di base. Con il parere 5 febbraio 2003, n. 2691/02 il medesimo Consiglio esclude che potessero modificarsi i contenuti della disciplina urbanistica frutto della scelta della comunità di riferimento al di fuori delle ipotesi connotate dalla prevalenza di tutela di interessi superiori, in base "alla riserva di attribuzione democratica assistita dal principio di sussidiarietà". In questi due interventi il principio di sussidiarietà è stato dunque richiamato nella sua accezione verticale, in riferimento ai diversi livelli territoriali di governo.

² Il principio di sussidiarietà - sembra opportuno ricordare anche in quest'occasione - nasce nel pensiero socio-politico e si sviluppa nella dottrina sociale cristiana. Esso racchiude un significato tipicamente bivalente: da un lato tutela l'autonomia del singolo e dell'organismo minore di fronte all'invadenza di quelli maggiori; dall'altro implica l'eventualità dell'intervento ausiliario di questi ultimi, quando gli organismi minori si rivelino inadempienti o non adeguati rispetto al compito da svolgere. Applicato in un ordinamento giuridico articolato secondo una pluralità di autonomie sociali e territoriali, il principio può comportare per il potere pubblico ora un dovere di astensione, ora un dovere di intervento. Nella sua accezione "verticale" esso è riferito alla pluralità di autonomie territoriali; nell'accezione "orizzontale" esso è riferito alle relazioni che intercorrono fra il potere pubblico (anche locale) e i cittadini: fra l'apparato politico-amministrativo e la società civile. Vasta è la letteratura sul principio di sussidiarietà in riferimento all'ordinamento costituzionale. Fra i lavori più recenti, in ordine cronologico, A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, 8, in A. RINELLA - L. COEN - R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999; P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13; P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralista*, in A. CERVATI - S.P. PANUNZIO - P. RIDOLA (a cura di) *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001; A. POGGI,

un nuovo parere, il 1440/03 (Ad. 25-VIII-2003). L'intervento appare di grande importanza. In primo luogo il Consiglio di Stato si sofferma ampiamente – come si è appena detto - sul concetto di sussidiarietà orizzontale, offrendo, fra le righe del parere, una sorta di piccolo trattato sul principio in questione. In secondo luogo appaiono degne di nota le concrete conseguenze che ne derivano: con la pronuncia *de quo* il Consiglio di Stato esclude che la sussidiarietà orizzontale possa essere “utilizzata per fattispecie di aiuti alle imprese”.

Procedendo con ordine, occorre subito precisare che il parere viene richiesto alla Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato dal Ministero dell'Interno, riguardo ad uno schema di regolamento per la definizione dei criteri e delle modalità di accesso al fondo per la tutela e lo sviluppo economico-sociale delle isole minori, istituito dalla legge finanziaria per il 2002 (artt. 25, commi 7, 8 e 9 della l. 28 dicembre 2001, n. 448). Le linee guida dello schema sottoposto all'attenzione della Sezione si basano, nella ricostruzione di quest'ultima, su tre *presupposti*, a loro volta fondati su due diverse *argomentazioni*.

I primi sono rinvenuti a) nella ritenuta facoltà di consentire la partecipazione diretta al fondo ad imprese private; b) nella prevalenza dello sviluppo economico e sociale e nel conseguente non significativo rilievo della finalità ambientale; c) nella concentrazione di ogni competenza nel Ministero dell'Interno nella fase di valutazione delle domande.

Le *argomentazioni* che, secondo il Consiglio di Stato, si trovano a supporto dello schema di regolamento così concepito si fondano, da un lato, sulla convinzione che la citata l. n. 448 del 2001 non limiti a particolari soggetti

Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale, Milano, 2001; G. COTTURRI, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Roma, 2001; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, ivi, 6 ss.; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003, 13 ss.; G. RAZZANO, *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in P. CARNEVALE-F. MODUGNO (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regioni dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Milano, 2003, in corso di pubblicazione.

In proposito si è altrove sostenuto (G. RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la “semplificazione”*, in *Dir. Amm.*, 2001, 276) che l'effettività del principio di sussidiarietà è subordinata all'esistenza di un'organizzazione sociale articolata su più livelli, cosa che conduce a osservare che uno Stato federale in cui per ipotesi vigesse il principio di sussidiarietà verticale, potrebbe non essere ancora “sussidiario”, qualora, nonostante il decentramento territoriale, venissero soffocate le autonomie sociali. La logica della sussidiarietà impone infatti di garantire, al di sotto della minima entità di carattere pubblico (ad es. il Comune), gli organismi ancora inferiori, come le associazioni, le famiglie, le singole persone.

l'erogazione del fondo; dall'altro, sull'idea che il principio di sussidiarietà orizzontale trovi espressione nel momento in cui gli enti locali attestino che i progetti presentati dalle imprese private aspiranti al fondo rispondano agli interessi (che si suppongono di carattere pubblico e generale) degli enti stessi .

Ma il Consiglio di Stato ritiene entrambe le argomentazioni non condivisibili, giungendo così, attraverso un percorso argomentativo che vale la pena ripercorrere, a dare parere negativo allo schema di regolamento ministeriale. Una soluzione da evidenziare, posto che la Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato raramente si esprime in senso negativo sui regolamenti ministeriali sottoposti al suo giudizio.

Quanto all'idea dell'accesso diretto delle imprese al fondo, la Sezione consultiva ritiene che manchi una indicazione legislativa in tal senso, posto che l'Amministrazione legittimata intrattiene invece, da sempre, rapporti di assoluta prevalenza con gli enti territoriali³.

Per ciò che concerne la sussidiarietà orizzontale, la medesima Sezione ritiene di dover interpretare la nozione in senso diverso da quanto emerge dallo schema di regolamento ministeriale, concludendo appunto, come anticipato, che non possa essere utilizzata per fattispecie di aiuti alle imprese. Su questo punto il Consiglio di Stato si sofferma, e apre una parentesi teorica degna della massima attenzione.

In primo luogo vengono richiamate le fonti che nel nostro ordinamento si riferiscono espressamente al principio di sussidiarietà. Si osserva così che la norma costituzionale⁴ (art. 118, quarto comma, secondo cui “*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”) trova l'antecedente logico e il precetto sostanziale nell'art. 4, terzo comma, della l. n. 59 del 1997 (prima “legge Bassanini”), secondo il quale il conferimento di funzioni agli enti territoriali deve osservare, tra gli altri, “*il principio di sussidiarietà, ... attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità*

³ La Sezione consultiva ha inteso così evidenziare che il Ministero degli Interni, per la natura delle sue funzioni, intrattiene normalmente rapporti con soggetti istituzionali per lo più territoriali e non direttamente con soggetti privati.

⁴ Come modificata dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

*territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati*⁵. Si ricorda infine il Testo Unico sugli enti locali (d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 3, quinto comma) secondo il quale “*i Comuni e le Province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*”.

Rispetto a questo quadro normativo il Consiglio di Stato osserva *l'assenza di qualsivoglia obbligo di riconoscimento, autorizzazione e qualificazione delle attività di interesse generale poste in essere da soggetti comunitari (famiglie, associazioni, comunità) da parte delle pubbliche autorità*. E in un passaggio successivo la Sezione consultiva evidenzia che il precetto costituzionale (art. 118, ult. comma), “*sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario*”⁶.

Tutto ciò, sempre secondo il Consiglio di Stato, rappresenterebbe anche *una prova dell'originarietà delle autonomie sociali* in genere: “*E' questa la prova di una riserva originaria di materie (...) a soggetti esponenti del fenomeno della cittadinanza societaria, secondo la definizione di una recente dottrina sociologica*”.

A questo punto, infatti, la Sezione consultiva rinvia espressamente – e con ogni evidenza - alla teoria elaborata da Pierpaolo Donati appunto ne “*La cittadinanza societaria*”⁷. Con parole dello stesso sociologo bolognese, tale espressione si riferisce alla “*forma di un complesso di diritti-doveri delle persone*

⁵ Al riguardo può osservarsi che è proprio con la l. n. 59/97 che il dibattito dottrinale sul principio di sussidiarietà sposta la sua attenzione dalla sussidiarietà verticale a quella orizzontale, come dimostra un esame della letteratura giuridica sull'argomento ma anche il dibattito sviluppatosi dentro e fuori la Commissione bicamerale per le riforme costituzionali della XIII legislatura, a proposito della formulazione dell'art. 56 (per uno studio “tematico” della bibliografia sul principio di sussidiarietà, mi permetto di rinviare al mio contributo *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, cit.)

⁶ Come nel citato parere 5 febbraio 2003, n. 2691/02 (cfr. *supra*, nota 1), il redattore torna a correlare principio di sussidiarietà e principio di democrazia. Rinvio in proposito al relativo commento pubblicato su questa medesima Rivista (*Il Consiglio di Stato e il principio di sussidiarietà*, cit., 1772).

⁷ Questa dottrina è stata sviluppata (oltre che, appunto, ne *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, Laterza (1993), 2000) in molte altre opere, fra le quali ricordiamo P. DONATI, *Pubblico e privato: fine di un'alternativa?*, Cappelli, Bologna, 1978; ID., *Risposte alla crisi dello Stato sociale*, Angeli, Milano, 1984; ID., *Teoria relazionale della società*, Angeli, Milano, 1991; ID., *Le nuove mediazioni familiari: le “relazioni invisibili” portatrici di nuovi diritti*, in P. Donati (a cura di), *Terzo rapporto sulla famiglia in Italia*, Ed. San Paolo, Cinisello Balsamo, 1993; ID., *Alla ricerca della società civile. Che cosa dobbiamo fare per aumentare la capacità di civilizzazione del Paese?*, in P. Donati (a cura di), *La società civile in Italia*, Mondadori, Milano, 1997; ID., *La società è relazione*, in P. Donati (a cura di), *Lezioni di sociologia*, Cedam, Padova, 1999; ID., *Sociologia delle politiche familiari*, Carocci, Roma, 2003.

e delle formazioni associative che articola la vita civica in “autonomie universalistiche”, capaci di integrare la generalità dei fini con pratiche di autogestione”⁸. Si tratta di “sfere relazionali che sono private nella loro gestione mentre agiscono – in maniera pubblicamente rendicontabile – in funzione di uno scopo sociale di solidarietà, quindi non per interessi strumentali propri o altrui”⁹. In questa prospettiva, accanto alle note categorie del *pubblico* e del *privato*, occorrerebbe distinguere la categoria del *privato sociale*¹⁰, originaria e autonoma rispetto allo Stato e al mercato. Le iniziative di “privato sociale” esprimerebbero infatti, nel quadro di una “cittadinanza societaria”, non tanto altruismo e buone intenzioni soggettive, quanto veri e propri “diritti e doveri pubblici”. La cittadinanza cesserebbe in tal modo di essere una realtà sociale e giuridica di esclusiva competenza statale – sempre secondo Donati - convertendosi in una relazione fra persone che non agiscono “né per profitto, né per comando”, al di là del mercato e dello Stato, delle logiche “lib” e di quelle “lab”¹¹. Esistono infatti sfere di relazioni sociali democratiche, reciproche e solidali, anche di rilievo economico, che si collocano al di là sia dello scambio utilitaristico, che della stessa relazione individuo/Stato (in quanto erogatore di servizi generali, indistintamente attribuiti a chiunque possieda l’anonimo titolo di cittadino). La relazione di cittadinanza societaria si crea infatti fra gli stessi cittadini in un ambito sociale o territoriale concreto, locale e peculiare, con il fine di migliorare e

⁸ Si veda P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, cit., 300.

⁹ P. DONATI, *Il problema della “regolazione promozionale” del terzo settore: una prospettiva relazionale*, in *Capire gli organismi non profit*, supplemento de *Il Fisco*, n. 26 del 30 giugno 1997, 7584.

¹⁰ Cfr. P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, cit., 101 ss., in cui (cfr. nota 1) l’autore chiarisce fra l’altro che la “teoria del privato sociale” è stata esposta per la prima volta in P. DONATI, *Pubblico e privato: fine di un’alternativa?*, cit., e definita come “ogni ambito di gestione autonoma di chi vi lavora e vi partecipa, garantita pubblicamente e controllata nelle sue risorse e nei suoi esiti sociali secondo criteri stabiliti come bene comune nel momento pubblico universalistico”. La teoria è poi stata sviluppata in successivi contributi, dai quali emerge che la categoria del “privato sociale”, per Donati, si riferisce a “sistemi di azione organizzati sulla base di motivazioni, regole, scopi e mezzi di solidarietà sociale, che godono del massimo di autonomia gestionale interna, e possono anche essere strutturati in forma di impresa, mentre sono pubblicamente rendicontabili verso il sistema politico-amministrativo nel quadro dei diritti di cittadinanza”. L’autore sottolinea inoltre la differenza fra questa sua teoria e quella “dei mondi vitali” di A. ARDIGO’ (*Crisi di governabilità e mondi vitali*, Cappelli, Bologna, 1980), diversa per impianto concettuale e significato dei termini utilizzati.

¹¹ *Ibidem*, 229. Con questa espressione il sociologo bolognese si riferisce alle logiche liberalistiche e a quelle laburistiche che, al di là delle mere apparenze, la prassi presenta come intrecciate e complementari. Ad entrambe le “logiche” Donati rimprovera la *carezza di relazionalità* e l’inefficacia quanto al risultato finale dell’umanizzazione, della protezione e della promozione delle persone. Il *lib-lab* considera infatti queste ultime come meri individui, considerati a prescindere dallo specifico contesto ambientale, sociale e familiare in cui esistono e si muovono. Un approccio sociologico “lib-lab” non si rivela in grado di identificare la realtà nella sua interezza e dunque di sostenere efficacemente le situazioni di bisogno, di indigenza e di emarginazione.

soddisfare specifici bisogni, senza aspettare tendenzialmente nulla dallo Stato e dagli enti locali. La questione messa in evidenza da Donati è in primo luogo quella del riconoscimento di una nuova identità; in secondo luogo quella di orientare l'ordinamento verso l'effettiva autonomia di questi fenomeni sociali; in terzo luogo quella di promuovere tali autonomie, nella misura in cui l'ordinamento costituzionale le consideri un valore della società post-moderna inscritto nei suoi stessi fondamenti. Si tratta insomma, a ben vedere, di un auspicio e di una realtà; di un fenomeno in atto e di un processo ancora in corso.

Il primo dato da rilevare è che il Consiglio di Stato fa propria questa visione sociologica e si sofferma a delinearne alcuni contorni sotto il profilo giuridico. Particolarmente eloquente si rivela, in tal senso, quel passaggio in cui il Consiglio di Stato sottolinea *la distinzione fra il modello della cittadinanza societaria e quello della cittadinanza partecipativa o procedimentale*, “nella quale si realizzano le garanzie prevalentemente giuridiche del *soggetto privato*”. In tal modo si evidenzia infatti che le forme tipiche di cittadinanza societaria sono ancora tutte da costruire e che la possibilità del cittadino di porsi in relazione con la pubblica amministrazione è qualcosa di ancora diverso dalla promozione dell'autonomia sociale¹².

Per ciò che concerne *la relazione fra autonomie sociali e autonomie territoriali*, la Sezione consultiva ritiene che nel momento dell'iniziativa dei cittadini *le pubbliche autorità non possono che favorire e rispettare tale libertà* (art. 118, ult. comma Cost.), mentre successivamente, quando le attività hanno assunto forma e contenuto, esse *possono eventualmente riconoscerne la pubblica utilità*. Viene a questo proposito richiamato l'art. 3, quinto comma, T.U.E.L., secondo cui *“I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”*.

¹² Lo stesso P. Donati (nota 14, p. 58 de *La cittadinanza societaria*, cit.) richiama la l. 8 giugno 1990, n. 142 sull'*Ordinamento delle autonomie locali* (oggi abrogata dal T.U.E.L., d.lgs. n. 267 del 2000) e la l. 7 agosto 1990, n. 241 sulle *Nuove norme in materia di provvedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, per definirle entrambe come espressioni della vecchia concezione della cittadinanza come partecipazione piuttosto che come promozione delle autonomie sociali, anche se riconosce che queste ultime ricevono, in tal modo, un qualche riconoscimento e impulso ad agire come soggetti di rappresentanza e mediazione verso le istituzioni pubbliche. A proposito della riduzione dei diritti di cittadinanza a diritti di tutela e partecipazione l'autore richiama G. ALPA, *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Feltrinelli, Milano, 1992.

Il Consiglio di Stato sottolinea poi come non vi siano regole preconfezionate da autorità munite di pubblici poteri, nel momento in cui alcuni soggetti, per lo più comunitari (famiglie, associazioni ...) agiscono come cittadini “attraverso l’assunzione di compiti, la risoluzione di problemi pratici compresenti in una collettività, la gestione di attività coerenti allo sviluppo della comunità stessa”. Si tratta in questi casi - prosegue il Consiglio di Stato - di “manifestazioni originarie e non comprimibili di *cittadinanza societaria*”.

Si evidenzia inoltre, sempre da parte della Sezione consultiva, che tali forme di impegno, che si dislocano “a livello di soggetti utenti e agenti nello stesso tempo”, costituiscono un fenomeno che sorge “dalla consapevolezza democratica che sempre di più emerge nella società civile”¹³.

Una volta precisato che in capo alle pubbliche autorità non sussiste alcun diritto-dovere di qualificare e recepire nell’ordinamento generale le espressioni di cittadinanza societaria, il Consiglio di Stato esorta a “rideterminare le metodiche della democrazia non solo con riferimento ai poteri dei singoli nell’ordinamento generale (diritti soggettivi pubblici e situazioni giuridiche collegate), ma anche con riguardo alle forme di estrinsecazione della personalità sociale nel proprio contesto di base, in ragione della consapevolezza democratica e della volontà sempre più decisa delle singole comunità di base di regolare al proprio interno scelte di interesse generale”.

Il Consiglio di Stato opera così una distinzione fra *ordinamento generale* e *ordinamenti di base*, precisando che in questi ultimi “lo sviluppo delle relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto e adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni societarie (in quanto munite della relativa cittadinanza) di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento”.

Una tale concezione della cittadinanza societaria e del principio di sussidiarietà orizzontale conduce insomma - e non è poco, come si arguisce - verso un piano *de iure condendo* e verso *una ridefinizione della stessa nozione di democrazia*, secondo una sorta di rivoluzione tolemaica in cui è non tanto lo Stato, quanto la società civile il centro attorno a cui è chiamato a gravitare l’intero ordinamento giuridico¹⁴.

¹³ Rinviamo sul punto a quanto già osservato nella nota 6.

¹⁴ Sul tema segnaliamo, tra i tanti contributi, N. BOBBIO, *Società civile*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, 1983, 1084-1088; V. PREZ-DIAZ, *The Return of Civil Society*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1993; R. SCAZZIERI, *Sulla teoria economica della società civile*, Bologna, 1995.

Questo rivoluzionario auspicio, che avrebbe forse potuto destare preoccupazioni se fra-inteso in senso particolaristico e privatistico¹⁵, conduce invece il redattore del parere alla seguente e tranquillante affermazione: “*In questa prospettiva, è evidente come le imprese (e gli eventuali aiuti alle stesse) nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale*”.

Il Consiglio di Stato esclude così, a chiare lettere, che possa rappresentare un’espressione di sussidiarietà orizzontale quella sorta di *convergenza fra interessi dei soggetti imprenditoriali privati e interessi degli enti locali* che si sarebbe andata configurando secondo il disegno di regolamento ministeriale sottoposto al giudizio della Sezione consultiva.

Una conclusione che, nel contesto del parere, appare in linea con la concezione della cittadinanza societaria che il Consiglio di Stato ha voluto far propria, e fornisce anzi l’occasione per inquadrare ulteriormente l’ambito di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale. Quest’ultima – sembra dire il Consiglio di Stato – entra in causa per favorire e sostenere *qualcosa di più e di*

¹⁵ Il principio di sussidiarietà, proprio perché ambivalente – in quanto comporta, a seconda dei casi, ora l’astensione del livello maggiore di governo, ora l’intervento di quest’ultimo a sostegno dei livelli inferiori, più vicini ai cittadini (cfr. supra, nota, 2) – è facilmente soggetto a sbilanciamenti sul piano interpretativo. Un esempio di ciò è costituito dall’orientamento “privatistico” della sussidiarietà, per cui questa viene interpretata in termini di politica liberista di privatizzazioni e di ridimensionamento dell’intervento statale, diventando così reale il rischio che il principio di solidarietà si eclissi dietro la sussidiarietà. Al riguardo è interessante osservare che nella dottrina sociale cristiana i due principi convivono in equilibrio (cfr. ad es. l’enciclica *Libertatis conscientia*). Si è poi efficacemente rilevato che la sussidiarietà “obbliga molto di più lo Stato sia ad attività che concernono il suo essere Stato sociale, sia a quelle che riguardano il suo essere Stato di diritto (...) Esso deve intervenire nella società ma per sostenere e stimolare i sottoinsiemi sociali e, in definitiva i cittadini, nella disponibilità a sviluppare iniziative proprie e a compiere sforzi per migliorare le loro prestazioni” (così I. COLOZZI, *La sussidiarietà come principio regolatore del nuovo stato sociale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 1998, 1, 61). Cfr. inoltre, sul tema specifico della sussidiarietà in riferimento alle politiche sociali, P. DONATI (a cura di), *Fondamenti di politica sociale. Nuovi orientamenti, modelli, strategie*, I-II, Nis, Roma, 1993; S. PASQUINELLI, *Stato sociale e terzo settore in Italia*, in *Stato e mercato*, 1993, 38; R. DE VITA-P. DONATI-G. SGRITTA (a cura di), *La politica sociale oltre la crisi del Welfare State*, Angeli, Milano, 1994; I. COLOZZI (a cura di), *Terzo settore e nuove politiche sociali in Italia e in Europa*, Milano, 1994; I. COLOZZI-A. BASSI, *Una solidarietà efficiente. Le organizzazioni di terzo settore e il volontariato*, Nis, Roma, 1995; P. DONATI, *Sociologia delle politiche familiari*, cit.

In proposito occorre considerare la diversa opinione di G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 6 ss., il quale, muovendo dalla giusta preoccupazione per i rischi che l’interpretazione privatistica della sussidiarietà comporta, giunge tuttavia ad un’interpretazione di questa che, a nostro avviso, pare altrettanto lontana dal nucleo del principio, sebbene nel senso diametralmente opposto. Egli ritiene infatti, calcando l’aspetto “interventista” della sussidiarietà, che il contributo dei soggetti privati e delle autonomie sociali consisterebbe solo nell’integrare o sussidiare le prestazioni dei servizi pubblici, permettendo di aumentare l’efficacia e l’efficienza grazie al miglior costo. In questa visione il principio di sussidiarietà da valore sociale diventa, nella migliore delle ipotesi, una tollerabile possibilità per sanare i deficit statali; nella peggiore delle ipotesi, un “pericolo” per lo Stato sociale.

diverso della possibilità dei privati di accedere a fondi pubblici con l'assenso degli enti locali.

In questa direzione la Sezione consultiva non ha tralasciato di evidenziare, come si è visto in più passaggi, *il profilo soggettivo* delle espressioni proprie di *cittadinanza societaria*, rappresentato da “soggetti prevalentemente comunitari” (famiglie, associazioni, comunità); da categorie di cittadini “utenti e agenti al medesimo tempo”; da “cittadini operanti nella propria comunità di base” e, più in generale, da “ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale”¹⁶.

Accanto a questa componente soggettiva (*quis*) emerge anche l'attenzione per l'aspetto oggettivo (*quid*) e pertanto per *le caratteristiche che presentano le attività* poste in essere da tali soggetti, che la Sezione consultiva del Consiglio rinviene principalmente in quelle “a cura e iniziativa di cittadini, famiglie, ecc.”; tali da rivelarsi “adeguate”, “di interesse generale”, “tipiche”, “riferibili esclusivamente a quei soggetti”, in grado di andare a beneficio della comunità di riferimento e di essere quindi utilizzabili da parte dell'intera collettività.

A queste condizioni – soggettive e oggettive – il Consiglio di Stato non manca di riconoscere che è in ipotesi applicabile “la metodica dell'ausilio finanziario pubblico erogato in ambiti territoriali determinati”, appunto *quale forma di concorso per l'implicita utilizzazione dei benefici da parte dell'intera collettività*. Una situazione che tuttavia – chiarisce il Consiglio di Stato - “non è dato riscontrare nel caso di specie, nel quale gli interventi non sono in fase d'attuazione per la spontanea azione dei soggetti nel contesto sociale, ma sono ancora allo stato della valutazione sulla loro convenienza e utilità per le aree interessate”.

La Sezione consultiva pone in definitiva l'accento sui *caratteri sostanziali* e sulle *condizioni soggettive e oggettive dei fenomeni tipici della cittadinanza societaria*, manifestando così di ritenere secondaria la *forma giuridica* degli stessi,

¹⁶ L'espressione “ordinamenti di base” va evidenziata per confermare l'idea (già espressa in G. RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la “semplificazione”*, cit., 278) secondo cui il principio di sussidiarietà rivaluta e aggiorna inevitabilmente il pensiero di Santi Romano non solo in riferimento alla concezione dello Stato come istituzione di istituzioni (egli portava ad esempio le province, i comuni ma anche “le scuole, le accademie, gli stabilimenti di ogni genere”) ma anche in riferimento alla pluralità degli ordinamenti giuridici e, in definitiva, a tutto ciò che concerne la serrata critica alla concezione per cui l'unico ordinamento giuridico è quello statale (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, 1951, in partic. 38 e 106).

sebbene in un passaggio del parere si affermi che i fenomeni in questione “si esprimono in *forme diverse dall’impresa*”(c.n.).

Su questo punto sembra opportuno soffermarsi. Proprio le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato per riconoscere e identificare sul piano sostanziale i fenomeni che rientrano nel canone della sussidiarietà orizzontale impongono di evidenziare il paradosso dell’estrema varietà di situazioni accomunate sotto il *nomen iuris di impresa* e una certa “avarizia” dell’ordinamento. Quest’ultimo non sembra che attualmente offra forme giuridiche tipiche e idonee all’esercizio delle attività poste in essere da “soggetti comunitari” nell’ambito del proprio “ordinamento di base”. E’ quindi un dato che molte associazioni, cooperative, comunità, ecc. che operano, senza fini di lucro, nell’ambito del Terzo Settore¹⁷, appaiano formalmente *imprese* tanto quanto i privati che svolgono attività commerciale a fini di lucro. Tali realtà sottostanno, oltretutto, all’imposizione tributaria alla stessa stregua di imprese con fini di lucro¹⁸, in un ordinamento che appare di fatto indifferente agli scopi realmente perseguiti. Ciò accade anche quando le realtà poste in essere dai cittadini singoli e associati non solo, genericamente, appaiano *di interesse generale*, ma addirittura, di fatto, sollevino e *alleggeriscano lo Stato di alcune delle sue incombenze* o, con termini utilizzati dallo stesso Consiglio di Stato in questa occasione, vi sia “utilizzo dei benefici dall’intera collettività, anche politica, di riferimento”.

La *forma giuridica* dice dunque attualmente ben poco sul carattere dei soggetti e delle attività svolte, non riuscendo a manifestare *la sostanza di realtà in sé molto diverse*.

¹⁷ Con questa espressione gli studiosi si riferiscono a quella sorta di rivoluzione associativa dell’epoca postmoderna che si manifesta attraverso l’impegno del cittadino comune nelle sfere della vita quotidiana, della famiglia, della scuola, del quartiere, nel volontariato. Tale impegno dà luogo a forme di cooperazione sociale, di volontariato, di associazionismo, di fondazioni private che concorrono a realizzare servizi sociali. Si tratta di manifestazioni tipiche della “cittadinanza societaria”, che il principio di sussidiarietà tende a *favorire* (l’espressione è ora usata dalla stessa Costituzione, art. 118, quarto comma). Si rimanda in proposito ai contributi citati nella nota 15.

¹⁸ Diverso è il caso delle “Onlus”, la cui attività commerciale - i cui redditi - non sono soggetti a imposizioni fiscali. Tale *forma giuridica* non appare tuttavia la soluzione per tutti i fenomeni che si sviluppano nell’ambito del “*non-profit*”. In primo luogo per ottenere tale qualifica vi è un complicatissimo *iter* burocratico da percorrere, per il quale occorrono esperti fiscalisti e non certo cittadini “volontari” e “volenterosi”; in secondo luogo tale trasformazione risulta rischiosa per alcuni enti. Sugli aspetti tributari e fiscali si veda, più specificamente, G. PONZANELLI, (a cura di), *Gli enti non profit in Italia. Associazioni, Fondazioni, Volontariato, Trust, Fondi pensione*, Cedam, Padova, 1994; ID., *Novità nell’universo non profit*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, 401; R. ARTONI, (a cura di), *Gli enti non profit. Aspetti tributari*, Padova, 1995; G. BIANCHI, *Il sistema fiscale e gli organismi “non profit”. Analisi e prospettive di una difficile situazione*, in *Capire gli organismi “non profit”*, cit., 35 ss.; P. CORRADINO-M.SEPE, *Le Fondazioni bancarie alla ricerca di una identità tra area pubblica e terzo settore*, ivi, 47 ss.

Al riguardo sembra particolarmente efficace ribadire in maniera sintetica le differenze fra funzioni, mezzi e valori di riferimento, dal punto di vista del Mercato, dello Stato o del Terzo Settore¹⁹. Il Mercato possiede infatti, com'è noto, il suo valore simbolico preminente nel denaro, è caratterizzato dallo scambio utilitaristico e ha per scopo specifico il profitto: il mercato produce *beni privati*. Lo Stato ha, da parte sua, il valore preminente nel potere ed esprime in forma autoritativa regole vincolanti per tutti i cittadini, volte a determinare *beni pubblici*. Il Terzo Settore ha invece per valore specifico quello della solidarietà e nasce nell'ambito della società civile. Attraverso l'azione di organismi, associazioni, fondazioni, organizzazioni di volontariato, cooperative, ecc., si organizza autonomamente per fornire *beni relazionali*, ossia orientati ai bisogni specifici e concreti delle persone fra cui sussistono vincoli di fiducia e reciprocità.

In questa prospettiva si inquadra meglio il problema rappresentato dal fatto che *coloro che producono e promuovono beni pubblici relazionali sono omologati ai privati che agiscono per profitto*. E paradossalmente, mentre da un lato il Terzo Settore è spesso e volentieri "costretto" ad indossare la veste giuridica, la "divisa" dell'impresa, dall'altro lato l'ordinamento continua generalmente a considerare lo scopo di lucro uno dei requisiti della relativa nozione²⁰.

Quest'ultima, vale la pena ricordare, si è trasformata nel tempo, in dipendenza di mutamenti socio-economici²¹. Così si è delineata a poco a poco la distinzione fra la figura dell'imprenditore e quella del mero capitalista (nel pensiero marxista il "capitalista dirigente" rispetto al "capitalista monetario"). Nel codice di commercio francese emerge poi un concetto giuridico di imprenditore come *species* del più ampio genere di commerciante, come riflesso di un'economia nella quale era il commercio, e non l'industria, il fattore propulsivo

¹⁹ Riprendiamo tale sintesi da B. FASANELLI, *Come generano benessere sociale gli organismi "non profit"*, in Supplemento a *Il Fisco* del 30 giugno 1997, cit., 9.

²⁰ Cfr. ad es. Cass. 3 dicembre 1981, n. 6395, secondo cui "lo scopo di lucro *che costituisce requisito essenziale della nozione di impresa* è individuabile non solo quando l'attività intrapresa sia rivolta al diretto incremento pecuniario, ma in qualsiasi utilità economica, consista questa in un risparmio di spesa o in altro vantaggio patrimoniale"(c.n.).

Interessante è in proposito quanto afferma F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2001-2002, 23, secondo il quale "certamente non è imprenditore chi fa erogazione gratuita di beni e servizi prodotti, mentre, per ciò che concerne il requisito dell'"economicità", esso non necessariamente comporta la natura lucrativa dell'attività produttiva. Tale posizione accetta infatti implicitamente l'idea che un'attività di natura genericamente produttiva di beni – e, dunque, economica – non comporta di per sé il carattere lucrativo e l'obiettivo precipuo del profitto.

²¹ Riprendiamo sinteticamente l'*excursus* storico da F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1978, vol. II.

dello sviluppo. Nell'Ottocento si consolida la concezione borghese della libertà, nel senso che si esclude la rilevanza giuridica dei rapporti inter-soggettivi interni alla produzione, sebbene la scienza economica già intuisca la necessità della “combinazione” dei fattori della produzione per la creazione di nuova ricchezza. Con il codice civile italiano del 1942 alla figura del commerciante si sostituisce quella di imprenditore, come genere più ampio che comprende la *species* commerciante, mentre è con la Costituzione del 1948 che nasce una nuova concezione dell'impresa, che rivaluta la socialità della produzione. Il lavoratore viene così valorizzato come produttore, partecipa delle decisioni relative al processo produttivo e alla politica economica aziendale, non più qualificabile come “spazio vuoto di diritto”. Soprattutto, con riguardo all'art. 41 Cost.²², la Corte costituzionale delinea un indirizzo giurisprudenziale in base al quale da un lato la garanzia di libertà di iniziativa economica (comma 1) si estende anche allo “svolgimento” della stessa; dall'altro i limiti dettati per il suo svolgimento (comma 2) incidono, a monte, sulla stessa scelta dei fini economici²³. Si fa strada allora la concezione *comunitaria* dell'impresa, quale supposta “comunità di lavoro” e infine quella *democratica*, in base alla quale, fuori dall'impresa, nella società generale, si sviluppa il rapporto dialettico fra l'imprenditore e gli interlocutori politici (portatori di interessi pubblici) e sindacali (portatori degli interessi dei lavoratori)²⁴.

Non sembra tuttavia, per quanto questo *tipo* di impresa, quella *for profit*, possa ora “concepirsi democraticamente”, che la stessa sia in grado di ricomprendere in sé la realtà dell'“impresa *non-profit*”. E' lo stesso parere in questione a dimostrare che la nozione impresa *tout court* è ancora oggi assimilabile, nel nostro ordinamento, a quella finalizzata al profitto. Allorché si avverte l'esigenza di identificare sul piano sostanziale i soggetti (*quis*) e le attività (*quid*) riconducibili al fenomeno della “cittadinanza societaria”, sembra utile ricercare sul piano giuridico forme (*modus*) idonee a rendere riconoscibili tali soggetti e rendicontabili le relative attività, specie quando queste si presentino

²² Per comodità del lettore riportiamo il testo dell'art. 41 Cost.:

L'iniziativa economica privata è libera.

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

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

²³ Sottolinea questo aspetto A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali*, 463.

²⁴ Così ancora F. GALGANO, *op. ult. cit.*, 21.

come *attività economiche in forma privata per finalità collettive, con contenuti e secondo mentalità imprenditoriali*²⁵. Un'adeguata veste giuridica per la realtà delle organizzazioni *non-profit* consentirebbe di rendere più trasparenti le effettive finalità perseguite, allontanando allo stesso tempo il rischio che imprese *for profit* “ap-profitino” indebitamente di esenzioni, riduzioni, agevolazioni e detrazioni che andrebbero applicate solo a chi persegue finalità sociali di solidarietà e in tal modo solleva le istituzioni pubbliche dai suoi carichi.

Al riguardo, senza la pretesa di voler approfondire in questa sede un tema così complesso, possono indicarsi alcuni tratti distintivi di questo tipo di impresa²⁶. In primo luogo va ribadito che la cornice entro cui tale realtà nasce non è l’“economia di mercato” ma l’“economia civile”: i diritti-doveri di cittadinanza non nascono per effetto della libertà di mercato e grazie alla sostenibilità dei costi relativi ai benefici elargiti²⁷, ma per effetto dell’interazione reciproca fra i lavoratori da un lato, e chi lavora e chi fruisce dei prodotti dall’altro²⁸. I promotori e i fruitori dell’impresa *non profit* appaiono comunque, indubbiamente, tanto quanto quelli dell’impresa *for profit*, dei “privati” cittadini. L’attenzione va piuttosto focalizzata sul carattere “sociale” della loro attività, sicuramente altruistica, solidale, reciproca, umanitaria quanto ai fini, ma soprattutto sottoposta ad un vincolo di non distribuzione degli eventuali utili e in tal senso pubblicamente rendicontabile. Acquistano così rilievo giuridico non solo le finalità perseguite, ma anche *quello che effettivamente si realizza e si continua nel tempo a realizzare in base ad esse*.

²⁵ Il dibattito sul punto è risalente. Cfr. alcuni contributi, senza pretesa di completezza, in ordine cronologico: F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni e i comitati*, Padova, 1987; E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. Cost.*, 1992, 2348 ss.; AA.VV., *Verso l’impresa sociale. Dieci anni di cooperazione e di solidarietà*, ed. Consorzio “Gino Mattarelli”, Milano, 1992; G. PONZANELLI, *Enti senza fine di lucro*, in *Dig., disc. privat., sez. dir. civile*, vol. VIII, 1993, 468 ss.; L. BRUSCAGLIA (a cura di), *La legge sul volontariato. Analisi e commento giuridico*, Padova, 1994; G. PONZANELLI, *Quali regole giuridiche per il Terzo settore?*, in *Diritto e management degli enti non commerciali*, 1995, ott.-dic., 549 ss.; TONDI delle MURA, *Profili costituzionali e sociali degli enti non profit*, ivi, 556.

²⁶ In proposito segnaliamo alcuni contributi di autori stranieri attraverso i quali può osservarsi come altrove il tema sia da tempo oggetto di attenzione e di ricerca. Cfr. B. WEISBROD, *The non profit economy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1988; E. JAMES (a cura di), *The nonprofit sector in international perspective: studies in comparative culture and policy*, Oxford University Press, New York 1989; H. HANSMANN, *The economic role of commercial nonprofits*, in *The Third Sector comparative Studies of Nonprofit Organizations*, a cura di H. Anheier e W. Seibel, Berlin, De Gruyter, 1990; H. ANHEIER, *Comparative research on the non-profit sector: four issues*, Mimeo, Rutgers University, 1994.

²⁷ Così P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, cit., 332.

²⁸ P. DONATI, op. ult. cit., 340.

La difficoltà – essenzialmente culturale – sembra quella di accettare, per un verso, l’idea che l’operatore economico possa davvero muoversi senza motivazioni egoistiche; per altro verso l’idea che le realtà operanti nel Terzo Settore siano riconosciute effettivamente, in senso etimologico, come *autonome* e, dunque, come un bene e un valore in se stesse, piuttosto che come una minaccia per lo Stato oppure un occasionale strumento per colmare i *deficit* del *Welfare*. Il nuovo art. 118 della Costituzione richiede, d’altra parte, questa svolta, allorché afferma che le pubbliche istituzioni, le stesse autonomie locali, “favoriscono l’*autonoma* iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale” (c.n.). Ciò nella consapevolezza, per un verso, della crisi dello Stato sociale-assistenziale e della sua incapacità di portare reale benessere ai soggetti sociali più deboli; per l’altro verso del fatto che lo Stato è comunque il soggetto politico in grado di vigilare affinché comunità locali e associazioni intermedie non siano strumento di disuguaglianza sociale, di clientelismo e di particolarismo. Solo lo Stato può infatti rappresentare il punto di vista generale per la formulazione della politica sociale e per le necessarie decisioni collettive vincolanti²⁹.

Il parere *de quo*, in conclusione, pone all’attenzione dei giuristi *alcune tematiche radicalmente nuove*, quali la questione della configurazione soggettiva e oggettiva dei fenomeni di *cittadinanza societaria*, ai quali essenzialmente si riferisce la sussidiarietà orizzontale; il *favor* nei confronti di queste realtà che oggi, in base alla Costituzione (art. 118, ult. comma), Stato, Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni sono tenuti a manifestare; la distinzione fra *pubblico*, *privato* e *privato sociale*, che porta inevitabilmente a differenziare l’impresa *for profit* (impresa *tout court*, finora), da quella *non profit*. Tutto ciò richiede non solo una fine capacità giuridica di *discernimento* di fattispecie e situazioni – che lo stesso Consiglio di Stato ha saputo dimostrare in quest’occasione - ma invita anche alla *creazione di forme giuridiche* idonee a favorire effettivamente lo svolgimento di attività di interesse generale ad opera di cittadini singoli e associati, ai sensi dell’art. 118, ult. comma, Cost. Il pregio del parere, in tal senso, è non solo quello di aver chiarito *cosa non rientra nell’ambito di applicazione della* sussidiarietà orizzontale, ma anche quello di aver indicato *cosa invece potrebbe rientrarvi*.

²⁹ P. DONATI, op. ult. cit., 135.

La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*

Di Giovanna Razzano

Sommario: 1. La sussidiarietà verticale come *propedeutica* rispetto alla sussidiarietà orizzontale. - 2. La Corte costituzionale e la sussidiarietà verticale: la prevalenza delle ragioni unitarie. - 3. Il Consiglio di Stato e la sussidiarietà orizzontale: la prevalenza delle ragioni delle autonomie sociali. - 4. Il problema ermeneutico e i principi complementari: a) il principio della pluralità delle autonomie sociali; - b) il principio di leale collaborazione; - c) il principio di solidarietà. - 5. Conclusioni: sinergia e *meta-relazionalità* fra le espressioni di sussidiarietà orizzontale e l'ordinamento giuridico.

1. La sussidiarietà verticale come *propedeutica* rispetto alla sussidiarietà orizzontale. -

L'aspetto del principio di sussidiarietà che attualmente costituisce una sfida culturale e giuridica è quello orizzontale. E' questa la reale questione che interroga il legislatore, statale e regionale, in riferimento al nuovo art. 118 Cost, ult. comma, e che impegna l'Amministrazione¹. Lo stesso federalismo non implica, infatti, che siano garantiti, evidenziati e promossi, al di sotto della minima entità pubblica – come ad esempio il Comune – organismi ancora inferiori, come le associazioni, le famiglie, le comunità e le singole persone².

* Relazione al seminario di *Labsus* (Laboratorio per la sussidiarietà), su “Sussidiarietà orizzontale e Regioni”, svoltosi a Roma il 2 dicembre 2005, presso la sede di *Astrid*.

In corso di pubblicazione negli Atti del Convegno svoltosi a Cassino il 16 dicembre 2005 sul tema “Sussidiarietà e diritti”, curati da Vincenzo Baldini.

¹ Senza pretesa di completezza, in ordine alfabetico, cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, 2005, I, 179-221; G. BERTI-G. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma, 2002; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, agg. XII, 2004; F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 409 ss.; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003; F. PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino, 2002, 99 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 6 ss.; F. ROVERSI MONACO, (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2003.

² Si consenta il rinvio a G. RAZZANO, *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in F. MODUGNO – P. CARNEVALE (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Milano, 2003, 10.

E' fra l'altro con riguardo alla sussidiarietà nella sua accezione orizzontale che si è parlato di *una nuova forma di democrazia*³. Accanto alle tradizionali forme della rappresentanza politica, la stessa Costituzione intende "favorire" attività di interesse generale poste in essere da cittadini singoli e associati, "istituzioni spontanee di cittadini che intendono provvedere alla risoluzione dei problemi di interesse generale della collettività"⁴. In altri termini può considerarsi annoverato fra i "valori costituzionali" anche quella diretta assunzione di responsabilità – non mera *partecipazione* – da parte dei cittadini in attività di interesse generale⁵.

Un tale mutamento nel modo di intendere i rapporti fra cittadino e Stato, fra società civile e società politica, rappresenta pertanto un programma sia sotto il profilo teorico, sia sotto il profilo pratico; e sia per quanto attiene alla sua natura di *principio*, sia per quanto attiene alla sua concreta realizzazione⁶. In questo senso acquista rilievo giuridico la *corrispondenza delle attività* poste in essere dai cittadini *con il principio* nel suo nucleo e nel suo significato.

Può comunque riconoscersi, d'altra parte, che una *caratteristica del processo di acquisizione del principio* nell'ordinamento italiano è *l'indissociabilità della dimensione verticale e di quella orizzontale*. Dapprima la Carta europea delle autonomie locali del 1985, poi gli artt. A e 3B del Trattato di Maastricht, successivamente la legge n.59 del 1997 e infine la riforma del Titolo V Cost. hanno mostrato un riferimento alla sussidiarietà sia verticale che orizzontale, per il costante riferimento alla "vicinanza al cittadino" e per il rilievo dato a famiglie, associazioni, comunità. Così, storicamente "a braccetto", può dirsi che la sussidiarietà verticale e orizzontale si siano presentate all'attenzione dell'ordinamento e dei suoi studiosi.

In particolare, sembra che la sussidiarietà verticale sia un una qualche misura *propedeutica* rispetto a quella orizzontale, sotto il profilo culturale e giuridico. Infatti mentre la sussidiarietà verticale è affine al principio autonomistico di cui all'art. 5 Cost., e può dunque ritenersi un principio già assimilato dall'ordinamento e ancor più dagli studiosi⁷ -, la sussidiarietà orizzontale

³ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Padova, 1994; G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, 1082 ss.; P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralista*, in A. CERVATI- S.P. PANUNZIO-P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001.

⁴ V. CERULLI IRELLI, op. cit.

⁵ Cfr. quanto affermato dal Tar Liguria 267/2004, *infra* § 3. In proposito, D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004.

⁶ P. DURET, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni cost.*, 2001, 13; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale italiano fra riforme da attuare e riforme da completare*, Torino, 2003, 131 ss.

⁷ Successivamente all'introduzione l'art. 3B del Trattato di Maastricht e prima della riforma del Titolo V, si assiste, nella letteratura giuridica, ad uno straordinario interesse per il principio di sussidiarietà, letto soprattutto in riferimento ai rapporti fra i diversi livelli di governo, soprattutto in chiave regionalista. In ordine cronologico, cfr., fra i tanti contributi, P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 11; L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3B*

comporta invece un impatto maggiore nell'ordinamento costituzionale⁸. Di conseguenza può affermarsi che la realizzazione della sussidiarietà verticale – e dunque l'effettivo svolgimento di funzioni amministrative da parte di Comuni, Province e Regioni – rappresenti una *condizione* per l'effettiva manifestazione della sussidiarietà orizzontale.

E' forse per questo che, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, risulta che mentre la Corte costituzionale si è occupata quasi esclusivamente di sussidiarietà verticale, il Consiglio di Stato, sia in sede giurisdizionale che consultiva, ha invece più volte affrontato la questione della sussidiarietà orizzontale.

2. La Corte costituzionale e la sussidiarietà verticale: la prevalenza delle ragioni unitarie.

L'affermazione per cui la Corte costituzionale italiana si è esclusivamente riferita alla sussidiarietà nella sua accezione verticale trova un'eccezione nelle sentenze nn. 300 e 301 del 2003 (stessa data), in tema di fondazioni bancarie⁹. Nella seconda sentenza, in particolare, la Consulta ha ritenuto irragionevole la presenza di una esclusiva rappresentanza degli enti locali negli organi di indirizzo delle fondazioni, “senza ricomprendervi quelle diverse realtà locali, pubbliche e private, radicate sul territorio ed espressive, per tradizione storica, connessa anche all'origine delle singole fondazioni, di interessi meritevoli di essere «rappresentati» nell'organo di indirizzo”. Viene in tal modo superato il rischio – prosegue la Corte – “di trasformare le fondazioni in enti collaterali e serventi, o

del Trattato sull'Unione europea, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993; G.P. ORSELLO, *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva dell'attuazione del Trattato sull'Unione europea*, Roma, 1993; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993; ID., *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, in *Jus*, 1994, 368; R. DICKMANN, *Sussidiarietà, sovranità e regionalismo. Il ruolo delle assemblee parlamentari*, in *Dir. soc.*, 1994, 296; A. RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione di competenze tra Comunità europea e stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1994, 438; R. CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Jus*, 1994; A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1059; R. MASTROIANNI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali e comunitarie in materia di politiche culturali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, 373; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1997, 619-622.

⁸ A differenza di ciò che è dato riscontrare in riferimento al principio di sussidiarietà verticale, per la sussidiarietà orizzontale occorre prendere atto dell'esistenza di una pluralità di interpretazioni, per le complesse questioni poste dal principio: cfr., ad es., G. COTTURRI, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Roma, 2001; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002, 12-18; G.U.RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit.; G. ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, Relazione alla Convenzione nazionale della sussidiarietà, Roma, 12 marzo, 2004, in www.cittadinanzattiva.it. Per ciò che concerne la riforma fiscale, cfr. F. BASSANINI-G. MACCIOTTA (a cura di), *L'attuazione del federalismo fiscale*, Bologna, 2003; L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale*, Milano, 2005.

⁹ Cfr. il commento di S. FOA', *Il principio di sussidiarietà orizzontale come limite al potere normativo regionale: il caso delle fondazioni di origine bancaria*, in www.federalismi.it.

strumentali, di quelli territoriali”. Risulta così tutelato un tipo di *autonomia* che non coincide con quella territoriale e che infatti vuole contrapporsi, nelle intenzioni del rimettente, alla “pubblicizzazione” *tout court* dell’attività delle fondazioni. Così, nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale (peraltro non menzionata affatto nella sentenza), l’interesse della pronuncia è dato dal rilievo riconosciuto all’origine e alla tradizione storica di tali enti, al loro collegamento con realtà locali non necessariamente coincidenti – anzi in conflitto – con Comuni, Province e Regioni. In altri termini, la Corte ha riconosciuto *l’esistenza di attività di interesse generale poste in essere da soggetti non pubblici*, secondo la configurazione di cui all’art. 118, ult. comma, Cost.

Ma la natura delle stesse questioni rimesse alla Corte e le motivazioni dalla stessa presentate a sostegno delle singole decisioni hanno finora implicato il principio di sussidiarietà nella sua accezione verticale e, spesso, nella sua accezione centralistica e ascensionale. Ne è un emblema la fondamentale sentenza n. 303 del 2005¹⁰. In questa pronuncia la Corte sostiene che la sussidiarietà ha visto mutare il proprio significato. Da una dimensione meramente *statica* (quella relativa alla distribuzione legale delle funzioni amministrative fra Stato ed enti territoriali enunciata nella legge 15 marzo 1997, n. 59), con l’incorporazione nella Costituzione, sarebbe divenuta attiva una vocazione *dinamica* della sussidiarietà. Il principio si sarebbe così trasformato in *fattore di flessibilità in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie*. Di conseguenza, afferma la Corte, è possibile che lo Stato attragga funzioni legislative e amministrative delle Regioni, fatte salve attività concertative e di coordinamento orizzontale, quali le intese.

Della sussidiarietà, in questa occasione, la Corte ha soprattutto sottolineato tre aspetti: il *dinamismo*; la valenza *centralistica* e la *dimensione collaborativa postulante l’intesa*¹¹. Quanto a

¹⁰ Numerosi e immediati i commenti a questa importante sentenza. Fra questi si segnalano dal *web*: R. DICKMANN, *La Corte Costituzionale attua (ed integra) il Titolo V (Osservazioni a Corte Cost., 1° ottobre 2003, n. 303)*, in www.federalismi.it, n.12/2003, nonché L. TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà*, in www.asdridonline.it. Inoltre si segnalano, sul *Forum on line dei Quaderni costituzionali* (www.mulino.it) nella sezione dedicata alla “Giurisprudenza”, riportandoli in ordine alfabetico: A. ANZON, *Flessibilità dell’ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*; Q. CAMERLENGO, *Dall’amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale* (13 ottobre 2003); E. d’ARPE, *La Consulta censura le norme statali “cedevoli” ponendo in crisi il sistema: un nuovo aspetto della sentenza 303/2003* (17 ottobre 2003); A. D’ATENA, *L’allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della corte costituzionale*; F. CINTIOLI, *Le forme dell’intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003* (31 ottobre 2003); A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il titolo V?* (8 ottobre 2003); A. MOSCARINI, *La sussidiarietà come Supremacy Clause dell’ordinamento giuridico italiano*; A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia. Nota a Corte cost. n. 303 del 2003* (29 ottobre 2003); L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale collaborazione e strict scrutiny*.

¹¹ Si consenta il rinvio a G. RAZZANO, *La “reinterpreteazione” della sussidiarietà nella recente giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo alle novità introdotte dalla sentenza n. 303/2003*, in *Giur.it.*, 2005, 201.

quest'ultima, la Corte sembra annunciare una vera e propria *garanzia procedimentale*, in grado di rappresentare un modello anche per il futuro, non solo per lo Stato e le Regioni, ma anche per la stessa Corte, che sembra voler impegnare se stessa a giudicare, in futuro, secondo prestabiliti moduli e in riferimento a costanti requisiti.

In realtà le pronunce successive hanno smontato quell'impianto, venendo meno alla stessa garanzia dell'intesa quale momento di recupero della partecipazione regionale. Ciò che invece sembra confermarsi è un'interpretazione del principio di sussidiarietà quale clausola di salvaguardia delle esigenze unitarie.

La sentenza n. 31 del 2005, se da un lato conferma lo strumento dell'*intesa* quale *espressione del principio di leale collaborazione*, dall'altro ribadisce che *le esigenze di carattere unitario debbono essere regolate dallo Stato nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*. La Corte accoglie così - in base al principio di leale collaborazione e non a quello di sussidiarietà - il ricorso della Regione Emilia-Romagna, nella parte in cui la legge in questione prevedeva un mero parere - anziché l'intesa - della Conferenza unificata in riferimento a progetti che "riguardino l'organizzazione e la dotazione tecnologica delle Regioni e degli enti territoriali".

E' poi interessante osservare che, mentre il Governo invoca, nei suoi ricorsi, il principio di sussidiarietà per giustificare esigenze unitarie (cfr., ad es., il ricorso relativo alla sentenza n. 62 del 2005), le Regioni richiamano l'art. 118 Cost. a tutela e rafforzamento delle proprie competenze, anche se non risulta che la Corte fondi su tale parametro la competenza regionale (cfr., fra numerosi ricorsi, quelli relativi alla sent. 50 del 2005).

Con la sent. 151 del 2005 la Corte costituzionale smentisce palesemente quanto disposto dalla precedente sentenza 303¹² e afferma che lo Stato può, al contrario, esercitare funzioni legislative sussidiarie anche in assenza di una intesa con la Regione interessata. Vengono così superate le stesse garanzie procedimentali e gli stessi moduli collaborativi delineati dalla Corte come *strumenti di compenso* (alle Regioni) per l'attrazione statale in sussidiarietà.

Ancora rispondenti ad una impostazione centralistica del principio di sussidiarietà sono le argomentazioni adottate nelle sentenze 214 e 219 del 2005. Non vengono infatti accolti ricorsi costituzionali dello Stato fondati sul principio di sussidiarietà proprio perché, secondo la Corte, vengono in rilievo esigenze locali. Si rende così evidente il *paradosso* per cui il principio in questione, introdotto nella riforma del Titolo V della Costituzione proprio in un'ottica di maggiore decentramento e in coerenza con l'idea di un esercizio di funzioni ad un livello il più possibile

¹² G. SCACCIA, *Presupposti per l'attrazione in via sussidiaria della funzione legislativa ed esercizio della funzione regolamentare*, anticipato in www.associazionedeicostituzionalisti.it, in corso di pubblicazione in *Giur.cost.*

vicino ai cittadini, diviene ora il *vessillo dell'attrazione statale di competenze legislative e amministrative e delle ragioni unitarie*. La Corte arriva infatti a *rifiutare le ragioni della sussidiarietà*, proprio quando intende tutelare esigenze regionali e locali.

In controtendenza con questa giurisprudenza può invece considerarsi la recentissima sentenza n. 417 del 2005, per due ordini di motivi. Il primo, senz'altro, è l'affermazione del principio per cui le norme che fissano vincoli puntuali su singole voci di spesa non costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, ma, al contrario, una lesione dell'autonomia finanziaria delle Regioni, ex art. 119 Cost. Il secondo, di carattere processuale, concerne la stessa legittimazione a ricorrere delle Regioni, determinata dall'asserita lesione di competenze degli enti locali. La Corte infatti, ribadendo quanto affermato già nella sentenza n. 196 del 2004, afferma che le ricorrenti sono legittimate a denunciare la legge statale per violazione di competenze degli enti locali perché "la stretta connessione, in particolare (...) in tema di finanza regionale e locale, tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali". Trova così conferma, in questo importante contesto, in cui viene limitata l'ingerenza statale nella gestione della spesa degli enti locali, la legittimazione a ricorrere delle Regioni per la tutela delle competenze locali e non solo per le proprie. Un modo per superare il limite di una riforma costituzionale che, nel valorizzare le autonomie locali, non aveva poi previsto – come rilevato unanimemente in dottrina – una legittimazione processuale delle stesse per i ricorsi innanzi alla Corte a tutela delle proprie prerogative. Ma è importante sottolineare che il principio di sussidiarietà, in questa interessante sentenza, non viene richiamato.

Il *dinamismo* cui si riferiva la sentenza 303 del 2003 con riguardo alla sussidiarietà si è così rivelato – almeno finora – soprattutto *ascensionale*. Il principio *de quo*, pur sempre riferito esclusivamente ai rapporti fra i diversi livelli di governo, risulta soprattutto un *meccanismo* valido per giustificare attrazioni di competenza da parte dello Stato. Per ciò che è dato riscontrare nella giurisprudenza della Corte costituzionale, appare come *svuotato della sua carica assiologica, supplente di quell'interesse nazionale* cancellato dal legislatore costituzionale.

3. Il Consiglio di Stato e la sussidiarietà orizzontale: la prevalenza delle ragioni delle autonomie sociali. Significativo è che il Consiglio di Stato, ancor prima della riforma del Titolo V, abbia dato rilievo al principio di sussidiarietà di cui all'art. 4 della legge 59 del 1997 e, in base ad esso, abbia motivato la spettanza al Comune della pianificazione urbanistica del proprio territorio. In particolare il Comune viene definito, in questa occasione, titolare della competenza in

questione, quale *ente di riferimento degli interessi della comunità di base* rispetto al regolato e conforme assetto del territorio¹³.

Citando in ordine cronologico le pronunce, va considerato poi il parere della Sezione consultiva per gli atti normativi n. 1354 del 2002, in tema di fondazioni bancarie. Queste vengono infatti definite espressione di originarie manifestazioni di autonomia privata, “soggetti dell’organizzazione delle libertà sociali”. Ancora – afferma il Consiglio di Stato – “lo Stato e ogni altra autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal sociale”.

Protetto dal principio di sussidiarietà è stato poi considerato il rapporto convenzionale tra una USL e un’azienda sanitaria privata (Cons. St, Sez. V, n. 6395/2002), mentre il Tar Lombardia (n. 94 del 5.2.2003) ha sancito l’obbligo di motivazione in caso di intervento pubblico incidente in settori caratterizzati dall’iniziativa economica privata¹⁴.

Di grande rilievo risulta poi il parere della Sezione consultiva per gli atti normativi n. 1440 del 2003, su di uno schema di regolamento ministeriale che, proprio in base all’art. 118, ult. comma, Cost., prevedeva l’accesso diretto, da parte delle imprese che avessero mostrato coincidenza fra i loro progetti e gli interessi degli enti locali, ad un fondo istituito presso il Ministero dell’Interno. Ma il Consiglio di Stato, rispondendo all’Amministrazione con un raro parere negativo, afferma che la sussidiarietà orizzontale non può essere utilizzata per fattispecie di aiuti alle imprese¹⁵. A tal fine la Sezione fa propria la nozione di *cittadinanza societaria* elaborata in sociologia¹⁶, quale relazione che si crea fra gli stessi cittadini in un ambito territoriale e sociale concreto, peculiare e locale, per soddisfare concreti e specifici bisogni, senza attendere tendenzialmente nulla dallo Stato e dagli enti locali. Sottolineando così il carattere relazionale della sussidiarietà orizzontale, il Consiglio di Stato esclude che la convergenza fra interessi imprenditoriali privati e interessi degli enti locali possa essere, di per sé, espressione del principio. Al contrario quest’ultimo – sempre secondo la Sezione – “va piuttosto riferito ai fenomeni tipici della cittadinanza societaria, laddove si evidenziano attività di interesse generale a cura di soggetti, utenti e agenti al medesimo tempo, operanti nella propria comunità di base”.

¹³ Consiglio di Stato, IV Sez., 20 marzo 2000, n. 1493 (conferma Tar Veneto) e Consiglio di Stato, II Sez., 5 febbraio 2003, n. 2691/02 (parere su ricorso straordinario del Presidente della Repubblica), entrambe parzialmente pubblicate in *Giur.it.*, 2003, 1770, con commento di G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato e il principio di sussidiarietà*.

¹⁴ In proposito cfr. L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni cost.*, 2003, 635 ss.

¹⁵ Il parere (Cons. di St., Sez. Consultiva Atti Normativi 3 settembre 2003, n. 1440, Pres. Alibrandi, Est. D’Agostino) è pubblicato in *Giur. It.*, 2004, 718, con commento di G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*.

¹⁶ Il riferimento è a P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, (1993), 2000.

Il Consiglio di Stato afferma, in tal modo, che la sussidiarietà orizzontale è qualcosa di più e di diverso della possibilità dei privati di accedere ai fondi pubblici con l'assenso degli enti locali. A ben vedere, nello schema di regolamento *de quo*, si configurava *un premio economico prima ancora che si fosse instaurata alcuna relazione fra soggetti utenti e agenti al medesimo tempo*; uno stanziamento di denaro pubblico prima ancora che sorgesse alcuna espressione di cittadinanza attiva. E la Sezione ha evidenziato pertanto come *l'incentivo economico, conferito ex ante, fosse più idoneo a favorire l'iniziativa economica privata che non attività di interesse generale realizzate da cittadini singoli e associati*.

Tale parere può considerarsi *speculare* alla sentenza n. 303 della Corte costituzionale. Esso infatti, oltre ad approfondire il nucleo stesso del principio di sussidiarietà orizzontale, ne elabora una *nozione molto esigente*, che sottolinea il requisito relazionale e la generalità dell'interesse, secondo la previsione costituzionale. Anzi, a ben vedere, l'interesse generale sembra realizzarsi – secondo il Consiglio di Stato – proprio quando i soggetti attivi (i “cittadini singoli e associati”) risultino essere utenti e agenti al medesimo tempo, oltre che “operanti nella propria comunità di base”. *Il decentramento richiesto è, in questo senso, estremo*.

Di grande importanza è poi l'affermazione contenuta in una pronuncia del TAR Liguria (Sez. I, 18 marzo 2004, n. 267)¹⁷, per cui il principio di sussidiarietà orizzontale “induce necessariamente a dover riconsiderare sotto nuova e più pregnante luce la valenza della posizione giuridica dei soggetti coinvolti nell'azione amministrativa. Non v'è dubbio, infatti, che *lo specifico ruolo ordinamentale attribuito ai privati ed alle loro formazioni sociali sul piano sostanziale riverberi i suoi effetti anche sul piano procedimentale e processuale*. Così, per un verso, l'apporto di questi ultimi nell'ambito del procedimento andrà valorizzato *non solo in termini di mera collaborazione nell'adozione dei provvedimenti che incidano direttamente la loro sfera giuridica, ma anche ai più generali fini della gestione stessa della funzione amministrativa per renderla più adeguata rispetto agli interessi pubblici perseguiti*. Per altro verso, poi, ai singoli ed alle loro *formazioni sociali dovrà essere garantita la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l'esercizio di detta funzione da parte degli enti istituzionali a ciò preposti?*” (corsivi nostri).

Pertanto può dirsi che mentre la Corte costituzionale, con la sent. 303/2003, elabora un concetto di sussidiarietà non solo limitato all'accezione *verticale*, ma anche di carattere *centralistico*, il Consiglio di Stato, invece, non solo affronta la spinosa questione della sussidiarietà nella sua dimensione *orizzontale*, ma la riferisce a fenomeni di massimo *decentramento*, arrivando –

¹⁷ Commentata da M. BARBERO, *Sussidiarietà orizzontale e legittimazione processuale amministrativa*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

ben oltre gli enti locali – al concetto di *comunità di base* e di *relazione significativa e attiva fra cittadini*.

4. Il problema ermeneutico e i principi complementari: a) il principio della pluralità delle autonomie sociali

Quanto è emerso dall'esame della più recente giurisprudenza costituzionale e amministrativa, mostra la centralità del *problema ermeneutico della sussidiarietà*. A maggior ragione, come si è detto all'inizio, quando in questione è la sua dimensione orizzontale, che rappresenta la vera sfida e il vero problema per l'ordinamento. Tuttavia, proprio nella prospettiva di quest'ultimo, in un'ottica globale e sistematica, va ribadito che la sussidiarietà non sopravvive sola. Si tratta infatti di un principio che si inserisce, *storicamente*, in un tessuto costituzionale consolidato e che, anche *filosoficamente*, rimanda ad altri principi. In particolare sembra importante sottolinearne tre: il principio della pluralità delle autonomie sociali; quello di leale collaborazione e soprattutto quello di solidarietà.

Quanto al primo non si vuole tanto, in questa sede, affrontare sotto il profilo costituzionale in che misura la libertà di associazione, la libertà religiosa e la libertà di iniziativa economica privata¹⁸ siano coerenti con il principio di sussidiarietà, cosa che richiederebbe ben altro spazio ed attenzione. In proposito si vuole soprattutto evidenziare che il principio di sussidiarietà – mai definito, come tale, né dalla Comunità europea, né dalla Costituzione, né da alcuna legge, ma solo da queste *richiamato* per singole applicazioni – è un principio dalle radici profonde ma *conoscibili*, che esprime una concezione globale dell'uomo e della società¹⁹. Esso da un lato tutela l'autonomia del singolo rispetto all'invadenza degli organismi maggiori; dall'altro implica l'intervento da parte di questi ultimi o per inadempienza da parte di quelli inferiori o per incapacità dovuta alla stessa natura dei compiti da affrontare. Ciò vale a sottolineare che il principio di sussidiarietà presuppone i concetti di maggiore e di minore; di più grande e di più piccolo. Di conseguenza il principio presuppone, da un lato, più livelli di organizzazione; dall'altro, una molteplicità di soggetti e *una quantità di relazioni potenzialmente infinite*. Poiché viene in evidenza persino la singola persona, è intuitivo che al cuore del principio di sussidiarietà vi sia la stessa dignità umana e la conseguente

¹⁸ Al riguardo cfr. A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, Milano, 1999, 245.

¹⁹ Le radici del principio possono rintracciarsi già nel pensiero classico (Aristotele); fra gli autori latini (Tacito e Cesare); in S. Tommaso d'Aquino; in Dante; in Althusius; in Tocqueville; in Proudhon; nel liberalismo costituzionale tedesco (R. von Mohl; G. Jellinek) e soprattutto nella dottrina sociale della Chiesa, a partire dalle encicliche *Rerum Novarum* (1891) e *Quadragesimo Anno* (1931). Per più ampi riferimenti in proposito, cfr. G. RAZZANO, *Sui principi di sussidiarietà*, cit.

responsabilità. Non a caso l'art. 2 Cost. è indicato come una norma di riferimento, come complesso di diritti e doveri facenti capo alla persona singola e associata.

In questo quadro sembra importante sottolineare che, se la sussidiarietà attiene alla dignità umana e alla relativa *libertà, la molteplicità e la pluralità delle espressioni di sussidiarietà orizzontale* sono i naturali corollari del principio. E ciò sia in senso qualitativo che quantitativo. Le relazioni implicate dalla sussidiarietà orizzontale possono dunque essere, nell'ordinamento costituzionale, molte e di vario tipo. In ogni caso *mai troppe*, nel senso che le relative iniziative trovano gli stessi limiti che trova la libertà di associazione. Di qui, anche, il fondamento del divieto di pubblicizzazione ed entificazione da parte degli enti pubblici delle formazioni sociali costituite dai cittadini, come conseguenza dell'art. 118, ult. comma, Cost.²⁰. Di qui, probabilmente, la maggiore correttezza dell'espressione "riconoscono" – anziché "favoriscono" – quando si tratta dell'atteggiamento che gli enti pubblici dovrebbero avere nei confronti delle formazioni spontanee di cittadini: il *favorire*, se inteso non tanto nel senso di "creare le condizioni" e "valorizzare" ma di "aiutare con risorse pubbliche", potrebbe infatti prestarsi ad interpretazioni riduttive. Fra l'altro, talvolta, più che l'accesso ad un fondo statale, più che una convenzione e di qualsiasi elargizione pubblica, contano lo snellimento burocratico, adeguate forme giuridiche e fiscali che permettano lo sviluppo di iniziative sociali ed economiche e perfino la stessa consapevolezza culturale, quanto al principio, di coloro che rappresentano le istituzioni.

b) il principio di leale collaborazione

Con il principio di leale collaborazione, costituzionalizzato insieme a quello di sussidiarietà in riferimento ai *poteri sostitutivi* del Governo, viene in rilievo *la questione della più o meno rigida ripartizione delle competenze* fra diversi livelli di governo. In proposito è vero che, come sottolineato in dottrina, è fallito il blocco competenziale per materie così come indicato nell'art. 117 Cost.²¹; che per il raggiungimento di un medesimo interesse concorrono più livelli di governo²²; che è realistico informare le relazioni fra gli stessi a dinamismo ed elasticità²³. Ma il limite a tale *mobilità* è posto dal problema della *responsabilità* finale. Ciò è evidenziato dallo stesso principio di leale collaborazione in quanto principio procedimentale, che comporta essenzialmente un percorso e un atteggiamento di apertura all'acquisizione del parere o al raggiungimento di un'intesa, attraverso

²⁰ Così V. CERULLI IRELLI, op. cit.

²¹ A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, cit.

²² L. TORCHIA, Intervento al Convegno "L'immagine dell'amministrazione nelle sentenze della Corte costituzionale, dopo la riforma del Titolo V", organizzato dal Gruppo di S. Martino, Perugia, 10-11 novembre 2005.

²³ Cfr. A. MOSCARINI, *La sussidiarietà come Supremacy Clause dell'ordinamento giuridico italiano*, cit., in sostanziale adesione alle soluzioni della sentenza n. 303 /2005.

lo schema proposta-controposta; replica-controreplica. Nel momento giurisdizionale – anche nei giudizi di costituzionalità in via principale - si chiede di indicare, appunto, chi è competente per il risultato finale – ovvero chi è competente a legiferare. Un limite alla stessa *leale* collaborazione è dunque la stessa non definizione della competenza. D'altra parte il principio di sussidiarietà è attuato essenzialmente quando l'ente maggiore favorisce e rafforza la capacità di autonomia dell'ente inferiore.

In concreto, allora, il binomio sussidiarietà-leale collaborazione implica conseguenze sia sul piano legislativo che amministrativo. Quanto al legislatore, statale e regionale, una normazione per obiettivi e per principi, davvero generale ed astratta (e non provvedimento), potrebbe ora qualificarsi come un *dovere costituzionale*²⁴. Le leggi *devono* essere in grado di evidenziare le competenze²⁵. Fra l'altro, per ciò che concerne la legge regionale, la *differenziazione* implica la capacità di modulazione della norma alla situazione concreta e reale. Sembra questa una nuova espressione del canone di ragionevolezza: situazioni diverse – riferibili ad un determinato territorio – implicano provvedimenti legislativi e amministrativi diversi. Di ciò sembra che debba tener conto sia lo Stato, quanto alla sua funzione di perequatore, sia ciascuna Regione, chiamata più a studiare e monitorare la propria situazione interna che non ad omologare alcune “Regioni modello”.

Viene infine in rilievo, a questo proposito, quanto affermato dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 43 e 69 del 2004: anche le Regioni possono intervenire per realizzare atti che un ente locale ha omissis di compiere, purché vi sia una *legge regionale* che *definisca* i presupposti sostanziali e procedurali della sostituzione e siano *previsti meccanismi di leale collaborazione*.

c) il principio di solidarietà

Nella dottrina sociale cristiana, il principio di solidarietà è ritenuto complementare a quello di sussidiarietà: “la solidarietà senza sussidiarietà può generare facilmente in assistenzialismo, mentre la sussidiarietà senza solidarietà rischia di alimentare forme di localismo egoistico”²⁶. Tale

²⁴ In questo senso si è assimilata la leale collaborazione al criterio di buona fede sviluppato in ambito civilistico e processual civilistico (cfr. G. RAZZANO, *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, cit., 53).

²⁵ In proposito non può non osservarsi come, con riguardo alla definizione delle competenze, è mancata un'attenta valutazione da parte dello stesso legislatore costituzionale che ha novellato il Titolo V, come già osservava la dottrina e come in seguito ha dimostrato la conflittualità fra Stato e Regioni. Rileva, in proposito, anche l'inadempienza del legislatore statale in riferimento alla riforma fiscale prevista dallo stesso art. 119 Cost., più volte auspicata dalla stessa Corte costituzionale.

²⁶ Così, da ultimo, il *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004, p. 192 e, ivi, ampi riferimenti alle encicliche sociali e ai vari documenti del Magistero concernenti i principi di solidarietà e sussidiarietà.

impostazione è stata fra l'altro considerata rispondente e compatibile con l'impianto della nostra Costituzione, a differenza del concetto di sussidiarietà così come elaborato in ambito liberalista²⁷.

Anche in questo caso il binomio sussidiarietà-solidarietà comporta alcune conseguenze. Da un lato, sembra di dover escludere quell'orientamento *privatistico* della sussidiarietà, dove lo Stato è "minimo" e il bene comune si riduce alla mera somma di interessi particolari²⁸. Politiche liberiste di dismissione di attività statali in favore dei privati non sembrano, di per sé, rappresentare un emblema del principio di sussidiarietà.

Dall'altro, all'opposto, non pare rispondere al principio in questione neanche l'idea per cui il contributo dei soggetti privati e delle autonomie sociali consisterebbe solo nell'integrare o sussidiare le prestazioni dei servizi pubblici, in presenza di una maggiore efficacia e di minori costi²⁹. Questa concezione *efficientista* della sussidiarietà mette in ombra la dimensione personalista del principio in questione, insieme alla sua carica assiologica³⁰: l'obiettivo è infatti quello di valorizzare la persona e il contesto sociale a lei più prossimo, nella convinzione che siano questi i protagonisti e i destinatari dell'azione pubblica.

Fra l'altro, a ben vedere, *condizionare l'attività degli organismi inferiori ai canoni dell'efficienza e del minor costo rischia di compromettere la stessa sussidiarietà verticale*. In alcuni casi, per Regioni ed enti locali, sarebbe difficile dimostrare di saper svolgere un'azione più efficiente di quella statale. Né sembra rispondere allo stesso principio dell'autonomia di cui all'art. 5 Cost. l'imposizione di un tale onere. L'inadeguatezza non può essere presa a pretesto, in base al principio di sussidiarietà, per non giungere mai al risultato costituzionalmente indicato dell'attribuzione delle funzioni amministrative all'ente locale più vicino ai cittadini interessati. In questo senso i principi di sussidiarietà/solidarietà, insieme allo stesso principio di adeguatezza, *non*

²⁷ G. FERRARA, *Revisione costituzionale e principio di sussidiarietà: due sfigurazioni*, in *Nuova fase*, 1997, 65.

²⁸ Così F.A. HAYEK, *La società libera*, Firenze, Vallecchi, 1969; ID., *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, London, 1979; tr. it.: *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1987; R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, 1974; tr. it.: *Anarchia, Stato e Utopia*, Firenze, Le Monnier, 1981.

²⁹ G.U. RESCIGNO, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit.,

³⁰ Cfr. la Relazione di G. LIMONE *Le basi filosofiche della sussidiarietà*, al Convegno "Sussidiarietà e diritti", Cassino, 16 dicembre 2005, dove si evidenzia la dimensione personalistica del principio di sussidiarietà, con riferimenti alla storia del pensiero socio-politico occidentale. In particolare viene dall'autore evidenziata l'importanza della sintesi rappresentata da una concezione teoretica in cui l'uomo è individuo e allo stesso tempo legame relazionale, che conduce di per sé ad un superamento dell'alternativa individuo/Stato e del binomio centrale/periferico.

Evidente è l'assonanza con la concezione approfondita in ambito amministrativistico da G. ARENA (cfr. da ultimo la sua Relazione *Il principio di sussidiarietà nei rapporti tra P.A. e cittadino*, presentata in occasione del Convegno "Sussidiarietà e diritti", Cassino, 16 dicembre 2005, cit.), circa il superamento del "paradigma bipolare" costituito dall'alternativa cittadino/Amministrazione.

dovrebbero essere sinonimo di sostituzione, ma di sostegno affinché l'ente inferiore sia messo in condizione di assolvere responsabilmente funzioni che è in grado di assolvere.

5. Conclusioni: sinergia e *meta-relazionalità* fra le espressioni di sussidiarietà orizzontale e l'ordinamento giuridico.

Se condizionare l'esercizio di funzioni amministrative da parte di Regioni ed enti locali alla loro maggiore efficienza³¹, non sembra rispondere al principio di sussidiarietà verticale (né a molte altre previsioni costituzionali), condizionare le attività di interesse generale dei cittadini singoli e associati al minor costo delle stesse rispetto a quelle pubbliche non corrisponde alla sussidiarietà orizzontale. Si tratta infatti di sottolineare che quest'ultima è un valore dell'ordinamento e, precisamente, *un principio costituzionale complesso*, che non può essere definito in termini puramente economici. Fra l'altro, va osservato, l'esito è quello della riduzione del principio a clausola, a grimaldello³² e a meccanismo, in sorprendente coincidenza con quell'interpretazione centralistica della sussidiarietà fornita dalla Corte nella sentenza n. 303 del 2003.

La Corte costituzionale, si è infatti osservato, ha considerato il principio di sussidiarietà verticale in senso prevalentemente statalistico e ascensionale, mentre il giudice amministrativo ha piuttosto interpretato la sussidiarietà orizzontale nella sua accezione più decentrata.

In questo quadro, si è sottolineata l'importanza di una legislazione – sia statale, che regionale – di carattere promozionale, in grado di evidenziare obiettivi e di definire competenze. Per l'Amministrazione, di fronte ad attività di interesse generale svolte da cittadini, diventa prevalente la funzione di coordinamento e quella di controllo.

La sussidiarietà orizzontale genera infatti *nuovi diritti* e anche *nuovi doveri costituzionali*, rafforzando quelli preesistenti³³ ed evidenziandone nuovi aspetti e ulteriori dimensioni³⁴. Da un

³¹ Opposte, occorre sottolineare, sono le indicazioni della Corte costituzionale contenute nella sentenza n. 303, punto 4.1 della motivazione in diritto: nel procedimento concertativo, afferma la Consulta, la Regione ha l'occasione di argomentare e dimostrare la propria adeguatezza e la propria capacità di svolgere, in tutto o in parte, la funzione, fino a vanificare, in ipotesi, la pretesa statale di attrarre in sussidiarietà le funzioni amministrative.

³² L'espressione è di A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, cit.

³³ Secondo S. STAIANO (*Il principio di sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, Relazione presentata all'Incontro di Studi organizzato dal Fornez, "La sussidiarietà orizzontale: esperienze e modelli a confronto", Roma, 24 novembre 2005), il principio di sussidiarietà, lungi dal poter essere considerato in posizione di supremazia gerarchica rispetto agli altri principi costituzionali, deve essere interpretato in modo da non stravolgerne il preesistente tessuto, attraverso operazioni di bilanciamento.

³⁴ Sottolinea la stretta relazione fra il principio di sussidiarietà e i diritti e le libertà fondamentali V. BALDINI, nella sua Relazione *La sussidiarietà e i diritti costituzionali*, al Convegno "Sussidiarietà e diritti", Cassino, 16 dicembre 2005. In particolare l'autore, con richiami alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca, sottolinea il vincolo funzionale che lega sussidiarietà e democrazia "come profili strettamente correlati al principio di autonomia della persona", con importanti e concreti riflessi sui compiti e sui poteri del Parlamento europeo.

lato, quanto ai cittadini, alla luce dell'art. 118, ult. comma, Cost., viene rilanciato l'art. 4, comma 2, per cui "ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società". Dall'altro, quanto alle istituzioni pubbliche, si configurano *nuovi doveri* di legislazione, di amministrazione, di leale collaborazione, differenziazione e adeguatezza.

Sotto il profilo delle espressioni attuali di sussidiarietà orizzontale, pare inopportuna una ricognizione e impossibile una classificazione delle stesse. Fra l'altro attività molto significative – come quelle di cura, svolte all'interno delle pareti domestiche, dei condomini, dei quartieri e degli ospedali - sfuggono alla rilevazione e alla quantificazione (sebbene siano poi presupposte nelle scelte politiche nazionali e locali). L'obiettivo che la Costituzione sembra imporsi è, piuttosto, quello di creare una *relazione e una sinergia fra tali realtà e l'ordinamento giuridico*. In altri termini sembra di poter affermare che attività di interesse generale poste in essere da cittadini singoli e associati sono diffuse e anche preesistenti alle riflessioni degli studiosi e alle stesse riforme. Piuttosto, alla relazionalità reciproca già intercorrente fra i cittadini, sembra ora di dover aggiungere una sorta di *meta-relazionalità*, fra l'insieme di tali "attività relazionali", da un lato, e Stato, Regioni, Province e Comuni dall'altro. Riconoscendo, valorizzando e favorendo ulteriormente tali attività dei "privati", le istituzioni "pubbliche" possono infatti, al contempo, attuare la Costituzione soprattutto per ciò che concerne i principi supremi della dignità e libertà umana ed essere più efficaci, di riflesso, nelle funzioni di loro competenza.

Un esempio è d'obbligo. Alcuni quotidiani hanno di recente riportato, oltre alla notizia di fatti criminosi avvenuti in Calabria, l'avvenuto coordinamento, nella medesima Regione, di tutte le espressioni del cosiddetto Terzo Settore (denominato *CivitasMed*), in rappresentanza di cooperative, associazioni di volontariato, circoli sportivi, parrocchiali, ecc. Il coordinamento si proponeva, fra l'altro, di rappresentare una risposta della società civile alla società incivile o, più espressamente, criminale. Questo fatto esprime, in sé, la peculiarità e la potenzialità delle autonomie sociali – anche rispetto alle stesse autonomie locali – quanto all'incidenza nella rete quotidiana, vitale e significativa delle relazioni che si instaurano fra le persone e le famiglie. Si evidenzia così come le realtà espressive della sussidiarietà orizzontale possano svolgere un ruolo insostituibile, persino più efficace delle istituzioni pubbliche locali, per quanto "vicine ai cittadini interessati"³⁵.

³⁵ L'espressione, come è noto, è ripresa dall'art. A del Trattato di Maastricht.



LA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE: PROFILI TEORICI

di

Sandro Staiano

(Professore ordinario di diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II)

SOMMARIO: 1. Le difficoltà definitorie del principio di sussidiarietà. – 2. La complessità delle radici culturali. – 2.1. La matrice cattolica. – 2.2. La matrice liberale. – 2.3. Teorie “della giustizia” e teorie della “capacitazione”: le ideologie della sussidiarietà alla prova. – 3. La definizione normativa del principio. – 4. La lama sottile della logica formale. – 5. La concezione pervasiva del principio di sussidiarietà orizzontale. – 6. Sussidiarietà orizzontale e pensiero giuridico debole. – 7. Qualche notazione per possibili linee ricostruttive.

1. *Le difficoltà definitorie del principio di sussidiarietà* – Una definizione unitaria del principio di sussidiarietà appare molto ardua, per la densità del contesto culturale, per la stratificazione del dato storico, e per il sovraccarico ideologico dal quale risultano segnate le ricostruzioni teoriche che ne sono state proposte; tanto più quando la sussidiarietà venga considerata in senso “orizzontale”, coinvolgendo l’impervia questione del rapporto tra pubblici poteri e autonomia dei privati.

Rinunciando ad un’impossibile “neutralità” definitoria, è peraltro forse utile muovere da un concetto aperto di sussidiarietà: quanto al *designatum*, essa si riferisce ad una relazione, tra livelli territoriali di governo, come sussidiarietà verticale; tra Stato, latamente inteso, e società civile, anch’essa latamente intesa, come sussidiarietà orizzontale. Quanto alla funzione, la sussidiarietà privilegia l’intervento dei soggetti nell’ambito più vicino possibile (cioè sufficientemente adeguato) agli interessi coinvolti¹.

Siffatta nozione, aperta al punto da risultare tendenzialmente descrittiva-oggettiva, libera da una specifica valutazione ideologica, paga tuttavia questo suo carattere “virtuoso” lasciando volontariamente irrisolti i problemi definitori ulteriori: intrinseci ai concetti di scala

¹ Sulla sussidiarietà come “principio relazionale”, A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 609. Dello stesso autore, cfr. *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni cost.*, 2001, n. 1, 17, ove si considera che il principio “ha ad oggetto i rapporti tra entità diverse” e che esso consiste nella “*decisione di preferenza* – la *Vorrangentscheidung* – che ne è alla base: una decisione in favore dell’ambito più vicino agli interessati. Alla stregua del principio di sussidiarietà, infatti, l’intervento dell’ambito meno vicino si giustifica soltanto se quello più vicino non sia adeguato”.

maggiore (quale concetto di “Stato”, quale concetto di “società civile”, quale temperamento del limite dell’adeguatezza); e, soprattutto, derivanti dal radicamento culturale dell’*idea* di sussidiarietà (radicamento forte, ma anche articolato, non univoco, disomogeneo, quanto al tempo, e dunque nel riferimento al processo storico, e quanto alle connotazioni ideologiche).

E la necessità di dare risposta alle questioni definitorie “ulteriori” rende complessa e nient’affatto univoca la traduzione del concetto in regole e principi normativi.

2. *La complessità delle radici culturali* – Conviene dunque riconsiderare le radici culturali dell’idea di sussidiarietà, poiché esse danno conto di un lungo percorso – per qualche tempo carsico, quando il principio poteva considerarsi “implicito” ma non enunciato nella Costituzione italiana, leggibile in trasparenza nell’impalcatura compromissoria tra valori, sulla quale la legge fondamentale è stata costruita, poi affermato ed esplicitato – che conduce ad un suo crescente rilievo nell’organizzazione dei pubblici poteri. Si tratta di una centralità che da quelle radici trae linfa, ma che da esse pure si distacca, per riscattarsi da un sovraccarico ideologico e potersi tradurre in norma (sia pure in norma di principio).

Si conviene ordinariamente sul fatto che il principio di sussidiarietà abbia diverse “matrici” o “radici” culturali, che sono riconosciute in una linea qualificabile in modo ellittico come “liberale”, non coincidente, e comunque non risolta del tutto, nell’ideologia a fondamento dello Stato liberale classico come prodotto storico, ma in qualche misura rispetto ad essa eccedente e precedente ; e in una linea qualificabile come “cattolica”, enunciata, raccogliendo il consolidato di una lunga elaborazione dottrinale, nelle Encicliche *Rerum novarum* del 1891 e *Quadragesimo anno* del 1931². Di entrambe vengono riconosciuti segni molto risalenti nelle grandi tradizioni del pensiero cattolico e liberale³.

² L’affermazione del principio di sussidiarietà si è poi consolidata nel magistero della Chiesa: cfr. la Lettera Enciclica *Deus caritas est*, data da Benedetto XVI, il 25 dicembre 2005, con la quale, non solo si conferma il principio di sussidiarietà (“... Non uno Stato che regoli e domini tutto è ciò che ci occorre, ma invece uno Stato che generosamente riconosca e sostenga, nella linea del principio di sussidiarietà, le iniziative che sorgono dalle diverse forze sociali e uniscono spontaneità e vicinanza agli uomini bisognosi di aiuto ...”: par. 28, lett.b), ma si individua e si esplicita un filo conduttore unitario nella dottrina sociale della Chiesa, che prende le mosse dal “Vescovo Ketteler di Magonza” (ispiratore dell’Enciclica *Rerum Novarum*, confermata, per la parte riferita alla sussidiarietà orizzontale, con la *Quadragesimo anno*) e si ravviva nella *Mater et Magistra* di Giovanni XXIII, nella *Populorum progressio* e nella Lettera apostolica *Octagesima adveniens* di Paolo VI, nella “trilogia di Encicliche sociali” *Laborem exercens*, *Sollicitudo rei socialis* e *Centesimus annus* di Giovanni Paolo II (ivi, par. 27).

³ Vi sono poi posizioni molto differenti in ordine all’utilità di far risalire ai grandi autori del pensiero politico e della dottrina morale le nozioni messe alla base delle ricostruzioni odierne: v’è chi ritiene che il riferimento ai “classici” sia fonte di “confusione” (S. CASSESE, *L’aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea*, Relazione introduttiva al convegno internazionale in occasione dei quarant’anni della Scuola di specializzazione in diritto amministrativo e scienza dell’amministrazione, sul tema «Sussidiarietà e ruolo delle pubbliche amministrazioni», Bologna, 25 settembre 1995, in *Foro it.*, 1995, V, 373); e chi, invece, ritiene insopprimibile il riferimento al processo storico e alla sua traduzione in costruzioni teoriche

Benché le diversità tra queste due matrici siano radicali, derivando dalla disomogeneità del fondamento cui ciascuna si richiama, le previsioni normative e la preliminare considerazione della funzione nell'ordinamento del principio di sussidiarietà si caratterizzano per un certo sincretismo⁴, che coglie un comune atteggiamento di sospetto nei confronti del potere statale, e, nel rapporto con questo, una preminenza valoriale del singolo (persona umana o soggetto economico) e dell'autonomia dei soggetti "intermedi", su base comunitaria-territoriale o, più complessivamente, come formazioni sociali nella più varia e libera configurazione.

Peraltro, le diversità sono destinate a riaffiorare quando si svolga la fase di implementazione degli enunciati di principio, e specie quando se ne compia l'interpretazione giurisprudenziale.

2.1. *La matrice cattolica* – La dottrina sociale della Chiesa afferma il primato della persona rispetto allo Stato: primato etico e precedenza storica. La persona "precede" lo Stato ed è "ingiusto" o "illecito" togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità", così come "rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare", poiché "l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle ed assorbirle" (*Quadragesimo anno*). Tuttavia, questa premessa, limpida nella sua formulazione e conseguente nell'orientare i comportamenti nelle relazioni sociali e nel prefigurare i principi normativi, lascia aperte questioni di fondo sul versante del rapporto tra i valori in cui la persona umana trova manifestazione.

Da questo punto di vista, occorre dare significato storico al principio personalista, stabilendo in quali forme concrete esso possa trovare affermazione.

La sussidiarietà delle Encicliche è strumento di valorizzazione della persona umana in quanto trova fondamento nella coppia concettuale complementare solidarietà-dignità, come principi etici: la dignità della persona umana si afferma in un sistema solidale di relazioni, in cui ciascuno è riconosciuto nel suo insopprimibile valore. E la dignità può comprendere i principi di libertà e di eguaglianza, poiché in questi la dignità umana si manifesta più

e dommatiche, anche per il rapporto tra affermazione della sussidiarietà e visioni generali del fenomeno giuridico (sul tema, P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 96 ss.).

⁴ Con riferimento all'ambiente culturale tedesco, R. HOFMANN, *Il principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, afferma che "nel principio di sussidiarietà (inteso come principio giuridico) convergono valori ed ideali del liberalismo tedesco e della dottrina sociale cattolica ...".

compiutamente, con la strumentazione giuridica che la afferma. Ma, nel disporsi concreto dei valori, quando insorge la necessità di compiere scelte, in termini di prevalenza (dunque pretermettendo singoli valori) o di temperamento (dunque attenuando il ruolo pervasivo attribuito ad un singolo valore), la solidarietà-dignità può risultare relativamente indifferente all'eguaglianza e perfino confliggere con essa e con la libertà. È l'antico paradosso etico, in cui si imbatte anche la dottrina sociale: la libertà può distruggere la dignità perché, per essere tale, può risolversi anche nella scelta del male (nella negazione della persona, producendo disagio, miseria, egoismo)⁵.

Innanzi a tale paradosso, può concepirsi la sussidiarietà come un modo di conciliazione tra fini del singolo e fini del corpo sociale in cui il singolo deve integrarsi, secondo una visione organicista, di stampo tomistico⁶, per la quale libertà ed eguaglianza restano valori potenzialmente recessivi, quando si ritenga in gioco il valore preminente della dignità⁷. Ovvero, muovendo dalla stessa tradizione ma pervenendo a conclusioni ben diverse, si può ritenere che il valore della dignità debba essere affermato in stretta connessione con il principio di solidarietà, nella situazione storica determinata, cioè in un ordine sociale non più ispirato ad un principio di unità gerarchica, ma connotato dalla pluralità e dalla differenziazione dei centri di potere: la sussidiarietà, allora, diviene un modo d'essere del pluralismo, in cui si esprime la libertà di scegliere tra opzioni diverse, e che si manifesta in una percezione dell'eguaglianza come perseguita attraverso il solidale sostegno nelle situazioni di disfavore⁸. Si tratta di una concezione "positiva" della sussidiarietà⁹, non più intesa come riserva di competenza al singolo o al corpo intermedio, ma come dovere di promuovere le iniziative delle singole persone e delle formazioni sociali; dovere che grava sulla comunità intera, sulle sue rappresentanze politiche. E che non teme di far richiamo all'intenso svolgimento dei suoi compiti da parte dello Stato: la sussidiarietà non può essere messa a fondamento di un concetto "evanescente" dello Stato e dell'intervento pubblico,

⁵ Cfr. A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modelli d'analisi*, in AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, 21.

⁶ A riprova della persistenza degli esiti di elaborazioni risalenti, capaci di durare e di orientare la riflessione teorica ben oltre il tramonto dei sistemi giuridici a cospetto dei quali sono maturate.

⁷ Per siffatta lettura, J.-B. D'ONORIO, *La subsidiarité. Analyse d'un concept*, Saint-Cénéry, 1995, che A. RINELLA, op. loc. cit., riferisce alla dottrina sociale della Chiesa.

⁸ Si tratta di un approdo tanto distante dalla concezione "gerarchica-organicista" da suggerire la prospettazione di un mutamento lessicale, la correzione della "formulazione classica" e la sostituzione dello stesso termine "sussidiarietà": cfr. R.J. CASTILLO LARA, *La sussidiarietà nella dottrina della Chiesa*, in *Salesianum*, n. 57, 1995, 461.

⁹ Sulla "componente positiva" del principio di sussidiarietà, cfr. anche A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, n. 1, 66.

cancellando “i compiti propri della comunità”¹⁰. La sussidiarietà, dunque, non si risolve nel mero arretramento dello Stato, ma in una radicalmente diversa modalità di intervento da parte di esso, una modalità che promuove e sostiene l’autonoma capacità d’azione dei singoli e delle formazioni intermedie.

In questa accezione di sussidiarietà, il valore della dignità viene richiamato nel bilanciamento con altri valori, in ispecie con l’eguaglianza e con la libertà; ma la libertà non può mai recedere dal suo nucleo intangibile, essendo la condizione assoluta, il contesto istituzionale necessario, in cui il rapporto tra pubblico e privato può svolgersi in conformità alle premesse etiche.

Di queste due concezioni – due rami sullo stesso tronco concettuale, ma divaricati in misura rimarchevole – v’è traccia già in sede costituente.

Si consideri il contributo di La Pira al dibattito sugli artt. 2 e 3 nel corso dei lavori della Prima Sottocommissione (“Diritti e doveri dei cittadini”): la sua relazione – nella seduta del 9 settembre 1946 – è intensamente segnata dall’intendimento di assicurare che “ogni uomo abbia una funzione nel corpo sociale”, funzione e posto la cui definizione dovrebbe essere compiuta “dal cosiddetto Stato professionale, che fissa le posizioni di tutti nel corpo sociale”¹¹; una visione conciliativa tra fini del singolo e fini della comunità statale di cui è chiara la matrice, e che conduce lo stesso La Pira a ritenere possibile, sul piano della enunciazione costituzionale dei valori, il riferimento ai principi della Costituzione russa, perfino nella disciplina delle libertà e dei limiti per esse previsti¹². In ciò si mostra una certa propensione ad accettare soluzioni del paradosso relazionale dignità-libertà facendone prevalere il primo termine (naturalmente può avere giocato anche un’esigenza tattica, poiché, su questi temi, il confronto con la sinistra era aspro, ed un qualche accento di organicismo cattolico¹³ poteva valere a stabilire un dialogo con l’organicismo – di diverso segno e

¹⁰ In tal senso, nel richiamo a documenti ecclesiali, G. FELICIANI, *Sussidiarietà, ad vocem*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Milano, 2004, 87 ss.

¹¹ Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, seduta del 9 settembre 1946, resoconto sommario, 15.

¹² Nella discussione sull’art. 3 del progetto di Costituzione (poi art. 13, nel testo definitivo), La Pira afferma che “nel formulare l’articolo aveva pensato allo stesso criterio metodologico ricavato dalla Costituzione russa”: cfr. Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, seduta del 12 settembre 1946, resoconto sommario, 42.

¹³ Si trattava, peraltro, di dichiarazioni corrispondenti anche ad un intimo convincimento, ripetute nel corso dei lavori della Prima Sottocommissione: cfr., nella seduta del 30 luglio 1946, l’osservazione di La Pira, secondo cui “tenuto presente che il principio che la struttura della Costituzione deve essere conforme alla struttura reale del corpo sociale, poiché questa struttura è organica e si svolge per la comunità, la medesima organicità sarebbe bene ... proiettare nella Costituzione in modo che questa sia lo specchio della realtà sociale” (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, seduta del 30 luglio 1946, resoconto sommario, 8).

ideologicamente molto strutturato – di cui la sinistra si faceva portatrice¹⁴). V'è, peraltro, una effettiva convergenza di fondo – non ideologica, ma pratica – che nasce dal termine avverso nella visione organicistica complessiva di La Pira, individuabile nella concezione liberale classica dei rapporti economici: per La Pira, la struttura economico-sociale di stampo “liberistico” deve essere assoggettata a mutamento, per la costuzione di un sistema incentrato sul valore della dignità¹⁵. Ma, con la formulazione del testo definitivo dell'art. 2, la posizione di parte cattolica viene messa a fuoco in modo inequivoco: depurate alcune formulazioni proposte da quelle che vengono definite “ridondanze”, improprie in un testo giuridico¹⁶ (in realtà si tratta di formule bensì imprecise sul piano tecnico, e però anche orientate secondo

¹⁴ Cfr. l'intervento di Lelio Basso, nell'adunanza della Prima Sottocommissione del 10 settembre 1946: “... le ideologie affiorate nel corso della discussione ... riflettono, nonostante un tentativo di superamento, quelle di un'epoca individualista ormai passata. ... Lo Stato non è venuto prima della persona ma nemmeno la persona prima dello Stato, in quanto la persona non può esistere come tale senza la società nella quale vive ... lo Stato, come la famiglia e come tutte le altre forme di convivenza degli esseri umani hanno il medesimo valore storico” (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, seduta del 10 settembre 1946, resoconto sommario, 24).

¹⁵ Cfr. le dichiarazioni in sede di discussione sulle formule costituzionali a tutela del lavoro, in specie su quelle che sarebbero state trasfuse nell'art. 36 Cost.: “... gli articoli formulati e approvati dalla Sottocommissione sono sempre partiti dalla premessa che essi debbano concorrere a far cambiare la struttura economico-sociale del Paese. Se la struttura economico-sociale dovesse restare quella che è attualmente, cioè di carattere liberistico, allora l'articolo proposto avrebbe scarso valore e costituirebbe soltanto un'enunciazione pleonastica; se invece questa struttura subirà dei cambiamenti, allora l'articolo proposto assumerà un grande valore politico e giuridico, in quanto si riferisce soprattutto ad una futura evoluzione della società” (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, seduta dell'8 ottobre 1946, resoconto sommario, 201). La critica anti-liberista era peraltro, con sfumature diverse, diffusa nella parte cattolica in Assemblea Costituente: anche Dossetti, nella stessa seduta della Prima Sottocommissione, rileva “come finora si sia vissuti in una società in cui le esigenze fondamentali di vita sono state sempre considerate in senso restrittivo, onde è stato possibile che vaste masse di lavoratori fossero insufficientemente compensate ... risponde alla struttura economico-sociale del nostro sistema orientare l'economia verso retribuzioni del lavoro che non siano soltanto rispondenti alle esigenze della vita, quali possono essere quelle del vitto, della casa, del vestiario, ma anche alle esigenze dell'esistenza libera e perciò degna dell'uomo ...”; in tal modo, non si indica “un'utopia”, in quanto non è possibile “rinunciare al sogno di avviare la struttura sociale verso una rigenerazione del lavoro in modo che il suo frutto sia adeguato alla dignità e alla libertà dell'uomo ...” (*ibidem*). E Moro, ancora in sede di Prima Sottocommissione: “... è effettivamente insostenibile la concezione liberale in materia economica, in quanto vi è necessità di un controllo in funzione dell'ordinamento più completo dell'economia mondiale, anche e soprattutto per raggiungere il maggiore benessere possibile”; posizione distante da quella di parte marxista, fondandosi sull'idea secondo la quale “... quando si dice controllo dell'economia non si intende però che lo Stato debba essere gestore di tutte le attività economiche, ma ci si riferisce allo Stato nella complessità dei suoi poteri e quindi in gran parte allora Stato che non esclude le iniziative individuali, ma le coordina, le disciplina e le orienta ...”, e tuttavia altrettanto critica verso la vocazione autoritaria della prassi liberista, nella certezza che dal controllo economico, “nello Stato democratico, non nascerà un totalitarismo economico né politico. Lo stato fascista non era uno Stato democratico, era anche nelle suo forme di controllo uno Stato delle classi capitalistiche, le quali non tutelavano gli interessi della collettività, ma tutelavano gli interessi della classe che rappresentavano ... Non è possibile permettere che gli egoismi si affermino, ma è necessario porre la barriera dell'interesse collettivo come un orientamento e un controllo di carattere giuridico ...” (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, seduta del 3 ottobre 1946, resoconto sommario, 188).

¹⁶ Cfr. l'intervento di A. Moro nell'Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, resoconto sommario, 2416: “... con questi chiarimenti e con queste correzioni di forma, che potranno non essere perfette (neppure noi siamo assolutamente soddisfatti della formulazione), ma che sono le migliori che noi abbiamo saputo trovare ... mi pare che questo articolo della Costituzione assuma una forma stringata e più propria, una forma più giuridica ...”.

concezioni cui si ritiene di non dare corso), il valore della dignità viene sempre considerato nel suo rapporto indissolubile con la libertà. È Aldo Moro – nella seduta dell’Assemblea Costituente del 24 marzo 1947 – a renderlo esplicito: “il parlare di diritti dell’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali mette in chiaro che la tutela accordata a queste formazioni è niente altro che un’ulteriore esplicazione, uno svolgimento dei diritti di autonomia, di dignità e di libertà che sono riconosciuti all’uomo come tale. Si mette in rilievo cioè la fonte della dignità, dell’autonomia e della libertà di queste formazioni sociali, le quali sono espressione della libertà umana, espressione dei diritti essenziali dell’uomo e come tali debbono essere valutate e riconosciute”; ancora, il riconoscimento delle formazioni sociali è uno “svolgimento democratico”, in un sistema costruito sul rispetto dell’uomo in quanto individuo e in quanto “società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato”, essendo “... la libertà dell’uomo pienamente garantita, se l’uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi. Lo Stato veramente democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell’uomo isolato, che sarebbe in realtà un’astrazione, ma i diritti dell’uomo associato secondo una libera vocazione sociale”¹⁷. Sulla concezione organicistica prevale, dunque, una concezione pluralista e democratica: la sussidiarietà, assunto questo punto di vista (che, in Assemblea costituente, è quello dei cattolici democratici educati al costituzionalismo¹⁸), non è principio di separazione- garanzia per i singoli e per i corpi intermedi nei confronti dello Stato, ma è un modo d’essere dello Stato democratico, in cui dignità, libertà ed eguaglianza – indissolubilmente connesse – debbono essere principio ispiratore e fine nell’azione dei pubblici poteri.

Peraltro, quei due rami sul tronco comune restano divaricati.

Benché la sussidiarietà “positiva” sembri oggi prevalere nelle più compiute costruzioni teoriche che assumono a riferimento la dottrina sociale della Chiesa, permangono posizioni segnate da una forte polemica antistatalista, la quale trae spunto da alcuni processi degenerativi che hanno storicamente segnato la vicenda italiana e condotto ad una crisi di sistema (sul piano politico, con un contrastato tentativo di riproporre una presenza pervasiva dei partiti anche in ambiti impropri; sul piano economico, con la prospettiva di un declino

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Sembra perciò eccessivamente ristretto lo schema che, sovrapponendo senza residui concezione organicistica e principio di sussidiarietà nel contributo cattolico all’elaborazione della Carta costituzionale, e constatata la prevalenza in questa della democrazia pluralista, ritiene pretermessa con l’organicismo anche la sussidiarietà nel sistema dei valori disegnato dalla Costituzione: cfr. I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, 55 ss. In realtà, il contributo cattolico fu molto più articolato, e prevalse la concezione che connetteva sussidiarietà, democraticità e libertà; la sussidiarietà, dunque, potette permanere, come il “seme che si nasconde”, nella trama profonda della Costituzione, anche in assenza di un enunciato normativo esplicito.

difficile da contrastare¹⁹), per proporre una concezione della sussidiarietà, secondo cui l'adeguato riconoscimento dei corpi intermedi (o di uno solo di essi, la famiglia: “quarto sistema”, accanto – ma in posizione di preminenza – agli altri attori della politica sociale, Stato, mercato, privato sociale) rappresenti, più che un fattore di promozione della persona singola e un modo d'essere dell'ordinamento giuridico, un modello alternativo alla forma-Stato, un veicolo di fuoruscita dalla modernità (per superare quelli che ne sono ritenuti i limiti)²⁰. Nel corpo intermedio – esso stesso titolare di uno *status* di “cittadinanza”, in quanto messo al centro di un sistema di relazioni giuridiche in posizione di autonomia – risulta largamente assorbita l'identità del singolo. E la stessa “comunità locale” risulterebbe ridefinita, poiché verrebbe fatta consistere in una “rete di famiglie” (cioè in un aggregato di corpi intermedi dominanti), non “riportabile” ad alcun “sistema centralistico”, ove la qualificazione “centralistico” deve ritenersi riferita ad ogni soggetto territoriale, anche locale²¹. Sembra evidente come questo esito teorico si collochi nella prospettiva di una destrutturazione del sistema costituzionale delle autonomie, che è fondato sull'identificazione di comunità locali in relazione al loro territorio e sul carattere politico della rappresentanza; e come sia inteso ad elidere ogni rapporto tra sussidiarietà orizzontale e sussidiarietà verticale, perché la necessità di separazione-garanzia dei corpi intermedi renderebbe tendenzialmente irrilevanti anche i processi di più intenso decentramento²².

2.2. *La matrice liberale* – Neppure il contributo della tradizione liberale sembra poter dare campo ad un concetto univoco di sussidiarietà, utile a considerare i problemi del tempo presente nel contesto costituzionale.

Vero è che l'ideologia liberale maturata nel XIX secolo – e dotata di una perdurante capacità di orientamento – fornisce l'apparato concettuale apparentemente più saldo all'idea

¹⁹ Su questi temi, prospettando la sussidiarietà orizzontale come soluzione, G. VITTADINI, *Desiderio, libertà e sussidiarietà*, Relazione al Seminario organizzato dalla Fondazione Magna Carta, sul tema “Riforme e Garanzie”, Norcia, 15 e 16 ottobre 2005, in www.magna-carta.it. Dello stesso autore, anche *Sussidiarietà contro il declino*, il *Il Sole-24 Ore*, 25 marzo 2005.

²⁰ Cfr. P. DONATI, *Welfare, famiglia e sussidiarietà: verso nuove politiche sociali che possono generare benessere comunitario*, Relazione al Seminario sul tema “Riforme e Garanzie”, cit.

²¹ Ivi, spec. par. 3.

²² Si tratta di un approccio dalle spiccate connotazioni ideologiche. La ricostruzione proposta, infatti, non intende sottoporre a critica, *dal punto di vista dei contenuti*, le politiche sociali fondate sul “compromesso tra mercato e Stato”, definite *lib-lab*, avanzando alternative coerenti con il concetto di sussidiarietà accolto; anzi, essa ammette che “il confine fra le politiche *lib/lab* e quelle *sussidiarie-societarie*” non è “sempre facilmente rintracciabile”. Ritiene invece rilevante affermare un “*modo sussidiario di concepire*” oltre che di “gestire i servizi e gli interventi” (P. DONATI, op. cit., par. 2.1). Poiché, poi, il nuovo sistema di relazioni proposto è incentrato sul corpo intermedio famiglia, del quale si riconosce la rimarchevole crisi di struttura e di funzione, struttura e funzione che si ritiene tuttavia necessario restaurare, la sussidiarietà orizzontale diviene il tessuto connettivo di un'utopia conservatrice.

di sussidiarietà: secondo il principio di non ingerenza, l'intervento dello Stato è concepibile solo come supplenza, nei casi di incapacità degli individui a determinarsi in modo autonomo; si giunge a concepire la fine dello Stato, come forma di organizzazione sociale, con l'esaurimento del suo compito storico di educazione all'autonomia²³.

Tuttavia, questa apparente saldezza non si rivela idonea a dare ancoraggio né ad un concetto attualmente applicabile di sussidiarietà né a politiche sussidiarie, per due motivi: la perdita di compattezza del fondamento ideologico, che si produce nel processo storico, ma che trae radice dalle stesse costruzioni teoriche maggiori; il riferimento esclusivo dell'idea liberale di sussidiarietà al piano del rapporto tra Stato e singolo individuo.

Sul primo versante, l'idea di uno Stato "minimo" e in progressivo affievolimento sembra appartenere al campo dell'immaginario ideologico: la lettura dei filosofi liberali non la legittima, poiché essa consente di riscontrare diffusamente la percezione di funzioni statali perduranti e non destinate ad essere sopresse²⁴; e tra queste funzioni v'è quella, tutt'altro che recessiva e invece di rilevanza crescente, consistente nella regolazione e nell'adozione di misure intese a garantire le condizioni della concorrenza²⁵. La sussidiarietà non è dunque, neppure in chiave liberale, il principio assoluto di preminenza della posizione dell'individuo nel rapporto con lo Stato; è semmai un principio ordinatore delle competenze. Ma, allora, neppure l'approccio liberale è risolutivo e stabilizzante, poiché esso non conduce ad un processo unidirezionale di potenziamento delle funzioni del singolo, ma, appunto, all'applicazione di criteri di distribuzione delle competenze, che danno luogo, per loro natura, a linee di discriminazione frastagliate e reversibili, nella corrente del processo storico.

Sul secondo versante, la concezione liberale, nella sua ispirazione originaria, è interamente compresa nell'orizzonte del rapporto tra Stato e individuo e guarda con ostilità alle "corporazioni", esse stesse contrastanti con l'ideale del libero sviluppo del singolo²⁶. Vero è che, in ambiente liberale tedesco, ben presto matura l'idea di un rapporto giuridico dello Stato con i gruppi sociali oltre che con i singoli individui, ma ciò avviene quando il liberalismo perde la sua innocenza nell'incontro con il costituzionalismo, cioè quando vede

²³ Sul punto, con riferimento alle radici lockiane del pensiero liberale, A. RINELLA, op. cit., 15.

²⁴ Cfr. C. MILLON-DELSOL, *L'Etat Subsidiaire*, Paris, 1992, trad. it., *Lo Stato sussidiario*, Gorle, 1995. Diffusi riferimenti a questo studio, in A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., e in A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà*, cit.

²⁵ Sul punto, J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin, 1968, 137.

²⁶ Su questo orientamento, nella temperie culturale tedesca segnata dall'idealismo, ancora J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip*, cit., 48 ss.

attenuati i suoi tratti originari nel rapporto con una sfera teorica in cui è posto il problema del fondamento e della limitazione del potere nella concretezza del processo storico²⁷.

E anche la variante americana del liberalismo, coniugato con l'ideologia federalista, conduce presto ad esiti lontani dalle premesse. Viene – molto a proposito – citata la posizione di Thomas Jefferson, che enuncia il mito della “amministrazione della fattoria”, come esempio di buongoverno, fondato sull'attribuzione a ciascuno della “direzione di ciò che il suo occhio riesce a sorvegliare direttamente” e sulla delega dei soli poteri posti “al di là delle capacità” del singolo²⁸. Ma, in realtà, l'idea federalista americana si connette strettamente al modello dello “Stato minimo” solo ai suoi primordi, finché trova significativo riscontro nell'assetto istituzionale l'apparato ideologico offerto dal *Federalista*, quando la spina dorsale del sistema era effettivamente costituita da piccole comunità locali, sufficientemente autonome nei rapporti con l'esterno e coese all'interno. Questo assetto si modifica sensibilmente con la crescita dell'apparato industriale e con il consolidarsi di politiche sociali di stampo federale, nel periodo del *New Deal*: si determinano allora correnti centripete all'interno dei singoli Stati e tra Stati e governo federale; il federalismo duale evolve verso un assetto cooperativo fortemente integrato; lo spazio delle comunità intermedie si restringe²⁹. Ma è soprattutto il sistema americano di *welfare* a non mostrarsi riconducibile ad una concezione della sussidiarietà come incentrata sulle formazioni sociali. Tale sistema viene considerato la manifestazione tipica del modello “residuale”, fondato sull'assunto del carattere “naturale” e “obiettivo” dal punto di vista sociale del mercato (e, accanto al mercato, della famiglia) quale canale di soddisfazione dei bisogni³⁰. Solo il “fallimento del mercato” legittima le istituzioni ad intervenire: ma si tratta di casi limite e di misure temporanee³¹. Sicché tra il mercato – alle cui dinamiche, nel loro libero dispiegarsi, è affidata la protezione sociale – e lo Stato, che interviene nel caso di eccezione, non v'è alcuno spazio intermedio

²⁷ J. ISENSEE, op. cit., 58 ss.

²⁸ Il richiamo e la citazione sono in A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., 15 e nota 8.

²⁹ Cfr., anche per le indicazioni circa la letteratura americana essenziale, L. LEVI, *La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali*, saggio introduttivo alla nuova edizione italiana di A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, Bologna, 1997, 93.

³⁰ La nota distinzione tra modello “residuale” e modello “istituzionale-redistributivo” di *welfare* (questo secondo modello è caratterizzato dalla concezione del *welfare* come “istituzione integrata e prioritaria della società, che fornisce servizi universalistici al di fuori del mercato in conformità del principio del puro bisogno”, cioè non assume che l'intervento pubblico sia eccezionale e derivi solo dai fallimenti del mercato) è dovuta a R.M. TITMUS, *Social Policy: An Introduction*, New York, 1974, 18 ss. Per la qualificazione del modello americano come precipuamente “residuale”, W. KORPI, *Social Policies Strategies and Distributional Conflict in Capitalist Democracies*, in *West European Politics*, n. 3, 1980.

³¹ Dal punto di vista dell'analisi empirica, il modello americano viene considerato come un caso limite di residualità pura, in contrapposizione al pieno carattere “universale-distributivo” dei paesi scandinavi: due “tipi polari”, tra i quali i modelli effettivamente in atto nell'Europa continentale si configurano come soluzioni intermedie: cfr. M. PACI, *Onde lunghe nello sviluppo dei sistemi di welfare*, in *Stato e mercato*, n. 6, 1982, 345 ss. Fatto è che l'ideologia liberale “americana” non sembra conferire al potenziamento delle formazioni sociali.

alternativo. È ben possibile (anzi v'è da attendersi) che, in un simile assetto, sorgano istituzioni caritative di tipo privato; ma esse non potranno mai connotare il sistema, mai assurgere a modo d'essere dell'organizzazione dei poteri (come avviene – o si auspica avvenga – con l'affermazione della sussidiarietà come principio giuridico-costituzionale), anzi si tenderà a ritenerle incorporate nell'organizzazione statale e dunque assoggettate ad un penetrante controllo pubblico³².

2.3. *Teorie “della giustizia” e teorie della “capacitazione”*: le ideologie della sussidiarietà alla prova – La crescente complessità – e la crisi – dei sistemi di welfare, e la consapevolezza di dover evitare il rischio di ipostatizzarne la ricostruzione in modelli rigidi, segnati da ritardo ideologico nel rapporto con le dinamiche materiali in atto, hanno indotto ad una nuova considerazione teorica del rapporto tra dignità, benessere e libertà.

La componente “utilitarista” della tradizione liberale (ogni scelta va giudicata in base alla somma complessiva delle utilità che genera, dal punto di vista del piacere o della felicità conseguibili; l'ingiustizia consiste nella realizzazione di un'utilità aggregata minore di quella ottenibile; è ingiusta una società in cui le persone sono complessivamente meno felici di quanto potrebbero essere) è stata sottoposta a critica serrata, con il richiamo agli elementi ritenuti di grave debolezza, da un punto di vista che attribuisce valore intrinseco ai diritti di libertà; indifferenza all'eguaglianza (o, nel linguaggio economico, alla “distribuzione”), poiché “il calcolo utilitaristico ignora, tendenzialmente, le diseguaglianze nella distribuzione della felicità”, avendo riguardo solo alla “somma complessiva”³³; indifferenza ai diritti, ai quali il calcolo utilitaristico attribuisce valore solo indiretto, in quanto essi influiscano sulle utilità; conservatorismo sociale e dunque consolidamento degli stati di ingiustizia, poiché la percezione del benessere individuale “può essere influenzata senza difficoltà dal condizionamento mentale e dalla disposizione all'adattamento”³⁴.

Ma sono state sottoposte altresì a critica alcune “teorie della giustizia”, anch'esse contrapposte all'utilitarismo e fondate sulla “priorità assoluta” dei diritti.

Le teorie della “priorità delle libertà” muovono dall'assunto della “precedenza” di una serie di diritti, la quale consiste nella loro priorità nei confronti dei bisogni sociali: i diritti di libertà non possono essere, in nessun caso, pretermessi sotto l'urto dei bisogni economici.

³² Cfr. F. VILLA, *La questione della sussidiarietà nelle politiche sociali*, Centro di ricerche per lo studio della dottrina sociale della Chiesa, Supplemento al Quaderno n. 4, in www3.unicatt.it, par. 1.4.

³³ A. SEN, *Development as Freedom*, Oxford, 1999, trad. it. *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2000, 66.

³⁴ Ivi, 67.

Siffatta priorità può poi essere concepita come “moderata”, nel senso che il novero delle libertà intangibili è ritenuto relativamente ristretto e comprende anche alcuni diritti politici e civili di base³⁵; ovvero più “estrema”, nel senso che il novero delle libertà intangibili è più esteso (dalle libertà negative classiche fino al diritto di proprietà) e tali libertà non sono assolutamente bilanciabili con esigenze di perseguimento di fini sociali, neppure quando questi consistono nella lotta agli stati di povertà più gravi³⁶.

Le “teorie della giustizia” pongono problemi non lievi alle ideologie della sussidiarietà, poiché la “priorità delle libertà” non tollera attenuazioni e bilanciamenti; dunque la tensione – teoricamente fondata e storicamente in atto – tra sussidiarietà, da una parte, e libertà ed eguaglianza dall’altra può condurre a far ritenere non accettabile un ruolo dei corpi intermedi che non sia sottoposto ad una forte attività regolativa dello Stato. La funzione riconosciuta ad essi non potrebbe spingersi a comprimere la dotazione di “beni principali”³⁷ – strumenti che consentono di perseguire liberamente i propri scopi – di cui ciascun singolo individuo deve essere dotato. Da questo punto di vista, si pongono almeno due questioni fondamentali: l’autonomia dei corpi intermedi – dalla quale il principio di sussidiarietà, nella sua applicazione concreta, trae linfa – dovrebbe risultare radicalmente limitata quanto alle procedure di decisione, sia sul versante dell’organizzazione interna, sia sul versante del rapporto con i soggetti esterni con i quali la formazione sociale entra in contatto nell’esercizio di funzioni amministrative, poiché esse potrebbero comprimere il “bene principale” della libertà, al riparo dalla capacità conformativa della norma di derivazione pubblica; il conferimento di maggior ruolo ai corpi intermedi sarebbe idoneo a conservare, anzi ad accentuare, le condizioni di disuguaglianza interna ad essi, per la rinuncia dello Stato a condizionarne la “naturale” conformazione (si pensi alla disuguaglianza “di genere” all’interno della famiglia, fino ai casi estremi di sistemi in cui fattori sociali conducono ad una sproporzione demografica non spiegabile sulla base dei tassi di natalità e di mortalità: il fenomeno delle “donne mancanti” nelle stime quantitative³⁸; o agli assetti di tipo gerarchico all’interno delle confessioni religiose; o alla difficoltà di orientare nel senso delle garanzie

³⁵ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971, trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982.

³⁶ R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, trad. it. *Anarchia stato utopia*, Firenze, 1981. Qualche moderazione dell’intransigenza della costruzione, peraltro, nel successivo *The Examined Life*, New York, 1989, trad. it. *La vita pensata*, Milano, 1990.

³⁷ La formula è di J. RAWLS, op. cit., *passim*.

³⁸ A. SEN, op. cit., 109 ss.: “... mi riferisco al terribile fenomeno della mortalità in eccesso e del tasso di sopravvivenza artificiosamente basso delle donne in molte parti del mondo. È un aspetto brutale e brutalmente visibile di una disuguaglianza fra i sessi che spesso si manifesta in forme più sottili e meno crudeli; ma per quanto brutali, questi tassi artificiosamente elevati di mortalità femminile rispecchiano il fatto che le donne sono private di una capacitazione molto importante”.



federalismi.it

Rivista di diritto pubblico italiano,
comunitario e comparato

**IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NEL DIRITTO COMUNITARIO
E NELLA COSTITUZIONE***

di

Alessandro Sterpa

*(Ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico
Università La Sapienza di Roma)*

28 luglio 2010

La trasformazione del principio di sussidiarietà.

L'argomento della relazione appare dal titolo davvero ampio, considerato che il principio di sussidiarietà, per una trattazione completa, andrebbe analizzato sia in ambito comunitario che nazionale e sia nella sua declinazione verticale (o istituzionale) che orizzontale.

Cercherò di dar per scontate molte delle considerazioni di fondo sul tema¹ e di ragionare, invece, su alcune rilevanti trasformazioni che stanno investendo la dimensione costituzionale del concetto di sussidiarietà allontanandola progressivamente dalla sua originaria configurazione.

In primo luogo, occorre sottolineare che assistiamo (soprattutto nelle esperienze degli ordinamenti nazionali europei e nell'ambito comunitario) al declinarsi di una sussidiarietà innanzitutto in senso verticale-istituzionale a svantaggio di un suo sviluppo in senso orizzontale; quest'ultima forma rimane un recessivo strumento di governo della complessità

* Relazione al Convegno "Il patrimonio culturale e l'ambiente tra disciplina ordinaria e regolazione dell'emergenza" organizzato dal Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria in collaborazione con Italia Nostra e la Rivista giuridica dell'ambiente, Perugia, 17 aprile 2010.

¹ Sul tema la letteratura è ormai amplissima; si rinvia, in primo luogo, a B. Caravita, *The italian challenge between federalism and subsidiarity*, in *federalismi.it* n. 5 del 2010 per gli spunti offerti alla presente relazione, nonché a G C. De Martin, a cura di, *Sussidiarietà e democrazia*, Padova, Cedam, 2008.

sociale ed è ancor di più marginalizzata dalla metamorfosi della sussidiarietà di tipo verticale-istituzionale originata dalla frammentazione del potere pubblico su un impianto multilivello².

Le trasformazioni che interessano il potere non sono infatti irrilevanti per le sorti della sussidiarietà visto che il potere è parte del rapporto dialettico che si trova alla base del principio di sussidiarietà: la pretesa di assegnare o preservare alcune competenze a vantaggio del livello di governo più basso o addirittura a favore della persona e dei gruppi sociali primari presuppone come *alter ego* un potere dal quale pretendere o difendere la competenza.

Fino a quando questo potere è stato tendenzialmente un potere unitario, il potere dello Stato eretto su base nazionale, il principio di sussidiarietà ha combattuto (sia nella matrice liberale federalista statunitense che in quella cattolica europea) contro un avversario unico e monolitico³; anzi, il principio è nato proprio davanti all'incombente di un forte potere pubblico accentrato che tendeva ad essere assoluto nella storica concretizzazione della formazione della federazione piuttosto che dell'assolutizzazione del potere temporale⁴.

Diversamente da allora, oggi *le pretese di sussidiarietà* operano non più di fronte ad un unico attore con il quale dover competere ma innanzi ad una pluralità di soggetti che rappresentano i diversi livelli di governo nei quali si sostanzia il potere pubblico.

Questa frammentazione del potere trasforma la sussidiarietà nella misura in cui *la inserisce in un contesto di maggiore competitività e dinamismo* visto che ormai sono sempre di più i soggetti posti nelle condizioni di pretendere di condizionare il posizionamento del potere in veste formale pubblica ovvero in forme di esercizio "orizzontale".

È per questa ragione che, tra l'altro, non dovremmo parlare in realtà di *una* sussidiarietà orizzontale ma di *più sussidiarietà orizzontali*, nel momento in cui il principio entra in rapporto ora con il potere comunitario, ora con quello statale, ora con i poteri regionali e locali trovandosi così ad operare in contesti giuridici e culturali di volta in volta diversi.

Vi è poi un altro fattore che sta trasformando il principio di sussidiarietà: esso consiste nel fatto che i vari livelli di governo della *multilevel governance* (dalla quale origina questo maggiore dinamismo) sono reciprocamente caratterizzati da una sempre meno netta separazione di competenze e da sempre più evidente *integrazione di competenze*. In questo scenario, la scelta del livello di attestazione della competenza ha perso la sua originaria rilevanza visto che in realtà nessuna materia è esclusivamente a disposizione di un solo livello

² D. J. Elazar, *Idee e forme del federalismo* (1987), Milano, Mondadori, 1998, pp. 184 e ss.; concetto ora ben analizzato dal lavoro di S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti* (2006), Milano, Bruno Mondadori, 2008.

³ P. Ridola, *Sussidiarietà e democrazia*, in G. C. De Martin, *Sussidiarietà cit.*, pp. 19 e ss.

⁴ L. M. Bassani, *Dalla rivoluzione alla guerra civile. Federalismo e Stato moderno in America 1776-1865*, Soneria mannelli, Rubettino, 2009; O. Höffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione* (1999), Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 91 e ss..

di governo e l'esercizio del potere è ormai svolto in maniera relazionale e integrata (se non pattizia) tra i diversi livelli che risultano coinvolti nel governo di una materia. Il riferimento evidente è ai pareri, alle intese, agli accordi e a tutte le procedure messe a punto dai legislatori (statale e regionale) e dalla Corte costituzionale che determinano una crescente co-decisione di più livelli di governo nell'esercizio di una funzione amministrativa o normativa.

In questo contesto, il principio di sussidiarietà opera *sempre meno nella collocazione della competenza e sempre più nelle modalità di esercizio della competenza*. Si assiste ad un progressivo slittamento del principio di sussidiarietà dal profilo soggettivo (chi è competente) al profilo oggettivo delle forme e del contenuto della decisione.

Tale interrelazione delle competenze tra i livelli di governo produce l'effetto che - sia a livello comunitario che nazionale - il principio di sussidiarietà, declinato in senso oggettivo, si trova associato quasi sempre ad altri principi quali quello del miglior esercizio delle competenze, quello di proporzionalità, nonché a quello di leale collaborazione e di ragionevolezza.

Il principio autonomista, quello di buon andamento, quello di ragionevolezza e quello della leale collaborazione si trovano talmente a stretto contatto con il principio di sussidiarietà che sempre la giurisprudenza costituzionale non si limita a giudicare la legittimità del livello di governo al quale si arresta "l'ascensore" della sussidiarietà verticale, ma giunge a definire il modo in cui devono essere esercitate le competenze normative e amministrative; in particolare, l'esercizio delle competenze avviene sulla base di pareri, accordi e intese (deboli o forti) o comunque attività di tipo contrattuale e pattizio fra i diversi livelli di governo.

Questo passaggio, che a prima vista può sembrare banale, in realtà è un passaggio fondamentale perché comporta *la mutazione del funzionamento del principio e sostanza l'abbandono della sua originaria portata valoriale*.

Il principio di sussidiarietà nasce infatti con una propria portata assiologia fondata sul presupposto che l'esercizio del potere sarebbe stato "migliore" quando non fosse stato necessariamente pubblico (nel caso di sussidiarietà orizzontale⁵) ovvero quando, pur pubblico, fosse stato il più possibile vicino alla persona e alla comunità (nel caso di sussidiarietà verticale)⁶.

Nel momento in cui, a seguito dei mutamenti attuali, il principio di sussidiarietà verticale tende a risolversi nella "gestione" della integrazione delle competenze e addirittura legittima il modo formale di condivisione delle stesse tra una pluralità di livelli di governo, esso allora

⁵ Ricorda come "le comunità elementari si rivelano comunità solidaristiche" O. Höffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione* (1999), Bologna, Il Mulino, 2007, p. 95.

⁶ Uso un termine non a caso di derivazione cattolica, come quello di "persona", anziché "individuo".

cambia completamente il proprio assetto valoriale e si svuota della portata assiologia originariamente propria.

Immaginiamo che il principio di sussidiarietà verticale sia composto, nel suo modello astratto, da un elemento materiale che è stato definito “l’ascensore” fra i diversi livelli di governo; in questo caso, la portata valoriale del principio è definita dai criteri che guidano la scelta del livello di governo dove attestarsi. Questa scelta era originariamente fondata sul presupposto che tanto più la competenza fosse rimasta vicina alla comunità tanto più essa sarebbe stata meglio esercitata (un vero e proprio “diritto di competenza”⁷); oggi la scelta del luogo “dove attestare la competenza” è compiuta sulla base di nuove assunzioni ideali poste a fondamento (aprioristico) del principio (miglior esercizio) e l’attenzione è catturata dalla modalità dell’esercizio della competenza.

Oggi il *luogo* di attestazione della competenza è sempre più definito sulla base dei principi di efficienza, efficacia, ragionevolezza, proporzionalità e di leale collaborazione che non coincidono necessariamente con la “vicinanza” alla comunità che fonda l’ordinamento giuridico.

Sono questi i principali elementi di riflessione che sostanziano le trasformazioni dello statuto costituzionale del principio di sussidiarietà e sulle quali abbiamo deciso di soffermarci nei tempi assegnati per la relazione.

D’altronde, nessuna materia tanto quanto l’ambiente (e la cultura) sente in modo più forte il bisogno di razionalizzare e sistematizzare le trasformazioni del principio di sussidiarietà visto che si tratta di una materia con una evidente vocazione multilivello⁸.

L’ambiente è materia di competenza concorrente comunitaria (l’apporto normativo delle istituzioni comunitarie è molto rilevante)⁹ e costituisce un terreno sul quale è più difficile separare in modo netto le competenze tra Stato, Regioni e enti locali perché sussiste il noto

⁷ O. Höffe, *La democrazia nell’era della globalizzazione* (1999), Bologna, Il Mulino, 2007, p. 94.

⁸ B. Caravita, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2005 e D. Porena, *La protezione dell’ambiente tra Costituzione italiana e “Costituzione globale”*, Torino, Giappichelli, 2009.

⁹ L’art. 4 del Trattato nella versione consolidata sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE) prevede che “L’Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6. // 2. L’Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori: (...) e ambiente”. Ai sensi dell’art. 2, comma 2, TFUE, “Quando i trattati attribuiscono all’Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l’Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l’Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l’Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria”.

problema di individuare la materia di legislazione esclusiva statale, la tutela dell'ambiente e dei beni culturali e nelle materie concorrenti Stato-Regioni la loro valorizzazione¹⁰.

È bene poi ricordare che l'ambiente è anche una delle poche materie che l'art. 116 Cost. riserva alle potenziali trattative tra Stato e Regioni per differenziare il nostro regionalismo con il riconoscimento di particolari forme di autonomia¹¹.

Considerato il complesso riparto di competenze in materia ambientale sia a livello nazionale che comunitario, parlare di sussidiarietà è parlare dell'ambiente quasi *tout court*.

La sussidiarietà dall'individuazione del soggetto competente “più vicino” al “migliore” esercizio della funzione.

Il primo dato dal quale occorre muovere, dunque, è costituito dal fatto che sta venendo progressivamente meno una struttura unitaria dell'esercizio del potere a livello statale: la frammentazione dei livelli di governo cresce all'interno di quasi tutti i Paesi comunitari e si sovrappone ad essa una struttura di *governance* sopranazionale: l'Unione europea.

Si tratta di un fenomeno generale nella misura in cui la maggior parte dei cittadini europei sono ormai governati con sistemi multilivello: ciò accade in Italia in maniera crescente anche se con le difficoltà che conosciamo, ma anche negli altri Paesi europei dove o si sperimentano forme nuove di divisioni del potere pubblico o dove anche strutture tradizionalmente accentrate conquistano nuovi orizzonti in tema di devoluzione o organizzazione strutturale del potere. La presenza di una pluralità di centri di governi è diventata la normalità in quasi tutta l'Europa¹².

Questa frammentazione del potere ha delle conseguenze rispetto al funzionamento del principio di sussidiarietà:

1) considerato che sono molteplici i soggetti titolari del potere pubblico, non è possibile dividere con un taglio netto le competenze di ciascuno e, anzi, per l'esercizio del potere si costruisce un clima di interferenza e integrazione. I diversi livelli di governo non si rapportano in termini di distinti e

¹⁰ Il riferimento è ovviamente all'art. 117 Cost. al cui comma secondo si legge che è competenza esclusiva della legge statale la materia “s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali”, mentre al comma terzo è materia di legislazione concorrente tra lo Stato e le Regioni “valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali”.

¹¹ Il quale recita al comma 3 che “Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119” e al comma che “La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata”.

¹² Sul punto, B. Caravita, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, Giappichelli, 2009 e Id., *Subsidiarity...cit.*; D. J. Elazar, *Idee...cit.*, pp. 184 e ss..

indipendenti centri decisionali (sul modello molto teorico e poco realistico del federalismo duale o competitivo), ma tra loro sono in necessaria interazione (più o meno cooperativa e collaborativa)¹³. Senza la necessaria distinzione delle competenze tra i diversi livelli di governo il principio corre (e scivola) lungo una scala senza solidi gradini sui quali attestarsi e, dunque, non opera più sul piano della scelta del livello di governo competente, quanto invece su quello dell'esercizio della competenza (amministrativa o normativa);

2) questa nuova situazione comporta una declinazione crescente del principio in termini verticali e istituzionali a scapito della “versione” orizzontale.

Evidenza normativa della mutazione genetica del principio di sussidiarietà è riscontrabile nel diritto comunitario che relega al preambolo l'originaria concezione del principio¹⁴ (come principio sulla titolarità della competenza) per declinarlo invece nel modo nuovo (come principio relativo all'esercizio della competenza) nel testo normativo del Trattato.

Nelle norme primarie comunitarie, l'aspetto istituzionale e verticale della sussidiarietà prende il sopravvento e, come confermato dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, il principio di sussidiarietà non opera relativamente al riparto delle competenze tra Unione e Stati, ma *apertis verbis* al loro esercizio¹⁵.

Non è un caso che, in sede comunitaria, l'art. 5 TUE declina il principio di sussidiarietà nell'esercizio delle competenze collegandolo al principio di proporzionalità e, come sappiamo, il principio è addirittura evocato quando l'Unione europea, non avendo poteri formali ma dovendo compiere un'azione (la famosa clausola di flessibilità), intende

¹³ Si tratta di quella che è stata definita da J. Poirer “la fatalità della cooperazione” nella relazione *Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale: aux confins du droit et du non-droit* tenuta al Convegno internazionale sul federalismo, organizzato dall'Università McGill di Montreal (Canada) e tenutosi tra l'8 ed il 10 di novembre del 2002.

¹⁴ Il preambolo recita: “decisi a portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio della sussidiarietà”.

¹⁵ Art. 5 TUE (nonché Trattato costituzionale): “1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. *L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.* // 2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. // 3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti *in misura sufficiente* dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere *conseguiti meglio* a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo. // 4. In virtù del *principio di proporzionalità*, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione *si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi* dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

sconfinare (a discapito degli Stati) rispetto all'ordinario quadro di competenze avvalorando così l'idea della integrazione tra i diversi livelli di governo. L'associazione del principio di sussidiarietà a quello di proporzionalità conferma il mutamento in corso nella misura in cui quest'ultimo si sostanzia nel fatto che "il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati" (art. 5, comma 4, TUE).

Lo stesso Protocollo sulla sussidiarietà declina il principio in maniera procedurale in un rapporto dialettico tra Parlamenti nazionali e gli organi comunitari che conferma la portata del cambiamento, vale a dire che la sussidiarietà non serve a definire "chi fa cosa" ma a stabilire "come si fa qualcosa"; essa entra quindi nell'esercizio della competenza e non assegna la competenza.

Egual ragionamento vale per i rapporti tra l'Unione e i governi substatali per cui le previsioni dell'art. 2 del Protocollo n. 2 prescrivono che "prima di porre un atto legislativo, la Commissione effettua ampie consultazioni. Tali consultazioni devono tener conto, se del caso, della dimensione regionale e locale delle azioni previste".

In questo contesto, il principio di sussidiarietà in ambito comunitario non riesce più ad operare come strumento utile ad individuare il livello di governo competente per una determinata materia, ma sostanzia la propria attività nell'ambito dell'esercizio integrato del potere tra più soggetti.

Si tratta di un fenomeno che a livello comunitario è molto evidente e sul quale la dottrina si è soffermata stigmatizzandolo in più occasioni¹⁶, ma che non è dissimile a livello nazionale dove assistiamo ad un percorso evolutivo delle norme costituzionali che muove nello stesso senso.

A livello nazionale, nei rapporti tra Stato e Regioni (e tra essi e gli enti locali), il principio di sussidiarietà non opera prioritariamente per assegnare una competenza, ma per condizionarne le modalità di esercizio della funzione, sia essa amministrativa o normativa.

Se guardiamo al tema della distribuzione delle competenze amministrative e legislative tra Stato e autonomie nel nostro Paese scopriamo, senza sorprenderci, che in tutti questi anni, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, la Corte costituzionale ha associato al principio di sussidiarietà ora quello di leale collaborazione, ora quello del buon andamento piuttosto che di ragionevolezza e ha imposto, fatta eccezione per rare occasioni molto isolate,

¹⁶ F. Pizzetti, G. Tiberi, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà* in F. Bassanini, G. Tiberi, a cura di, *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 133 e ss. (ora, edizione 2010, pp. 143 e ss.).

la modalità della contrattazione, del parere, dell'intesa debole o forte, dell'accordo tra i livelli di governo nell'esercizio delle rispettive funzioni che di fatto ha portato ad un mutamento strutturale del funzionamento dell'"ascensore" della sussidiarietà.¹⁷

Non è un caso, gli artt. 118 e 120 Cost., quando si riferiscono al principio di sussidiarietà lo pongono accanto ad altri principi che in qualche modo condizionano la originaria portata di quello di sussidiarietà. Nell'art. 118 Cost. la distribuzione delle funzioni amministrative è legata al principio di sussidiarietà ma anche ai principi di adeguatezza, di differenziazione nonché al concetto dell'esercizio unitario e nell'art. 120 Cost. il principio di sussidiarietà è associato a quello di leale collaborazione (parliamo dei poteri sostitutivi del Governo, ma potremmo dire anche quelli regionali, come la Corte costituzionale ha precisato nella sent. n. 43 del 2004, rispetto agli enti inferiori).

Per quanto riguarda le funzioni amministrative, questa scelta è sempre meno a disposizione della sola legge anche sulla base del principio di legalità. Oggi la legge non opera con la stessa libertà di prima e la fonte primaria (statale o regionale) è sempre più atipicizzata quale frutto di un accordo, di un atto pattizio o di una legge aggravata perché arricchita con elementi che sostanziano il principio di leale collaborazione.

Lo stesso ragionamento vale per la funzione normativa la cui distribuzione costituzionale ex art. 117 Cost. è costantemente sottoposta ad un processo di integrazione e condivisione tra i legislatori della Repubblica attraverso moduli procedurali che concretizzano il principio di leale collaborazione, non solo per l'esercizio delle deleghe legislative da parte del Governo¹⁸, ma per lo stesso esercizio della funzione legislativa parlamentare e regionale¹⁹.

Ciò sta accadendo anche perché si è indebolito il criterio della prevalenza che intendeva risolvere i casi di "intreccio" delle materie individuandone una che avesse una portata prevalente; il criterio, che costituiva l'estremo baluardo per la conservazione di un adeguato sistema di gradini al servizio della sussidiarietà, è ormai davvero recessivo rispetto a quello della leale collaborazione (intesa come integrazione delle competenze).

Conferma di ciò si ricava anche dalle norme primarie di "attuazione" delle nuove relazioni tra i diversi livelli di governo contenute (leggi n. 131 del 2003 e n. 11 del 2005 con riguardo alla

¹⁷ B. Caravita, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, Giappichelli, 2009; A. Pioggia, L. Vandelli, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2006; S. Musolino, *I rapporti Stato-Regioni nel nuovo titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁸ Emblematici i casi della legge n. 131 del 2003 (cfr. B. Caravita, a cura di, *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, Giuffrè, 2004) e della legge n. 42 del 2009 sul "federalismo fiscale" (cfr. A. Ferrara, G. M. Salerno, a cura di, *La legge sul "federalismo fiscale"*, Napoli, Jovene, 2010).

¹⁹ A. Sterpa, *Dai "principi fondamentali" agli "indicatori": nuove dinamiche nei rapporti tra legge statale e legge regionale*, in *federalismi.it* n. 18 del 2009.

formazione e all'attuazione del diritto comunitario) nelle quali il principio di sussidiarietà è declinato in termini di partecipazione delle autonomie alla definizione del contenuto delle decisioni normative.

La stessa "sussidiarietà legislativa" che è originata dalla sent. n. 303 del 2003 della Corte costituzionale, pur operando uno spostamento della titolarità della competenza (amministrativa e quindi regolamentare e legislativa) pone fortemente l'accento sulla necessità di procedure e istituti di raccordo tra i livelli di governo (pareri, accordi e intese), nonché costruisce un sistema di limiti costituzionali (ragionevolezza e proporzionalità) all'accentramento delle funzioni.

Non è un caso che negli ultimi anni nei ricorsi alla Corte Costituzionale i ricorrenti in via principale (Stato e Regioni), quando invocano il principio di sussidiarietà, non lo lasciano mai solo ma lo associano a tantissimi altri principi. Ci sono ricorsi nei quali il principio di sussidiarietà è associato a sette, otto principi, tra i quali non manca mai quello di leale collaborazione, tant'è che quasi esso sembra coincidere con esso.

Sia a livello nazionale che comunitario, dunque, il principio di sussidiarietà è declinato in maniera diversa rispetto all'impostazione originaria e tradizionale: una novità che incide sul piano assiologico del principio. *Siamo di fronte alla mutazione del codice genetico del principio di sussidiarietà* che è nato idealmente, sia nel mondo individualista liberale che in quello cattolico, in difesa della persona, dell'individuo e delle comunità primarie ad esso legate e non per condizionare le modalità di esercizio del potere.

Vi è sempre meno traccia oggi dell'approccio assiologico del principio per cui "più piccolo è meglio, per forza". Ora il principio serve a esercitare le funzioni in maniera verticale e il parametro non è più l'idea che sia preferibile che ciò che deve fare il privato lo faccia senza l'intervento di un potere pubblico e che sarebbe meglio comunque che lo faccia un pubblico più piccolo e più vicino alla comunità piuttosto che un potere pubblico più ampio e lontano.

L'attenzione non è più centrata sulla scelta del soggetto che deve esercitare il pubblico potere in quanto più vicino alla comunità o sulla azione di una parte della comunità stessa, ma sul *migliore esercizio del potere; miglior esercizio che non coincide a priori con l'assegnazione al livello di governo più basso delle funzioni.*

L'obiettivo che è perseguito è che *la funzione sia meglio esercitata*, quindi si introducono altri criteri che non coincidono per forza con quello per cui le funzioni devono essere svolte a livello più basso e, anzi, il principio di sussidiarietà opera anche come strumento di

centralizzazione delle competenze²⁰; si impongono i criteri dell'efficienza, dell'efficacia, del buon andamento, del contenimento dei costi, dell'esercizio unitario che, non a caso, sono limitati (bilanciati) da principi quali quello di ragionevolezza e di proporzionalità che operano sul piano dell'esercizio concreto della funzione.

In questo modo, dunque, possiamo dire che il principio di sussidiarietà è declinato rispetto al *parametro del miglior esercizio della funzione*.

La sostituzione del criterio della vicinanza del soggetto titolare della competenza alla comunità con quello del migliore esercizio della competenza ha radicalmente mutato la natura del principio di sussidiarietà, svuotandola dell'originario bagaglio valoriale e lasciandola alle contingenti valutazioni di efficientismo nell'esercizio del pubblico potere; valutazioni, quest'ultime, che sono – come noto – difficilmente statuibili *a priori*²¹.

La crescente debolezza della sussidiarietà orizzontale.

La trasposizione del principio di sussidiarietà dal piano dell'individuazione del livello di governo competente a quello delle modalità dell'esercizio della competenza fa sì che *alla sussidiarietà orizzontale si opponga un panorama di poteri pubblici molto più forte*, davanti al quale essa è più debole che nel passato non essendo più presente un solo centro di potere con il quale rapportarsi in termini dialettici, ma un'alleanza di centri che condividono il potere.

La frammentazione del potere statale ha frantumato il rapporto fra i soggetti della sussidiarietà orizzontale e il potere (come accennato occorre parlare di distinte sussidiarietà orizzontali) ma ha anche permesso al potere di coalizzarsi, di fatto, contro i soggetti esterni al potere pubblico in senso soggettivo. A livello orizzontale, a questo punto, chi invoca il principio di sussidiarietà orizzontale è costretto alla trattativa non più con il singolo livello di potere ma con tutti i livelli di governo, tra i quali si è costituita una continuità verticale di esercizio delle funzioni che rende il potere molto più forte che passato.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, per funzionare, ha necessità di rapportarsi con un potere pubblico titolare di una competenza netta e ben identificata per la quale candidarsi

²⁰ Anche se, come noto, il principio di sussidiarietà ha funzionato in senso "bilaterale ossia allo stesso tempo come principio di legittimazione di accrescimento dei poteri degli ordinamenti giuridici autonomi substatati sia in senso opposto a favore del potere centrale, come ricorda E. De Marco, *Sussidiarietà e autonomia nell'attuale quadro normativo costituzionale* in Id., a cura di, *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 11.

²¹ Tema a parte è quello della definizione dei parametri per identificare il "miglior esercizio" della funzione. La definizione di cosa sia "meglio" necessita una scelta assiologica e quindi politica a meno di non ridurla ad aspetto tecnico (e alle norme tecniche).

come strumento sussidiario; se la competenza è condivisa da più soggetti pubblici la pretesa sussidiaria a favore dell'individuo singolo e associato è in condizioni di subalternità.

Come è stato evidenziato, il principio di sussidiarietà orizzontale non si trova al centro delle dinamiche del nostro ordinamento giuridico anche perché (secondo alcuni studiosi) il testo del 118 Cost. è, sul punto, ambiguo e ondivago²².

L'art. 118 Cost., quando parla della sussidiarietà orizzontale, recita che Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni “favoriscono” l'autonoma iniziativa dei cittadini; secondo alcuni studiosi questo “favoriscono” è troppo poco, perché in teoria l'applicazione del principio di sussidiarietà dovrebbe dire “preferiscono” in modo tale che il non utilizzo di uno strumento orizzontale di sussidiarietà dovrebbe essere giustificato.

L'utilizzo del termine “favorire” sembra quasi non impegnare, secondo alcuni, i livelli di governo, lasciandoli magari arbitri di una decisione politica che potrebbe essere quella del tipo “va bene, permettiamo, favoriamo che accada qualcosa a livello orizzontale in questo settore” quando invece la *ratio* del principio pretenderebbe - al contrario - che, data per scontata una preferenza del livello orizzontale, sia necessario giustificare la sua mancata preferenza.

Traccia di questo approccio, secondo alcuni, si troverebbe nella giurisprudenza della Corte relativamente alla decisione dell'ente locale di esercitare direttamente una certa attività o piuttosto che esternalizzarla a vantaggio di soggetti terzi non direttamente controllati dal pubblico (sent. n. 439 del 2008)²³.

Conferma del ruolo marginale del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento si ricava anche dalla giurisprudenza che la Corte Costituzionale ha adottato con riguardo alla sussidiarietà orizzontale. Una giurisprudenza poverissima a livello quantitativo ma anche a livello di contenuti dato che i ragionamenti che la Corte compie sulla sussidiarietà orizzontale sono quasi assenti nel nostro ordinamento rispetto ad uno strapotere della sussidiarietà istituzionale alla quale sono spesso ricondotte tematiche che magari potevano essere rivolte al principio orizzontale: il riferimento è alla legge regionale della Toscana sui distretti produttivi dove si invocava il principio della sussidiarietà orizzontale (sent. n. 165 del 2007). In questo caso, la Corte costituzionale ha risolto il tema applicando *tout court* quella verticale, riconoscendo la competenza dello Stato in materia e escludendo ovviamente la normativa regionale, senza nemmeno porsi il problema se quella normativa poteva essere analizzata sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale.

²² A. D'Atena, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento “in house”*, in www.forumcostituzionale.it.

²³ A. D'Atena, *Sussidiarietà...cit.*

Proprio l'applicazione della sussidiarietà orizzontale a livello regionale, oggi possibile anche grazie alle modifiche costituzionali introdotte con le leggi cost. n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001, meriterebbe un approfondimento. In particolare, l'istituzione dei Consigli delle autonomie locali *ex art* 123 Cost. permette di misurare quanto, purtroppo, trovano ancora poco spazio (come accade anche nella legislazione regionale) i soggetti della sussidiarietà orizzontale. In questa sede, segnaliamo che sarebbe interessante approfondire anche la debolezza "comunitaria" del principio di sussidiarietà orizzontale quale conferma dell'incompleta costituzione di una "società o di una comunità europea" capace di relazionarsi con il "potere pubblico europeo".

Occorre – a questo punto – fornire una risposta possibile all'indebolimento della sussidiarietà orizzontale che attende di essere declinata (per usare le parole di Beniamino Caravita²⁴) sia nel suo profilo personale che in quello sociale, perché esiste una sussidiarietà a vantaggio della persona (art. 2 Cost.) ed esiste una sussidiarietà a vantaggio dei corpi intermedi che sta formalmente nell'art. 118 Cost. (secondo alcuni studiosi c'era già prima del nuovo testo dell'art. 118 Cost., secondo altri no, ma non pare questa una questione decisiva da sciogliere ai fini delle nostre riflessioni²⁵).

Dobbiamo prendere atto del fatto che la stessa scelta, per esempio, tra un sistema pubblico e un sistema privato nell'erogazione dei servizi rappresenta la pre-condizione perché lo strumento orizzontale esca dal suo ruolo marginale. Questo implica che il cittadino (anzi, l'individuo) abbia la facoltà di scegliere: tale condizione è l'antecedente logico della concorrenza che produce un concreto sviluppo della sussidiarietà orizzontale, altrimenti relegata a sterile strumento di opposizione al potere.

La sussidiarietà orizzontale, dunque, è in difficoltà perché c'è accresciuto l'utilizzo di quella verticale, perché c'è una frammentazione dei centri di potere con i quali entrare in rapporto dialettico, perché lo Stato - che costituiva l'*alter ego* del ragionamento sia per la cultura cattolica sia per gli stati membri della federazione - non è più da solo ma in un crogiuolo di processi decisionali multilivello: il potere pubblico pur frammentandosi si è di fatto rafforzato. La sussidiarietà orizzontale è in difficoltà perché dall'altra parte, sul versante del potere pubblico, il potere è diviso, ma coalizzato grazie alle intese, agli accordi e la sussidiarietà verticale si è trasformata in strumento per l'esercizio congiunto del potere; essa si trova in

²⁴ B. Caravita, *La sussidiarietà come strumento di governo delle società democratiche moderne*, in corso di pubblicazione.

²⁵ Su diverse posizioni A. D'Atena, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. It. Ir. Pub. Com.*, n. 3-4, 1997, pp. 609 e ss. e P. Ridola, *Sussidiarietà e democrazia*, in G. C. De Martin, *Sussidiarietà...cit.*, p. 8.

difficoltà anche perché ha bisogno della concorrenza: pretendere che esista la sussidiarietà orizzontale vuol dire creare un meccanismo di competizione, di pluralità anche dell'offerta privata che entra in rapporto dialettico con l'offerta pubblica.

Sussidiarietà, pluralismo e autonomie.

Concludendo, possiamo dire che la sussidiarietà si spoglia sempre più dell'originario impianto assiologico e sempre più diventa uno strumento al servizio del miglior esercizio delle competenze nei diffusi sistemi autonomistici, confermando con ciò la sua endemica storicità²⁶.

In questo senso il principio di sussidiarietà non si contrappone a quello di autonomia²⁷, ma con esso – sempre più diffuso negli ordinamenti giuridici contemporanei – si intreccia assumendo forme nuove²⁸.

Una delle conseguenze del ragionamento che abbiamo cercato di seguire è che il tema della scomparsa dello Stato è un tema che viene quasi a non esistere; in questi anni c'è stato spesso detto che ormai il potere statale è un potere remissivo che sta scomparendo e che lo Stato non serve più. In realtà lo Stato mantiene in questo una funzione propria assumendo il “ruolo di pivot” (per usare le riflessioni di Beniamino Caravita) tra i poteri substatali e i poteri superiori: “pivot” delle competenze e quindi “pivot” della sussidiarietà nel senso nuovo che va delineandosi in uno scenario di crescente “integrazione” delle competenze nella *multilevel governance*²⁹.

Nella prima parte del convegno si è parlato dell'emergenza; l'emergenza è l'alternativa alla sussidiarietà nel senso che davanti ai nodi delle democrazie pluraliste attuali, nelle quali si complica il governo della pluralità, dove aumentano i gradi di governo, aumentano le interconnessioni locali e funzionali, dove – semplicemente – è più difficile adottare decisioni, i processi decisionali si trasformano in processi di *governance* che comportano una maggiore complessità dell'*iter* della decisione; bisogna “ascoltare e coinvolgere” molto di più di prima per decidere, più interessi hanno diritto a far parte dei processi decisionali, più soggetti sono rilevanti; in questo contesto il processo decisionale è annodato e allora o si usa l'accetta (quindi un rapporto diretto tra un capo, qualunque esso sia e un corpo che si affida al capo che

²⁶ Come ricorda G. Berti, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in E. De Marco, a cura di, *op. cit.*, “il principio di sussidiarietà come principio ordinatore di relazioni istituzionali, riceve proprio dall'esperienza, quindi dalla prassi, i propri contenuti, a seconda delle circostanze di fatto o storiche nelle quali il problema si pone o dalle quali esso trae contenuti o punti di riferimento” (p. 33).

²⁷ Parla di sovrapposizione tra il principio di sussidiarietà e quello di autonomia E. De Marco, *Sussidiarietà e autonomia nell'attuale quadro normativo costituzionale* in Id., a cura di, *Problemi attuali della “sussidiarietà”*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 4.

²⁸ O. Höffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione* (1999), Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 91 e ss..

²⁹ B. Caravita, *The italian challenge...cit.*

decide, quindi il bisogno di decisione viene rotto semplificando i processi decisionali) oppure si percorre la strada opposta che forse è più faticosa, perché rimane interna al solco del principio democratico, che è quella di decidere in una democrazia complessa dotandosi di quegli strumenti che governano la complessità; strumenti che aprono la strada ad un pluralismo istituzionale e sociale che necessita di tecniche di riduzione della complessità, cioè di istituti e procedure che portano alla semplificazione e alla decisione.

La relazione non si poneva l'oneroso obiettivo di fornire una trattazione esaustiva del principio di sussidiarietà. Per questo spero che con essa si sia almeno raggiunto il risultato minimo auspicato ossia quello di segnalare alcuni elementi di trasformazione del principio rispetto al suo modello originario; elementi che chiedono al costituzionalista di dedicare adeguata attenzione al nuovo ruolo del principio di sussidiarietà in un ordinamento, come il nostro, caratterizzato in modo crescente dal principio di autonomia.

Ultimi dossier del Servizio Studi

232	Schede di lettura	Disegno di legge A.S. n. 2146 "Aumento del contributo dello Stato in favore della Biblioteca italiana per ciechi "Regina Margherita" di Monza e modifiche all'articolo 3 della legge 20 gennaio 1994, n. 52, concernenti le attività svolte dalla medesima Biblioteca"
233	Schede di lettura	Disegno di legge A.S. n. 2262 "Conversione in legge del decreto-legge 6 luglio 2010, n. 103, recante disposizioni urgenti per assicurare la regolarità del servizio pubblico di trasporto marittimo"
234	Dossier	Disegno di legge A.S. n. 2228 "Conversione in legge del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica". Le modifiche della Commissione. <u>Edizione provvisoria</u>
235	Dossier	Disegni di legge AA.SS. nn. 1905, 591, 874, 970, 1387 e 1579-A, in materia di università <i>Sintesi del contenuto con le modifiche approvate in sede referente</i>
236	Dossier	Disegno di legge A.S. n. 2228 "Conversione in legge del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica" - Tabella delle corrispondenze Edizione provvisoria
237	Dossier	Disegno di legge A.S. n. 2266 "Conversione in legge del decreto-legge 8 luglio 2010, n. 105, recante misure urgenti in materia di energia"
238	Dossier	Disegno di legge A.S. n. 1720-B "Disposizioni in materia di sicurezza stradale"
239	Schede di lettura	Disegno di legge A.S. n. 2259 "Individuazione delle funzioni fondamentali di Province e Comuni, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali. Riordino di enti ed organismi decentrati"
240	Schede di lettura	Disegno di legge A.S. n. 2291 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 luglio 2010, n. 102, recante proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace, di stabilizzazione e delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia"
241	Schede di lettura	Disegno di legge A.S. n. 2323 "Conversione in legge del decreto-legge 5 agosto 2010, n. 125, recante misure urgenti per il settore dei trasporti e disposizioni in materia finanziaria"
242	Dossier	Partecipazione alla 65 ^{ma} Sessione dell'Assemblea Generale dell'ONU (New York, 23-25 settembre 2010)
243	Dossier	Disegno di legge A.S. n. 2322 Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010

Il testo del presente dossier è disponibile in formato elettronico PDF su Internet, all'indirizzo www.senato.it, seguendo il percorso: "Leggi e documenti - dossier di documentazione - Servizio Studi - Dossier".