

**L'ORDINE PUBBLICO ECONOMICO  
TRA PROGRESSO ECONOMICO  
E  
SVILUPPO SOCIALE**

# INDICE

## Ringraziamenti

### CAPITOLO PRIMO

#### Ordine pubblico

- 1.1 Ordine pubblico generale.....pag. 6;
- 1.2 Ordine pubblico come concetto antidemocratico?.....pag. 31;
- 1.3 Ordine pubblico nel diritto Costituzionale.....pag. 47;
- 1.4 Costituzionalizzazione dell'ordine pubblico: art. 117 della Costituzione.....pag. 51;
- 2. Il concetto di ordine pubblico nel diritto internazionale.....pag. 57;
- 3. Il concetto di ordine pubblico nel diritto europeo.....pag. 65;
- 4. Il concetto di ordine pubblico nel diritto comunitario.....pag. 69.

## **CAPITOLO SECONDO**

### **Il concetto di costituzione economica**

- 1.1 Il concetto di “Costituzione economica”: dalle idee di *Wirtschaftsdemokratie* e *Sozialverfassung*... .....pag. 80;
- 1.2 ...alla teoria del *Krisismanagement*.....pag. 84;
- 1.3 Costituzione Economica in Italia: l’approvazione dell’art. 41. Cost.....pag. 93;
- 1.4 Attualità della nostra Costituzione Economica.....pag. 108;
2. La Costituzione economica europea: l’apporto degli ordoliberali.....pag. 113.

## **CAPITOLO TERZO**

### **Libertà d’iniziativa economica privata e concorrenza tra costituzione italiana ed ordinamento europeo**

1. Rapporti tra la Costituzione Economica Italiana e quella Europea .....pag. 146;
- 2.1 Art. 41 della Costituzione ed integrazione europea.....pag. 159;

- 2.2 Art. 41 della Costituzione: le proposte di modifica.....pag. 172;**
- 2.3 La Legislazione attuativa dell'art. 41 della Costituzione.....pag. 186;**
- 2.4 Tentativi di riforma costituzionale dell'art. 41 della Costituzione.....pag. 198;**
- 2.5 La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione.....pag. 214.**

## **CAPITOLO QUARTO**

### **Ordine pubblico economico**

- 1.1 Origine dell'ordine pubblico economico.....pag. 244;**
- 1.2 Evoluzione storica del concetto di Ordine pubblico economico.....pag. 256;**
- 1.3 Rapporto tra diritto ed economia nell'ottica del concetto di ordine pubblico economico...pag. 269;**
- 1.4 Diritto ed economia: giuridicità del nuovo ordine pubblico economico.....pag. 276;**
- 1.5 Principio di sussidiarietà.....pag. 278;**
- 3.2 Applicazione dell'art.118, u.c. della Costituzione.....pag. 285;**
- 3.3 Sussidiarietà e principi fondamentali: Il principio di uguaglianza sostanziale.....pag. 287;**

- 3.4 I cittadini e l'interesse generale.....pag. 296;**
- 3.5 Sussidiarietà e democrazia.....pag. 300;**
- 4. L'ordine economico da eteronomo ad endogeno.....pag. 301;**
- 5. L'ordine pubblico economico come categoria che crea bilanciamento tra progresso economico e sviluppo sociale.....pag. 304.**

## **CAPITOLO QUINTO**

### **Ordine pubblico economico europeo ed internazionale**

- 1.1 Diritto europeo e concetto di ordine pubblico economico.....pag. 319;**
- 1.2 Costituzione europea e ordine pubblico economico europeo.....pag. 340;**
- 1.3 Realizzazione del bilanciamento in ambito europeo.....pag. 348;**
- 2. Ordine pubblico economico Internazionale.....pag. 357.**

**CONCLUSIONI.....pag. 379**

**BIBLIOGRAFIA.....pag. 387**

## Ringraziamenti

A lavoro concluso ritorno con la mente all'inizio di questa avventura quando tutto era un insieme di concetti e teorie da mettere insieme per creare e scrivere.

Sono stati anni lunghi e difficili tra la malattia e l'arrivo dei miei due splendidi bimbi: ci sono stati mesi molto bui dove l'impegno del percorso accademico intrapreso mi ha spronato a reagire.

In questo percorso devo ringraziare, come prima persona, mio marito: senza di lui nulla sarebbe iniziato.

Mi ha spronato ad iniziare e mi ha dato la forza di continuare ogni giorno sapendo gestire le mie preoccupazioni e le mie euforie, ascoltandomi, cercando di dare ordine alle parole ed ai concetti che gli proponevo.

Grazie!

Ringrazio il mio tutor, Prof. Salvatore La Porta, sempre presente e disponibile, sempre acuto e interrogativo, sempre pronto ad incoraggiarmi. È per me un valido esempio.

Grazie!

Ringrazio la mia cara amica Dott.ssa Chiara Taccola, per quel sorriso che da subito mi ha conquistato. È subito scattata un'amicizia vera ed una grande stima.

Grazie!

Ringrazio il Prof. Giovanni Cocco, per la sua discrezione e per l'elevato contributo professionale che mi ha dato.

Grazie!

Ringrazio, la mia famiglia che, seppur da lontano, sostiene ogni mia scelta gioendo di ogni mio traguardo.

Grazie!

Ringrazio, infine, tutti gli amici e colleghi che con me hanno camminato in questi anni e non hanno mai smesso di sorridermi e di strizzarmi l'occhio.

Grazie!

Ringrazio tutti coloro che trarranno qualche spunto dalla lettura di queste pagine.

Grazie!

# **CAPITOLO PRIMO**

## **Ordine pubblico**



Il Primo Capitolo del presente lavoro di tesi cercherà un percorso di rappresentazione della nozione di ordine pubblico come base per il concetto cardine dell'intero lavoro, ossia l'ordine pubblico economico.

Si proverà a trarre l'unitarietà del concetto ordine pubblico come limite protettivo dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico anche nella sua apertura verso l'esterno: infatti il concetto di ordine pubblico evidenzia e definisce le linee guida dei valori dell'ordinamento stesso diventando uno strumento di protezione e di promozione anche nei confronti di altri ordinamenti.

Il lavoro parte dalla presentazione della distinzione operata dalla dottrina in merito al concetto di ordine pubblico: si parla di ordine pubblico materiale od amministrativo e ordine pubblico ideale o normativo.

Si precisa che la nozione di studio sarà quella normativa od ideale, funzionale al concetto di ordine pubblico economico come insieme di principi fondanti l'ordinamento.

La variabilità del concetto ha portato ad assimilarlo alla categoria dei concetti o principi valvola che hanno l'attitudine ad evolversi in base al diverso assetto politico e sociale dell'ordinamento, adeguandosi al trasformarsi della società.

Se ne individuano comunque le differenze, sottolineando che il concetto di ordine pubblico, pur avendo caratteristiche di mutabilità, conserva il suo nucleo forte e fondamentale di principi corrispondenti ai valori unificatori dell'intero assetto giuridico: il concetto di ordine pubblico cambia nel tempo ma non si può parlare di concetto dal carattere indeterminato.

Dunque si conclude il primo interrogativo dello studio, affermando che il concetto di ordine pubblico ben può inserirsi tra i concetti o principi generali ed in particolare in quella tipologia il cui contenuto è determinato da una compenetrazione totale con l'ordinamento giuridico nel suo complesso e quindi con la costituzione intesa come unità ideale.

L'analisi del concetto continua con l'interrogativo se parlare di ordine pubblico significa discutere di un concetto antidemocratico, in base al dibattito dottrinale che ha cercato risposte circa l'estensione e la portata del concetto stesso.

Si elabora un percorso storico, partendo dal periodo fascista nel quale il concetto di ordine pubblico era funzionale al periodo ed alla lettura che se ne dava come valore ideale od autonomo.

Nella normativa precostituzionale, l'ordine pubblico è, da un lato, l'*extrema ratio* in condizioni non vietate da norme imperative anche se lesive del complesso dei valori dall'altra è limite all'attività materiale che costituisce esercizio di una libertà fondamentale.

Tale situazione portò al timore, in Assemblea Costituente, verso il concetto di ordine pubblico.

Solo il percorso della Corte Costituzionale ha rivalutato il concetto, inserendolo nell'assetto dell'ordinamento come bene inerente lo stesso, il cui mantenimento è una finalità stessa del sistema: diventa un bene collettivo su cui poggia la convivenza sociale.

Punto focale dell'apporto della Corte Costituzionale è l'aver qualificato il concetto di ordine pubblico in senso democratico all'interno di un ordinamento costituzionale.

Operata questa precisazione, l'analisi toccherà il percorso storico che il concetto ha avuto all'interno della Carta Costituzionale, considerando la sua implicita apparizione almeno fino alla sua costituzionalizzazione con l'art. 117, grazie alla riforma del Titolo V della costituzione.

Considerando, poi, il concetto di ordine pubblico come concetto che ben risponde al processo di integrazione e di evoluzione giuridica internazionale, lo studio proseguirà con l'analisi del concetto a livello internazionale.

Il percorso argomentativo parte dalla considerazione che l'ordinamento internazionale manca di una costituzione formale per cui i principi fondamentali si ritrovano nella cd costituzione materiale che si basa su tutte le modifiche politiche, economiche, sociali e strutturali della società.

Il concetto è presente in ambito internazionale nelle dottrine universalistiche cattoliche che affermano la natura umanistica della comunità internazionale.

L'evoluzione del diritto internazionale, ha modificato anche il concetto di ordine pubblico che diventa una realtà assiologica molto più vicina al concetto di ordine pubblico ideale.

Nel secondo dopoguerra ci si allontana dalla teoria che considerava i principi generalmente riconosciuti come basati sulla tradizione comune privilegiando la superiorità di alcuni Stati nell'ambito della Comunità internazionale.

L'evoluzione dei principi giuridici dell'ordinamento internazionale sfocia, poi, nella nuova dottrina

giusnaturalistica dei diritti umani che rivoluziona la Comunità internazionale creando al necessità di individuare un nucleo forte di valori e di principi comuni a tutti gli Stati.

L'iter seguito tocca, infine, il concetto di ordine pubblico nel diritto europeo, individuando, comunque, la linea guida seguita sia nell'analisi del diritto statale sia del diritto internazionale, corrispondente all'individuazione dei diritti fondamentali e dei valori riconosciuti dalla Comunità in esame.

Così si riconosce che la peculiarità della trasformazione istituzionale a livello europeo è la necessità di armonizzare le battute intorno ad un centro stabili di principi e valori dati dalla condivisione e dalla nascita del cd. diritto costituzionale europeo.

Strumenti indispensabili per l'iter di trasformazione sono sia la Corte per i diritti dell'uomo di Strasburgo sia la Corte di Giustizia CE che favoriscono il dialogo con le Corti nazionali e garantiscono l'individuazione e la cristallizzazione dei diritti fondamentali da tutelare.

La clausola di ordine pubblico diventa elemento di protezione sia dei principi fondamentali dello Stato membro sia degli interessi comunitari.

L'ordine pubblico a livello europeo diventa un catalizzatore di principi e di valori che riesce ad affidare ai diritti nazionali un concetto allargato agli ideali europei.

## 1.1 Ordine pubblico generale

L'analisi del concetto di ordine pubblico economico deve sempre partire dalla nozione base di ordine pubblico generale, inserita per la prima volta nel Codice napoleonico con lo scopo di cristallizzare quanto la rivoluzione aveva rivendicato<sup>1</sup>.

Il concetto di ordine pubblico, apparve per la prima volta nel Codice napoleonico presentandosi come una figura priva di definizione, in quanto la sua natura trasversale, creava difficoltà nell'individuare una specifica ed unitaria classificazione<sup>2</sup>.

Nel Codice napoleonico, basato, per quanto riguarda il settore economico, sulla piena libertà tra gli individui, il concetto di ordine pubblico garantisce l'ordine sociale derivante dall'Ancien régime e si fonda sull'abolizione della distinzione sociale e sul pieno riconoscimento della proprietà e dell'autonomia economica.

In quest'ottica, dunque, l'ordine pubblico letto come limite all'autonomia negoziale *“ non esprime, né vuole individuare, l'esigenza di una supremazia dell'interesse pubblico sull'interesse privato e la possibilità che questo possa e debba cedere a quello, quando le situazioni concrete lo esigano; l'ordine pubblico, come limite all'agire negoziale, esprime più specificatamente l'esigenza che i privati, con le loro convenzioni, non sovvertano quei valori fondamentali su cui si fonda l'ordine sociale ma che realizzino i loro rapporti nel*

---

<sup>1</sup> J. MALURIE, *L'ordre public et le contrat*, Reims, 1953, pag. 3;

<sup>2</sup> A. GUARNIERI, *Ordine pubblico*, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. XIII, Torino, Utet.

*rispetto di quei valori e quei principi che lo Stato considera essenziali e caratterizzanti l'organizzazione sociale*"<sup>3</sup>.

L'ordine pubblico è un limite negativo all'autonomia contrattuale, finalizzato alla tutela dei valori base del Codice napoleonico, come la libertà e l'autonomia della persona.

Al fine di una compiuta razionalizzazione dell'istituto, la dottrina ha elaborato una distinzione fondamentale tra ordine pubblico materiale o amministrativo ed ordine pubblico ideale o normativo<sup>4</sup>.

L'ordine pubblico amministrativo è imposto ai soggetti di un gruppo sociale, quindi è la tipica espressione dello Stato persona tramite l'esistenza di istituti di polizia e di sicurezza pubblica.

L'ordine pubblico così inteso, in senso positivo, si manifesta nello svolgimento pacifico delle attività della vita civile, come eccezione equivalente alla quiete e sicurezza collettiva, buon ordine esteriore e sensibile,

---

<sup>3</sup> G. FERRI, voce *Ordine pubblico*, Enciclopedia del diritto, 1964, XXX, pag. 1053;

<sup>4</sup> Sulla nozione di ordine pubblico materiale o amministrativo O. RANELLETTI, *Concetto di ordine pubblico* in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, Milano, Società Editrice Libreria, 1904; S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in Enc. giur., vol. XXII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990; sulla nozione di ordine pubblico normativo od ideale, L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in Nss. Dig. It., vol. XII, Torino, Utet, 1965, pag. 130; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1967, pag. 360.

salvaguardia dell'incolumità pubblica e della quiete collettiva<sup>5</sup>: dunque coincide con il bene giuridico che l'ordinamento protegge tramite norme di pubblica sicurezza<sup>6</sup>.

In senso negativo, invece l'ordine pubblico amministrativo, è caratterizzato per l'assenza di turbamenti e di violenza e quindi come “*assenza di fatti umani e naturali che abbiano la capacità di turbare la sicurezza*”<sup>7</sup>.

La nozione di ordine pubblico ideale o normativo, è tipica espressione dello Stato ordinamento attraverso la corretta

---

<sup>5</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico (dir.pen.)*, in Enc.dir., vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, pag. 1091; L.PALADIN, *Ordine pubblico*, cit., pag. 130;

<sup>6</sup> In particolare, limitatamente alla definizione di ordine pubblico materiale o amministrativo, parte della dottrina lo ha anche letto come limite ad alcune libertà costituzionali. C.ESPOSITO, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordine pubblico*, in Giur.Cost., 1962, pag. 194, non condivide l'estensione, operata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 19/62, dell'ordine pubblico come limite alla libertà di manifestazione di pensiero poiché, l'autore afferma che la Costituzione ha espressamente indicato quali diritti potevano essere limitati dalla legge in nome dell'ordine pubblico e quindi, la mancanza di un riferimento esplicito equivale alla negazione della possibilità di porre limiti. Sui limiti di ordine pubblico e libertà di manifestazione di pensiero, U.ALLEGRETTI, *Ordine pubblico e libertà costituzionali*, in RTDP, 1976, pag. 486 ss; A.PACE, M.MANETTI, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G.BRANCA, A.PIZZORUSSO, Bologna-Roma, Zanichelli-Società ed. del Foro it., 2006, pag. 226 ss.;

<sup>7</sup> A.PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte Costituzionale*, in Giu. Cost., 1977, pag. 1777.

individuazione di un sistema di valori e principi coerente ed unitario.

Integra così una realtà ideale dove si ravvisa l'esigenza di rispettare determinati principi che l'ordinamento considera indispensabili: coincide con il bene comune o con l'interesse generale, con i principi generali base dell'ordinamento<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Importante a tal proposito è ricordare la distinzione dottrinale tra ordine pubblico materiale oggetto di tutela ed ordine pubblico ideale *ratio* di tutela. Si sottolinea che nel corso degli anni l'aver utilizzato l'ordine pubblico ideale come oggetto ha portato ad una sua demonizzazione ed a pericoli in seno alle libertà da proteggere. Identificare l'ordine pubblico ideale come oggetto di tutela nella sua enorme portata di principi e valori fondanti l'ordinamento, significherebbe che tutte le libertà che vi si interfacciano sarebbero destinate a soccombere. Inoltre, proprio la sua natura di concetto non delimitabile e storicamente condizionato, porta a ritenere l'impossibilità di considerarlo bene giuridico da proteggere. Detto questo è agevole giungere alla considerazione che l'ordine pubblico ideale è la *ratio* di tutela. Leggendo il concetto in ambito di diritto penale ben si individua la necessità di leggere l'ordine pubblico ideale come *ratio* poiché si utilizzerebbe lo stesso ai fini di sistemazione della parte speciale del diritto penale ed ai fini di interpretazione teleologica delle norme. Tutelare il bene "ordine pubblico ideale" porta ad un incremento delle condotte criminalizzate con una conseguente violazione delle garanzie formali e sostanziali poste a tutela delle libertà. Leggendo l'ordine pubblico come *ratio* del sistema, invece, si dà vita ad una tutela forte delle garanzie presenti nel sistema. L'ordine pubblico materiale, invece presente in diverse fattispecie penali, è inteso come pubblica tranquillità di facile ricostruzione costituzionale. Come limite alle manifestazioni esteriori delle libertà che



La nozione di ordine pubblico amministrativo è inserita, a pieno titolo, nel diritto amministrativo, penale, costituzionale e comunitario, mentre quella di ordine pubblico normativo è tipica del diritto civile, internazionale, sia privato come eccezione di ordine pubblico che pubblico come *ius cogens*, del diritto costituzionale e comunitario.

L'assoluta diversità dei due concetti porta a ritenere che, come punto di unione tra i due, vi sia solo quello tendente a garantire l'oggetto stesso dell'ordine pubblico nei vari rami dell'ordinamento, necessità avvertita in tutte le organizzazioni territoriali e sovrane.

Il concetto di ordine pubblico pur rivestendo significati diversi assume una caratteristica comune: implica la posizione di limiti alle libertà connaturati alla regola dei rapporti tra i consociati.

Si precisa, in questa fase, che la nozione di ordine pubblico oggetto di studio sarà quella ideale o normativa, coincidente con l'insieme unitario di principi fondanti l'ordinamento ed avente come finalità quella di individuare, proteggere e promuovere i principi ed i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico: nozione che trova rilievo nel diritto costituzionale, comunitario ed internazionale.

---

agrediscono la convivenza pacifica, l'ordine pubblico materiale opera delle etero limitazioni alle manifestazioni esteriori a favore della civile convivenza naturalmente sempre nel rispetto dei principi fondamentali. S.MOCCIA, *Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell'illecito, in beni e tecniche della tutela penale*, a cura di CRS, Milano, 1987.

Nonostante la necessità comune di garantire l'ordine pubblico nei vari rami del diritto, i due concetti sono molto differenti tra loro, tanto che si è parlato di un rapporto strumentale dell'ordine pubblico amministrativo rispetto all'ordine pubblico normativo.

In questa chiave di lettura e, dunque, nel rapporto strumentale che ne deriva, sembra esaurirsi la funzione conservatrice della nozione di ordine pubblico amministrativo rispetto a quello normativo, non considerando, invece, l'occasione, che ne potrebbe derivare, di arbitri dei poteri pubblici tentando di mantenere salde le strutture politiche e sociali esistenti.

La nozione di studio sarà, dunque, quella normativa od ideale: attraverso la lettura della nozione di ordine pubblico ideale data dalla Corte Costituzionale, che dopo si vedrà, appare difficile riconoscere l'ordine normativo come ordine costituzionale nella sintesi di valori e principi del sistema democratico, in quanto lo stesso tentativo andrebbe contro la volontà di ergere il concetto stesso a bene di autonoma strumentazione.

Volendo promuovere l'esistenza di un ordine pubblico costituzionalmente inteso e, quindi, come sistema di valori e principi inderogabili che informano storicamente l'ordinamento, è necessario allontanare la possibilità che il concetto possa trasformarsi in limite ulteriore per le libertà costituzionali.

Dunque è necessario, per capire la scelta del concetto da analizzare, delimitare il ruolo dell'ordine pubblico ideale nel diritto costituzionale: per fare ciò è indispensabile partire dal diritto privato dove l'ordine pubblico è letto come limite volto ad impedire ad atti precettivi di essere

inseriti nell'ordinamento per evitare il turbamento di valori fondanti per l'ordinamento stesso.

Il limite dell'ordine pubblico è un limite alla produzione di atti e non all'esercizio delle libertà dove gli stessi sono sottoposti al dettato costituzionale.

L'estensione del ruolo privatistico dell'ordine pubblico normativo al diritto costituzionale è chiara analizzando, da prima, che se il legislatore avesse voluto inserire il limite dell'ordine pubblico nell'esercizio delle libertà, lo avrebbe fatto in maniera esplicita, poi è inevitabile considerare l'apertura del nostro sistema costituzionale ad altre realtà normative che ci porta verso l'affermazione, implicita, dell'esistenza di meccanismi di protezione.

Detto questo, è palese che l'ordine pubblico normativo od ideale, in tutte le ipotesi di studio, è teso a tutelare l'integrità dell'ordinamento normativo e giuridico; funge da filtro per l'ordinamento in quanto si possono palesare solo atti o norme che non sono in contrasto con l'ordinamento stesso.

La nozione ordine pubblico così intesa, accanto alla funzione di protezione dell'ordinamento giuridico, ha caratteri attuali e concreti.

Inoltre, la scelta del concetto di ordine pubblico ideale è confacente anche, alla libertà economica che dopo si analizzerà: infatti esisterebbe una particolare posizione della carta Costituzionale nei confronti delle libertà economiche.

Il fine di superare le diversità tra i consociati porta alla determinazione di disposizioni che, definendo il raggiungimento di utilità sociale come lo scopo ultimo

delle libertà economiche, tenderebbero ad indicare che nel settore economico c'è la volontà di evitare l'attivazione di attività produttrici di disordine che perseguirebbero scopi differenti da quelli indicati nel dettato costituzionale.

Dunque l'ordine pubblico ideale potrebbe indicare l'esistenza di un vincolo di rispetto per le libertà costituzionali ed in linea di massima un vincolo per l'ordine costituzionale inteso come relativo alla Costituzione materiale e non anche solo quella scritta.

Continuando con la presentazione delle diverse interpretazioni e delle diverse letture che il concetto di ordine pubblico ha avuto, ricordiamo come la variabilità del concetto ha portato parte della dottrina europea ad unificarlo con i concetti o principi valvola, principi in essere in ogni ordinamento *“la cui funzione principale consiste nell'approntare una categorizzazione per l'imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento”*<sup>9</sup>.

La categoria, elaborata per la prima volta dalla dottrina tedesca, si rinchiudeva nel termine *Ventilbegriffe*<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> K.G.WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, Perles, 1904, pag. 86; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1949, pag. 215-216;

<sup>10</sup> Il dibattito in ambito tedesco riguarda, soprattutto la paternità del concetto delle Ventilbegriffe. In vero K.G. WURZEL fu il primo autore ad elaborare il concetto ed ad esprimerlo giuridicamente in modo “funzionalista”, descrivendo il ruolo concretamente svolto dalla categoria nell'ordinamento. In *Das juristische Denken*, Wien - Leipzig, 1924, l'Autore considera la valenza dinamica del concetto allontanandosi da quanti ne consideravano la scientificità e la valenza inderogabile per ogni ordinamento come nuovo diritto

L'intenso dibattito dottrinale comunque si unificava nella definizione dei concetti valvola stessi<sup>11</sup>.

---

naturale. I concetti valvola, paragonati dall'Autore a vere e proprie clausole di sicurezza dell'ordinamento nel suo complesso, sono lette a seconda del tempo, delle circostanze come "valvole regolatrici dell'afflusso di correnti vitali del diritto". Sono caratterizzate dall'elasticità e riescono ad adeguare l'ordinamento alla continua evoluzione della vita politico-sociale. Per descrivere il loro modo di operare l'Autore elabora la c.d. teoria della proiezione che si concretizza nell'applicazione di un concetto della disposizione senza il suo mutamento concettuale a certe fattispecie concrete, che inizialmente non si sarebbe potuto dimostrare fossero nello stesso previste e contenute: dunque i concetti valvola non sarebbero non norme, ma soltanto elementi della norma. Diversamente E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879: l'Autore distingue tra concetti (*reine Rechtsbegriffe*) che hanno valenza solo all'interno del sistema e della scienza del diritto e concetti indeterminati per i quali si rinvia ad scienze esatte non giuridiche. Quindi si concede a scienze diverse dal diritto l'alto compito definitorio: la caratteristica dell'elasticità risiede proprio nella trasformazione della conoscenze delle altre scienze che, dunque, modificherebbero il contenuto dei concetti giuridici al mutare delle stesse. L'Autore, così, individua il cd l'effetto di rinvio, situazione che convoglierebbe tutta la teoria dello stesso: la costruzione della definizione solo sulla caratteristica del rinvio, escluderebbe dalla categoria esempi tipici come quelli della 'buona fede', non studiati o definiti da nessuna scienza;

<sup>11</sup> K.G. WURZEL, op.cit., pag. 86. Insistono sulla funzione di salvaguardia per l'ordinamento giuridico che garantirebbe il collegamento dello stesso col sistema sociale, O.WENDT, *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, in *Archiv für die civ. Praxis*, 1906, 106 ss.. che parlerà di valvole di sicurezza

Tale definizione ha portato parte della dottrina a considerarne l'aspetto politico e a leggerne l'oggetto di una scelta intenzionale del Legislatore, allo scopo di introdurre un coefficiente di elasticità nell'ordinamento e con l'effetto di allentare il vincolo di sottoposizione alla legge di giurisdizione e amministrazione<sup>12</sup>.

---

(Sicherheitsventile); V.POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti, Venezia, 1908, ora in *Opere minori*, I, Modena, 1928, 60, che descriveva come “sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adattano con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda”, e D.DONATI *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, 210, che parlerà di organi di adeguazione;

<sup>12</sup> L'aspetto della consapevole indeterminatezza era stato segnalato da L.CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Torino, 1954, 24, nt. 13: “per mezzo di essi la legge stessa rinvia a categorie o criteri di valutazione d'ordine metagiuridico (morale, politico, economico, sociale), presentando pertanto all'interprete la necessità di una presa di posizione di fronte agli orientamenti della coscienza dominante nel momento dell'applicazione della legge alla fattispecie concreta”.

Ancora, S. RODOTÀ, ne *Il tempo delle clausole generali*, in Riv. crit. dir.priv., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 266: “l'indeterminatezza al momento della produzione può essere involontaria, derivare dalla equivocità nella formulazione della norma o dalla inevitabile imprecisione dei concetti normativi dei quali, tuttavia, difficilmente può farsi a meno. Le clausole generali, invece, sono caratterizzate da una “indeterminatezza intenzionale”, che le caratterizza e caratterizza il programma del legislatore”;

L'evoluzione giuridica legata al concetto di principi valvola ha anche individuato una sostanziale coincidenza tra gli stessi e le cd clausole generali.

Dapprima la problematica è stata di ordine terminologico<sup>13</sup>, riassumibile nel quesito sull'opportunità stessa di parlare di clausole generali, categoria elaborata sul piano del diritto civile, anche all'interno del diritto costituzionale dove sarebbe preferibile la diversa espressione dei principi valvola<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pag. 97-99: *“il linguaggio normativo stesso, servendosi dei medesimi elementi del linguaggio naturale, soffre necessariamente di tutte le inadeguatezze di cui questo è affetto. È ormai divenuto banale affermare che il linguaggio naturale è impreciso, che il “significato” delle sue espressioni è spesso o sempre ambiguo o indeterminato, che la certezza nell’interpretazione di un enunciato linguistico non può essere mai ottenuta. (...) Lo stesso “significato” di un termine linguistico, del resto, non è mai unico ed univoco, ma è sempre costituito da una pluralità di alternative possibili, dal “complesso dei sensi possibili” di quel termine. (...) Il linguaggio naturale nel suo complesso, poi, non sarebbe altro che “il luogo dell’equivocità”, al contrario dei linguaggi formalizzati che ancora oggi sono vagheggiati come il regno della precisione e dell’univocità, ma che sono, per il diritto, un modello non solo irraggiungibile, ma anche poco raccomandabile”*;

<sup>14</sup> L.PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1964, pag. 326, considerava sia l’aspetto dell’indeterminatezza sia quello dell’apertura al meta-giuridico, osservando come *“buona parte del linguaggio del quale si serve la costituzione, sia perché indica concetti peculiari di certe discipline non giuridiche, sia,*

La problematica di cui sopra si giustifica alla luce del rilievo secondo cui *“risulterebbe assai difficile distinguere fra principi valvola e clausole generali, delle quali i primi, più ancora che un tipo od esempio particolare, sarebbero*

---

*soprattutto, perché si riferisce in ogni modo a situazioni giuridicamente indefinite (mutando di significato con il ritmo di sviluppo delle situazioni stesse, indipendentemente dall’evolversi dell’ordinamento positivo), non può divenire vitale per mezzo di esegesi strettamente formali, bensì richiede di essere integrato dall’esame delle realtà materiali che esso presuppone.*

*A supporto del rilievo si menzionavano in seguito, per esempio, le nozioni, di ‘buon costume’, di ‘sicurezza’, di ‘ordine pubblico’; di ‘lavoro’, di ‘sciopero’, di ‘programmi’, di ‘imprese’, numerosissime “materie” della potestà legislativa regionale; o locuzioni quali ‘unità familiare’, ‘servizi pubblici essenziali’, ‘fonti di energia’, ‘situazioni di monopolio’, ‘indegnità morale’, ‘buon andamento dell’amministrazione’; mentre fra i «richiami di valori morali, di natura, di ragione, di convenienza economica o politica» si ricordavano i ‘diritti inviolabili’, il ‘principio di eguaglianza formale’, le direttive sulla disciplina delle pene, la ‘utilità sociale’, gli l’ ‘interesse generale’, i ‘fini sociali’, gli ‘equi rapporti sociali’, i ‘casi straordinari di necessità e urgenza’, i ‘principi e i criteri direttivi’. (...) quasi dappertutto le previsioni costituzionali esigono, per essere applicate, giudizi di ordine quantitativo, cioè valutazioni sulla congruenza, sulla sufficienza, sull’adeguatezza, sulla consistenza per l’appunto, di momenti sovente essenziali della legislazione dipendente; ed altrettanto spesso accade che la carta richieda all’interprete di usare criteri o fissare concetti extragiuridici, per determinare i frequenti rimandi a valori di ragione o di natura o di giustizia, nonché per definire in maniera non del tutto formalistica i dati materiali della nomenclatura costituzionale”.*



*la copia conforme, differenziandosene soltanto per il nome, forse più pittoresco e significativo, ma non per questo esprime un'autentica diversità di natura*"<sup>15</sup>.

Dando per corretto la somiglianza tra le due categorie del diritto, non bisogna, a tal punto, tacere gli elementi di differenza che portano le stesse a diverse caratteristiche strutturali e di funzionamento<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, op. cit., pag. 82;

<sup>16</sup> M. LUCIANI, ne *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, op. cit., pag. 83, nonostante l'identità sostanziale dei due concetti, ne trarrà poi argomento per differenziare funzionalmente le clausole generali dai principi nell'ambito costituzionale: *"le somiglianze fra le due categorie non possono però far dimenticare gli elementi di distinzione. In particolare, la qualifica di clausola generale va riservata (se si vuole restare all'uso tradizionale) a quella previsione che sia (per sua natura e/o per la fonte che la prevede) atta all'immediata applicazione nei rapporti interpretati. In questo senso, è inopportuno estendere questa qualifica ai principi costituzionali, la cui immediata applicabilità non è mai scontata, ed opera comunque, anche quando vi sia, in forme diverse da quelle proprie delle clausole generali. Meglio dunque definire come principi valvola le norme costituzionali che presentano le caratteristiche di cui nel testo, quasi a segnarne lo stacco dall'altra più tradizionale categoria. Il che, ovviamente, non comporta adesione alla vecchia tesi secondo cui i principi costituzionali sarebbero mere "disposizioni programmatiche" (...). Non si tratta infatti di negare la precettività dei principi costituzionali, ma soltanto di affermarne la diversa precettività, dovuta al loro operare ad un livello distinto da quello della norma ordinaria"*;

La riflessione organica e sistematica sulle clausole generali, porta tradizionalmente ad inquadrare le stesse, differenziandole da altre categorie limitrofe, all'interno di una particolare tecnica della legislazione, disposta allo scopo di rendere l'ordinamento giuridico più plastico e capace di adattarsi alle sollecitazioni provenienti dagli ambiti sociali<sup>17</sup>.

Le clausole generali si qualificherebbero per essere una particolare tecnica legislativa di costruzione della fattispecie che, facendo solitamente uso di concetti indeterminati e normativi, si verrebbe ad opporre ad un metodo ispirato al principio di tassatività: l'autonomia concettuale della categoria clausole generali consisterebbe esclusivamente nella loro necessaria collocazione all'interno della fattispecie giuridica.

Tradizionalmente, dunque si giunge alla conclusione che *“in realtà le clausole generali, da un punto di vista metodologico, non posseggono una struttura propria. Esse non rendono necessario alcun particolare procedimento logico accanto a quelli richiesti dai concetti indeterminati, normativi e discrezionali. In ogni caso le clausole generali aumentano il distacco presentato da quegli altri concetti*

---

<sup>17</sup> K.ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. di A.BARATTA e F.GIUFFRIDA RÉPACI, Milano, 1970, pag. 193: *“punto di partenza delle nostre considerazioni seguenti deve essere la metodologia della legislazione nel caso di un allentamento del vincolo dei tribunali e degli organi amministrativi alla legge. Qui incontriamo oggi diverse forme di espressione legislativa, per le quali colui che applica la legge acquista autonomia nei confronti di essa. Nell'ambito di tali forme distinguiamo: i concetti giuridici indeterminati, i concetti normativi, i concetti di discrezionalità e le clausole generali. Purtroppo la terminologia non è unitaria”*.

*nei confronti dei loro concetti correlativi, quali i concetti determinati, e così via. Questa è però una differenza di grado, non di specie. Il vero significato delle clausole generali risiede nel settore di tecnica legislativa. In virtù della loro grande generalità esse permettono di sottomettere un maggior numero di rapporti concreti di fatto ad una conseguenza giuridica in maniera esauriente, cioè priva di lacune, e suscettibile di adattamenti alle diverse circostanze. La casistica è sempre esposta al pericolo di dominare una materia giuridica soltanto in modo frammentario e provvisorio. Tale pericolo viene evitato facendo ricorso alle clausole generali”<sup>18</sup>.*

---

<sup>18</sup> K.ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, op. cit. pag. 197; L.MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv. crit. dir.priv., 1986, pag. 9 “*il concetto di clausola generale (...) deve essere accuratamente distinto da altre strutture normative, se si vuole assicurare l'utilizzabilità della categoria. Qui la riflessione deve prendere le mosse dalla precisazione di Wieacker: le clausole generali non sono tali in senso proprio, non sono cioè norme o precetti generali. Il concetto di norma generale designa una tecnica di conformazione della fattispecie legale opposta al metodo casistico. La norma generale è una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva, per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera*”; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, op. cit.: “*è necessario prima di tutto dissipare un (...) equivoco. Ci si può ben trovare di fronte ad una fattispecie analitica, e non aperta, quando il legislatore impiega formule riassuntive di una molteplicità di casi.*

A partire da questo schema la riflessione successiva si è poi sviluppata in parallelo al progressivo affermarsi di alcune nuove tendenze sia in tema di linguaggio e di teoria della interpretazione, giungendo ad approfondire la mutata valutazione del fenomeno delle clausole generali: inizialmente considerate un “male necessario”, guardato con tipico sfavore dalla cultura positivista, che in ogni modo ne tentava di circoscrivere l’estensione<sup>19</sup>.

---

*Lo fa per economia del dettato normativo, quando la casistica completa sia agevolmente ritrovabile altrove e sia soggetta a forme periodiche di aggiornamento; per lasciare spazio ad una limitata discrezionalità tecnica; per operare un riferimento a massime di esperienza, variabili sì, ma sottratte ad un autonomo apprezzamento giudiziario. La fattispecie aperta, invece, ricorre quando si opera un esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma secondo parametri desunti da modelli di comportamento o valutazioni sociali presenti nell’ambiente nel quale la decisione è destinata a produrre effetti. Qui non è tanto l’indeterminatezza del concetto ad assumere rilevanza: è la sospensione del giudizio da parte del legislatore, la sua remissione ad una competenza diversa”;*

<sup>19</sup> J.W.HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklausel*, Tübingen, 1933 dove le clausole generali sono definite “un pericolo per il diritto e lo Stato”; ancora S. RODOTÀ, *Commento all’art. 42, in Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1982, 73, rileva che il “disagio tipico dei giuristi di tradizione positivista e codicistica di fronte alle clausole generali, disagio che solitamente sfociava nella considerazione di quest’ultime come mere formule riassuntive di enunciazioni e prescrizioni già rinvenibili in altri luoghi dell’ordinamento legislativo; e, dall’altra, dal timore di rimanere impigliati in formule come quella

Successivamente, le clausole generali divengono, nella considerazione dei giuristi, non solo un elemento strutturale degli ordinamenti, ma anche un imprescindibile strumento di politica del diritto i cui vantaggi supererebbero tutte le difficoltà applicative<sup>20</sup>.

---

*di 'funzione sociale', che l'esperienza aveva dimostrato disponibili per le più diverse operazioni interpretative".*

Si ricordi A.GUARNERI, *Le clausole generali*, in AA. VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Utet, Torino, 1999, pag. 149, il quale osserva come *"i modi sicuri utilizzati per l'azzeramento delle clausole generali sono due e procedono in senso opposto: uno consiste nel ripetere che la clausola generale è violata sempre solo quando si viola una regola puntuale contenuta nel codice civile; il che equivale a dire che tutto ciò che si dice intorno a quella generale è un doppione di quanto già si dice di altre regole. L'altro metodo per azzerare la clausola generale consiste nel prendere un caso ben regolato da una norma positiva scritta e arrivare a una decisione, applicando la regola scritta, ma dietro il paravento fittizio e sovrabbondante della clausola generale"*;

<sup>20</sup> Il fenomeno delle clausole generali assunse dimensioni quantitativamente e qualitativamente ingenti, tanto che questa fuga verso le Generalklauseln sarà additata da J.W.HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, op. cit., come *"il problema forse più importante che si pone ai giuristi del secolo XX"*, mentre C.SCHMITT, *Principii politici del Nazionalsocialismo*, Firenze, 1935, 227 ss., osservava come *"la finzione del svincolamento normativistico del giudice a una legge è diventata oggi teoricamente e praticamente insostenibile per molte sfere essenziali della vita giuridica pratica. La legge non può più affatto trovare la calcolabilità e sicurezza che per la concezione costituzionale appartengono alla definizione della legge stessa. (...) la riprova di questa condizione sarebbe stata proprio*

Sostenere la sostanziale costanza delle caratteristiche strutturali delle clausole generali con i principi valvola, operanti in ambito costituzionale, non significa affermare una equivalenza delle relative norme anche sul piano delle modalità di funzionamento, ma solo porre l'accento sul fatto che le particolarità dei principi valvola non dipendono tanto dalla diversa formulazione delle relative disposizioni, bensì soprattutto dalle differenti caratteristiche complessive del diritto in cui si inseriscono: tale particolarità risulta dall'analisi della diretta applicabilità delle clausole generali ai rapporti interprivati,

---

*l'incontrollato diffondersi in ogni ambito giuridico di Generalklauseln (clausole generali) e unbestimmte Rechtsbegriffe (concetti giuridici indeterminati), come 'fedeltà e fede', 'buon costume', 'motivo importante', 'durezza ingiusta', 'particolare necessità', 'svantaggio proporzionato': tali clausole generali sono diventate da gran tempo inevitabili e indispensabili, e determinano interamente il quadro generale della nostra amministrazione della giustizia tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico. (...) oggi ci sono ormai solo concetti giuridici indeterminati"; Secondo S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, op. cit., pag. 264, "movendo dal giusto rilievo che, all'origine almeno, l'accento posto sulle clausole generali era servito a rompere il rigido schema positivista, si è concluso che oggi, mutato il clima culturale, le clausole generali non pongono in sede di interpretazione problemi diversi da quelli posti da qualsiasi altra norma: che è considerazione in generale corretta, ma che non può occultare il dato strutturale rappresentato appunto dal diverso modo di costruzione della fattispecie. E, se può certo dirsi che l'indeterminatezza è connotato comune alla generalità dei concetti giuridici, è pure vero che possono ritrovarsi diverse "specie di indeterminatezza", che caratterizzano poi la funzione esplicata da ciascuna categoria di concetti".*

indiscutibile per il livello ordinario, di difficile applicazione, invece, nell'ambito costituzionale.

Dunque, a tal punto subentra il problema del rapporto tra le clausole generali e la Costituzione che si concretizzerebbe nella loro efficace distinzione all'interno di quell'ampio e variegato insieme di norme, contenenti non solo concetti giuridici indeterminati, ma anche concetti facenti a vario titolo rinvio a parametri meta-giuridici, o comunque non giuridici nel senso classico del termine, e fra questi soprattutto dai c.d. principi fondamentali.

L'esigenza di distinguere non porta alla negazione della strutturale indeterminatezza delle stesse clausole generali ma piuttosto a sottolineare come la loro indeterminatezza sia di un tipo affatto particolare: all'interno delle norme costituzionali contenenti concetti indeterminati, quelle in cui sono inserite le clausole generali svolgono una funzione di incremento della dinamicità dell'ordinamento nella dimensione temporale che non solo non è comune a tutti i concetti giuridici indeterminati ma è opposta a quella dei principi fondamentali, i quali costituirebbero altresì un limite alle possibilità espansive delle clausole generali<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> S.RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, op. cit., 260 ss.: “*principi, direttive, standards, norme generali, ma non queste soltanto. Ma qual è la ragion d'essere, e il criterio distintivo, di tutte queste nozioni? Difficoltà particolari non dovrebbero sorgere quando si parla di principi, se con tale termine ci si riferisce alle indicazioni riguardanti i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte. In questo senso, le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi. Se, ad esempio, si riconosce nel nostro sistema la presenza di principi come quelli di solidarietà e di eguaglianza, la*

Dunque alla diversa tipologia di indeterminatezza delle disposizioni costituzionali corrisponderebbe un differente tipo di elasticità della Carta: da una parte quella delle norme contenenti concetti giuridici indeterminati e quella dei principi, il cui contenuto, pur non essendo del tutto predeterminato dalla disposizione costituzionale manterrebbe un nucleo concettuale fisso e costante nel tempo, che l'interprete sarebbe chiamato a completare con la creazione della norma da applicare al caso concreto, elaborando una soluzione variabile rispetto alla circostanza; dall'altra quella delle clausole generali, che se è vero che a loro volta potrebbero produrre una soluzione mutevole a seconda della circostanza, dovrebbero tale caratteristica al fatto che il loro contenuto sarebbe variabile rispetto al tempo, coincidendo col contenuto di valutazioni sociali.

L'ordine pubblico ha una consistenza valoriale ma lo si deve inserire nelle clausole principi generali, poiché, considerata la loro particolare natura, sono inesprese o implicite proprio per l'eccedenza di contenuto deontologico a differenza delle altre norme giuridiche. L'ordine pubblico appartiene, così, alle clausole principi generali dove il contenuto vive una fusione totale con la costituzione, non intendendo questa come il mero documento formale ma come l'ordinamento giuridico nel

---

*clausola generale di buona fede può essere legittimamente concretizzata solo adeguandola alle indicazioni in essi contenute. I principi, allora, possono essere intesi anche come un limite all'andamento elastico del sistema o, meglio, come la condizione concreta della sua elasticità. Si tratta, in sostanza, di una elasticità "orientata", per la caratteristica di norma di scopo che i principi ordinariamente assumono".*



suo totale, identificandosi con l'unità ideale che ci fu all'interno dell'atto costituente per la definizione dei valori costituzionali.

La caratteristica dei concetti valvola è quella di adeguarsi alle trasformazioni sociali trasformando l'ordinamento: dinamismo questo condiviso solo in parte dalla nozione di ordine pubblico.

Infatti, il concetto di ordine pubblico, si trasforma nella storia ma conserva sempre nel suo contenuto un nucleo immutabile di principi coincidenti con quelli unificatori dell'ordinamento.

Considerare, dunque, il concetto di ordine pubblico sottoposto ad una costante evoluzione, significherebbe ammettere la possibilità di trasformare i principi unificanti dell'ordinamento: da ciò ne deriva che la variabilità del concetto non coincide con la sua assoluta indeterminatezza.

A tal riguardo varie sono state le strade battute nel tentativo di spiegare il carattere apparentemente contraddittorio della funzione dell'ordine pubblico evidente nel mantenere inalterata la vigenza dei principi fondamentali dell'ordinamento contro la variazione delle condizioni storiche e sociali.

Si sottolinea, dunque, come si sia posto l'accento sul carattere ordinante dell'ordinamento giuridico dei principi

di ordine pubblico che rimanda al nucleo forte, statico, fondante della società e dell'organizzazione giuridica<sup>22</sup>.

Analizzate le differenze tra il concetto di ordine pubblico ed i cdd concetti o principi valvola, si può affermare che l'ordine pubblico deve essere collocato fra i principi generali le cui caratteristiche sono inesprese o implicite a causa dell'eccedenza del contenuto deontologico o assiologico<sup>23</sup>.

L'ordine pubblico rientra nella categoria di principi caratterizzati da una compenetrazione totale con la costituzione intesa come ordinamento giuridico nel suo complesso che si identifica, non nel documento formale, ma nell'unità ideale trovata nell'atto costituente: riassumendo i valori fondamentali, l'ordine pubblico è l'ordine costituzionale<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> G.B.FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970, pag. 32 ss; L.LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, Esi, 1993, pag. 382 ss.;

<sup>23</sup> E.BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, cit.; F.MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in Enc. giur., vol, XIV, Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana, 1991, pag. 3, il quale contro la tesi di E.BETTI, afferma come “*la dottrina dominante più recente ammette pacificamente che i principi generali siano espressi in specifiche disposizioni sia legislative che costituzionali. Ovviamente non possono rientrare in principi generali espressi, le clausole-principi generali, quali il buon costume, la buona fede e l'ordine pubblico, la cui caratteristica è quella di essere elastici ed impliciti*”;

<sup>24</sup> F.MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., pag. 8. L'Autore analizza le clausole o principi generali a seconda del grado di compenetrazione con la costituzione e tanto è più alto il

Analizzando i concetti di valori e principi, si ricorda come il costituzionalismo contemporaneo assuma, come propri, i presupposti morali, politici e culturali del diritto dandone concretezza nelle norme positive<sup>25</sup>.

L'espressione ordine pubblico, in vero, è presente nel codice civile italiano del 1865, all'articolo 12 delle disposizioni delle preleggi ed all'articolo 1122, sul tracciato dell'esperienza francese, e nella legge di pubblica sicurezza del 1865, legge 2248 del 20 marzo.

Il concetto viene utilizzato dalla dottrina penalistica dell'illuminismo, quando si volevano separare i reati lesivi

---

grado di compenetrazione tanto più stretto sarà il rapporto tra clausola e principi costituzionali fino alla completa coincidenza;

<sup>25</sup> Emblematica appare ricordare la sentenza storica del tribunale tedesco del 15 gennaio 1958, sentenza Luth, con la quale si afferma la positivizzazione nella legge fondamentale tedesca di un *ordine valutativo oggettivo*, richiamando il concetto di ordine pubblico. *“L’influenza dei parametri di valore dei diritti fondamentali si fa valere specialmente per quelle disposizioni del diritto privato che contengono diritto inderogabile, e quindi rappresentano una parte dell’ordine pubblico, in senso lato, cioè dei principi che, per ragioni di interesse generale, devono essere vincolanti anche per la conformazione dei rapporti giuridici tra i singoli e perciò sono sottratti alla signoria della volontà dei privati. Tali disposizioni presentano, conformemente al loro scopo, una stretta parentela con il diritto pubblico, a cui si uniscono, in maniera complementare. Ciò le espone, in via peculiare, all’influenza del diritto costituzionale”*. Per la posizione contraria a quella del tribunale E.W. BOCKENFORDE in P.P. PORTINARO, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, il Mulino, 1997, pag. 390 ss..

di beni privati da quelli che toccavano immediatamente l'interesse pubblico: in tale ambito si distinguevano i reati lesivi della sicurezza e della tranquillità pubblica.

Nel codice penale del 1889, l'ordine pubblico fu inserito esplicitamente nel dettato normativo sostituendo la nozione di pubblica tranquillità: nel codice penale, nell'ambito dei reati contro l'ordine pubblico, vennero inseriti fattispecie di pericolo anticipando, così il momento repressivo ed avvicinando la legislazione penale a quella di polizia<sup>26</sup>.

Naturalmente, inizia, così, l'allargamento del concetto: infatti si inserirono nell'ambito dei reati contro la pubblica sicurezza anche fattispecie che colpivano solo indirettamente i beni della tranquillità tramite il pericolo della ripetizione del fatto criminoso.

In Italia la plasmabilità del concetto ha trovato particolari applicazioni specialmente durante il periodo fascista, dove veniva utilizzata come giustificatrice di poteri impliciti, al limite ed al di fuori del principio stesso della legalità.

Dagli anni '30, l'ordine pubblico, nella sua accezione ideale, è coinciso con i valori affermati dal nuovo assetto politico dello stato totalitario: a tal proposito importante è ricordare la trasformazione del codice penale del 1930 che conteneva, nel titolo dei delitti contro la personalità dello Stato, molte fattispecie di reati contro l'ordine pubblico.

Nel discorso tenuto dal Guardasigilli Dino Grandi del 31 gennaio 1940, si indicava l'opportunità di portare all'approvazione del Gran Consiglio i principi generali

---

<sup>26</sup> G.FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, I, Milano, 1855, pag. 727.

dell'ordinamento fascista, letto come segno dell' *"esigenza dell'autorità dello Stato, che si esprime in un nuovo e più ampio concetto di ordine pubblico"*.

Si tentava, quindi, di dare positivizzazione, anche formale, al nuovo ordine pubblico dell'ordinamento fascista: si ricordi a tal proposito lo storico convegno a Pisa del 1940, dove la discussione verteva fundamentalmente sulla necessità di costituzionalizzare i principi dell'ordinamento fascista e così anche al nuovo ordine pubblico fascista<sup>27</sup>.

L'ampiezza del concetto durante la dittatura fascista, legittimava un *"congegno di eterointegrazione delle lacune dell'ordinamento inconciliabile sia con la proposta positivistica di enucleazione delle norme inesprese attraverso successive generalizzazioni delle norme particolari, sia con quella giusnaturalistica del ricorso agli ideali di giustizia e di ragione desumibili dalla natura delle cose"*<sup>28</sup>.

La tutela dell'ordine giuridico così individuata, portò negli anni della dittatura fascista, ad un proliferare di interventi normativi che, in ossequio all'ordine pubblico, producevano norme limitative della libertà: il concetto è stato quindi ricondotto ad un generalizzato ed indisturbato potere di polizia.

---

<sup>27</sup> E.BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, pag. 329 ss;

<sup>28</sup> G.PANZA, *Ordine pubblico*(teoria generale), in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1990, pag. 3.

## **1.2 Ordine pubblico come concetto antidemocratico?**

Come ben visto, la variabilità della nozione di ordine pubblico ha portato la dottrina ad interrogarsi sull'estensione e sulla portata, affermando che tutti gli ordinamenti territoriali e sovrani hanno la necessità di garantire ciò che si intende per ordine pubblico, inteso, sia come ordine pubblico ideale che ordine pubblico materiale.

I due concetti di ordine pubblico sono comunque diversi tra di loro, a partire dai diversi presupposti e dai diversi fini prefissati: oggetto di studio del presente lavoro, sarà, dunque la nozione di ordine pubblico ideale o normativo, intesa come l'insieme di principi fondanti l'intero ordinamento giuridico.

Poiché la nozione di ordine pubblico è stata sottoposta a diverse interpretazioni antidemocratiche, fine ultimo di questo capitolo sarà quello di eliminare tutte le possibili letture del concetto in veste, appunto, antidemocratica.

L'esame deve partire dal periodo fascista, poiché, proprio durante gli anni del ventennio, la nozione di ordine pubblico veniva utilizzata come base per giustificare poteri impliciti al di là del limite della legalità: il concetto di ordine pubblico coincideva con tutti i valori del nuovo stato totalitario.

Infatti nel nuovo codice penale del 1930 si prevedeva un titolo per i delitti contro la personalità dello Stato che conteneva reati contro l'ordine pubblico: questa precisazione evidenzia come l'intreccio tra prevenzione e repressione per la tutela dell'ordine pubblico si sia

ampliato portando il cd controllo sociale e di repressione ideologica.

Con il codice penale del 1930, si rafforza la tendenza, già affermata nel codice del 1889, ad estendere la tutela preventiva, tramite l'introduzione di reati di apologia ed istigazione a delinquere che esulavano dal riferimento ad eventi concreti di pericolo e tramite l'applicazione delle norme di tutela dell'ordine pubblico per comportamenti di rilevanza politica.

L'espansione del concetto in senso nettamente antidemocratico, era funzionale alla lettura fascista dell'ordine pubblico come valore ideale ed autonomo.

Questa lettura dell'ordine pubblico è stata trasferita nei lavori preparatori del codice civile del 1942 ed ha trovato indicazione anche nell'articolo 12 disp. prel., allorquando si fa riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, coincidendo con il concetto di stato come organizzazione politica della società nazionale e interprete della coscienza sociale: questo risultava in linea con la volontà di positivizzare e definire al meglio il nuovo assetto dell'ordine pubblico dell'ordinamento fascista.

La necessità di tutelare l'ordine fascista così creato, portava ad un susseguirsi di interventi normativi giustificati a seguito del richiamo all'ordine pubblico anche se lesivi della libertà.

Nella normativa precostituzionale, l'ordine pubblico è individuato, da una parte come limite all'esercizio del potere di produzione giuridica, diventando l'*extrema ratio* in condizioni non vietate da puntuali norme imperative ma comunque lesive del complesso di valori, dall'altra come

limite all'attività materiale che costituisce esercizio di una libertà fondamentale.

Quest'ultima accezione è tipica del diritto penale e del diritto di polizia: si ricordi come il T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, includa, fra le disposizioni relative all'ordine pubblico ed alla incolumità pubblica, quelle relative a riunioni pubbliche ed a assembramenti in luogo pubblico, attribuendo all'autorità di pubblica sicurezza la vigilanza per il mantenimento dell'ordine pubblico.

Dunque le libertà fondamentali convivono con il limite dell'ordine pubblico, inteso come bene collettivo legittimazione del potere di polizia.

Partendo dalla constatazione dell'equivocità del concetto e della legislazione che lo contiene, si è affermato che *“per ordine pubblico nel campo della polizia e di cui questa deve assicurare il mantenimento, si deve intendere quello stato generale di società, in cui il tutto sociale ed i suoi singoli membri, nell'esplicitamento delle loro forze riconosciute e protette dal diritto, sono garantiti da ogni lesione o minaccia di lesione, che la legge consente di colpire come delitto o come contravvenzione”*<sup>29</sup>.

Quanto sopra porta a due tipi di riflessioni: la prima si concretizza nell'osservazione che in ogni caso di delitto o pericolo di reato, la polizia deve intervenire, la seconda è rinchiusa nella definizione di ordine pubblico suscitata da questo stato di cose, vale a dire che l'ordine pubblico di cui parlano le leggi è solo parte dell'ordine pubblico di polizia, come oggetto della sua azione di garanzia.

---

<sup>29</sup> O.RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in Tratt. di dir. amm., diretto da Orlando, IV, Milano, 1904, pag. 435.



Relativamente al concetto di ordine pubblico si può parlare di complementarità del diritto di polizia e del diritto penale: in entrambi i casi è essenziale la prevenzione che può essere anche considerata nei delitti contro l'ordine pubblico.

A tal proposito si ripercorrono le parole della relazione al codice penale Zanardelli del 1889, dove si sosteneva che “ *il progetto di codice penale considera come reato contro l'ordine pubblico ogni fatto, che, per la varietà delle offese o per la diffusione di cui è suscettivo, attacca il buon assetto o perturba il regolare andamento del vivere civile, ancorché non sia stata recata una lesione immediata a verun diritto privato o pubblico* ”<sup>30</sup>.

Così presentato l'aspetto dell'ordine pubblico di polizia, si può comprendere perché in assemblea costituente si guardò con sospetto all'espressione stessa “ordine pubblico”.

In vero, vari sono stati i tentativi, mai concretizzati, di inserire la dicitura “ordine pubblico” negli articoli delle libertà fondamentali<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Relaz. Prog. CXIII, in *Codice penale italiano* a cura della *Rivista penale* diretta da Lucchini, Torino, 1904, pag. 165;

<sup>31</sup> Si veda il progetto dell'art. 14 (poi art. 19) che riconosce a tutti “*il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di principi o di riti contrari all'ordine pubblico e al buon costume*”. Così il testo veniva approvato nella seduta del 12 aprile 1947 per poi essere emendato con la soppressione dei riferimenti ai “principi” ed all’“ordine pubblico”, formula, questa, ritenuta pericolosa e ricca di tentazioni per chi ha il potere e può servirsene per i suoi scopi particolari. Ancora, per il diritto di riunione, simile

La mancanza dell'espressione "ordine pubblico" all'interno della carta costituzionale, è affrontato e risolto considerando come l'ordine pubblico stesso venga scomposto nei suoi elementi fondamentali, quali ad esempio l'incolumità, la sicurezza od il buon costume, che diventano limiti delle singole libertà, cancellando la concezione del diritto fascista che leggeva l'ordine pubblico come limite immanente ad ogni libertà civile e, conseguentemente, riducendo il potere di polizia a fronte delle riserve di legge e di giurisdizione.

L'ordine pubblico, così perde la sua valenza ideale ed il suo essere la tavola di principi e di valori tipici dell'ordinamento e si opta per la sua accezione materiale<sup>32</sup>.

La Corte Costituzionale, sin dal suo primo pronunciarsi sulla problematica<sup>33</sup> si è ben distanziata dall'assemblea

---

fu la vicenda. Nella Relazione all'assemblea costituente, la sottocommissione per i problemi costituzionali considera opportuno che *"sia assicurato il diritto di riunione senza preavviso in luogo privato e con preavviso alle autorità in luogo pubblico, con facoltà di divieto solo per comprovate ragioni di ordine pubblico e con la sanzione della responsabilità per i funzionari che neghino il diritto per ragioni sostanzialmente inesistenti"*. Successivamente si modifica l'espressione *"comprovate ragioni di ordine pubblico"* in *"comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica"*. V.FALZONE, F.PALERMO, F.COSENTINO, *La costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 1991, pag. 78 ss.;

<sup>32</sup> M.HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Virey, 1933, pag 549; L.PALADIN, *Ordine pubblico*, in NN.D.I., cit., pag 13 ss.;

<sup>33</sup> L'evoluzione della Consulta porta all'affermazione finale che l'ordine pubblico è un bene costituzionale da tutelare tramite la creazione dei limiti. Nella sentenza nr. 1 del 1956, non si affronta direttamente il concetto dell'ordine pubblico ma si introducono elementi ripresi dalla giurisprudenza circa i limiti delle libertà

---

costituzionali, quali l'ordine pubblico. In questa sede si definiva che l'incostituzionalità di una legge può derivare dalla non osservazione di norme programmatiche e si introducevano, per quanto concerne le libertà, due distinti limiti: quello legislativo opposto alla garanzia della libertà e quello legislativo opposto all'esercizio della libertà. Nella sentenza nr. 2 del 1956, la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 157, comma 3, t.u.l.p.s., fondandosi sulla costituzionalità dell'interpretazione che riporta ai motivi di sanità e di sicurezza, quelli di ordine, sicurezza pubblica e pubblica moralità. Si elabora, in questa sede la prima nozione di ordine pubblico in chiave materiale. La sentenza nr. 19 del 1962, relativa all'estensione del limite dell'ordine pubblico alla libertà di manifestazione di pensiero, è una sentenza emblematica in quanto la Corte innova il concetto di ordine pubblico, allargandone la portata anche al significato ideale ed affermandone la natura di limite nell'ordinamento democratico. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 656 c.p., la Corte allarga la nozione di ordine pubblico evidenziandone anche la portata ideale o normativa e ne afferma la legittimità come limite alla luce dei principi democratici. La Corte intende l'ordine pubblico come l'ordine legale su cui poggia la convivenza sociale che, diviene, dunque bene collettivo: *“l'esigenza dell'ordine pubblico, per quanto altrimenti ispirata rispetto agli ordinamenti autoritari, non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi. In particolare, al regime democratico e legalitario, consacrato dalla Costituzione vigente, e basato sull'appartenenza della sovranità al popolo, sull'uguaglianza dei cittadini e sull'impero della legge, è connaturale un sistema giuridico, in cui gli obiettivi consentiti ai consociati e alle formazioni sociali non possono essere realizzati se non con gli strumenti e attraverso i procedimenti previsti dalla legge. Tale sistema rappresenta l'ordine istituzionale del regime vigente; e appunto in esso va identificato l'ordine pubblico del regime stesso”*. C.Cost., n. 19 del 16 marzo 1962, GiC, 1962, pag. 190 nota di C.ESPOSTO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, pag. 193. La Corte dunque afferma che, per quanto riguarda la legittimità costituzionale dell'art. 656 c.p., il

---

limite sia proprio quello di prevenire o far cessare turbamenti all'ordine pubblico. Ciò porta a sostenere come si sia tracciato un concetto di ordine pubblico normativo coincidente con l'ordine pubblico costituzionale e quindi basato su tutti i principi costituzionali. Si nota l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che è partita dalla derivazione dei limiti di ordine pubblico dall'estensione di limiti previsti da leggi precedenti la Costituzione, fino ad arrivare alla conclamazione dell'ordine pubblico come bene costituzionale, da tutelare attraverso l'imposizione di limiti. A. CERRI, *Ordine pubblico (dir. Costituzionale)*, in Enc. Giur., vol. XII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990, pag. 8. Le sentenze successive continueranno nel solco tracciato dalla sentenza del 1962, legittimando la tutela dell'ordine pubblico su garanzie di beni costituzionali: in particolare, nelle sentenze nr. 199 del 1972 e nr. 210 del 1976, si afferma che tutelando l'ordine pubblico si tutela l'ordine democratico, nella sentenza nr. 84 del 1969, la tutela dell'ordine pubblico diventa funzionale alla tutela il diritto al lavoro, l'organizzazione sindacale e l'iniziativa economica, nelle sentenze nr. 16 del 1973 e nr. 71 del 1978, la garanzia dell'ordine pubblico coincide con il dovere di difesa nazionale, mentre nella sentenza nr. 126 del 1985, tutelando l'ordine pubblico si tutela la pubblica economia. A. CERRI, *Ordine pubblico (dir. Costituzionale)*, op. cit.. l'Autore indica le sentenze, sottolineando come la Corte consideri il limite dell'ordine pubblico come esterno e fondato su distinti valori costituzionali oppure fondato su principi di democrazia e di ordinato governo delle maggioranze. La Corte non riesce a distinguere la nozione di ordine pubblico ideale ed ordine pubblico materiale che spesso si sovrappongono. I due concetti nella giurisprudenza della Corte riescono, quello ideale, a creare un valore costituzionale da salvaguardare, mentre quello materiale rileva nelle singole fattispecie. Così si riprende la sentenza nr. 168/71, dove la Corte richiama esempi che identificano l'ordine pubblico come materiale, anche se successivamente si afferma come l'ordine pubblico sia da intendere come ordine costituzionale e quindi tutelando l'ordine pubblico si andrebbe a tutelare il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo. Così operando la Corte ha ampliato gli aspetti di ambiguità ed ha consentito

---

l'ulteriore confusione tra i limiti della tutela penale e alla disciplina costituzionale: in materia penale la tutela dell'ordine pubblico costituzionale consente di introdurre nell'ordinamento disposizioni legislative apparse in contraddizione al regime costituzionale. C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in Enc. Dir., vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980. Aumentando gli aspetti di ambiguità e garantendo la rinascita di disposizioni precedenti, la giurisprudenza della Corte ha trovato pochi sostenitori nella dottrina che ha continuato a negare la possibilità di ritrovare il concetto di ordine pubblico ideale nella costituzione. Per continuare nell'ottica di un ordine pubblico costituzionalmente orientato come "*sistema di valori e di principi inderogabili che informano storicamente l'ordinamento generale della comunità statale*", si deve dunque evitare che diventi un limite ulteriore rispetto alle libertà costituzionali, che si presterebbe ad una estensione dei poteri di polizia. V. CRISAFULLI, *La scuola nella costituzione*, in Studi in onore di G.M. De Francesco, Milano, Giuffrè, 1957, pag. 276 ss.. Partendo da quanto detto, appare opportuno delimitare il ruolo che l'ordine pubblico ideale ha di fatto nel diritto costituzionale, tramite l'estensione del ruolo privatistico dell'ordine pubblico ideale. livello privato, il limite dell'ordine pubblico tende ad impedire ad atti privati, contrari a valori e principi sui quali si fonda l'ordinamento, il riconoscimento nel sistema normativo. Ciò è sintomatico del fatto che il limite dell'ordine pubblico nel sistema privatistico tocca la fase della produzione, identificandosi come ordine pubblico ideale, mentre nel diritto costituzionale il limite dell'ordine pubblico tocca la fase dell'esercizio delle libertà, identificandosi con il concetto di ordine pubblico materiale. Dunque l'estensione dell'ordine pubblico ideale tipica della fase privatistica al diritto costituzionale, si basa sulla considerazione che il limite dell'ordine pubblico ideale sarebbe stato esplicitamente indicato, giungendo alla considerazione che dal cd. ordine pubblico costituzionale non è possibile far discendere altri limiti oltre quelli già previsti dalla Costituzione relativamente ai singoli diritti. In tutti gli ambiti del diritto, comunque, l'ordine pubblico tutela l'integrità dell'ordinamento giuridico attraverso l'analisi degli atti e delle disposizioni, che, dunque, devono essere conformi all'ordinamento: l'ordine pubblico protegge l'ordinamento.

costituente riprendendo e rivalutando il concetto di ordine pubblico come bene inerente all'intero assetto costituzionale, il cui mantenimento è una finalità stessa del sistema: è un bene collettivo come l'ordine legale su cui poggia la convivenza sociale.

Così la Corte Costituzionale, offre un passaggio in più, considerando i limiti delle libertà come ricondotti all'unitaria nozione di ordine pubblico, ritiene l'ordine pubblico stesso come limite per tutte le libertà<sup>34</sup>.

Importante è leggere la posizione della Corte Costituzionale come aperta a tematiche appena sfiorate dalla Costituzione.

Infatti, la Corte considera la questione dei modi e mezzi dell'esercizio dei diritti di libertà, questione, questa, strettamente correlata all'ordine pubblico. La disciplina delle modalità di esercizio del diritto non è lesione del

---

Corrispondente a quanto appena affermato, anche l'ordine pubblico costituzionale diviene limite non per l'esercizio delle libertà fondamentali ma rispetto alle fonti giuridiche diverse dalla costituzione stessa;

<sup>34</sup>Si considera il caso della libertà di manifestazione del pensiero, sottoposta, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 197/62, al limite dell'ordine pubblico tramite il rigetto dell'eccezione di incostituzionalità per contrasto con l'art. 21 Cost. della disposizione dell'art. 656 c.p. che punisce la pubblicazione e la diffusione di notizie, false esagerate e tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico. La Corte Costituzionale, in tale sede, accentua il rilievo dell'ordine pubblico con un'interpretazione restrittiva della nozione di manifestazione di pensiero che non accetta forma di comunicazione che si esplicano in azione. C.Cost., n. 197/1962, GiC, 1962, con nota di P.BARILE, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*.

diritto stesso e non è vietata, sempre valutando la tutela della natura del diritto ed il suo possibile esercizio<sup>35</sup>.

Il discorso sui modi di esercizio delle libertà riguarda il contestuale esercizio della stessa libertà da parte di più persone che ben potrebbero ledere l'esercizio stesso del diritto<sup>36</sup>.

In questo punto, l'ordine pubblico diviene "*ordine legale sul quale poggia tutta la convivenza, ordine regolativo della coesistenza di più esercenti il diritto o come situazione in cui più persone esercitino contemporaneamente il diritto*"<sup>37</sup>.

Altro punto innovativo affrontato dalla Corte è quello circa il conflitto tra una libertà civile e l'interesse pubblico contrapposto tramite i cd limiti naturali del diritto o tramite

---

<sup>35</sup> C.Cost., n. 1 del 14 giugno 1956, *GiC*, 1956, I; C.Cost., n. 121 del 8 luglio 1957, *ivi*, 1957, pag. 1092; C.Cost. n. 138, del 9 maggio 1985, *ivi*, 1987, pag. 986, con nota di A.CERRI, *Diritto di non ascoltare l'altrui propaganda*, *ivi*, pag. 1987 ss.;

<sup>36</sup> L'ordine pubblico viene in rilievo con riferimento alla norma ex art. 7 cpv. l. n. 130/75, in tema di propaganda elettorale, secondo la quale, nei 30 gg. precedenti le elezioni, permette di utilizzare altoparlanti su mezzi mobili solo per il preannuncio dell'ora e del luogo dei comizi e delle riunioni di propaganda elettorale. Così, il divieto di svolgere direttamente la propaganda elettorale con tali mezzi esalta la libertà di espressione poiché non impedisce ai cittadini di fruire del messaggio propagandistico ma permette che lo stesso giunga a tutti nel modo più tranquillo possibile. C.Cost. n. 138 del 9 maggio 1985, *GiC*, 1987, pag. 986;

<sup>37</sup> G.CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto*, 1995, pag. 437 ss..

un delicato gioco interpretativo che esclude dalla nozione libertà alcune espressioni particolari<sup>38</sup>.

Continuando nella sua evoluzione, la Corte Costituzionale, ha elaborato il criterio di bilanciamento tra le libertà ed i valori inerenti l'ordine pubblico.

Il bilanciamento si basa sul presupposto dell'inesistenza di gerarchia costituzionale di valori o principi, al fine di non sopportare la sottomissione di valori considerati sotto ordinati.

La tecnica del bilanciamento deve valutare le situazioni attraverso un giudizio che investe l'adeguatezza della norma restrittiva della libertà rispetto all'interesse che si vuole tutelare<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Il limite dell'ordine pubblico risulta inerente alla libertà di manifestazione del pensiero. L'ordine pubblico si manifesta con la punizione di chi pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose mentre le grida o le manifestazioni sediziose, esulano dall'ambito della manifestazione del pensiero alla stregua di tutte le altre situazioni in cui ci sia un'azione;

<sup>39</sup> C.Cost., n. 65 del 4 maggio 1970, in GiC, 1970, pag. 955 ss., con nota a cura di C.A.JEMOLO, *Lo Stato può difendersi*; G.BOGNETTI, *Apologia delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p. ult. co.*, RIDPP, 1971, pag. 43 ss.; C.Cost. n. 16 del 27 febbraio 1973, GiC, 1973, pag. 87, nota di G.LOMBARDI, *Lo Stato può difendersi, ma..non deve esagerare*, in RIDPP, 1973, pag. 670, nota di A.PIZZORUSSO, *in tema di istigazione di militari a disobbedire alle leggi*, FI, 1973, I, pag. 965. In particolare, la Corte negando all'apologia la natura di manifestazione del pensiero, considera che la libertà ex art. 21 della Costituzione, trova il limite non solo nel buon costume ma anche nella prevenzione e cessazione di situazioni atte a turbare la sicurezza pubblica. La Corte risolve il problema dell'inutilità di invocazione di interessi che giustifichino la limitazione di forme di



Punto focale dell'apporto della Corte Costituzionale, è l'aver sentito il bisogno di qualificare l'ordine pubblico in senso democratico specificandone la portata in un ordinamento costituzionale.

Sin dalle sue prime pronunce, la Corte indicando la natura dell'ordine pubblico come limite implicito ad ogni libertà, lo considera come corrispondente ad esigenze degli ordinamenti democratici.

In vero, la Corte considera come in ogni sistema democratico, ci sia il bisogno di un sistema giuridico basato sulle leggi e non sulle forme di coazione o di violenza: in questo si identifica l'ordine pubblico.

La lettura democratica dell'ordine pubblico necessariamente interpreta, in maniera restrittiva, le norme incriminatrici elaborate in diverso clima politico: è il caso di ricordare come l'apologia del delitto, ad esempio, non possa essere identificata con la propaganda, lecita manifestazione del pensiero<sup>40</sup>.

Momento importante per comprendere la portata della lettura democratica del concetto ordine pubblico, è quello in cui la Corte giunge alla dichiarazione di incostituzionalità dell'incriminazione del reclamo

---

comunicazioni che non sono considerate manifestazione del pensiero, con il bilanciamento tra i limiti stessi ed il valore sotteso all'attività;

<sup>40</sup> Nel caso ricordato, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 65/79, risolve il problema con un'interpretazione di rigetto, mentre in altri casi la sentenza modifica e corregge il precetto, come succede nella sentenza n. 16/73 dove non si precisa che l'istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. C.Cost., n. 188 del 8 luglio 1975, GiC, 1975, I, pag. 1508; C.Cost., n. 16 del 27 febbraio 1973, cit..

collettivo introdotta dal c.p.p.m.<sup>41</sup>, attraverso una ricostruzione della volontà del legislatore fascista.

L'incriminazione del reclamo collettivo si basava sulla lettura autoritaria dell'intero ordinamento che considerava la protesta collettiva fenomeno contagioso e pericoloso.

La Corte sottolinea come ogni incriminazione sia legata al particolare momento storico in cui ha avuto origine e, nel caso specifico, sottolinea come l'introduzione della

---

<sup>41</sup> Il delitto si inserisce in tutti quei tentativi di limitazione della libertà di manifestazione di pensiero. La Corte Costituzionale in merito alla denunciata limitazione della libertà suddetta ha valutato la norma in merito alla loro riconducibilità al limite costitutivo della necessità di preservare l'ordine pubblico da turbative violente. Il delitto di reclamo collettivo è inserito nel codice militare di pace al Titolo III del Libro II fra i reati contro la disciplina militare ed in particolare sotto il capo II fra quelli di sedizione. La caratteristica della sedizione è ribellione e quindi promozione di violenza contro ordinamenti o istituzioni militari. Dunque per la configurazione del limite suindicato è indispensabile che ci sia un incitamento all'azione di violenza contro l'ordine legalmente costituito. La giurisprudenza del Tribunale Supremo Militare ha fondato un indirizzo interpretativo nel senso di enucleare dalla fattispecie del reclamo collettivo, per ricondurle nella fattispecie di sedizione in senso stretto, le manifestazioni di dissenso caratterizzate dall'ostilità e dalla ribellione agli ordinamenti militari. L'incriminazione di reclamo collettivo come grave mancanza contro la subordinazione, costituì un necessario incremento di tutela dei valori della disciplina considerando che ogni collettiva protesta è un pericolo per la milizia. Traspare, dunque, l'autoritarismo della politica militare sottesa caratterizzato dall'esigenza di conferire rigore alla disciplina assicurandone l'osservanza tramite la penalizzazione di condotte di pericolo presunto.

disciplina militare sia sintomatica della penalizzazione di situazioni di pericolo presunto<sup>42</sup>.

Il concetto di ordine pubblico viene così interpretato alla luce della democrazia del sistema.

In particolare, si fa riferimento al concetto di democrazia così come esposto nella Carta costituzionale: per il diritto di associazione in partiti, l'unico limite è il metodo democratico che diviene così regola dei rapporti interpersonali e non contenuto ideale per il singolo partito; stessa considerazione vale per tutte le altre forme di associazioni che trovano il loro limite nel divieto di perseguire fini vietati dalla legge, potendo avere struttura non democratica o potendo praticare idee non democratiche; il divieto della ricostruzione del disciolto partito fascista conferma che non si elimina un'ideologia ma si elimina solo l'organizzazione sul presupposto della possibile ricostruzione del partito.

Tutto ciò si sposa con la disciplina insita nelle libertà civili, basate tutte sulla considerazione positiva dell'individuo e delle sue potenzialità.

---

<sup>42</sup> C.Cost., n. 126 del 2 maggio 1985, GiC, 1985, I, pag. 894. In merito alla questione diviene emblematico ricordare la ricostruzione che la Corte Costituzionale fa con riferimento alla ratio del divieto di esporre bandiere di Stati esteri senza autorizzazione. La Corte sottolinea come il legislatore fascista non avesse avuto motivazioni di ordine pubblico ma solo ragioni relative alla valutazione politica del fatto. Con la mutazione del clima politico, le bandiere rappresentano l'identità di uno Stato ma non sono più l'emblema della sovranità territoriale. La bandiera identifica un determinato Stato con i suoi precisi valori e ogni Stato democratico non può temerne il confronto, anzi vive del predetto confronto.

Queste considerazioni portano a ritenere che l'ordine pubblico non può essere letto nel diritto di polizia, come quell'insieme di valori e principi la cui intangibilità permetterebbe la repressione o l'impedimento delle manifestazioni di libertà.

Inoltre, l'ordine pubblico tende a valutare situazioni di pericolo concreto e non presunto, situazione questa che, considerata nel suo opposto, ha dato vita ad anticipazioni di punibilità e di repressione senza valutare il pericolo eventualmente provocato alla convivenza dall'esercizio della libertà.

Anche se la variabilità del concetto nel corso della storia ha dato vita ad interpretazioni antidemocratiche del concetto di ordine pubblico, si giunge a leggerlo nella più assoluta accezione democratica alla luce della nozione stesa che di democrazia dà la nostra carta costituzionale.

Le tesi che hanno letto il concetto di ordine pubblico come tendente all'antidemocraticità si sono basate sulla determinazione del rapporto autorità-libertà, come indicatore del buon funzionamento del sistema.

Nello stato democratico esiste una tensione oggettiva tra potere e diritti propria della funzione di polizia, che si concretizza proprio nella concezione di ordine pubblico che le forze di polizia devono difendere.

Per quanto riguarda il concetto ordine pubblico nelle sua accezione materiale, si fa riferimento alla funzione di polizia nello stato democratico caratterizzata dall'insieme del potere e dei diritti: tale situazione si manifesta nella

concezione di ordine pubblico tipica delle forze di polizia, situazione che le stesse sono chiamate a difendere<sup>43</sup>.

Per quanto riguarda la lettura antidemocratica della nozione ordine pubblico nella sua accezione ideale, si fa riferimento al fine stesso della nozione<sup>44</sup>.

L'ordine pubblico ideale coincide con il fine stesso dell'intero ordinamento, che inevitabilmente muta al mutare dell'ordinamento considerato: la presenza di principi da sostenere, determina l'ordine pubblico come lo strumento più idoneo per garantire la vigenza dell'ordinamento considerato.

Il mantenimento dell'ordine pubblico è essenziale per la sopravvivenza dell'ordinamento, derivando, in primis, la sua onnipresenza come limite alle situazioni giuridiche e,

---

<sup>43</sup> A tal riguardo si ricordi come il Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 85/06 ha considerato l'ordinanza prefettizia di chiusura del centro storico di Genova per motivi di sicurezza durante il G8 del 2001, conforme alla legge, affermando che: *“dalla legislazione primaria si desume un principio opposto a quello che è a fondamento de ricorso, vale a dire, che le libertà individuali, nello Stato sociale, vanno coniugate all'unisono con l'interesse della collettività e subiscono delle compressioni in talune modalità di esercizio, per renderle compatibili con le libertà pari ordinate di altri”*, in Foro amm., Consiglio di Stato, 2006, pag. 197; G.CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, il Mulino, 1979; D.DELLA PORTA, H.REITER, *Polizia e protesta. L'ordine pubblico della liberazione ai “no global”*, Bologna, il Mulino, 2003, pag. 11 ss.;

<sup>44</sup> A.LEVI, *L'ordre public comme but essentiel de tout ordre juridique*, in ID., *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. II, Padova Cedam, 1957, pag. 249 ss.; G.P.CALABRÒ, *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale*, Torino, Giappicchelli, 2003, pag. 82; A.PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, CLXV,1963, pag. 114.

successivamente, la considerazione che lo stesso possa essere formula riassuntiva dei principi politici fondanti l'ordinamento.

Detto questo, si comprende meglio la trasformazione del concetto di ordine pubblico materiale in ordine democratico, ordine fascista, in base non ad una realtà materiale ma una realtà ideale necessaria per la sopravvivenza dell'ordinamento.

Così l'ordine pubblico diventa limite alle situazioni giuridiche e formula riassuntiva di tutti i principi sui quali si basa il sistema giuridico e si apre a varie trasformazioni concettuali che non richiamano più realtà materiali ma realtà ideali.

### **1.3 Ordine pubblico nel diritto costituzionale**

Con la nascita del nuovo stato democratico, si è manifestato più volte il timore verso l'affermazione di nuovi principi costituzionali anche tramite il ricorso al concetto di ordine pubblico.

Forti dell'appena passata esperienza fascista, in Assemblea Costituente, Togliatti manifestò timori all'introduzione del limite dell'ordine pubblico nel progetto originario di quello che poi sarebbe diventato l'art. 16 della Costituzione.

Le parole di Togliatti aprirono il dibattito circa la necessità di eliminare l'espansione dell'autorità verso la libertà: si temeva, dunque che i limiti alle libertà fossero diretta espressione della crescita indisturbata dell'autorità.

Così vari furono i punti di vista in Assemblea Costituente: si ricordi la proposta di Lucifero che tendeva alla

individuazione dei limiti alla libertà di circolazione solo in caso di guerra, epidemia, pubbliche calamità.

La previsione dell'ordine pubblico, era indispensabile per Moro anche se bisognava individuarne il senso e le finalità: c'era comunque bisogno di un potere di polizia che doveva tutelare la libertà dei cittadini.

Importante il richiamo nella seduta del 25 settembre 1946, da parte del Relatore Basso, relativamente alla discussione sull'articolo della libertà di associazione, del parere dato dal Consiglio di Stato in sede di preparazione della legge di pubblica sicurezza, mai venuta alla luce, sull'art. 237 relativo al diritto di associazione.

Il Consiglio di Stato sottolineava come, per quanto riguarda l'articolo sulla libertà di associazione, la proposta di legge non contemplasse nessun riferimento alle espressioni "*oggetto illecito, contrario alle leggi o all'ordine pubblico o al buon costume*", in quanto il suddetto riferimento di natura elastica, avrebbe dato un ampio margine discrezionale all'autorità statale, ledendo il diritto stesso che si intendeva tutelare.

A parte il dibattito sulla libertà di associazione, il dibattito sull'ordine pubblico trovò vita anche circa la libertà di culto religioso.

La proposta circa l'articolo riguardante la libertà di culto religioso, prevedeva come limiti i principi ed i riti contrari all'ordine pubblico ed al buon costume.

A ciò si oppose Binni che definì la formula sopra citata come pericolosa poiché avrebbe facilitato la non tutela del diritto e l'espansione della discrezionalità del potere; sulla stessa scia ricordiamo Tito Nobile Oro che considerava il

limite dell'ordine pubblico gestibile dalle forze di polizia secondo la più indisturbata discrezionalità.

Le discussioni che animarono l'Assemblea Costituente, evidenziavano la riluttanza verso un concetto che si era ben aperto ad interpretazioni totalitarie.

Questo spiega l'assenza nella nostra costituzione, sino alla riforma costituzionale del 2001, dell'indicazione esplicita dell'ordine pubblico come materia di competenza legislativa, letto da molti come concetto a tendenza antidemocratica<sup>45</sup>.

In vero, comunque, la Costituzione italiana, ha sempre richiamato implicitamente il concetto di ordine pubblico amministrativo attraverso i concetti di incolumità pubblica, di sicurezza nazionale, di sanità.

La nostra analisi però tende ad individuare nel dettato costituzionale, anche implicitamente, richiami al limite dell'ordine pubblico ideale o normativo.

In particolare, la dottrina, ha evidenziato come solo in riferimento alle libertà economiche, la Costituzione porrebbe, esplicitamente, un limite ideale di ordine pubblico e quindi, solo per la materia economica, sarebbe individuabile il cd ordine pubblico normativo.

Nell'ordinamento italiano *“lo scopo del superamento delle diseguaglianze esistenti di fatto tra cittadini fa tuttavia sì che alcune disposizioni ponendo come fine delle libertà economiche il raggiungimento di utilità sociali, creino un settore in cui si vuole evitare non solo l'esplicazione di attività produttive di materiale disordine, ma anche il*

---

<sup>45</sup> A.LEVI, *L'ordre public comme but essentiel de tout ordre juridique*, in ID., *Scritti minori di filosofia del diritto*, op. cit..



*perseguimento, da parte di queste, di scopi differenti da quello che è l'ordine economico ideale voluto dalla Costituzione, accanto al limite d'ordine pubblico materiale che grava su quelle situazioni giuridiche costituzionalmente protette che lo consentano, si aggiunge per le attività economiche anche un limite ideale di ordine pubblico*"<sup>46</sup>.

Partendo dalla lettura delle libertà economiche, si afferma che il rispetto dell'ordine pubblico ideale è una questione che non dovrebbe relazionarsi all'esercizio delle libertà fondamentali, perché nell'esercizio delle libertà stesse trovano piena realizzazione i valori fondanti l'ordinamento costituzionale.

L'indagine circa l'esistenza del limite dell'ordine pubblico a livello ideale, ci porta a ritenere che lo stesso si manifesti in tutela dei principi generali dell'ordinamento e dell'ordine costituzionale generale.

Ricordiamo a tal proposito, l'art. 8 della Costituzione, dove al comma 2 pone come limite alla libertà di organizzazione delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, *l'ordine giuridico fondamentale*.

Nonostante si siano individuati casi in cui il richiamo all'ordine pubblico ideale è esplicito, la dottrina ha evidenziato come ci siano anche casi di richiamo implicito, come il dovere imposto a tutti i cittadini di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi.

L'equilibrio insito nell'ordine pubblico ideale, richiede correttezze nel comportamento del singolo consociato,

---

<sup>46</sup> A.PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, pag. 119, op. cit..

delle formazioni superindividuali e nel comportamento degli organi istituzionali: ciò deriva dalla matrice ideologica illuministica-contrattuale madre del sistema.

La convivenza civile diviene così il punto di armonia delle scelte individuali e superindividuali: la convivenza civile è l'ordine pubblico ideale tendente a conservare l'ordinamento costituzionale.

Detto questo è facile individuare il fondamento dell'ordine pubblico ideale nell'art. 54 della Costituzione.

Infatti l'ordine pubblico ideale come l'insieme dei principi fondanti l'ordinamento, non può che fondare la sua forza sulla orma che scandisce il dovere di fedeltà alla Repubblica ed il dovere di osservare la Costituzione e le leggi: l'art. 54 della Costituzione non è letto come norma che pone ulteriori limiti ai diritti fondamentali ma è norma riassuntiva di tutti gli obblighi presenti nell'ordinamento, sia a livello di singolo consociato sia a livello di istituzioni<sup>47</sup>.

#### **1.4 Costituzionalizzazione dell'ordine pubblico: art. 117 della Costituzione**

Il quadro presentato nei paragrafi precedenti, ha mostrato una sorta di diffidenza a considerare parte integrante del testo costituzionale, l'espressione ordine pubblico per una serie di vicende storiche ed ideologiche.

---

<sup>47</sup> A.CERRI, *Sul principio di fedeltà*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1983, pag. 751 ss; L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli 1986.

Con la riforma del titolo V, parte II, della Costituzione, le problematiche relative all'ordine pubblico trovano oggi nuovi spunti dopo la costituzionalizzazione dell'ordine pubblico stesso, inteso in senso materiale, nell'art. 117, secondo comma, della Costituzione.

Alla lettera h), nell'elencazione delle materie di competenza esclusiva dello Stato, si legge "ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa".

In vero, quanto riportato dall'articolo in commento, era già stato stabilito dalla legge Bassanini I, legge nr. 59/1997 e dal D.lgs nr. 112/98, dove si riservavano allo Stato compiti e funzioni riconducibili all'ordine pubblico ed alla sicurezza pubblica: in particolare l'art. 159 del D.lgs nr. 112/98 chiarisce che i compiti e le funzioni relativi all'ordine pubblico "concernono misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, come complesso di beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni".

Naturalmente l'aver inserito esplicitamente il richiamo all'ordine pubblico in un testo costituzionale, ha suscitato il fermento dottrinale circa la portata della nozione "ordine pubblico", giustificata dal fatto che la indeterminatezza del concetto potrebbe giustificare la creazione di norme lesive di diritti fondamentali e potrebbe consentire l'ampiezza dei poteri statali rispetto a quelli regionali anche tramite la stretta connessione che il concetto di ordine pubblico ha con i presupposti che giustificano il potere sostitutivo del Governo ai sensi dell'art. 120 della Costituzione.

In merito a tali problematiche, parte della dottrina ha considerato come nella disposizione dell'art. 117 della Costituzione, la nozione di ordine pubblico sia intesa sia in senso materiale che in senso ideale<sup>48</sup>.

Diversamente secondo la Corte Costituzionale, nella sentenza nr. 95/2005, il concetto di ordine pubblico inserito in Costituzione è diverso da quello codicistico, riprendendo, dunque, la differente nozione tra ordine pubblico amministrativo, inserito in Costituzione ed ordine pubblico ideale tipico del diritto privato.

Leggendo la norma in commento, comunque, appare palese che il richiamo all'ordine pubblico concretizzi la volontà di delimitare un ambito oggettivo dell'ordinamento riservata all'esclusiva competenza statale: non si può, in tali termini, negare l'assoluta portata materiale del concetto che non può aprirsi anche alle esigenze di protezione dell'integrità e coerenza normativa.

Individuata la portata del concetto, altro problema che sorge in merito all'art. 117 della Costituzione, relativamente alla materia "ordine pubblico e sicurezza..", è quello della competenza legislativa tra Stato e Regioni.

Le problematiche si riscontrano in quanto la materia è di portata ampia e di oggetto indefinito: parte della dottrina considera la materia in oggetto appartenente alle cd materie scopo, in contrapposizione alle materia oggetto, in quanto c'è l'individuazione della finalità generale ossia proteggere l'ordine pubblico e al sicurezza.

---

<sup>48</sup> P.BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, pag.498. In senso contrario si legga la sentenza n. 95/05 della Corte Costituzionale, in *GiC.*, 2005, pag. 920.

La portata ampia della finalità della norma è stata riconosciuta come pericolo dal legislatore che ha evidenziato la necessità di operare un'interpretazione restrittiva della clausola.

Procedendo lungo tale direttive, il legislatore ha riconosciuto un ambito territoriale nel quale la competenza è delle Regioni, appunto "...ad esclusione della polizia amministrativa", garantendo così il decentramento anche di funzioni di polizia.

La volontà di un'interpretazione restrittiva della nozione ordine pubblico da parte del legislatore è palese anche leggendo l'art. 118 della Costituzione, dove si riserva allo Stato le disciplina delle forme di coordinamento tra Stato e Regioni nelle materie b) e h) dell'art. 117 della Costituzione.

L'art. 118 della Costituzione rientra a pieno titolo nei cd meccanismi cooperativi inseriti nella Costituzione al fine di tutelare l'unità statale, anzi è una delle ipotesi di coordinamento espresso inserito nella Costituzione.

Dunque l'unità nazionale si esprime meglio attraverso strutture di coordinamento e di collaborazione in contrapposizione alle categoria gerarchiche, rispettando le norme giuridiche in attribuzione di compiti specifici ed il principio di equiordinazione nel rispetto delle diverse competenze: caratteristiche tipiche del modello comparativo di relazioni intergovernative<sup>49</sup>.

Ricordiamo, inoltre, che il dettato dell'art. 120 della Costituzione, richiamato da parte della dottrina come

---

<sup>49</sup> R.BIFULCO, *La cooperazione nello stato unitario composto*, Padova, Cedam, 1995, pag. 220.

situazione di pericolo per un'interpretazione estensiva della portata dell'ordine pubblico inserito in Costituzione, riporta la possibilità del potere sostitutivo dello Stato in casi di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza", situazioni di chiara eccezionalità.

Il pericolo che potrebbe toccare l'ordine pubblico, di certo ha carattere meno eccezionale rispetto a quanto sopra.

A sostegno di quanto inteso dal legislatore limitatamente alla volontà di un'interpretazione restrittiva della norma, la giurisprudenza della Corte Costituzionale che già si era espressa, relativamente all'art. 159 del Dlgs 112/98, verso una delimitazione della portata dell'"ordine pubblico e sicurezza", al fine di tutelare la ripartizione dei compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali evitando uno sproporzionato allargamento della competenza statale<sup>50</sup>.

Infatti con la sentenza nr. 290/01, la Corte Costituzionale, riprende in concetto di ordine pubblico evidenziato nella sentenza nr. 1013/88 della Corte Costituzionale, concetto a sua volta ripreso dal legislatore nella stesura dell'art. 159 del Dlgs 112/98: il concetto così come presentato dalla giurisprudenza costituzionale implica l'esercizio del diritto dalla forza poiché definendo le funzioni di polizia di pubblica sicurezza si sottolinea il carattere preventivo e repressivo delle stesse dirette al mantenimento dell'ordine pubblico come complesso di beni fondamentali e di interessi pubblici primari sui quali si fonda la convivenza.

La lettura restrittiva della norma è fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale, infatti nella sentenza nr. 407/02 si legge che "è sufficiente infatti constatare che il

---

<sup>50</sup> P.BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, cit., pag. 496.

contesto specifico della lettera h) del secondo comma dell'art. 117 induce, in ragione della connessione testuale con "ordine pubblico" e dell'esecuzione esplicita della "polizia amministrativa locale", nonché in base ai lavori preparatori, ad un'interpretazione restrittiva della nozione di sicurezza pubblica. Questa infatti, secondo un tradizionale indirizzo di questa Corte, è da configurare, in contrapposizione ai compiti di polizia amministrativa regionale e locale, come settore riservato allo Stato relativo alle misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico"<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Corte cost., sent. n. 290 del 2001, punto 2 cons. in diritto, in *GiC.*, 2001 pag. 2390. Così, l'interpretazione restrittiva della materia ordine pubblico è ripresa in più pronunce: sent. 407/02, punto 3.1 cons. in diritto, in *GiC.*, 2002, pag. 2946, dove la Corte afferma che *"è sufficiente infatti constatare che il contesto specifico della lettera h) del secondo comma dell'art. 117, induce, in ragione della connessione testuale con ordine pubblico e dell'esclusione esplicita della polizia amministrativa locale, nonché in base ai lavori preparatori, ad un'interpretazione restrittiva della nozione di "sicurezza pubblica". Questa infatti, secondo un tradizionale indirizzo di questa Corte, è da configurare, in contrapposizione ai compiti di polizia amministrativa regionale e locale, come settore riservato allo Stato relativo alle misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico"*; sent. n. 6 del 2004 punto 5 cons. in diritto, in *Gic.*, 2004, pag. 125, dove si afferma non *"...appare condivisibile l'opinione che i possibili effetti in termini di ordine pubblico del cattivo funzionamento del settore energetico potrebbero giustificare limiti preventivi ai poteri regionali, dal momento che, semmai, il verificarsi di situazioni di fatto di questo tipo potrebbe eventualmente legittimare l'attivazione degli speciali poteri sostitutivi del Governo sulla base di quel pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica che è presupposto espressamente contemplato dall'art. 120, secondo comma, Cost."*;

Da ciò discende che il pensiero comune è quello di un'interpretazione restrittiva anche in ossequio alla *ratio* del decentramento ormai tipico della Costituzione.

Inoltre, il dibattito sulla portata della nozione di ordine pubblico sembra essersi placato accettando l'oggettiva presenza del concetto di ordine pubblico inteso in senso materiale.

## **2. Il concetto di ordine pubblico nel diritto internazionale**

Per analizzare il concetto di ordine pubblico nel diritto internazionale, è necessario porre un distinguo tra il diritto internazionale privato e quello pubblico.

All'interno dei sistemi di diritto internazionale privato che per natura sono caratterizzati da norme in conflitto, il ricorso all'ordine pubblico come limite diviene una logica conseguenza.

---

sentenza n. 162 del 2004, punto 4.1 cons. in diritto, in *GiC.*, pag. 1713, dove si afferma che *“in primo luogo, la censura riferita alla competenza esclusiva del legislatore statale in tema di ordine pubblico e sicurezza, di cui alla lettera h) del secondo comma dell'art. 117 Cost. è infondata, dal momento che, nel vigore del nuovo articolo 117 Cost., fin dalla sentenza 407/2002 questa Corte ha riferito tale materia al solo settore riservato allo Stato relativo alle misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico”*; sentenza n. 95 del 2005, punto 5 cons. in diritto, in *GiC.*, 2005 pag. 920 *“la censura riferita alla competenza esclusiva del legislatore statale in materia di ordine pubblico e sicurezza, di cui alla lettera h) dell'art. 117 Cost., è infondata dal momento c e questa Corte ha sempre ribadito che tale materia si riferisce all'adozione delle misure relative alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico”*.



La struttura delle norme in conflitto è stata la base per la creazione del diritto internazionale privato: infatti la prospettiva del diritto internazionale privato è quella di ricercare, attraverso l'apertura ad altri ordinamenti, un sistema armonico di decisioni.

In quest'ottica, il limite dell'ordine pubblico diviene una figura di difesa, perché i singoli ordinamenti nazionali possono dialogare tra di loro senza timore di ledere la struttura forte dei valori e dei principi fondamentali.

La creazione di regole di diritto internazionale privato ha messo in evidenza la necessità di individuare l'insieme di principi di ordine pubblico che spesso è stata desunta da norme particolari dell'ordinamento statale o si è operata l'identificazione di regole di scopo, con le quali si definiva una conseguente discrezionalità nella valutazione dei modi circa la tutela dei principi fondamentali.

La non presenza di un nucleo di principi ha portato a situazioni di interdipendenze tra fatti e principi regolatori in quanto, spesso, la rilevazione dei principi base si effettuava in base al caso concreto da analizzare.

Dunque la struttura indeterminata dei principi di ordine pubblico internazionali, porta a valutare l'esistenza dei precedenti indispensabile per stabilire il fulcro degli stessi.

A livello internazionale privato l'ordine pubblico è inteso come limite negativo e successivo: negativo perché l'applicazione della legge competente non è praticabile in quanto contraria ai principi fondamentali, successivo perché, nel caso di sua applicazione, segue, appunto, al non funzionamento delle regole di diritto internazionale privato.

L'ordine pubblico internazionale, così, pone un sistema che, oltre a disapplicare norme straniere contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento, consente la creazione di metodi di ricerca di altre leggi applicabili al caso e identificabili in base al principio riconosciuto, nel caso concreto, fondamentale.

L'ultima lettura dell'ordine pubblico internazionale lo erge a limite anche positivo consistente nell'applicazione della legge interna del foro.

Dunque, si sottolinea la natura funzionale dell'ordine pubblico internazionale data l'impossibilità di predeterminarne il contenuto legato, appunto, alla funzione che l'ordine pubblico deve assolvere.

Il contenuto dell'ordine pubblico deriva dall'intero ordinamento giuridico positivo e quindi, *in primis*, dalla Costituzione, con l'identificazione dei principi supremi: si tocca con mano, così, la vocazione universalistica dell'ordine pubblico internazionale, che diventa concetto di difesa per tutelare il nucleo forte dei principi e valori dell'ordinamento e concetto di apertura verso l'accettazione di altri principi all'interno del cd. dovere di collaborazione internazionale, in nome della condivisione dei principi fondamentali tutelati sia dagli stati nazionali che da regole di collaborazione internazionale<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> La confluenza dei principi di diritto internazionale pubblico nei principi dell'ordine pubblico internazionale, viene favorita dalla giurisprudenza italiana che ha sottolineato spesso l'impossibilità di ricondurre a principi del sistema interno il concetto di ordine pubblico internazionale, giungendo a far riferimento anche a concetti ampi come quello di civiltà giuridica. Comunque la ricerca del nucleo fondamentale dei principi a cui ricondurre il concetto di ordine pubblico internazionale, ha portato la giurisprudenza italiana

Giungendo alla lettura della legge di riforma del diritto internazionale privato, la legge 218/95 all'art. 16 recita che: *“La legge non è applicata se è manifestamente contraria all'ordine pubblico. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana”*.

Si nota subito che l'articolo nella sua articolazione contempla l'ordine pubblico come limite esclusivo per la legge straniera: il contenuto del limite di ordine pubblico, nel diritto internazionale privato, deve essere costituito da principi riconducibili non solo all'ordinamento interno ma anche ai principi di vocazione universale condivisi da tutte le nazioni ed inseriti nelle dichiarazioni e convenzioni di diritto internazionale pubblico.

Successivamente alla riforma, la mancanza di criteri che identifichino i valori tutelati dal concetto di ordine pubblico ha portato il legislatore a cedere il posto al giudice che deve individuare i principi fondamentali considerando l'ordinamento giuridico nella sua interezza leggendo anche il concetto di ordine pubblico come comprensivo di valori universalmente condivisi dalla comunità degli stati.

---

a far riferimento a valori universalmente garantiti cristallizzando la tendenza dell'ordine pubblico internazionale a coincidere con i valori essenziali dei paesi che hanno condiviso lo stesso percorso giuridico. Con questo comportamento, la giurisprudenza ha ricondotto al concetto di ordine pubblico anche valori e principi che non sono ricompresi in norme positive ma che sono generalmente riconosciuti come appartenenti alla tradizione giuridica degli Stati: il concetto di ordine pubblico diviene così lo strumento migliore per garantire l'evoluzione del patrimonio comune della civiltà internazionale.

Dunque si può dire che si tralascia la tendenza alla contrapposizione tra la realtà interna e quella internazionalistica per dare vita alla creazione di un concorso tra necessità interne ed aspirazioni universalistiche dell'ordine pubblico internazionale.

In vero si osserva uno slancio universalistico anche della dimensione internazionale, in quanto quest'ultima attinge a principi e valori affermati dal diritto internazionale pubblico: dunque, nel diritto internazionale privato c'è la tendenza a regolare i rapporti interindividuali in una dimensione transnazionale basandosi su principi interni ed esterni all'ordinamento accettati come patrimonio condiviso.

Criticamente, si è evidenziato che l'art. 16 della l. n. 218/95 ha come limite quello di non indicare i riferimenti ai principi di diritto comunitario.

Considerando il grande livello di integrazione europea, sarebbe chiaro come il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario sia una necessità nell'applicazione del diritto straniero ed ancora sarebbe chiaro che ci fosse una comprensione dei principi comunitari nell'ordine pubblico internazionale<sup>53</sup>.

A tal punto, pare indispensabile una considerazione: ponendo l'ordine pubblico internazionale come avente funzione positiva, la non applicazione della legge straniera che non è adeguata alla disciplina europea e, quindi, presenta elementi contrari ai principi del diritto

---

<sup>53</sup> P. MENGOZZI, *La riforma del diritto internazionale privato italiano: la legge 31 maggio 1995, n. 218*, Napoli, Ed. Scientifica, 1997, pag. 71.

comunitario, potrebbe avere effetti sul processo di integrazione comunitaria.

Passando ora ad analizzare il diritto internazionale pubblico, è indispensabile ripercorrere individuazione delle sue fonti: le fonti primarie, tradizionalmente, sono i trattati e la consuetudine, eliminando qualunque forma di rapporto gerarchico tra le norme, creando, in tal modo un sistema equiordinato.

La situazione delle fonti è stata modificata alla luce dell'art. 53 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati che individua la categoria delle cd norme cogenti non modificabili dai trattati e quindi, per loro stessa natura, superiori.

La dottrina ha comunque individuato i contorni imprecisi dello *ius cogens*, anche se è indubbio che coincida con il nucleo di principi fondamentali, valori universalmente condivisi, diritti sociali e politici condivisi dalla Comunità internazionale<sup>54</sup>.

A tal proposito si sottolinea che l'ordinamento internazionale è carente di una costituzione formale e quindi i principi fondamentali si ritrovano nella cd costituzione materiale, che si basa su tutte le modifiche politiche, economiche, sociali e strutturali della società.

La dottrina afferma che l'ordinamento internazionale appare più reattivo a qualsiasi mutamento, poiché essendo un ordinamento non organizzato, la sua costituzione è quella

---

<sup>54</sup> R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, Priulla, 1963, pag. 94; P. PICONE, *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in ID., *Comunità internazionale e obblighi "erga omnes"*, Napoli, Jovene, 2006, pag. 31.

materiale frutto delle forze sociali ed esposta permanentemente alle pressioni degli Stati forti che si ripercuotono sugli assetti normativi<sup>55</sup>.

Tali precisazioni sono fondamentali per capire l'evoluzione della categoria ordine pubblico a livello internazionale.

Infatti il concetto di ordine pubblico appare in ambito internazionale nelle dottrine universalistiche cattoliche che affermano la natura umanistica della comunità internazionale.

L'ordine pubblico internazionale è così un buon costume universale tipico di tutte le comunità internazionali, portando con sé la nullità degli atti contrari ai principi dell'ordine pubblico stesso.

L'evoluzione normativa del diritto internazionale ha modificato anche il concetto di ordine pubblico poiché fondato solo su valori umanistici, con la Convenzione di Vienna del 1969, cominciò a basarsi su tutti i principi ricavabili dal preambolo o dagli articoli fondamentali della Carta delle Nazioni.

L'allargamento dei valori e dei principi generalmente riconosciuti e fatti propri dalla Comunità internazionale, ha portato ad un'evoluzione del concetto di ordine pubblico che diventa una nozione assiologia, molto vicina alla nozione di ordine pubblico ideale.

Nel secondo dopo guerra , in particolare, ci si allontana dalla cd teoria realistica, la quale considerava i principi generalmente riconosciuti come basati non sulla tradizione

---

<sup>55</sup> P.PICONE, *Valori fondamentali della Comunità internazionale e Nazioni Unite*, in *La Comunità internazionale*, 1995, pag. 433.

comune degli Stati ma solo sulla superiorità di alcuni Stati nell'ambito della Comunità internazionale.

In particolare è opportuno sottolineare il dibattito circa la natura dei valori alla base della Comunità internazionale.

Parte della dottrina afferma come il diritto internazionale sia basato solo sulla forza degli Stati appartenenti alla Comunità internazionale ed ogni principio riconduce alla scoperta delle forze politiche alla base della stessa elaborazione normativa<sup>56</sup>.

Altra parte dottrina, invece, sottolinea come il diritto cogente abbia natura consuetudinaria e anche se inevitabilmente è da ricondurre agli Stati più forti, in realtà diventa rappresentazione di comportamenti reiterati, nella considerazione della doverosità sociale dei comportamenti stessi. Dunque il principio di diritto internazionale esiste se all'iniziale forza degli Stati fa seguito la stabilità e al continuità del comportamento.

L'evoluzione così presentata trova un punto di partenza forte, per il concetto di ordine pubblico ideale che a noi interessa, proprio nella nuova dottrina giusnaturalistica dei diritti umani del secondo dopoguerra, dottrina che rivoluziona la Comunità internazionale e che crea la necessità di individuare un nucleo forte di valori e di principi comuni a tutti gli Stati e facenti parte della cultura comune che associa tutta la Comunità internazionale.

A livello internazionale, si è dunque assistito ad un allargamento dei rapporti sia economici che politico e

---

<sup>56</sup> R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., pag. 98; in senso opposto B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Ed. Scientifica, VII ed., 2006; T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 415 ss..

sociali che ha sottolineato la necessità di dar vita a forme di coordinamento internazionale: ciò ha garantito la nascita del diritto internazionale dell'interdipendenza che trova il suo nucleo forte nei valori e beni collettivi alla base della Comunità internazionale stessa<sup>57</sup>.

### **3. Il concetto di ordine pubblico nel diritto europeo**

La ricerca si basa, come agevolmente mostrato nell'analisi del diritto statale ed del diritto internazionale, sull'individuazione di diritti fondamentali e di valori riconosciuti come propri dalla Comunità in esame.

Nel processo di creazione della Comunità europea, particolare interesse ha la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che non solo afferma i diritti fondamentali ma crea una procedura di controllo sulle violazioni tramite la Corte europea dei diritti dell'uomo.

In tale contesto la nozione di ordine pubblico appare frutto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, concetto che, secondo la Corte stessa, accentua le linee del nuovo diritto europeo e la modalità con cui i giudici nazionali leggono le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, all'interno del cd forum di interpretazione in sede europea<sup>58</sup>.

Quindi il concetto di ordine pubblico, esplicitamente non riportato nella Convenzione dei diritti dell'uomo, è stato

---

<sup>57</sup> P.PICONE, *Valori fondamentali della Comunità internazionale e Nazioni Unite*, cit., pag. 440; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pag. 95;

<sup>58</sup> P. HABERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, 1982, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, trad. it. A cura di J. Luthet, Roma, Cacucci, 2001, pag. 123.



creato dalla Corte e diventa concetto cardine, secondo la dottrina, per esprimere tutta la serie di valori e di principi alla base della Convenzione stessa.

In particolare, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte è giunta fino al 1995, quando con la sentenza *Loizidou c. Turquie*, il riferimento al concetto di ordine pubblico è diventato diretto<sup>59</sup>.

Con la sentenza citata, la Convenzione è stata considerata come strumento costituzionale dell'ordine pubblico: la mancanza di un esplicito riferimento al concetto dell'ordine pubblico è stato imputato alla necessità da parte della Corte di auto difendersi da un concetto non definibile in quanto collegata al variare, nello spazio e nel tempo, dei valori fondamentali.

Si è dovuto attendere il momento di massima coesione della società europea per consacrare il concetto di ordine pubblico europeo.

La particolarità dell'evoluzione del concetto espresso dalla giurisprudenza, si confronta con la natura della Convenzione dei diritti dell'uomo, di chiara matrice organica e paracostituzionale, che nel suo preambolo garantisce la tutela e la salvaguardia delle libertà fondamentali, condividendo un comune patrimonio di tradizioni e di ideali: dalla lettura del preambolo e del primo articolo, si mostra come la Convenzione stessa sia stata creata per difendere le libertà fondamentali basandosi proprio sul rispetto dei diritti dell'uomo.

---

<sup>59</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Loizidou c. turquie*, sentenza nr. 310, del 23 marzo 1995, in *Recueil*, serie A, n. 310, p. 75.

Infatti l'oggettività della Convenzione e quindi l'obbligo di rispettare i diritti dell'uomo deriva dalla tutela diretta e forte dei soggetti senza che ci sia la creazione di un accordo giuridico tra le parti ma grazie solo alla presenza di un principio universale che riguarda la persona umana.

La Convenzione si basa su un insieme di valori comuni e generalmente riconosciuti che sia gli Stati che la Corte si impegnano a tutelare.

Infatti proprio il sistema di garanzia collettiva diviene la base fondamentale sia della Convenzione sia degli Stati che devono agire per la salvaguardia dei diritti fondamentali: tale azione fonda l'ordine pubblico europeo<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Gli Stati, nella determinazione dei principi di ordine pubblico, non agiscono solo nella fase iniziale del ricorso ma sono costantemente inseriti nelle decisioni della Corte in base alla disciplina degli articoli 8,9,10 e 11 della CEDU che, per l'applicazione della Convenzione prevedono un rinvio al concetto di ordine pubblico nazionale. In vero la Corte ha sempre molta autonomia, elaborando un diritto comune da salvaguardare in modo da considerare la CEDU strumento vivente da interpretarsi nell'evoluzione del presupposto sociale. I valori ed i principi supremi da tutelare sono stati considerati "norme parametro": la loro astrattezza riesce meglio a garantire l'evoluzione del diritto che la Corte crea ogni qual volta che svolge attività ermeneutica di interpretazione. Inoltre, il sistema di garanzia collettiva è tutelato anche grazie al principio di sussidiarietà che concede al giudice nazionale il primo controllo sulla difesa dei diritti presenti nella CEDU. La protezione sovranazionale dei diritti dell'uomo vuole costruire uno strumento ulteriore di difesa in grado di considerare le diverse esigenze nazionali e le necessità di uniformità transnazionali.

L'ordine pubblico europeo, frutto dunque del lavoro giurisprudenziale, crea e fonda un processo di armonizzazione e di tutela forte dei diritti dell'uomo.

Il sistema che si viene così ad aprire, può essere qualificato come ordine pubblico sui generis in quanto gli strumenti a disposizione degli operatori partecipano sia della natura nazionale, sia di quella internazionale.

Si parte dall'analisi dello strumento del ricorso della Corte di Giustizia CE alla CEDU che nel tempo è diventato veicolo indispensabile per la reale integrazione dei principi e la CEDU stessa è stata per la Corte di giustizia europea punto di riferimento per creare quel ricercato punto di armonia tra esigenze economiche e tutela di diritti fondamentali.

Gli organi della Convenzione hanno ripetutamente sottolineato come la Convenzione stessa avesse il carattere di strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo: ciò appare importante sia per l'esplicito riferimento all'ordine pubblico, sia per la considerazione del suo carattere autonomo rispetto al diritto internazionale, avente come base quel patrimonio di principi e di ideali di ispirazione chiaramente costituzionale.

L'allontanamento della Convenzione dal diritto internazionale, fonda il suo carattere costituzionale, infatti il carattere oggettivo della tutela dei diritti esclude il principio di reciprocità in quanto l'oggettività della garanzia collettiva è propria di tutti i cittadini all'interno degli Stati contraenti, considerando il carattere singolare della Convenzione.

Altra caratteristica fondamentale della Convenzione, che assicura alla stessa un carattere costituzionale, sono gli

strumenti di protezione e di tutela previsti per i diritti fondamentali anche attraverso l'organo di giurisdizione che ne assicura l'applicazione<sup>61</sup>.

Dalla lettura costituzionale del concetto di ordine pubblico europeo deriva la valutazione di come lo stesso si basi, dunque, sul patrimonio comune costituzionale europeo inserito nel preambolo della Convenzione e riesca ad identificare un processo di unione con le singole costituzioni nazionali.

Inoltre, è importante sottolineare come, diventato strumento costituzionale, l'ordine pubblico europeo, possa essere letto come mezzo per esprimere legittimità democratica in tutela della democrazia europea.

#### **4. Il concetto di ordine pubblico nel diritto comunitario**

Si è scritto che l'ordine pubblico è limite negativo nel diritto statale così come nel diritto internazionale privato mentre nel diritto internazionale pubblico diventa limite positivo tramite la determinazione di principi generali e valori comunemente condivisi dalla comunità internazionale.

Nel diritto europeo determinato dalla CEDU, si è costruito un concetto di ordine pubblico europeo che è letto come

---

<sup>61</sup> Dal 1° novembre 1998, il sistema di controllo giudiziario della CEDU è arricchito dal ricorso delle persone fisiche e giuridiche che si considerano vittime di violazioni di diritti fondamentali da parte dello Stato nazionale. Dunque, tale scelta di allargare le possibilità di modalità con le quali ricorrere alla Corte, semplifica il dialogo tra singoli e la Corte stessa.

oggettivo tutelato dalla Corte di Strasburgo assicurando un minimum standart essenziale, comune ed inderogabile per gli Stati.

Nella nozione di ordine pubblico comunitario c'è sia l'aspetto di ordine pubblico come limite negativo sia come limite positivo di promozione di valori comuni: attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le disposizioni normative internazionali ed europee, l'ordine pubblico europeo diventa fondamentale momento per le relazioni tra ordinamenti di imposizione reciproca e circolare dove è facile vedere i processi di integrazione dei valori di un sistema costituzionale integrato all'interno dello spazio europeo.

La particolarità del diritto comunitario è nel fatto che lo stesso tocca ordinamenti legati tra di loro da rapporti di integrazione istituzionalizzati e da gerarchie normative generalizzate ed uniforme.

La problematica legata al concetto di ordine pubblico a livello comunitario, tocca la natura stessa dell'ordinamento di riferimento, caratterizzato da forme di integrazione tra Stati e da gerarchie normative.

Come anticipato, il continuo scambio ed il continuo intersecarsi tra il diritto comunitario e quello dei singoli Stati ha portato, in un primo momento, a negare l'esistenza dell'ordine pubblico comunitario staccato dagli Stati nazionali.

A livello comunitario si è osservato che spesso c'è un sovrapporsi tra l'ordine giuridico comunitario e l'ordine pubblico nazionale che causa concetti poco chiari e farraginosi: con questo continuo scambio si determina l'impossibilità di distinguere il concetto di ordine pubblico

ideale da quello materiale in quanto la tutela dei valori fondamentali tocca le norme dell'ordine pubblico amministrativo

L'analisi della disciplina comunitaria, ed in particolare delle disposizioni del TCE che citano il concetto di ordine pubblico, porta alla identificazione di un sistema di riserva di sovranità statale con l'eccezione dell'ordine pubblico che sottolinea sia la necessità di integrazione ed i cooperazione, sia il riconoscimento del ruolo degli Stati per la tutela dei propri interessi vitali: infatti le norme comunitarie rinviano al concetto come eccezione all'applicazione della libera circolazione in favore delle norme statali<sup>62</sup>.

Dunque come è agevole osservare la nozione di ordine pubblico presentata è quella degli Stati membri all'interno di una logica di equilibrio che vede l'intero sistema

---

<sup>62</sup> Si riportano di seguito gli articoli del TCE che citano il concetto di ordine pubblico:

- art. 30 TCE considera uno dei motivi di restrizione quantitativa all'esportazione ed all'importazione, l'ordine pubblico;
- art. 39 TCE considera l'ordine pubblico come motivo di limitazione, oltre alla pubblica sicurezza ed alla sanità pubblica, per la libertà di circolazione dei lavoratori nel territorio comunitario;
- art. 46 TCE relativamente alla libertà di stabilimento, si considera impregiudicata la disciplina che prevede per i cittadini stranieri un regime particolare giustificato da motivi di ordini pubblico;
- art. 55 TCE considera deroghe per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica in materia di libera prestazione di servizi;
- art. 58, lett. b) considera come misure giustificate da ordine pubblico le eccezioni che gli Stati possono applicare alla libera circolazione di capitali.

comunitario sempre in bilico tra la propensione all'integrazione e cooperazione e libertà degli Stati membri, condizione, questa, che ha garantito la forza del sistema comunitario.

A questo punto è facile considerare come il ricorso all'eccezione di ordine pubblico nel diritto comunitario diventa uno strumento di composizione delle cd. antinomie giuridiche e politiche della federazione, risolte grazie alla presenza del requisito dell'omogeneità di tutti i membri, fondata su un'affinità sostanziale, capace di creare un accordo concreto senza giungere, mai, al momento di conflitto all'interno della federazione<sup>63</sup>.

Così discorrendo si potrebbe considerare l'esistenza di tanti ordini pubblici statali, che fonderebbero il concetto più esteso di ordine pubblico comunitario.

A ciò si aggiunge anche il rifiuto, da parte della giurisprudenza comunitaria di creare una definizione autonoma di ordine pubblico comunitario.

Detto questo sembrerebbe che ci sia reale impossibilità a definire in ambito comunitario il concetto di ordine pubblico ma l'analisi dello stesso deve partire dalla considerazione della sua natura dinamica e dal fatto che ci sarà sempre bisogno di contestualizzarlo: dunque il

---

<sup>63</sup> Su questa scia è da considerare anche come non solo il ricorso all'eccezione di ordine pubblico ma anche il rinvio alla stessa considerano l'importanza del principio di omogeneità tra l'ordinamento comunitario e quelli degli Stati membri: qui, però si considererà l'omogeneità che accetta e risolve il conflitto considerandosi come la base stessa di un sistema di pluriverso politico, di coesistenza di più unità politiche. C.SCMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, *Dottrina della costituzione*, trad. it. A cura di A. CARACCILO, Milano, Giuffrè, 1984, pag. 483 ss..

concetto di ordine pubblico non può essere definito a priori considerando nella sua funzione la sua portata.

L'attenzione deve, dunque rivolgersi alla funzione dell'ordine pubblico e non alla sua mera definizione: in particolare, il Trattato della Comunità Europea sottolinea la funzione dell'ordine pubblico staccandolo così dagli Stati nazionali e sottolineando il carattere di autonomia.

Osservando il concetto dal punto di vista della funzione, dunque, bisogna rivalutare il sistema di riserva di sovranità nazionale non più come strumento per fondare il ruolo forte degli Stati ma come momento di integrazione e di completamento dell'ordinamento comunitario e di quello nazionale, al fine di tendere verso la totale omogeneità<sup>64</sup>.

L'eccezione di ordine pubblico porta al risultato di riconoscimento della norma nazionale da parte del diritto comunitario determinando, così, un'integrazione del diritto nazionale: infatti, nei casi previsti dal TCE il diritto comunitario considera la prevalenza della norma dello

---

<sup>64</sup> La giurisprudenza della Corte di Giustizia CE ha sempre considerato l'ordine pubblico come concetto di ispirazione nazionale, considerando come il diritto comunitario deve riconoscere la situazione di protezione ammettendo l'eccezione all'applicazione delle regole del TCE. Nella sentenza *Eco Swiss*, invece, il principio di ordine pubblico comunitario è riconosciuto come principio di ordine pubblico nazionale, considerando, inoltre, che la tutela della concorrenza rimane affidata a procedure nazionali anche se, grazie all'origine comunitaria delle regole della concorrenza stessa, la Corte ha definito l'esistenza di una nozione comunitaria di ordine pubblico. Nella sentenza che si cita, la Corte ha fatto valere l'eccezione di ordine pubblico nella funzione tipica del diritto internazionale privato, finalizzata ad evitare effetti dei giudizi contrari ai principi contrari all'ordine pubblico.



Stato membro rispondendo con l'eccezione che porta all'inserimento della norma nazionale completando, così, l'ordinamento sovranazionale.

Dunque si può affermare che esiste una nozione di ordine pubblico comunitario strettamente connessa con la tutela dei diritti fondamentali che diventano la base stessa dell'intero ordinamento: l'ordine pubblico comunitario riesce a porsi come filtro tra i valori nazionali e quelli cristallizzati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Infatti la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE per definire i diritti fondamentali protetti dal concetto di ordine pubblico, si rifà sia ai principi generali propri della tradizione costituzionale degli Stati, sia ai principi generali di diritto comunitario ed alla giurisprudenza della CEDU.

Così facendo, la fattispecie di ordine pubblico diventa strumento di tutela dello standard di protezione dei diritti fondamentali, in quanto il singolo giudice può non riconoscere la sentenza di uno Stato contraria all'insieme dei principi così come da giurisprudenza della Corte di Giustizia CE.

Inoltre il richiamo alla giurisprudenza della CEDU comporta il richiamo alla nozione di ordine pubblico europeo: la Corte di Giustizia CE in questa apertura verso la Convenzione vuole armonizzare le differenze tra i singoli Stati attraverso la determinazione di un ordine pubblico europeo comune e quindi con contenuto uniforme.

Così possiamo affermare che l'ordine pubblico comunitario diventa un ordine pubblico sui generis che si allontana dalla classica ripartizione tra ordine pubblico

materiale ed ordine pubblico ideale, a causa del riconoscimento allo stesso di strumento di scambio e di coordinazione.

La clausola di ordine pubblico nel diritto comunitario porta in evidenza tutti i valori ed i principi fondamentali che fondano l'intero sistema: la dicotomia ordine pubblico-diritti fondamentali diventa essenziale nel caso in cui il concetto di ordine pubblico diventi norma di esclusione di un principio riconducibile al diritto comunitario in contrasto con i valori di uno Stato membro.

In tal caso il ricorso alla riserva di ordine pubblico nazionale comunitarizzato blocca le libertà comunitarie garantendo, sempre sotto il controllo della Corte di Giustizia, la protezione dell'ordine pubblico normativo e materiale dello Stato membro da prete del diritto comunitario.

L'ordine pubblico comunitario è portatore di un sistema che vagona dai valori tipici dei diritti nazionali ai diritti fondamentali riconosciuti della CEDU: diventa così un catalizzatore di principi e valori che affida ai diritti nazionali un concetto di ordine pubblico allargato agli ideali europei, potendo, così, rafforzarne la difesa.

Come detto sopra nella nozione di ordine pubblico comunitario, i due concetti di ordine pubblico materiale ed ordine pubblico ideale si sovrappongono a causa della lettura del concetto stesso come valvola di interscambio: infatti anche il richiamo al concetto di ordine pubblico per turbamenti sociali ha come effetto un'operazione di filtro tra ordinamenti che confliggono, intesi come insieme di valori.



## **CAPITOLO SECONDO**

### **Il concetto di costituzione economica**

Il secondo capitolo andrà ad individuare le basi giuridiche ed economiche sulle quali, poi, si innesterà la nozione di ordine pubblico economico, come concetto che diventa fondamentale nell'ambito dei rapporti tra diritto ed economia.

Si parte dall'analisi della categoria della Costituzione economica, di chiara matrice tedesca, in quanto ha trovato luce nel complesso mutamento culturale della Repubblica di Weimar: si ricorda come il processo tedesco con le idee di *Wirtschaftsdemokratie* e *Sozialverfassung* si diffuse in tutta Europa fino a riconfluire, nel secondo dopoguerra, in tutti i cicli costituzionali dei paesi europei.

In vero, si parla di costituzioni economiche derivanti dalla crisi dello stato e dell'economia liberale come costituzioni keynesiane, basate su spesa e interventismo pubblico, welfare e mercato iper-regolato, deficit spending, debito pubblico e moneta manovrata.

Si evidenzierà la teoria del *market failure*, elaborata per spiegare l'intervento dello Stato americano nell'economia ma presa dalla dottrina europea come chiave di lettura per la presenza forte dello Stato in economia: tale teoria ha evidenziato che si crea un fondamento economico costituzionale all'intervento statale nell'economia, applicabile a tutti gli Stati e tendente ad accettare tutti gli interventi, cercando di legittimare interventi di alta rilevanza da parte dello Stato in un ordinamento liberale, come quello americano.

Successivamente, per capire le radici strutturali della semplificazione teoretica della teoria fallimenti di mercato, si analizza la teoria della crisi di sistema e la lettura dell'intervento statale come *Krisismanagement*, dove la

crisi di sistema è letta come crisi generale del sistema che si esteriorizza attraverso l'arresto del processo di accumulazione.

In questo clima nasce una nuova forma di costituzione economica che ribalta tutti i principi liberali al fine, adesso, di coniugare i consumi e la produzione e di regolarne i processi: le azioni unilaterali degli Stati sono, così, effimere e si giunge all'affermazione che il livello nazionale non può contenere lo slancio della globalizzazione, portando il discorso sul concetto di armonizzazione sovranazionale.

L'evoluzione della Costituzione economica, attraverso il diverso comportamento degli Stati nei diversi contesti storici, arriva oggi a confrontarsi con nuovi sistemi di regolazione sovranazionali, dando vita ad una nuova Costituzione economica multilivello basata sulla costituzione europea.

Dopo aver dato una chiave di lettura generale al concetto di costituzione economica, attraverso anche un'analisi storica, lo studio si soffermerà sull'analisi del concetto di costituzione economica in ambito italiano, sotto il punto di vista storico, politico e culturale.

## 1.1 Il concetto di “Costituzione economica”: dalle idee di *Wirtschaftsdemokratie* e *Sozialverfassung*...

La categoria della Costituzione economica ha chiara matrice tedesca in quanto ha trovato luce nel complesso mutamento culturale della Repubblica di Weimar.

Dalla Germania le idee di *Wirtschaftsdemokratie* e *Sozialverfassung*<sup>65</sup> si diffusero in tutta Europa fino a riconfluire, nel secondo dopoguerra, in tutti i cicli costituzionali dei paesi europei.

Era necessario, in questa fase storica, creare un modello che sapesse riconfigurare i rapporti tra Stato ed economia: dunque, quello tedesco non era un'eccezione isolata ma rientrava nella celata volontà di regolarizzazione a livello europeo.

All'interno della cornice della democrazia, l'inserimento di elementi economici e, poi anche, sociali, confluisce in un discorso di costituzionalizzazione formale che le trasformazioni giuridiche, i mutamenti economici ed amministrativi chiedevano.

Si voleva dimostrare che le esigenze di redistribuzione tra le classi e di intervento statale per la stabilizzazione macroeconomica ed il sostegno della domanda globale, non erano solo espressioni di rivendicazioni politiche ma il frutto di necessità normative: si tentò, così, di dare le basi per *Wirtschaftsverfassungrechts*, un diritto costituzionale

---

<sup>65</sup> W.E.SCHEUERMAN, *Social Democracy and Rule of Law: the Legacy of Ernest Fraenkel*, in Caldwell & Scheuerman (eds.), *From Liberal democracy to fascism: Legal and political Thought in the Weimar Republic*, Boston/Leiden, Humanities Press, 2000, pag. 74 ss..

dell'economia, basato sugli imperativi economici dell'interventismo del novecento.

Si osserva, a questo punto che l'operazione di costituzionalizzazione sopra presentata è stata necessaria e ben vista alla luce del concetto inevitabile che il diritto vive le trasformazioni economiche e sociali e nel momento in cui vada a mutare la Costituzione economica materiale ci sarà un nuovo diritto costituzionale dell'economia.

Così, la Costituzione di Weimar riusciva nel suo intento di essere sia Costituzione economica, sia avente significato politico, che secondo alcuni<sup>66</sup>, risiedeva nel carattere residuale delle libertà economiche ex art. 151 della Costituzione di Weimar: "l'ordinamento della vita economica deve far corrispondere i principi di giustizia con i fini della garanzia di una esistenza umana dignitosa per tutti. Entro questi limiti va assicurata la libertà economica dei singoli".

La necessaria volontà politica alla base della costituzione e la conseguente traduzione in contenuti normativi sono stati i capisaldi del pensiero del maggior esponente della Scuola di Friburgo, V.F. Bohm<sup>67</sup>, al quale si dà il merito di aver evidenziato l'indispensabilità di organizzare e garantire la Costituzione economica attraverso il diritto.

In vero, durante il Novecento, si verificano, in tutti gli Stati industriali, due grandi trasformazioni costituzionali che si legano a grandi trasformazioni economiche:

---

<sup>66</sup> G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996;

<sup>67</sup> F. BOHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, 1937.



parliamo di una nuova costituzione economica sociale e interventista derivata dalla crisi di sistema dell'economia liberale e, all'interno della rivoluzione tecnologica e della globalizzazione, consideriamo una costituzione economica post-interventista.

La costituzione derivata dalla crisi dello stato e dell'economia liberale ha creato le cd. costituzioni keynesiane, basate su spesa e interventismo pubblico, welfare e mercato iper-regolato, deficit spending, debito pubblico e moneta manovrata<sup>68</sup>.

Dunque, come già detto sopra, la scelta politica a base di queste trasformazioni si espanse con una certa forza per la capacità del modello di creare una situazione materiale ed oggettiva capace di riconfigurare i rapporti tra economia, società e Stato.

Già dalla fine dell'Ottocento, la costituzione liberale si dimostrò incapace di gestire le contraddizioni dell'economia borghese e l'intervento dello Stato nell'economia fu generato dalla necessità di salvare il capitalismo creando la cd. situazione di Krisismanagement<sup>69</sup>.

Si tendeva a gestire la stabilizzazione con l'integrazione dei consumi e della domanda globale attraverso la spesa pubblica ricongiungendo, dentro il diritto costituzionale, gli elementi della crisi: l'eccedenza di capitale e

---

<sup>68</sup> C.OFFE, *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Milano, Etas libri, 1977; P. Taylor – Gooby, *The future of the British Welfare State*, Kent, 1987;

<sup>69</sup> J. HABERMAS, *La crisi di razionalità nel capitalismo maturo*, Bari, Laterza, 1975, pag. 87 ss..

l'eccedenza di lavoro sotto forma di economia mista e diritti sociali.

Da quanto detto è facile desumere che il nuovo ordine economico e sociale precede la formazione delle costituzioni formali: la crisi del capitalismo porta verso un fondamento economico-costituzionale all'intervento pubblico, applicabile a tutti i modelli e le forme di Stato.

Nel Novecento le costituzioni economiche sono modellate sui teoremi di Keynes attraverso, anche la costituzionalizzazione.

Nel novecento, gli Stati rispondono ai problemi sociali ed economici del capitalismo con forme di interventismo statale nell'economia nuove e ben legate ai processi di industrializzazione ed alla fase sistemica di instabilità dell'economia: in questa fase, si parla, dunque, di stabilizzazione coniugata con l'integrazione dei consumi e della domanda globale attraverso la generalizzazione degli interventi in economia<sup>70</sup>.

Il ruolo dell'intervento dello Stato in economia, in questa fase ha una funzione di stabilizzazione cercando di coniugare le eccedenze, sia di capitale che di popolazione: lo Stato sociale interventista diventa Stato di regolazione e di consumo.

In queste condizioni, per trovare il fondamento della costituzione economica, molti hanno fatto riferimento alla teoria americana dei fallimenti dei mercati, la market failure, appunto elaborata per spiegare l'intervento dello Stato americano nell'economia ma subito presa dalla

---

<sup>70</sup> J.J.O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, N.Y., St. Martin's Press, 1973, traduzione italiana a cura di Einaudi, Torino, 1977.

dottrina europea come chiave di lettura per la presenza forte dello Stato in economia<sup>71</sup>.

Attraverso questa teoria, si è rilevato che si crea proprio un fondamento economico costituzionale all'intervento statale nell'economia, applicabile a tutti gli Stati e tendente a legittimare tutti gli interventi in economia: la teoria ha cercato, in vero, di legittimare interventi di alta rilevanza da parte dello Stato in un ordinamento liberale, come quello americano.

A questo punto è stato indispensabile capire le radici strutturali della semplificazione teoretica della teoria fallimenti di mercato.

## **1.2 ...alla teoria del *Krisismanagement***

Si dà così vita alla teoria della crisi di sistema ed alla lettura dell'intervento statale come *Krisismanagement*: la crisi di sistema è letta come la crisi generale del sistema che si esteriorizza attraverso l'arresto del processo di accumulazione.

Si parla di crisi come disfunzione del capitalismo all'interno degli Stati liberali che manifesta la profonda contraddizione interna tra i componenti stessi del sistema.

La crisi si manifesta in quanto la crescita economica nello stato liberale è letta come accumulazione individuale di plusvalore, ricercando una maggiore produzione ed una

---

<sup>71</sup> F.BATOR, *The Anatomy of Market failure*, in *Quart. J. Ec.*, 1958, n. 72, pag. 351 ss.; M. MONTI, *Concorrenza e regolazione nell'unione europea*, in *Regolazione e Concorrenza*, a cura di Giuseppe Tesaro e Marco D'Alberti, il Mulino, 2002, pagg.75-85.

riduzione dei costi: ciò porta ad un aumento della quantità di reddito prodotto ma anche ad una valorizzazione del prodotto ed alla conseguente caduta del tasso unitario di profitto.

Il processo di accumulazione individuale nell'impresa liberale porta ad un'inevitabile riduzione del salario con la graduale sostituzione del soggetto con le macchine che si unisce al processo di accumulazione globale necessitante di un ampliamento della domanda globale: la crisi così determinata non può assorbirsi da sola.

Si presenta, così, la cd. crisi di sovrapproduzione con contestuale separazione tra domanda globale ed offerta globale e la contraddizione tra l'eccedenza di capitale, da un lato e la presenza di una importante quota di popolazione senza reddito, dall'altra.

Tale crisi interrompe il processo di accumulazione, tipico degli stati liberali, e diventa una catastrofe naturale derivando da contraddizioni interne del sistema e minacciando la sua stessa integrità.

A questo punto si evidenziano i limiti dell'economia liberale classica che spingeva i poteri politici ad intervenire con la forza e con l'uso dei militari, non potendo che risolvere, in questo modo, solo l'aspetto soggettivo del problema, andando a placare la rivolte.

C'era bisogno di una soluzione oggettiva capace di leggere le fondamenta del problema e della crisi delle contraddizioni interne, appunto, che ben poteva essere raggiunta tramite il processo di costituzionalizzazione dell'interventismo e della regolazione attraverso l'integrazione del ciclo di produzione e del ciclo del consumo: lo Stato riesce ad inserirsi nella crisi ed a

collegare tutti gli elementi economici al fine di una regolarizzazione del diritto e dell'economia.

Lo Stato diventa un elemento di crisi che riesce a collegare tutti gli altri disegnando un nuovo diritto dell'economia ed una nuova costituzione materiale che legittima la figura forte dello Stato in ogni zona del mercato.

In questo clima nasce una nuova forma di costituzione economica che vede ribaltati tutti i principi liberali al fine, adesso, di coniugare i consumi e la produzione e di regolarne i processi<sup>72</sup>.

Così viene meno la base ideale dell'inviolabilità della proprietà privata che, adesso, è funzionale allo sviluppo economico, la ricchezza sociale deve essere distribuita per sostenere la domanda e la produzione, la moneta non è più un semplice strumento di scambio ma diviene l'elemento fondamentale per gli assestamenti garantendo una funzionalizzazione delle politiche monetarie alla politiche economiche dei governi.

Con questi nuovi presupposti, si rilegge il ruolo dello Stato che diviene la sede della progettazione economica con la conseguenza che le istituzioni nazionali di governo diventano la sede naturale della conformazione generale delle grandezze economiche definendo, così, un processo di totale sostituzione tra le forze del mercato e la legge e la regolazione.

Tale processo nel suo interno ha elementi di grande fragilità evidenziati dalle teorie che leggono

---

<sup>72</sup> F.COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, Giappichelli, sec. ed., pag. 14.

l'interventismo statale come collegato agli sviluppi di una legislazione per categorie<sup>73</sup>.

Il fenomeno è stato riscontrato nella realtà americana, dove si registra un vero effetto di cattura degli apparati statali interventisti da parte di alcuni gruppi sociali di élites costituendo una critica materiale della public interest theory.

Infatti il fondamento della public interest theory è proprio la fiducia nella trasparenza e nell'efficacia dei processi di governo dell'economia che viene meno se si dà spazio agli interessi privati di categoria<sup>74</sup>.

Si evidenzia, così, la fragilità più grande del sistema di intervento statale che crea una doppia linea di collegamento tra istituzioni pubbliche e settori che sono sia regolati che finanziati dai primi.

Con il quadro così presentato, si sovrviene ad analizzare la crisi dello stato interventista e, quindi, la crisi della costituzione economica dallo stesso derivante.

La crisi dello stato interventista si registra sin dagli anni '80, dove si evidenziò una graduale tendenza verso la riduzione dell'intervento determinando l'impossibilità di sostenere la spesa tramite debito pubblico e politiche monetarie.

---

<sup>73</sup> J.FREEMAN, *The Contracting State*, in Florida St. Univ. L. Rev., 2001, pag. 155 ss.; L.SALOMON, *The Tools of Government: a guide to the new Governance*, N.Y., Oxford Univ., Press, 2002;

<sup>74</sup> W.F.SHUGHART II, *Regulation and Antitrust*, in C.K. Rowley, F. Schneider (eds.), *The Encyclopedia of Public Choice*, Vol. I, Dordrecht, Boston and London, Kluwer Academic Publishers, 2003, pag. 263 ss..

L'intervento dello Stato nell'economia è elemento di crisi poiché la razionalità legata alla gestione della spesa avrebbe dovuto produrre una conseguente dilatazione della produzione: nella realtà si è solo assistito ad un'espansione dell'intervento pubblico senza alcuna registrazione di innalzamento dei livelli di produzione.

La crisi dello Stato si è manifestata come crisi finanziaria<sup>75</sup> poiché mal si bilanciavano le spese, dilatate a dismisura, e le entrate idonee a finanziare le prime, come crisi di razionalità<sup>76</sup> per l'incapacità registrata da parte degli apparati pubblici di garantire la stabilità e la continuità della crescita economica, come crisi di legittimazione<sup>77</sup> in quanto allo Stato interventista si riportano le responsabilità per una netta interruzione dei processi di crescita economica.

In particolar modo, la crisi fiscale distrugge lo Stato dal suo interno, mentre i processi di deregulation e di internazionalizzazione dei processi economici, creano una sua distruzione esterna<sup>78</sup>, causata da necessarie scelte di diritto o da competizione tra gli ordinamenti statali.

A questo punto tutte le risposte unilaterali degli Stati appaiono effimere e si giunge all'affermazione che il livello nazionale non può contenere lo slancio della

---

<sup>75</sup> J.J.O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, op. cit.;

<sup>76</sup> J. HABERMAS, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Bari, Laterza, 1975;

<sup>77</sup> J.HABERMAS, *Legitimationsprobleme im spatkapitalismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1973;

<sup>78</sup> G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale*, Milano, Giuffrè, 2005.

globalizzazione, portando, inevitabilmente, il discorso sul concetto di armonizzazione sovranazionale.

Dunque l'evoluzione della Costituzione economica, letta attraverso il diverso comportamento degli Stati nei diversi contesti storici, arriva oggi a confrontarsi con nuovi sistemi di regolazione sovranazionali, dando vita ad una nuova Costituzione economica multilivello basata sulla costituzione europea.

Proprio su tale punto preme sottolineare che tutte le regole poste dalla Comunità europea e dall'Unione economica e monetaria, esistevano già prima della formalizzazione nei Trattati fondamentali: tutti gli imperativi economici come la liberalizzazione e l'allargamento del mercato, la denazionalizzazione, la deregulation, stabilità finanziaria e monetaria hanno il loro fondamento nel cd. processo materiale di riduzione della sovranità economica nazionale dando vita al fenomeno di crisi delle costituzione keynesiane<sup>79</sup>.

In realtà si osserva come il nucleo di tali regole non sia controllabile politicamente e la sanzione per la violazione risiede nella crisi finanziaria e fiscale che porta nel suo bagaglio esperienze di perdita di identità e di ricchezza.

Secondo autorevole dottrina<sup>80</sup>, l'Unione europea diventa il percorso necessario per fronteggiare tali problematiche,

---

<sup>79</sup> J.HABERMAS, *The European Nation-State and the Pressures of Globalization*, in N. Left rev., 235/1999, pag. 46 ss.; J.E. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, London, Allen Lane, 2002;

<sup>80</sup> G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione e istituzioni comunitarie*, in Quad. cost. 1992, Id., La grande Rivoluzione: l'Unione europea e la rinuncia alla sovranità, in Convivenza nella libertà, Scritti in onore di G. Abbamonte, II, Napoli, Jovene, 1999, pag. 765 ss..



considerando che il passaggio di sovranità è una risposta alla globalizzazione e non un aspetto della stessa ed il dominio della costituzione economica europea diventa una difesa degli Stati nazionali verso i rischi della globalizzazione.

Tali precisazioni ci portano a ritenere la possibilità di fondare una Costituzione economica europea indipendentemente dalla formazione di una costituzione europea: l'Europa ha una costituzione indipendentemente dai processi di costruzione di una cultura costituzionale dell'Unione<sup>81</sup>.

La Costituzione europea ha un nucleo economico incentrato su tre livelli ben definiti, come la costituzione di un mercato unico basato sull'uguaglianza<sup>82</sup> e sull'unità del mercato, la stabilità monetaria e l'equilibrio finanziario e crescita economica: sono tutte aree che prevedono un confronto tra Stati ed Unione, anche se nel campo della stabilità monetaria la sovranità è tutta traslata in ambito europeo<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> F. SNYDER, *EMU Revisited Are we making a Constitution? What Constitution are we making?*, Firenze, IUE, WP Law 98/6, 1998, pag. 4; D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?* in *Il Futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther, Totino, Einaudi, 1996, pag. 339 ss.; P. CRAIG, *Costituzioni, costituzionalismi e l'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2-3/2002, pag. 357 ss.;

<sup>82</sup> S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2001, pag. 911;

<sup>83</sup> P. HABERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2002, pag. 458; N. MACCORMICK, *The Maastricht-urteil, Sovereignty Now*, in *Eur. L. J.*, 1995, pag. 265.

La costituzione economica europea è riuscita ad entrare nelle costituzioni nazionali anche grazie alla giurisprudenza delle Corti europee e nazionali, creando continuità tra i due diversi livelli costituzionali ed innovazioni derivate soprattutto dalla nuova costituzione monetaria europea che ha portato, a livello costituzionale, valori come la stabilità monetaria ed il pareggio tendenziale di bilancio sottraendo agli Stati la sovranità finanziaria<sup>84</sup> e monetaria agganciando la spesa pubblica al prodotto interno lordo.

Dunque risulta costituzionalizzato il principio di condizionamento finanziario dell'intera organizzazione e di tutta l'azione dei pubblici poteri anche relativamente alle spese per il sociale e per i diritti: questo non vuole, però, limitare la funzione degli Stati fino ad eliminarne completamente le funzioni, ma significa che, date le regole generali, gli Stati con le loro identità devono governare l'economia in armonia con i limiti posti dalla costituzione sovranazionale e post-interventista<sup>85</sup>.

Tornando al concetto di Krisismanagement, si sostiene che le ragioni che portarono alla crisi dello Stato sociale

---

<sup>84</sup> G. DELLA CANANEA, *Il Patto di Stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in Riv. dir. fin. sc. fin., 4/2001, pag. 584; S. ORTINO, *La Banca centrale nella costituzione europea*, in Le prospettive dell'Unione europea e la costituzione, Atti Conv. AIC, Milano 4-5 dicembre 1992, Padova, Cedam, 1995;

<sup>85</sup> G. DI PLINIO, *I modelli di Maastricht e la Costituzione finanziaria e monetaria britannica*, in La Costituzione Britannica, a cura di A. Torre e L. Volpe, Torino, Giappicchelli, 2005; K. A. VALLENDER, *The Swiss economic constitution and its concretisation by the legislator: a sketch of economic constitutional and economic administrative law*, Bern, Stampfli, 2003.

interventista del '900, sussistono anche nell'attualità con le necessarie diversità rapportate al tempo<sup>86</sup>.

Dunque adesso la domanda da porsi è come si reagirà alla crisi del terzo millennio e, soprattutto, se la costituzione europea saprà affrontare le nuove sfide, portando nel suo interno qualcosa di innovativo che, a parte le basi forti del principio della concorrenza, della stabilità finanziaria, del divieto di disavanzi eccessivi e della fine della moneta manovrata<sup>87</sup>, sappia creare situazioni di tutela di diritti e di forme di socialità.

Osservando la realtà appare necessario considerare quanto necessario sia dar vita ad un processo che sappia unificare la Costituzione economica ed i diritti sociali nell'Istituzioni Europee<sup>88</sup>.

Obiettivo di questo lavoro è quello, appunto di dimostrare come, proprio il concetto di ordine pubblico economico possa e debba essere in grado di coniugare gli aspetti economici con quelli sociali sia a livello nazionale e, soprattutto a livello europeo dove l'integrazione è già avvenuta.

---

<sup>86</sup> U. ALLEGRETTI, *I diritti fondamentali tra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in *Lo Stato della democrazia*, a cura di C. De Fiores, milano, Franco Angeli, 2002, pag. 82;

<sup>87</sup> M.P. MADURO, *The Balance between Economic Freedom and Social Right in the European Union*, in *East West Rev. Lab. l. & social Pol.*, 8/2003;

<sup>88</sup> W. STREECK, *From Market Making to State Bulding? Reflections on the Political Economy of European Social Policy*, in *European Social Policy: Between fragmentation and Integration*, S. Leibfried & P. Pierson Washington, DC, Brookings Institution, 1995, pag. 389 ss..

### **1.3 Costituzione Economica in Italia: l'approvazione dell'art. 41 Cost.**

Dal punto di vista teorico, il nucleo fondamentale di ogni Costituzione è l'individuazione dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui, naturalmente indisponibili da parte del potere politico organizzato in maniera idonea per garantire il pieno rispetto delle libertà e dei diritti riconosciuti agli individui stessi.

Le Costituzioni svolgono una funzione di identità esprimendo l'idea di una collettività che si stringe attorno agli ideali comuni inseriti nella carta costituzionale.

Risulta elemento di originalità, quindi, la scelta della nostra Costituzione di declinare tale profilo di identità attraverso numerosi e puntuali articoli dedicati alle attività economiche.

L'originalità sopra citata è confermata anche osservando le Costituzioni degli altri Stati europei che non considerano per nulla le attività economiche, limitandosi a esplicitare la garanzia costituzionale della proprietà privata con le condizioni per l'espropriazione per pubblica utilità e della libera iniziativa economica<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> A questo punto si ricordi la Costituzione della Repubblica Federale Tedesca, figlia dello stesso periodo storico della nostra costituzione, che alla materia economica dedica l'articolo 14, che sancisce la tutela della proprietà privata ed fissa i limiti per l'esproprio dei beni privati e l'articolo 15, che prevede genericamente la possibilità di nazionalizzare imprese previo indennizzo; ancora la Costituzione della V Repubblica francese del tutto priva di disposizioni in materia economica; la Costituzione della Repubblica confederale elvetica, della fine del XIX secolo e da allora ripetutamente modificata, presenta una serie articolata e

Le ragioni storiche e politiche di tale originalità risiedono nei caratteri fondamentali della nostra Costituzione i quali, a loro volta, derivano dal particolare contesto storico, politico e culturale in cui ne avvenne la stesura.

Nella Costituzione italiana ci sono delle cd. norme monumento, intoccabili ed indiscutibili, salvo l'accusa di ledere il patto costituzionale, base della vita nazionale: possiamo così parlare dell'art. 41, fulcro focale della nostra Costituzione economica, la cui intoccabilità è giustificata sulla base della sua sostanziale inefficacia.

A parere di chi scrive si considera come l'articolo abbia da sempre manifestato la sua efficacia in coerenza con le basi culturali da cui i Padri costituenti muovevano.

Infatti, l'articolo costituzionale è la chiave di volta di una Costituzione economica che ha fondato il processo di svuotamento della libera iniziativa economica sia in funzione della solidarietà sociale sia in funzione delle regole della concorrenza e dell'integrazione europea.

---

puntuale di norme in materia economica, tutte finalizzate a regolare i rapporti fra la Confederazione ed i cantoni. Di contro, l'unica costituzione europea che contiene una sezione economica paragonabile alla nostra Costituzione economica è quella portoghese del 1976 che si avvicina molto al modello delle costituzioni socialiste e, già nel preambolo, sancisce la volontà costituente, mai attuata, di "intraprendere la strada verso una società socialista", ricordando, a tal proposito come la costituzione portoghese sia stata oggetto di numerose revisioni dirette ad eliminare quella sua particolare accentuazione anticapitalistica, sconosciuta alle altre costituzioni europee.

L'incipit dell'articolo 41 è la proclamazione della libertà economica purché non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, concludendo con la norma programmatica per la quale la legge determina i programmi e i controlli necessari affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Viene ricordato che la Costituzione italiana, a livello di costituzione formale e a livello di costituzione materiale, è una delle più sofisticate costituzioni keynesiane del novecento sul modello della Costituzione di Weimar<sup>90</sup>, anche se si andò oltre il modello adottato poiché al primo comma dell'art. 151 della Costituzione della prima Repubblica tedesca si legge come l'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo, limiti, questi, entro i quali è da tutelare la libertà economica dei singoli.

Il processo di integrazione non voleva, comunque, misure programmatiche come quelle inserite nella Costituzione italiana.

Infatti il Legislatore costituzionale tedesco, all'art.164 della Costituzione di Weimar, sottolineò che lo Stato deve promuovere con la sua attività legislativa ed amministrativa lo sviluppo della classe media indipendente e proteggerla dall'eccessivo carico tributario e dall'assorbimento in altre classi: nella Costituzione economica tedesca vigeva un compromesso politico-

---

<sup>90</sup> G. DI PLINIO in *La Costituzione economica*, G. Di Plinio, G. Napolitano, G., Pitruzzella, S. Rebecchini, Percorsi costituzionali, 3 / 2009, p. 39.

sociale, tra la borghesia e il ceto medio, uniti sul piano degli interessi economici, ed il grande proletariato industriale<sup>91</sup>.

Si voleva democratizzare rendendo interclassista lo Stato borghese e liberale per rafforzarlo<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> I costituenti tedeschi dovevano tutelare l'unità della Nazione, minata dalla sconfitta e dal crollo dell'Impero e dunque, dovevano razionalizzare le conflittualità tra le classi sociali e tra le diverse culture del Paese. Dunque, l'istanza democratica andava costituzionalizzata portandola in meccanismi e strutture che potessero garantire la destinazione nazionale e unitaria inibendone la distruttività nei confronti della continuità istituzionale e della compattezza statale. Si creò una struttura dove il contrasto tra le diverse esigenze e le diverse istanze delle varie classi non indebolisse ma rafforzasse la Nazione. E. TROELTSCH, *la democrazia improvvisata. La Germania dal 1918 al 1922*, a cura di F. Tessitore, Napoli, 1977, p. 34;

<sup>92</sup> All'Assemblea costituente, Piero Calamandrei disse che la Costituzione di Weimar era la dimostrazione dell'inutilità di stabilire costituzionalmente i principi ispiratori delle politiche sociali. Atti della Costituente, Prog. Cost. Disc. Gen. Prel. 154. “È inutile”, affermò, “stabilire dei diritti che non siano azionabili, coercibili, accompagnati da sanzioni, articoli che disciplinano e distribuiscono poteri e fondano organi per esercitare questi poteri. Nella parte relativa ai rapporti etico-sociali e rapporti economici, egli rileva non «vere e proprie norme giuridiche nel senso preciso e pratico della parola, ma sono precetti morali, definizioni, velleità, programmi, propositi, magari manifesti elettorali, magari sermoni. Nella Costituzione di Weimar furono inseriti accanto ai diritti politici di libertà risalenti alla rivoluzione francese, questi nuovi diritti che si sogliono ormai denominare diritti sociali; ma ci si accorse poi che essi lasciarono inalterata la realtà sociale, nella quale essi non avevano rispondenza”. Comunque, la polemica dell'autore non è contro i diritti sociali, in quanto dopo la conclusione della guerra egli riconosceva la necessità di garantire l'esercizio delle libertà politiche attraverso la promozione dei diritti

In Italia, l'adozione del modello tedesco, era in chiave iperpoliticistica e dirigistica, animata da una volontà difensiva nei confronti della libertà economica, mentre, in linea generale, l'esperienza costituzionale della Germania, tra le due guerre, parte dal tentativo di fare del Paese un laboratorio per reinterpretare, a livello giuspubblicistico euro-continentale, l'esperienza costituzionale angloamericana: i costituenti di Weimar volevano realizzare una democrazia sul modello anglo-americano traslato dal paradigma tedesco dell'integrazione sociale e costituzionale.

Considerato il quadro costituzionale europeo, si ricordi come nell'Assemblea costituente italiana, a livello di Costituzione economica, si ergeva una filosofia politica opposta in quanto la particolarità italiana era in polemica con l'esperienza angloamericana e con una apertura verso il modello sovietico dell'economia di piano.

Nella Carta fondamentale italiana si evidenzia una base privatistica poiché la stessa è letta non solo come garanzia

---

sociali. Egli ha di mira proprio il paradigma della "programmazione", in base al quale la Costituzione contiene in partenza l'intero dispiegarsi della vita pubblica, in particolare per quel che riguarda i rapporti sociali. P. CALAMANDREI, *Costituente e questione sociale*, Il Ponte, 4.5, Agosto 1945, poi in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. BOBBIO, vol.I, Firenze, 1966. Infatti l'enunciazione dei diritti sociali non ebbe nessun risultato pratico, secondo l'autore, ritenendo che sarebbe stato più prudente collocarli in un preambolo nel quale sia specificato che tali proposizioni non sono norme obbligatorie ma propositi che la Repubblica pone a se stessa, per trovare in essi la guida della legislazione futura. In effetti la critica di Calamandrei era diretta all'uso che di quella Costituzione si stava facendo nell'Assemblea costituente della Repubblica italiana.



dei diritti politici ma anche come strumento per superare le diseguaglianze economiche<sup>93</sup>.

La Costituzione analizza i rapporti tra i privati, ipotizzando, che proprio nelle dinamiche di tali rapporti si cela la fonte delle minacce alla dignità umana, in opposizione alla tradizionale diffidenza liberale nei confronti dello Stato: si potrebbe parlare degli effetti di un'antropologia pessimistica cattolica, salvo sottolineare che la caratteristica garantista non è studiata in chiave personalistico- cristiano, ponendo la persona al centro dei rapporti economici, ma in chiave efficientistico-statalista, dove, a livello politico, si determina la subordinazione della libertà economica alla realizzazione di fini sociali<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> F. GALGANO, *Art.41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1982, pp. 41-42;

<sup>94</sup> La libertà di iniziativa economica non ha le caratteristiche di "diritto involabile" delle altre libertà e, a differenza delle stesse, viene funzionalizzata alla utilità sociale: è una "libertà dimidiata", costruita in funzione della realizzazione dei fini legati all'ambito dei processi di programmazione socio-economica attuati dal decisore politico. Tale configurazione è espressione non di una cultura solidaristico-sociale genericamente intesa, ma di un diritto pubblico di tipo volontaristico e dirigistico, basato sul primato della politica sull'economia suscettibile di veicolare un'autoaffermazione della decisione politica in danno della sfera dei diritti. È una filosofia di diritto pubblico lontana dal pessimismo antropologico cattolico, e caratterizzata da una fiducia nella capacità umana di trascendere l'ambito della mera libertà economica borghese finalizzando il commercio a più nobili fini. Ciò emerge dal lavoro svolto dalla Corte costituzionale per evitare l'assorbimento della libertà economica nei suoi "fini", circostanza che avrebbe comportato il superamento dell'anfibologia dell'art.41 in chiave socialista e lo snaturamento della nostra Costituzione.

Comunque, la volontà di integrazione costituzionale, da cui il combinato disposto tra l'art. 2 e il comma 2 dell'art. 3 Cost., è considerata nella redazione dell'art. 41, a livello decisionistico, efficientistico e politicistico.

La sfiducia nel mercato, da attribuirsi non solo al lato cattolico della cultura del costituente, perde, nella stesura della Costituzione economica, il vincolo all'antropologia negativa cristiana trovando, invece, il proprio fondamento in una chiave critico-storicistica del capitalismo occidentale: infatti, la sfiducia non trova il suo sbocco nella definizione di un vincolo tra libertà economica e responsabilità sociale ma si lega all'analisi scientifica dei limiti del capitalismo trovando la sua via d'uscita nella subordinazione della libertà economica alla realizzazione di fini sociali politicamente determinati in senso verticistico.

Nell'art. 41 della Costituzione, dunque, si afferma una visione "funzionalistica" della libertà economica, diversa sia dalla tradizione solidaristico-cattolica sia da quella liberale e socialista riformista che, però, lega leninisti e mercatisti.

Tutte le problematiche sollevate nei confronti delle proposte di riforma dell'art. 41 riguardano l'inefficacia delle restrizioni alla libertà economica inserite nel testo dell'articolo, sia per effetto del processo di integrazione europea, sia per merito della Corte costituzionale.

Bisogna rilevare che nell'art. 41 ci sia efficacia programmatica nel riferimento ai fini sociali, cancellato dal processo di integrazione europea: ciò diventa, però, una conferma della tesi di quanti sostengono che il cuore del problema sia nell'inquadramento finalistico-

efficientistico della libertà economica che è stato il fondamento giuridico della trasformazione della nostra Costituzione economica vivente che alla fine degli anni Ottanta ha avuto una forte tendenza alla super regolazione ed al mercatismo, inibendo lo sviluppo della libertà d'impresa.

Il perno del problema, secondo chi scrive, è non nell'aver subordinato la libertà economica alle finalità sociali, ma nel fatto di aver letto la libertà economica come un disvalore e come una condizione che deve essere giustificata da altri valori diversamente da quel che accade per le altre libertà.

La giustizia costituzionale ha avuto un periodo di inattività di fronte ai processi di privatizzazione degli anni Novanta che hanno avuto effetti importanti sul sistema italiano, mentre è stata attiva sull'art. 41, confermando, in chiave efficientistica e mercatista, sia il carattere funzionale della libertà economica sia la struttura dirigistica della nostra costituzione economica<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> La Corte contrasta, nei primi anni della sua attività, il tentativo di distinguere, nell'articolo 41, la libertà di "intraprendere" un'attività economica dall'attività di "esercitare" la stessa attività economica, ribadendo il carattere unitario della norma stessa: si esclude che la norma riguardasse la sola attività di impresa, includendo nel novero delle libere attività economiche anche le attività di tipo occasionale o di natura intellettuale. Sent. 35/1960; cfr. 54/1962. Viene confermato il carattere anfibologico della libertà economica, in quanto se la norma è unitaria le limitazioni riguardano l'intera l'attività economica, considerata sia nella fase del suo inizio sia in quella del suo svolgimento. Inoltre, i "limiti" di cui al comma 2° dell'art.41 Cost. sono da considerarsi esterni e dunque, la libertà di iniziativa economica è tutelata anche quando non persegua fini di utilità sociale, basta che la stessa non sia svolta in contrasto con i

---

valori della libertà, della sicurezza e della dignità umane. Secondo la Corte *“i programmi e i controlli che possono essere imposti alla attività economica privata (terzo comma del ricordato art.41) non debbono poi sopprimere l'iniziativa individuale, potendo essi soltanto tendere ad indirizzarla ed a condizionarla”* (Sent. 79/1970), ma *“ciò che conta è che, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale (...) non appaia arbitraria e che gli interventi del legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue, e per altro verso, e in ogni caso, che l'intervento legislativo non sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative”* (Sent. 548 / 1990). L'intervento del giudice delle leggi sui limiti “esterni” ha definito ogni dubbio circa la necessità dell'intervento legislativo per l'attuazione della norma: infatti, si cercò di sostenere l'idea dell'immediata precettività della previsione relativa ai limiti dell'iniziativa privata, considerando il carattere funzionale della libertà economica. La Corte costituzionale ha *“sottratto la libertà di iniziativa economica alla temibile imprevedibilità di limiti, applicati in via diretta dai giudici e dalla pubblica amministrazione, riconoscendosi competente a sindacare la palese irragionevolezza ei fini di unità sociale perseguiti dal legislatore”* (sent. 14/1964). Ancora, il comma 3 dell'articolo 41, prevedendo il necessario intervento del legislatore per la determinazione dei programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali richiama il ruolo del legislatore per la determinazione dei limiti dell'iniziativa economica privata poiché l'indeterminatezza degli stessi dava ai giudici un potere immenso. Alla base della nostra Costituzione c'è il principio della non autosufficienza del principio della libertà di iniziativa economica e, quindi, tale libertà non è trattabile come un dato originario, ma deve essere inserita in una visione storico-sociale: per ciò in una prima fase, dell'articolo 41 della Costituzione, è data un'interpretazione statalistica, poi, con l'evoluzione del percorso europeo e il declino del paradigma stato-nazionale, la libertà economica è ricostruita con riferimento al

La Corte costituzionale svolge, comunque, un ruolo fondamentale, poiché, a partire dagli anni Sessanta, si attribuisce il compito di verificare la congruenza dei mezzi adottati dal legislatore per perseguire i fini di utilità sociale; comunque, nel corso degli anni, la libertà economica può essere limitata, anche a discapito della libertà di accesso al mercato, per proteggere una determinata categoria economicamente più debole nei confronti di un'altra (sentenza n. 30 del 1965), ovvero per evitare fondi 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).

La Corte esprime un giudizio negativo sulla possibilità e sull'opportunità che in Italia si affermi un sistema economico capitalistico di tipo tradizionale, basato sulla libertà d'impresa: in una sentenza della Corte costituzionale, del 1974, Sentenza nr. 225/1974, si evidenzia la circostanza che se non ci sono le condizioni, come in Italia, per un regime di concorrenza, l'interesse della collettività è garantito dal regime di monopolio piuttosto che da quello di libera iniziativa, convertendo la dottrina liberale dello Stato garante delle regole del mercato in una teoria dal netto profilo statalistico e anti liberistico.

L'interpretazione negativa della libertà economica si conferma con l'avanzare dei processi di globalizzazione e con la crisi dei modelli di economia pianificata, in coincidenza dei quali, la Corte manifesta una netta tendenza a qualificare come interesse pubblico primario la

---

percorso di integrazione europea e all'affermazione del "mercato" come valore-guida.

salvaguardia dell'equilibrio locale di mercato tra domanda ed offerta (Sent. 63/1991) e a sottolineare la necessità di salvaguardare le condizioni di efficienza, della potenzialità e competitività delle imprese, di garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema economico produttivo vigente, anche se a tutela dei lavoratori e in genere dei contraenti più deboli (Sent. 439/1991, 241/90, 236/96, 288/96, 386/96, 90/97, 20/98, 196/98, 419/2000, 4132/2002, 26/2003, 27/2004).

Relativamente a ciò, si evidenzia una divergenza tra la giustizia costituzionale italiana e la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, nonostante il punto di partenza sia, per entrambe, l'evoluzione del processo di integrazione grazie al quale si affermano nuovi obiettivi della libertà economica, come la giustizia sociale, la piena occupazione o la sicurezza, pur permanendo la natura funzionalistica della libertà economica.

Infatti, la Corte di giustizia europea valuta la necessità e la proporzionalità degli interventi pubblici limitativi della libertà economica, mentre la Corte costituzionale valuta l'efficacia di dette limitazioni in relazione ai fini di utilità sociale.

Per la giurisprudenza costituzionale italiana, la libertà di iniziativa economica ha una collocazione funzionalistica rispetto ai fini sociali, modificati dai dettami economici che guidano il processo di integrazione europea: tale fenomeno, con la necessità di razionalizzazione del mercato interno e del processo devolutivo che ha portato alla costituzionalizzazione del principio della concorrenza, ha sostituito i fini sociali con il mercato, inteso come

concretizzazione storica del valore assoluto dell'efficienza e dell'ordine economico.

Comunque, per garantire questa neutralizzazione è chiamato ancora lo Stato che deve tutelare la natura funzionalistica della libertà economica, non più rispetto ai fini sociali ma rispetto al mercato e all'integrazione europea.

In vero, la dottrina già ipotizzava la possibilità di “trarre dal riconoscimento costituzionale della libertà di concorrenza, desunto dal comma 1 dell'art. 41, non solo una garanzia individualistica di tipo microeconomico, ma anche, in un'ottica tutta macroeconomica, una garanzia del mantenimento di una struttura tendenzialmente concorrenziale del mercato: la Costituzione all'art. 41, nel passaggio da un piano soggettivo ad un piano oggettivo, avrebbe, cioè, prefigurato un tipo di mercato al cui rispetto avrebbe vincolato il legislatore ordinario”, giungendo, “ad individuare nel mercato l'oggetto della tutela costituzionale (il mercato come “valore”) e ad individuare in esso, in quanto bene maggiore, il presupposto ed il potenziale limite del diritto individuale di iniziativa economica”<sup>96</sup>.

Tale ipotesi, concretizzata negli ultimi anni, veniva respinta, perché l'art. 41, disciplina una situazione giuridica soggettiva, appunto, la libertà economica, che ha una dimensione valoriale: la Corte recepisce i processi devolutivi del percorso di integrazione europeo, tenendo conto dell'affermazione del principio di economia di mercato sulla libera concorrenza, del divieto di aiuti

---

<sup>96</sup> L. BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, Istituzioni del federalismo n. 2, 2003, pp. 345-387.

pubblici alle imprese e dell'affermazione della libera circolazione dei capitali, delle merci, delle persone e delle informazioni ma in un'ottica verticistica e statalistica, in chiave ostile nei confronti dell'autosufficienza logica e ontologica della libertà economica.

I vincoli esterni agli Stati presenti in questa fase del processo di integrazione europea vengono sistemati da parte del Legislatore italiano nella legge l. 287/1990 mentre il processo è consolidato con la costituzionalizzazione della tutela della concorrenza (art. 117 co. 2, l. 3/2001), letta come elemento di razionalizzazione del sistema e di ottimizzazione delle risorse, come effettiva garanzia di realizzazione dei fini di cui al comma 3, in una chiave neo verticistica e neo statalista.

Sulla costituzionalizzazione di questi principi ci sono molti dubbi in dottrina ed anche la stessa giurisprudenza costituzionale si esprime affermando che “il principio della libera concorrenza sia anche una norma costituzionale non è precisato né per esplicito né per implicito” (sentenza nr. 384/99)<sup>97</sup>.

Il giudice costituzionale nella sentenza 14/2004, considera a livello logico-sistematico la costituzionalizzazione della tutela della concorrenza, sottolineando che la stessa è collocata tra le altre materie economiche di esclusiva competenza statale: la collocazione della tutela della concorrenza nel testo costituzionale “evidenzia l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica

---

<sup>97</sup> A PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza*, Giur. Cost., 1999.



che attengono allo sviluppo dell'intero Paese; strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico”.

Si afferma che “dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza”.

Inoltre, la tutela della concorrenza “è una delle leve della politica economica statale e può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”.

La Corte, con questa sentenza, elimina i fini sociali della libertà economica, identificandoli con la concorrenza e ponendo i limiti di cui al co. 3, in una posizione recessiva rispetto al dettato europeo in materia di integrazione dei mercati ma, al tempo stesso, identifica la sfera economica pubblica con quella statale, responsabilizzando lo Stato per la garanzia dell’unità economica della nazione, in funzione del processo di integrazione europea: dunque, il mercato concorrenziale deve essere difeso non come spazio di realizzazione della persona, attraverso l’esercizio della libertà economica, ma come bene in sé, espressione dell’ordine economico voluto dalla Comunità.

La predominanza del diritto comunitario considera il valore dominante quello della libertà di mercato, con la libertà di stabilimento e di circolazione dei beni, servizi e capitali: la recessione dell'intervento pubblico nell'economia non riqualifica la libertà economica personale ma l'autoaffermazione del mercato come valore assoluto e della concorrenza come principio autopoietico.

La libertà economica ha una natura funzionalistica, non più con riferimento ai fini sociali ma con riferimento alla costruzione e conservazione dell'ordine economico europeo: la concorrenza, da mezzo, si erge a fine e valore, poiché è diventata la base dell'ordine economico, affermandosi una visione "tecnica" della tutela concorrenza finalizzata alla creazione delle migliori condizioni per il perseguimento dei fini, indipendentemente dall'individuazione dei fini<sup>98</sup>.

Tale situazione potrebbe essere la causa di un'autoespansione normativa che si presta a un uso strumentale in nome del valore di riferimento.

Il problema è il fine dell'iperproduzione normativa, non più la libertà economica, come manifestazione della dignità umana, ma il mercato in se stesso, valore autonomo, dove al posto della responsabilità, c'è la tecnica, capacità umana di modificare lo stato di cose presente, trasformando i fini in mezzi e i mezzi in fini: quanto sopra è la conseguenza della non lettura della libertà economica come valore originario.

---

<sup>98</sup> E. SEVERINO, *Téchne-Nomos. L'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica*, in P. Barcellona (a cura di), *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari, Dedalo, 2001, pp. 15-24.

#### **1.4 Attualità della nostra Costituzione economica**

Il ruolo di identità affidato alla Costituzione ed il legame fra la Costituzione economica ed il contesto sociale ed economico che si vive, porta inevitabilmente a chiedersi quanto attuale ed adeguata la stessa sia ancora.

Gli anni passati sono stati caratterizzati da importanti avvenimenti che hanno inciso profondamente i processi economici a livello, non solo, di economia nazionale ma anche e, soprattutto, a livello di sistema economico europeo ed internazionale, tracciando nuove forme di lettura per il rapporto Stato e sovranità e Stato ed economia.

La novità più evidente è quella riguardante la sovranità monetaria: con l'adesione all'UEM, il Paese ha rinunciato ad un potere che storicamente ha rappresentato un meccanismo essenziale della politica economica dello Stato.

In materia di finanza pubblica, il patto di stabilità dei protocolli per il contenimento dei disavanzi pubblici eccessivi, segna la rinuncia nazionale ad una parte della propria sovranità di bilancio: dunque, anche se con il Trattato di Maastricht e con i successivi protocolli non ci sia stata l'introduzione di vincolo al pareggio del bilancio dello Stato, le innovazioni introdotte non si possono leggere come pattizie e procedimentali, perché la determinazione di una regola di natura quantitativa, la previsione di una situazione di necessari rapporti fra Stati ed Unione europea per la fissazione degli obiettivi di indebitamento, per la verifica dei risultati ed per l'applicazione delle sanzioni in caso di disavanzi eccessivi, compromette la discrezionalità finanziaria dello Stato e la

sua sovranità, tramite l'introduzione, nella politica di bilancio, di elementi di etero determinazione.

Il concetto di sovranità dello Stato nella politica economica viene unito alle previsioni di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato che definiscono veri processi di intervento da parte dell'Unione Europea sulla politica della concorrenza sia nello spazio economico europeo sia nei singoli stati membri<sup>99</sup>.

Dunque, gli interventi comunitari hanno eroso gli strumenti di politica economica ed industriale nazionali, considerando che ora si è di fronte a situazioni più rigorose e delimitate per il 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.

Si precisa a tal proposito che il trattato dell'Unione europea non vuole a priori stabilire il regime proprietario delle imprese ed analizza il processo degli aiuti pubblici alle imprese solo considerando i possibili effetti negativi sul mercato unico, anche se la politica di apertura dei mercati e di promozione della concorrenza ha portato l'Unione a limitare l'intervento degli Stati, nella considerazione che per l'erogazione di sussidi ad imprese e per la gestione diretta di attività economiche da parte dello Stato, viene alla luce la categoria del servizio di interesse economico generale, non completamente remunerato dal mercato per la presenza di un market failure.

---

<sup>99</sup> R. PERNA, intervento presso il convegno della Fondazione Magna Carta, *Perché è giusto riformare la Costituzione Economica*, del 16 Giugno 2010.

In tal modo, l'Unione Europea ha assunto la funzione di delimitare l'area e di fissare i criteri dell'intervento dello Stato in economia, di regolazione dei rapporti fra stato e mercato e fra autorità e libertà.

Dunque rispetto al 1948 sono cambiati tutti gli elementi fondamentali del contesto nel quale la Costituzione economica è stata redatta, e sembrerebbe quindi doveroso procedere ad un suo aggiornamento: è cambiata la cultura politica del Paese, facendo venir meno le ragioni storiche della Costituzione armistiziale, sono cambiati i valori dell'economia sociale di mercato, è, indubbiamente, cambiato il contesto economico internazionale che, in forza della sua sempre maggiore integrazione, riduce gli spazi di autonomia delle politiche economiche nazionali.

Nonostante l'evidenza di tali ragioni, il tema della Costituzione economica non è mai riuscito ad entrare stabilmente da protagonista nel dibattito politico, rispondendo ad una mera tattica politica tutta rivolta a quantificare il rapporto costi – benefici, che, nel caso specifico, sarebbe molto sfavorevole.

A dimostrazione di ciò, i fattori di cambiamento ed la disciplina europea hanno portato l'Italia verso un equilibrio accettabile nella finanza pubblica, nell'apertura del mercato e nelle liberalizzazioni, nell'arretramento dello Stato imprenditore: argomenti 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.

A questo punto sovviene naturalmente la considerazione secondo la quale nonostante ci sia un assestamento

garantito dai vincoli europei, è doveroso considerare la diversità tra la politica europea e quelle nazionali.

Infatti, mentre in sede europea si deve garantire la convergenza fra i sistemi economici dei paesi membri per determinare un sistema comune economico che tenda sempre verso la stabilità evitando divaricazioni fra le aree economiche e comportamenti opportunistici di alcuni paesi, in sede nazionale, la logica costituzionale è concentrata sulla fissazione di garanzie nei rapporti fra lo Stato ed i cittadini e nei rapporti fra i cittadini stessi, con la definizione di regole idonee a rendere efficiente e trasparente il procedimento per il conseguimento del risultato finale.

Alla luce di quanto scritto si può riconoscere come l'equilibrio raggiunto grazie ai vincoli europei sia precario e non ottimale: la precarietà dell'equilibrio appare di cogente attualità in relazione alle recenti turbolenze finanziarie e valutarie, la valutazione di un equilibrio non ottimale, risiede nella considerazione che i vincoli europei non hanno la capacità conformativa propria di una Costituzione<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Si pensi 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. Analoga debolezza si può riscontrare anche sul terreno delle politiche per la concorrenza e per il mercato,

E' attuale 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 appare complessa in relazione al nuovo contesto sociale ed economico in cui l'Italia versa ed in relazione alle particolari vicende storiche che hanno dato la paternità alla contestata disposizione costituzionale: da un lato, dunque, si è comunemente d'accordo sul fatto che la formulazione dell'articolo indichi l'orientamento in favore di un forte interventismo dello Stato in economia, dall'altro, è necessario ricordare che la formulazione dell'articolo è un tentativo di arginare le proposte dirette a sancire in modo organico il principio della pianificazione economica.

A questo punto, attenendosi alle proposte di riforma dell'articolo 41 della Costituzione, si considera l'esistenza del rischio che una particolare cultura del mercato, l'ipostatizzazione della categoria astratta della concorrenza perfetta, la dilatazione del concetto di fallimento del mercato, la tentazione di affidare alla legislazione la creazione dell'ordine sociale ottimale, possa produrre esiti opposti, portando ad un appesantimento dell'apparato regolatorio e burocratico tramite la riformulazione delle norme in materia di libertà di impresa e tramite la previsione di una sanzione costituzionale del principio della concorrenza.

---

relativamente al quale la disciplina di fonte europea oltre a concentrarsi 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.

Proprio la funzione identitaria, alla quale attinge l'intervento riformatore, ed assiologia della nostra Costituzione porta alla necessaria cristallizzazione di quanto maturato a livello economico negli ultimi anni attraverso principi e precetti costituzionali ed attraverso il necessario bilanciamento degli interessi individuali ed economici.

## **2. La Costituzione economica europea: l'apporto degli ordoliberali**

La costituzione economica dell'Unione Europea è oggetto di un ampio, controverso e risalente dibattito, sviluppato negli anni su diversi livelli, da quello filosofico-politico, a quello economico o ancora a quello più strettamente giuridico-positivo.

Questa molteplicità di livelli ha causato spesso incomprensioni tra i protagonisti del dibattito che in certi casi, pur rispondendo alle critiche rivoltegli da esponenti di scuole di pensiero diverse, usavano in realtà il concetto di costituzione economica in accezioni diverse.

Gli ordoliberali ritenevano che l'economia di mercato costituisse condizione indispensabile per l'esistenza di una società aperta di individui liberi ed eguali<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Una delle ragioni del profondo impatto della scuola ordolibérale sulla scena politica europea negli anni immediatamente successivi alla seconda guerra mondiale è stata proprio l'ampiezza, sistematicità ed organicità della loro teoria, che essi elaborarono su solide basi filosofiche. In particolare, una delle ragioni di quell'impatto fu costituita dalla loro capacità di combinare le diverse prospettive della teoria economica e della teoria giuridica sul problema di come organizzare una società ordinata di individui liberi ed eguali in un unico ed organico approccio. D.J. GERBER,



Essi si concentrarono, pertanto, sulle caratteristiche di un sistema sociale basato sull'economia di mercato e cercarono di capire quali fossero i meccanismi che ne potessero spiegare il funzionamento.

Più in particolare, gli ordoliberali cercarono di rispondere al quesito relativo alla modalità con cui un sistema di mercato riesce ad organizzare e coordinare le azioni di un numero non definibile di individui ciascuno dei quali, pur agendo in base a programmi scelti in modo autonomo ed indipendente, è immerso in una fitta rete di scambi con gli altri individui e, pertanto, dipende dalle scelte che costoro compiono in modo altrettanto autonomo ed indipendente.

La risposta che in ultimo diedero a tale quesito fondamentale fu la descrizione dell'ordine di mercato come ordine spontaneo prodotto da un sistema auto-organizzato<sup>102</sup>. L'interazione di e fra individui autonomi ed indipendenti si sviluppa in, e produce delle, regolarità nelle attività economiche che costituiscono il risultato evolutivo di un processo auto-organizzantesi grazie ad aggiustamenti reciproci fra le scelte indipendenti degli individui

---

*Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the New Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 42, 1994, n. 1, pp. 25-84 e *Law and Competition in the 20th Century Europe. Protecting Prometheus*, op. cit.;

<sup>102</sup> Il più profondo e solido difensore di questa visione dell'ordine del mercato è senza dubbio F. A. von Hayek: la differenza principale tra la posizione di Hayek e quella degli ordoliberali consiste nel fatto che questi ultimi ritengono che allo Stato vada necessariamente attribuito un ruolo costitutivo dell'economia di mercato, mentre Hayek ritiene che l'ordine di mercato non abbia bisogno di sostegni esterni. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari 1998.

autonomi medesimi. La capacità di auto-organizzarsi del sistema si svolge all'interno di una complessa rete di transazioni tra i diversi attori economici.

Questo processo è estremamente importante perché la conclusione di ogni singola transazione contribuisce non solo alla diffusione di informazioni rilevanti sui possibili usi cui i vari beni possono essere adibiti e sul loro relativo valore, ma anche alla creazione di nuove conoscenze su quegli usi e valori<sup>103</sup>.

La capacità di fare scelte indipendenti è assicurata non appena ognuno dei partecipanti ad una transazione è in condizione di valutarne la convenienza in relazione alla possibilità di concludere la transazione con altri potenziali attori economici; in altre parole, essa è assicurata non appena una concorrenza effettiva è introdotta e garantita.

Ad ogni singolo stadio di questo processo continuo, gli equilibri transitori raggiunti rappresentano e costituiscono l'ordine non voluto e spontaneo prodotto dal coordinarsi contemporaneo delle azioni di tutti gli attori economici.

Una volta definito il sistema di mercato come ordine spontaneo, non prodotto da una decisione dell'uomo e pertanto senza fini, gli ordoliberali si interrogarono sul tipo

---

<sup>103</sup> Una delle ragioni della superiorità dell'ordine di mercato sull'economia pianificata è costituita dalla capacità che ha il primo ordine, ma non il secondo, di risolvere il problema della conoscenza. Il mercato, infatti, non solo è in grado di sfruttare la conoscenza parziale posseduta da ognuno dei suoi singoli partecipanti, ma anche fa sì che si instauri un processo che produce nuova conoscenza. F.A. VON HAYEK, *Competition as a Discovery Procedure*, in *New Studies in Philosophy, Economics and the History of Ideas*, 1968/1978.

di norme che possano garantire il corretto funzionamento di tale ordine.

La risposta a questo interrogativo risiede nella necessità di norme in grado di garantire the stability of possession, of its transference by consent and of the performance of promise: norme che istituiscono e proteggono la proprietà privata, la libertà contrattuale e la responsabilità personale<sup>104</sup>.

Gli ordoliberali erano, però, convinti che le summenzionate norme non fossero da sole sufficienti a preservare l'esistenza di una società composta da individui ugualmente liberi, poiché non proteggevano contro il rischio che l'autonomia dei soggetti, che si traduce in un corrispettivo potere, possa essere esercitata in modo abusivo e possa, in tal modo, finire per tradursi in indebite interferenze da parte di uno o più privati nei confronti di altri privati.

Nel cercare di risolvere questo difficile problema, gli ordoliberali proposero di applicare alla sfera privata lo stesso sistema che era stato ideato per risolvere il problema dell'abuso di potere nella sfera pubblica: quindi così come nella sfera pubblica si era arrivati a riconoscere i principi della divisione dei poteri, del suffragio universale e dello Stato di diritto come garanzie indispensabili contro l'eccessivo concentrarsi del potere, un meccanismo simile

---

<sup>104</sup> D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, Oxford 1888/1978: queste norme appartengono tutte al diritto privato e F. Böhm introdusse l'espressione *private law society* per descrivere una società fondata su questi principi e norme, F. BÖHM, *Rule of Law in a Market Economy*, in A. Peacock-H. Willgerodt (eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Macmillan, London 1989.

andava applicato alla sfera privata onde evitare che la eguale libertà dei cittadini, protetta nei confronti del momento pubblico, potesse essere messa in pericolo dall'esistenza e dall'esercizio del potere privato<sup>105</sup>.

Come si è già detto sopra, gli ordoliberali ritenevano che un regime di libera concorrenza fosse condizione necessaria per il mantenimento di una società di liberi ed eguali.

L'instaurazione di un sistema inteso a garantire che il processo di concorrenza fosse libero e non falsato deve, pertanto, costituire, secondo il pensiero ordoliberale, una scelta costituzionale fondamentale che vincola lo Stato: si assiste ad un totale ribaltarsi della tesi centrale al pensiero liberale, quella in base alla quale l'esistenza di un'economia libera viene garantita attraverso una chiara e netta separazione della sfera politica da quella economica.

Nel sistema ordoliberale, l'esistenza di una società composta da individui liberi ed uguali dipende in modo fondamentale dal rapporto che l'economia ha con la politica ed è la scelta compiuta al livello costituzionale che agisce come garanzia contro il rischio di interferenze sulla libertà degli individui sia da parte dello Stato che da parte dei privati.

Il sistema di mercato, come si è visto, è un sistema auto-organizzantesi e senza fini, che può funzionare soltanto, se e finché, non si pretenda di definire dall'esterno obiettivi

---

<sup>105</sup> D.J. GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the New Europe*, op. cit..

concreti da perseguire, traducendoli poi in effettive politiche di intervento sull'economia<sup>106</sup>.

La scelta costituzionale fondamentale chiama lo Stato a svolgere un ruolo allo stesso tempo costitutivo e sussidiario nei confronti della libertà economica: costitutivo in quanto l'esistenza di una economia libera dipende da quella scelta, sussidiario perché un sistema di mercato implica per definizione che lo Stato si limiti a garantire le condizioni necessarie affinché il processo concorrenziale non sia distorto.

Nella prospettiva ordoliberalale il mantenimento di condizioni di effettiva concorrenza è fondamentale poiché funzionale a garantire l'esistenza di condizioni di uguale libertà per tutti i cittadini, garantendo per quest'ultimi un'effettiva autonomia individuale<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Una delle tesi più importanti della *Ordnungspolitik* è quella secondo cui v'è una assoluta incompatibilità tra una *transaction economy* ed una *centrally administred economy*; ciò implica che ogni tentativo di utilizzare strumenti adatti al secondo tipo di economia finirebbe necessariamente per ostacolare il corretto funzionamento di un'economia di mercato. D.J. GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the New Europe*, op.cit.;

<sup>107</sup> È chiara la differenza tra questa posizione e quella della scuola di Chicago secondo la quale obiettivo ultimo della protezione della concorrenza sarebbe la massimizzazione dell'efficienza economica. Secondo gli ordoliberali, invece, il fatto che un sistema di mercato concorrenziale sia in grado di massimizzare il benessere economico, pur fornendo un'ulteriore ragione a sostegno della politica della concorrenza, non ne costituisce mai lo scopo ultimo. W. MOSCHEL, *Competition Policy From an Ordo Point of View*, in A. Peacock-H. Willgerodt (eds.), *German Neo- Liberals and the Social Market Economy*, Macmillan, London 1989.

Una politica statale che prevenga il formarsi di posizioni di potere di mercato<sup>108</sup>, in quest'ottica, lungi dall'interferire con l'esercizio della libertà contrattuale, è al contrario costitutiva di quella libertà: l'autonomia contrattuale, infatti, è possibile proprio grazie alle norme del diritto della concorrenza che a tal fine attribuiscono allo Stato il potere/ responsabilità di evitare che quell'autonomia possa essere abusata.

Il modello ordoliberal, come si vede, è organizzato in modo coerente per garantire l'esistenza di una società in cui i diritti fondamentali dei cittadini siano protetti<sup>109</sup>.

Da una parte, la struttura democratica della comunità politica serve a garantire una massima partecipazione dei

---

<sup>108</sup> Vi sono dei casi in cui, per ragioni economiche, non è possibile prevenire il formarsi di posizioni di potere di mercato. In tali ipotesi, secondo gli ordoliberali, le imprese con potere di mercato vanno sottoposte ad uno stringente controllo da parte dell'autorità garante della concorrenza, controllo che deve in ultimo mirare a far sì che quelle imprese agiscano *come se* non abbiano potere di mercato. Questo criterio è estremamente problematico perché attribuisce all'autorità garante una discrezione difficilmente controllabile. D.J. GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the New Europe*, op.cit.;

<sup>109</sup> Questo modello è ben più complesso in quanto contiene la distinzione tra *principi costitutivi* e *principi regolativi*. I primi comprendono, oltre ai citati principi della proprietà privata, libertà contrattuale e responsabilità personale, anche quelli della stabilità della moneta, dei mercati aperti e di una politica economica stabilmente conforme a principi fissi. I secondi derivano direttamente dai principi costitutivi e fra di essi si trovano, per esempio, i fondamentali principi del diritto della concorrenza. D.J. GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the New Europe*, op.cit..

cittadini al processo politico, dall'altra, la netta separazione funzionale tra lo Stato e l'economia protegge la loro autonomia privata: entrambi gli aspetti sono visti come parti di un tutto coerente ed armonico<sup>110</sup>.

Dopo aver presentato il pensiero degli ordoliberali, si procederà all'analisi dell'interpretazione proposta dagli stessi confrontandola con una opposta tesi sulla costituzione economica europea.

In vero, l'analisi partirà dal Trattato di Roma del 1957 e successive modifiche con l'Atto Unico Europeo, con il Trattato sull'Unione Europea e con il Trattato di Amsterdam.

Il Trattato di Roma del 25 Marzo 1957 non costituiva, nelle intenzioni delle parti contraenti, una costituzione in senso formale: la costituzionalizzazione del Trattato istitutivo della Comunità Europea è stata realizzata attraverso una serie di importanti sentenze della Corte di Giustizia Europea<sup>111</sup>.

La natura giurisprudenziale del processo di costituzionalizzazione, ha però determinato poca chiarezza e coerenza tra le varie parti del corpus normativo della Comunità Europea: per questo gli studiosi del diritto hanno cercato attraverso letture sistematiche dell'intero impianto normativo comunitario, e basandosi sui principi enunciati

---

<sup>110</sup> E.U. PETERSMANN, *Constitutionalism, Constitutional Law and European Integration*, in *Aussenwirtschaft*, 46, 1991, pp. 15-48;

<sup>111</sup> La Corte Europea di Giustizia ha enunciato nel modo più esplicito la tesi secondo cui il Trattato CEE è una carta costituzionale nella opinione 1/91 sul progetto del Trattato istitutivo dell'Area Economica Europea. *Opinion 1/91*, 1991, E.C.R. I-6002 par. 21.

dalla Corte, di razionalizzare l'insieme complesso di norme e principi riconosciuti in sede comunitaria.

Il programma di istituire una Comunità basata su un mercato comune si presentava come del tutto congeniale al modello elaborato dai teorici ordoliberali, secondo i quali l'instaurazione di un mercato comune caratterizzato da un'economia organizzata secondo corretti principi avrebbe inevitabilmente portato alla creazione di una nuova comunità politica, i cui i membri le avrebbero dato la loro spontanea adesione e il loro leale sostegno perché direttamente funzionale alla protezione dei loro diritti fondamentali.

Gli ordoliberali hanno considerato il Trattato di Roma come una quasi perfetta attuazione del loro modello, poiché istituiva un libero mercato transnazionale basato sul coordinamento spontaneo degli agenti economici attraverso il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente ed attraverso l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Ancora, tra le attività della Comunità espressamente previste, v'è il mantenimento di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno (art. 3.1 (a) e (c)): secondo le tesi ordoliberali, in questa disposizione si prevedeva il riconoscimento e la protezione dell'autonomia degli agenti economici nella Comunità.

Queste disposizioni sono state, ben presto, affiancate dai principi della efficacia diretta e della supremazia del diritto



comunitario, principi questi che riconoscono ai privati il diritto di far dichiarare nulle o inefficaci<sup>112</sup> le disposizioni legislative dei singoli Stati membri qualora queste interferiscano indebitamente con le libertà riconosciute nel Trattato.

Importante è, ancora, ricordare l'istituzione della Corte di Giustizia Europea che deve assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente trattato: così la Comunità Europea ha un organo giurisdizionale al quale è affidato il compito di garantire il rispetto dei principi dello Stato di diritto.

Inoltre, per incrementare la protezione della libertà di iniziativa economica negli articoli 92-94 (adesso articoli. 87-89) si prevede un rigoroso controllo per il regime degli aiuti di Stato alle imprese finalizzato ad evitare la lesione della concorrenza, mentre l'articolo 90 (adesso articolo 86) sottopone le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale in particolare alle regole di concorrenza.

Secondo gli ordoliberali, questo insieme di disposizioni normative chiaramente poneva il mercato, ed i relativi principi che ne governano il funzionamento, in posizione di assoluta centralità nel sistema giuridico comunitario e si riteneva che il riconoscimento e la garanzia delle quattro libertà fondamentali avrebbe portato ad un miglioramento dell'assetto istituzionale della Comunità e ad una sempre più stretta integrazione tra gli Stati membri della Comunità.

---

<sup>112</sup> P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *EU LAW, Texts, Cases and Materials*, chs. 4-6, Oxford University Press, Oxford 1998.

Il miglioramento e la progressiva integrazione sarebbero stati, dunque, non l'esito finale di un'attività intenzionalmente mirata al loro raggiungimento, ma un risultato spontaneo del coordinamento delle azioni e dei piani di azioni della molteplicità dei privati; in questo quadro, compito della Comunità sarebbe stato quello di garantire un corretto funzionamento del sistema di mercato attraverso l'adozione di norme astratte e generali ed attraverso la protezione di assetti concorrenziali dell'economia.

Questo metodo di integrazione è stato definito come integrazione dal basso attraverso framework activities<sup>113</sup>, secondo il quale le disposizioni relative alle politiche settoriali, erano considerate ingiustificate deviazioni dai corretti principi di mercato e, pertanto, come difetti che avrebbero dovuto essere eliminati attraverso adeguate riforme dell'assetto normativo.

Tutto l'insieme delle norme presentato è rivolto ai privati ed agli Stati membri e, pertanto, non vincolano gli organi della Comunità Europea e quindi se questo fosse stato accettato, le libertà economiche individuali, protette nei confronti di indebite interferenze da parte di altri privati e degli Stati membri, sarebbero rimaste esposte al rischio di interferenze esercitate al livello comunitario<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> M.E. STREIT-W. MUSSLER, *The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, in *European Law Journal*, 1 (1995), n. 1, pp. 5-30;

<sup>114</sup> La versione consolidata del Trattato all'articolo 4 prevede adesso che non solo gli Stati membri, ma anche la Comunità sia vincolata all'adozione di una politica economica condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

Per risolvere questo problema, gli ordoliberali hanno individuato i necessari vincoli all'azione della Comunità Europea attraverso una ricostruzione sistematica delle norme del Trattato basata sull'insieme dei principi fondamentali del diritto comunitario generalmente riconosciuti, tra questi si ricorda il principio in base al quale la Comunità Europea può esercitare solo i poteri che le sono espressamente attribuiti e solo ai fini del raggiungimento degli obiettivi che le sono assegnati (principio degli *enumerated powers*)<sup>115</sup>.

Costatando che l'instaurazione di un mercato interno in cui la concorrenza non sia falsata, è l'unico strumento attraverso il quale gli organi comunitari sono autorizzati a perseguire gli obiettivi della Comunità, gli ordoliberali hanno sostenuto che questa è legittimata ad esercitare i poteri che le sono conferiti soltanto nella misura in cui ciò sia necessario all'instaurazione del mercato interno: le quattro libertà fondamentali ed il principio di un'economia aperta ed in libera concorrenza avrebbero la duplice funzione di conferire poteri alla Comunità ed al contempo di limitare quei poteri stessi<sup>116</sup>.

Gli ordoliberali, infine, hanno sempre ritenuto che, nel caso della Comunità Europea, vi sia un ulteriore stringente vincolo alla possibilità di elaborare ed attuare politiche di

---

<sup>115</sup> Altri vincoli all'azione comunitaria sono costituiti dai principi di proporzionalità e non discriminazione. Per quanto riguarda il principio degli *enumerated powers* è da notare che è adesso espressamente sancito all'articolo 5 in base al quale “*la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato*”;

<sup>116</sup> E-J. MESTMÄCKER, *On the Legitimacy of European Law*, in *Rabel Zeitschrift*, 58 (1994), pp. 615-635.

intervento nell'economia motivate da ragioni di pubblico interesse.

Infatti, l'unica fonte di legittimazione per questo tipo di politiche è data dalla struttura democratica e dalla sovranità popolare di una comunità politica e dunque, considerato il noto problema del deficit democratico e tenuto conto che essa non ha la natura di una vera e propria comunità politica, gli ordoliberali hanno sostenuto che politiche motivate da ragioni di interesse pubblico sarebbero del tutto prive di legittimazione nel contesto comunitario<sup>117</sup>.

Questo è quanto sostenevano gli ordoliberali contestati da un'altra scuola di pensiero che, sin dall'inizio, non ha accettato la lettura del Trattato di Roma come costituzione economica liberale proponendo una diversa tesi in base alla quale la corretta interpretazione di quel Trattato, alla luce delle pronunce della Corte Europea di Giustizia, sarebbe quella della sua neutralità sia in relazione alle politiche economiche degli Stati membri sia in relazione alle politiche della Comunità stessa<sup>118</sup>.

Questa opposta tesi fa riferimento all'articolo 222 (adesso art. 295) del Trattato in base al quale il Trattato stesso

---

<sup>117</sup> E-J. MESTMÄCKER, *On the Legitimacy of European Law*, op. cit., esprime il concetto per cui i margini per l'attuazione di politiche ispirate da un concetto ampio di pubblico interesse sarebbero, pertanto, nel caso della Comunità Europea ben più stretti che nel caso degli Stati nazionali, in quanto questi ultimi possono perseguire l'*interesse pubblico* attraverso politiche democraticamente legittimate e fintantoché quelle politiche non interferiscano indebitamente con le libertà individuali;

<sup>118</sup> W. SAUTER, *The Economic Constitution of the European Union*, in *The Columbia Journal of European Law*, 4 (1998), pp. 27-68.

lascerebbe del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri: da tale disposizione si evincerebbe, dunque, che il Trattato di Roma non esclude nemmeno la possibilità di un intervento pubblico diretto sull'economia<sup>119</sup>.

A sostegno di quanto sopra, un'esatta ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio dell'effetto utile sul combinato disposto delle norme contenute negli articoli 30 (adesso articolo 28) e 59 (adesso articolo 49) da un lato, e di quella contenuta nell'articolo 5.2 (adesso articolo 10.2) secondo cui gli Stati membri si astengono da qualsiasi misura che rischia di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato, dimostrerebbe che la Corte sarebbe ben poco incline ad interferire sulle politiche nazionali.

Come si evince infatti dall'orientamento giurisprudenziale iniziato con il famoso caso Keck<sup>120</sup>, la Corte Europea di Giustizia tende a non interferire con politiche nazionali mirate al perseguimento di obiettivi di pubblico interesse, a meno che le disposizioni normative nazionali portate al suo esame, chiaramente violino il principio di non-

---

<sup>119</sup> Si precisa, comunque che ciò non sarebbe sufficiente a confutare la tesi ordoliberal, poiché, anche se gli ordoliberali sono tendenzialmente sfavorevoli alle imprese pubbliche o a partecipazione pubblica in quanto si presterebbero facilmente a possibili abusi, si ricorda che la natura pubblica di un'impresa non è di per sé incompatibile con un sistema di mercato e quindi, purché si rispettino i principi fondamentali che governano un sistema di mercato, un'impresa pubblica è perfettamente compatibile con quel sistema medesimo;

<sup>120</sup> *Keck*, joined cases C-267 e 268/91, 1993 E.C.R. I-6097; *VBVB and VBBB v. Commission*, joined cases 43 and 63 /82, 1985, E.C.R. 19; *Leclerc v. Au Blé Vert*, case 229/83, 1985, E.C.R. 1.

discriminazione o pregiudichino in modo significativo il commercio nel mercato comune<sup>121</sup>.

Secondo questa diversa lettura della costituzione materiale della Comunità Europea, anche in relazione a quest'ultima ed alle politiche che questa può adottare, il Trattato di Roma non imporrebbe gli stringenti limiti che invece sono individuati dai seguaci della scuola ordoliberal: quindi, la tesi secondo cui i diritti di proprietà e di iniziativa economica costituirebbero fonte di legittimazione e limite alle competenze degli organi comunitari è sottoposta a severa critica anche perché non è suffragata dalle sentenze in cui la Corte di Giustizia ha affrontato il problema<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Prima del *caso Keck* la Corte aveva adottato criteri diversi e più restrittivi in base ai quali valutare se le disposizioni normative nazionali potessero essere considerate illegittime in quanto pregiudizievoli al commercio nel mercato interno. In particolare, secondo la dottrina enunciata nella sentenza *Cassis de Dijon* (1979, E.C.R. 649) gli Stati membri erano tenuti a riconoscere la normativa vigente nello Stato dal quale i beni erano importati e avrebbero potuto imporre l'applicazione di proprie e più restrittive disposizioni normative soltanto in casi del tutto eccezionali;

<sup>122</sup> *J. Nold v. Commission*, Case 4/73, 1974 E.C.R. 491; *Hauer v Rheinland Pfalz*, case 44/79, 1979 E.C.R. 3727. Nella causa *Nold v. Commission*, la Corte ha ritenuto che se è vero che il diritto di proprietà e quello di iniziativa economica sono riconosciuti e protetti dal diritto comunitario, è anche vero che lo sono in vista della loro funzione sociale e, pertanto, “*whithin the Community legal order, it 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*”: il diritto di proprietà e di iniziativa economica non costituiscono il parametro di riferimento ultimo ed assoluto per valutare la legittimità delle politiche comunitarie che, invece, andrebbero scrutinate in

La divergenza di vedute sulla costituzione economica europea sopra esaminata è stata risolta dai successivi emendamenti apportati all'originario testo del Trattato di Roma, in modo che, anche i seguaci della scuola ordoliberalista riconoscono ormai come, dopo il Trattato di Amsterdam del 2 Ottobre 1997, il modello di costituzione economica emergente dal Trattato della Comunità Europea non corrisponda più al concetto di costituzione economica da loro elaborato e difeso.

La versione consolidata di quel Trattato, infatti, contiene una serie di nuove disposizioni normative che sono chiaramente incompatibili con le caratteristiche di una costituzione economica liberale: come, l'articolo 2 che individua tra gli obiettivi generali della Comunità anche quello di promuovere un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati Membri; l'articolo 3.2 che aggiunge come l'azione della Comunità miri ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne, attraverso l'attuazione di politiche redistributive, ben oltre quel minimo ammesso come legittimo secondo la teoria ordoliberalista, poi si ricorda che la Comunità ha acquisito competenza ad agire in settori quali cultura ed istruzione, protezione dei consumatori e sanità pubblica, settori che gli ordoliberalisti avrebbero voluto rimossi dall'ambito delle competenze delle autorità pubbliche.

---

relazione al rispetto dei principi di proporzionalità e di non-discriminazione.

L'attuale assetto normativo della Comunità Europea è dunque lontano dal modello ordoliberal e ciò è anche dimostrato dall'ulteriore obiettivo generale della Comunità del raggiungimento di un elevato livello di competitività e di un elevato livello di convergenza dei risultati economici, in armonia con la disposizione secondo cui la Comunità deve sviluppare azioni mirate al rafforzamento della competitività dell'industria comunitaria.

L'enunciazione di questo obiettivo generale, contenuta nella parte prima del Trattato dedicata ai Principi, è concretizzata nella disposizione di cui al Titolo XVI, articolo 157, che stabilisce che "La Comunità e gli Stati membri provvedono affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria della Comunità": tale insieme di disposizioni normative prevede, quindi, che la Comunità Europea sviluppi ed attui una propria politica industriale, in netto contrasto con quanto previsto dalla teoria ordoliberal.

Si potrebbe ritenere che quel contrasto è, almeno in parte, attenuato dall'ultimo comma dell'articolo 157 che stabilisce come "il presente Titolo non costituisce una base per l'introduzione da parte della Comunità di qualsivoglia misura che possa comportare distorsioni di concorrenza", tuttavia<sup>123</sup>, è di fatto impossibile rispettare quest'ultima disposizione perché le azioni previste dall'articolo 157 porteranno necessariamente a forme di discriminazione tra settori dell'economia e tra diversi tipi di attività economica<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> STREIT-MUSSLER, *The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, op.cit.;

<sup>124</sup> Si pensi all'espresso collegamento istituito tra le disposizioni relative alla politica industriale e quelle relative alla ricerca e



Alla luce di quanto sopra, è chiaro che siamo qui di fronte alla previsione di un insieme di politiche ed attività pubbliche aventi uno scopo ulteriore rispetto al garantire l'esistenza di un quadro normativo-istituzionale in grado di assicurare il corretto funzionamento di un sistema di mercato.

Si parla, dunque, di politiche comunitarie che traducono l'obiettivo di rafforzare la competitività dell'industria della Comunità in obiettivi concreti da raggiungere in base a programmi adottati dalle autorità pubbliche: con queste precisazioni, la distanza dal modello che vedeva quale unico compito del momento pubblico quello di assicurare l'esistenza di un libero mercato tutelando la concorrenza, appare in tutta evidenza<sup>125</sup>.

---

sviluppo tecnologico: in base a quanto previsto dall'articolo 157.3 la Comunità contribuisce al rafforzamento della competitività dell'industria comunitaria *attraverso politiche ed azioni da essa attuate ai sensi di altre disposizioni del presente trattato*, tra queste ultime, si trova quella contenuta all'articolo 163 in base alla quale *“la Comunità si propone l'obiettivo di rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria della Comunità”* (articolo 163.1). Il comma secondo dello stesso articolo prevede che *“a tal fine essa incoraggia le imprese, comprese le piccole e medie imprese, i centri di ricerca e le università nei loro sforzi di ricerca e di sviluppo tecnologico di alta qualità”*. La Comunità può anche *“creare imprese comuni o qualsiasi altra struttura necessaria alla migliore esecuzione dei programmi di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione comunitari”*. Questo insieme di attività, infine, deve essere attuato sulla base di ed in conformità a un programma quadro pluriennale adottato dal Consiglio secondo la procedura prevista all'articolo 166;

<sup>125</sup> STREIT- MUSSLER, *The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, op.cit..

Quindi, la versione consolidata del Trattato prevede un insieme di politiche comunitarie in materia economica che oltrepassa quanto ritenuto ammissibile dai teorici ordoliberali, anche se si sottolinea che il Trattato di Maastricht ha introdotto, tra i principi direttivi dell'azione della Comunità, quello di libera concorrenza in un mercato aperto, scelta confermata nel successivo Trattato di Amsterdam: dunque, la Comunità Europea ha adesso il duplice compito di tutelare un regime teso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno e quello di elaborare ed attuare politiche sociali, occupazionali ed industriali.

I sostenitori dei due diversi modelli di costituzione economica sopra descritti hanno, come era prevedibile, valutato in modo opposto l'evoluzione della costituzione economica della Comunità.

Gli ordoliberali ritengono che l'inclusione di politiche non conformi ad un sistema di mercato possa portare al passaggio da una Comunità basata sul principio della rule of law ad una Comunità rent-seeking, sostenendo che le nuove politiche della Comunità Europea potrebbero impedire il corretto funzionamento del mercato comune ed innescare conflitti redistributivi a livello comunitario.

Ad aggravare ulteriormente questo scenario concorrerebbe, secondo gli ordoliberali, il deficit democratico della Comunità Europea e più in generale il fatto che questa non costituisce una vera comunità politica, situazione che equivarrebbe ad una minore lealtà dei cittadini europei nei confronti delle autorità comunitarie, con il rischio che i conflitti redistributivi a spese dei cittadini potrebbe portare a spinte disgreganti e nel lungo periodo potrebbe mettere

in pericolo la stessa sopravvivenza della Comunità Europea<sup>126</sup>.

I sostenitori della tesi della neutralità come caratteristica fondamentale della costituzione economica europea, invece, leggono l'introduzione delle nuove competenze e di nuove politiche come un ulteriore progresso nel processo di integrazione.

In particolare, tali norme garantirebbero il passaggio da una strategia dove l'integrazione si ottiene dal basso, negative integration, ad una strategia in cui l'integrazione è soddisfatta attraverso l'esercizio di poteri normativi da parte degli organi comunitari e attraverso il coordinamento delle politiche nazionali, positive integration e policy coordination.

Con queste premesse, dunque, l'istituzione della Comunità Europea non sarebbe un segnale della crisi dello Stato, ma costituirebbe il tentativo di controllare il mercato in modo più efficace, in quanto, con il fenomeno di globalizzazione dei mercati, gli Stati nazionali non riescono più ad esercitare un effettivo controllo sulle forze economiche le cui dimensioni ed il cui raggio d'azione si estende oltre i confini nazionali<sup>127</sup>.

Si considera, comunque, la natura della Comunità Europea che non è una comunità politica nel senso pieno della parola, con la conseguenza che non sembra possibile attribuirle le stesse competenze e poteri fin qui esercitati

---

<sup>126</sup> STREIT-MUSSLER, *The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, op.cit.;

<sup>127</sup> F. W. SCHARPF, *Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe*, in Policy Papers, Robert Schuman Centre, No. 97/4.

dagli Stati nazionali: da queste precisazioni, nasce l'esigenza di spostare a livello comunitario soltanto alcune funzioni e poteri decisionali, di preservare alcune attribuzioni degli Stati nazionali e di coordinare, poi, le attività regolative ed i poteri normativi dei vari livelli, comunitario e nazionale.

Dopo aver analizzato l'approccio dei neutralisti, ci si accorge che è mancata un'approfondita riflessione al livello del concetto funzionale di costituzione economica.

Gli ordoliberali hanno proposto un programma completo e coerente in base al quale una società basata su un'economia di mercato può reggersi solo se allo Stato è attribuito esclusivamente il compito di elaborare ed attuare attività quadro (framework activities) che proteggono il mercato contro il rischio dell'anarchia, dimostrando che non sarebbe possibile affiancare a questo tipo di attività altre di stampo interventista, perché queste ultime sarebbero in profondo conflitto con i principi fondamentali che governano un'economia di mercato: la mancata applicazione reale del programma ordoliberales non capace di assicurare l'esistenza di una società di liberi ed eguali, porta a ritenere necessario elaborare un modello di costituzione economica in senso funzionale che riesca a dimostrare come azioni mirate al raggiungimento di obiettivi politici siano compatibili con il buon funzionamento di un'economia di mercato in libera concorrenza.

Di fatto, comunque, in base all'attuale costituzione economica materiale, la Comunità Europea è tenuta ad elaborare ed attuare politiche di entrambi i tipi e, pertanto, l'analisi deve essere svolta anche a questo livello, considerando, che si è assistito in sede comunitaria ad un

progressivo spostamento da politiche di stampo chiaramente liberale verso politiche sempre più spiccatamente interventiste.

A questo punto, nel chiedersi quali conseguenze abbia avuto l'evoluzione così presentata sulla politica comunitaria della concorrenza, tenendo conto del fatto che il dibattito sulla politica della concorrenza è stato caratterizzato da un eccessivo legalismo e si è concentrato tutto su questioni interne allo stesso settore, così perdendo di vista quali conseguenze il generale sviluppo della costituzione economica europea avesse su quello specifico settore<sup>128</sup>, sarà opportuno soffermarsi sulle importanti riforme nel diritto della concorrenza attuate con il Regolamento 1/03, in attuazione dal 1° maggio 2004 e la recente riforma sulle intese verticali attuata con il Regolamento n. 330/2010, in vigore fino al 2022, in revisione del Regolamento 2790/99.

Il Regolamento 2790/99<sup>129</sup>, ebbe l'importante ruolo di dare agli accordi verticali una base economica, infatti, lo scrutinio degli accordi verticali era effettuato sulla base di criteri sostanzialmente economici: il Regolamento esentava tutti gli accordi verticali, con poche eccezioni espressamente indicate, a condizione che la quota di mercato del fornitore non eccedesse un limite massimo stabilito nel Regolamento medesimo.

---

<sup>128</sup> R. WESSELING, *Constitutional Developments in E.C. Antitrust Law. The Transformation of Community Antitrust law and its Implications*, PhD Thesis, 1999 EUI;

<sup>129</sup> R. WHISH, *Regulation 2790/99: The Commission's New Style Block Exemption for Vertical Agreements*, in *Common Market Law Review*, 37 (2000), n. 4, pp. 887-924.

Tale approccio era chiaramente permissivo, in quanto, l'esenzione degli accordi verticali conclusi tra parti al di sotto di una certa quota di mercato era divenuta la regola: così il diritto della concorrenza interferiva molto meno sull'esercizio della libertà contrattuale portando il sistema verso una svolta in senso liberale.

La revisione delle norme introdotte attraverso il Regolamento 330/2010 è profonda e tiene conto dei cambiamenti dell'ultimo decennio e in particolare dell'irruzione sullo scenario commerciale di Internet.

Il nuovo regolamento, comunque, amplia le fattispecie, per cui è possibile derogare dal divieto di accordi verticali anche se l'accordo non può in alcun modo limitare né i canali di vendita né l'ambito territoriale entro cui il retailer può effettuare la vendita: anche in questo caso è possibile intravedere un'ulteriore apertura in senso liberale dell'intero sistema.

Alla stessa conclusione sembrerebbe si possa arrivare in relazione al Regolamento 1/03, che fu salutato come una riforma puramente procedurale dal momento che consiste, sostanzialmente, nella proposta di rendere anche il terzo paragrafo dell'articolo 81 direttamente applicabile: una pratica restrittiva che soddisfi tutti i requisiti di cui all'articolo 81.3 è automaticamente valida senza aver più bisogno di una precedente autorizzazione formale, non essendoci alcuna presunzione di nullità delle intese in virtù dell'art. 81, poiché la proibizione trova applicazione solo quando le condizioni per la stessa sono soddisfatte.

Ciò ha portato alla conseguenza del venir meno del potere esclusivo della Commissione, a favore di una competenza allargata anche verso le Autorità ed i giudici nazionali che,

dunque, sarebbero competenti ad effettuare uno scrutinio completo delle pratiche anticoncorrenziali valutandole sia ai fini dell'articolo 81.1 sia ai fini dell'articolo 81.3.

Pertanto, le imprese devono necessariamente effettuare una loro autonoma valutazione sulla natura restrittiva degli accordi tra loro raggiunti e, in caso positivo, della loro eventuale esentabilità esponendole al rischio, sulla base di un'inchiesta lanciata da un'Autorità preposta alla tutela della concorrenza ovvero a seguito di un'azione da parte di privati danneggiati, che il loro accordo sia giudicato restrittivo e pertanto dichiarato nullo.

Dunque con il Regolamento 1/03, da un lato, si è tentato di rendere le parti private più responsabili delle proprie scelte, dall'altro, di porre fine al potere esclusivo di esenzione della Commissione.

La conclusione a cui si giunge, tendente a considerare l'apertura liberale della Comunità Europea, può essere ribaltata se si analizzando le riforme alla luce dell'evoluzione della costituzione economica dell'Unione Europea.

Appare logico che una riduzione dell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza accompagnata da un aumento dell'importanza e del numero delle politiche interventiste può essere funzionale ad una strategia di maggior intervento pubblico sull'economia; in questo caso liberalizzare il diritto della concorrenza equivarrebbe ad una maggiore interferenza sul mercato.

In vero, gli accordi sono proibiti ex-post al termine di un procedimento avviato autonomamente dalla Commissione ovvero da questa avviato su domanda di una parte privata.

Considerando che l'accordo orizzontale di cooperazione è un accordo accettato dalla Comunità, la Commissione non avvierà alcun procedimento contro di esso, considerando, ancora, che in queste condizioni una parte privata, nella difficoltà di un successo contro l'accordo in questione, non si muoverà per contestarne la validità: dunque l'attuale assetto del diritto della concorrenza si presta alla realizzazione di politiche interventiste.

La costituzione economica dell'Unione Europea, che in origine prevedeva un insieme di politiche tendenzialmente conformi ad un'economia di mercato pura, si è indubbiamente spostata verso un nuovo equilibrio in cui vi è un ben più ampio spazio per politiche di intervento sul mercato, sia al livello comunitario sia al livello nazionale: tutto ciò confortato dal fatto che le riforme del diritto della concorrenza, sebbene sembrano controbilanciare quella tendenza, sono in realtà con essa perfettamente coerenti.





## **CAPITOLO TERZO**

### **Libertà d'iniziativa economica privata e concorrenza tra costituzione italiana ed ordinamento europeo**

Individuate le linee guida che portarono i padri costituenti alla stesura degli articoli economici, si passerà all'analisi del sistema economico delineato dalla Costituzione vigente, nell'incrocio tra l'art. 41 della costituzione stessa ed i principi del diritto comunitario della concorrenza.

Grande importanza verrà data all'articolo costituzionale, chiave di volta di una Costituzione economica, che ha fondato il processo di svuotamento della libera iniziativa economica sia in funzione della solidarietà sociale sia in funzione delle regole della concorrenza e dell'integrazione europea.

Si evidenzia, subito, il carattere originale della norma avente una visione "funzionalistica" della libertà economica, diversa sia dalla tradizione solidaristico-cattolica sia da quella liberale e socialista riformista.

Si sottopongono a critica tutte le problematiche sollevate nei confronti delle proposte di riforma dell'art. 41 che riguardano l'inefficacia delle restrizioni alla libertà economica inserite nel testo dell'articolo, sia per effetto del processo di integrazione europea, sia per merito della Corte costituzionale.

Bisogna rilevare che nell'art. 41 c'è un intento programmatico nel riferimento ai fini sociali, cancellato dal processo di integrazione europea: ciò diventa, però, una conferma della tesi di quanti sostengono che il cuore del problema sia nell'inquadramento finalistico-efficientistico della libertà economica, fondamento giuridico della trasformazione della nostra Costituzione economica vivente che alla fine degli anni Ottanta ha avuto una forte tendenza alla super regolazione ed al mercatismo, inibendo lo sviluppo della libertà d'impresa.

A parere di chi scrive, il punto del problema è non nell'aver subordinato la libertà economica alle finalità sociali, ma nel fatto di aver letto la libertà economica come un disvalore e come una condizione che deve essere giustificata da altri valori diversamente da quel che accade per le altre libertà.

Infatti sia per i costituenti che per la giurisprudenza costituzionale italiana, la libertà di iniziativa economica ha una collocazione funzionalistica rispetto ai fini sociali, modificati dai dettami economici che guidano il processo di integrazione europea: tale fenomeno, con la necessità di razionalizzazione del mercato interno e del processo devolutivo che ha portato alla costituzionalizzazione del principio della concorrenza, ha sostituito i fini sociali con il mercato, inteso come concretizzazione storica del valore assoluto dell'efficienza e dell'ordine economico.

La libertà economica ha una natura funzionalistica, non più con riferimento ai fini sociali ma con riferimento alla costruzione e conservazione dell'ordine economico europeo: la concorrenza, da mezzo, si erge a fine e valore, poiché è diventata la base dell'ordine economico, affermandosi una visione "tecnica" della tutela concorrenza finalizzata alla creazione delle migliori condizioni per il perseguimento dei fini, indipendentemente dall'individuazione dei fini.

Infatti il lavoro, dopo aver scandagliato la costituzione economica italiana, analizzerà la costituzione economica europea, individuandone le compatibilità con quella italiana.

In quest'ottica, si partirà dal concetto di costituzione economica così come elaborato dalla scuola ordoliberal, e

inteso in senso funzionale, come sistema di norme giuridiche idealmente atte a garantire il buon funzionamento di un'economia di mercato.

Gli ordoliberali hanno interpretato il Trattato di Roma, e più in generale la costituzione materiale della Comunità Europea, come la concretizzazione del loro modello ideale: in questo contesto, il concetto di costituzione economica sarà usato in senso descrittivo, si riferirà cioè al complesso di norme giuridiche positive che regola la condotta degli agenti economici.

L'analisi proseguirà, poi, confrontando la lettura ordolibérale con una diversa interpretazione della costituzione economica dell'Unione Europea: secondo questa opposta ricostruzione, tratto caratteristico della costituzione economica europea sarebbe la sua *neutralità* tra diverse politiche economiche e dunque, l'insieme di norme giuridiche ispirate a principi coerenti con un sistema di mercato che costituirebbe solo un sottosistema del più ampio sistema di norme giuridiche dell'Unione Europea.

Ciò implica che sia gli organi comunitari sia gli Stati membri siano legittimati dal punto di vista giuridico ad attuare politiche di intervento sull'economia in modo ben più sostanziale di quanto non sarebbe possibile in base alle tesi ordoliberali.

Si cercherà di mostrare che questa seconda ricostruzione della costituzione economica dell'Unione Europea, per quanto più fedele al dettato giuridico-positivo, avrebbe però bisogno di ben più solide basi a livello del concetto funzionale di costituzione economica.

I risultati dell'analisi condotta verranno utilizzati per una valutazione del processo di riforma in atto nel diritto comunitario della concorrenza. In effetti, si assiste ad una radicale svolta nella politica comunitaria e sembra che inquadrare questo processo all'interno della più ampia evoluzione della costituzione economica europea possa aiutare a comprenderne meglio il significato e le implicazioni.

In ultimo, nel chiedersi quali conseguenze abbia avuto l'evoluzione così presentata sulla politica comunitaria della concorrenza, tenendo conto del fatto che il dibattito sulla politica della concorrenza è stato caratterizzato da un eccessivo legalismo e si è concentrato tutto su questioni interne allo stesso settore, perdendo di vista quali conseguenze il generale sviluppo della costituzione economica europea avesse su quello specifico settore, ci si soffermerà sulle importanti riforme nel diritto della concorrenza attuate con il Regolamento 1/03, in vigore 1° maggio 2004 e la recente riforma sulle intese verticali attuata con il Regolamento n. 330/2010, in vigore fino al 2022, in revisione del Regolamento 2790/99.

Il lavoro proseguirà concentrandosi sul dettato dell'art. 41 della Costituzione dapprima alla luce del processo di integrazione europea, di globalizzazione dei mercati, di crisi della finanza pubblica e, dunque, della fine dello stato sociale e poi alla luce della paventata necessità di riforma prospettata in chiave nazionale.

Dunque, dapprima, si analizzeranno i tentativi di riforma dell'articolo alla luce del principio di integrazione europea: i principi comunitari accettati dagli stati membri sono stati recepiti dalla Costituzione economica italiana

attraverso la necessaria rilettura dell'art. 41, intendendo che la libertà di iniziativa economica deve essere riconosciuta a tutte le imprese operanti nel territorio italiano, senza discriminazioni sulla base della nazionalità.

Inoltre si legge l'articolo alla luce della tutela della concorrenza, non presente nell'art. 41 Cost., ma inserita, in maniera indiretta, nella Costituzione nel 2001 nell'art. 117: si discute perché c'è chi ritiene che in tal modo essa sia diventata un obiettivo del governo dell'economia e c'è chi invece sottolinea che essa rimanga solo una materia di ripartizione di competenze tra Stato e Regioni.

Si giunge a considerare come una riforma dell'art. 41 della Costituzione sarebbe inutile, in quanto, adesso, la disciplina costituzionale dell'iniziativa economica, del mercato e della concorrenza si dispiega in un contesto normativo multilivello di matrice europea: dunque per creare una costituzione del mercato più liberale e più vicina all'impresa non c'è bisogno di una revisione dell'articolo costituzionale che appare pienamente compatibile con un assetto di libertà di impresa e corretta concorrenza.

Successivamente si ci occuperà dell'approfondimento del tema della prospettata riforma dell'art. 41 Cost. ancora più emblematica delle trasformazioni dell'ordinamento con riferimento a quelle fondanti e declinanti lo Stato sociale.

L'importanza e l'attualità dell'articolo costituzionale verrà, poi, sostenuta dall'analisi delle leggi di approvazione che si sono succedute negli anni, partendo dalla legge di programmazione nazionale 1966 – 70, attraverso la legge

per la tutela della concorrenza e del mercato nella quale, fino a giungere al provvedimento normativo recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo (c.d. Manovra bis).



## **1. Rapporti tra la costituzione economica italiana e quella europea**

La Costituzione italiana delinea un particolare modello di economia sociale di mercato<sup>130</sup>, attribuendo allo Stato finalità e strumenti che potrebbero risultare atipici rispetto alle tradizionali costituzioni liberali.

Gli obiettivi sono tutti definiti nei primi quattro articoli della Costituzione, dove si afferma che l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro (art. 1) che Riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (articolo 2), che si impegna a rimuovere gli ostacoli materiali che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona umana (articolo 3), riconoscendo a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto (articolo 4).

Il fine ultimo della Costituzione è, dunque, il riconoscimento e la tutela di alcuni diritti il cui raggiungimento e la cui tutela sono attribuiti allo Stato: diritti della persona e delle comunità intermedie, diritti civili e politici elencati nei Titoli I e II della Prima Parte e diritti economico-sociali elencati nel Titolo III.

---

<sup>130</sup> L'espressione economia sociale di mercato è utilizzata riferendosi al sistema economico tedesco del dopoguerra, dove si riconoscevano costituzionalmente alcuni diritti sociali, l'impresa intesa come comunità di interessi, la concertazione nella determinazione dei salari, la prevalenza del sistema bancario sul mercato borsistico, una moderata legislazione antitrust. R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, Cedam, 1994.

L'insieme degli obiettivi ben stabiliti e riconosciuti dalla Carta nazionale, distingue la Costituzione italiana dalle tradizionali carte di matrice liberale e socialista che, nell'approccio liberale, tutelano i diritti individuali civili e politici e solo in minima parte i diritti sociali e delle comunità intermedie, mentre nell'approccio socialista tutelano i diritti sociali ma non quelli civili e politici.

Consequente all'indicazione del fine, si trova l'elencazione di una serie di strumenti messi a disposizione dello Stato al fine di creare l'ossatura giuridica: la Costituzione accetta e legittima le istituzioni del capitalismo come la proprietà privata, il mercato, il contratto salariale al fine di orientare l'iniziativa privata verso fini sociali, funzionale ai fondamentali diritti della persona e delle comunità.

La Costituzione, nell'indicazione degli strumenti sopra richiesti, fa riferimento alle limitazioni al diritto di proprietà e di iniziativa economica, dove lo Stato può e anzi deve predisporre i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, ed affinché l'iniziativa privata possa svolgersi in modo da non essere in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (articolo 41): lo Stato può limitare il diritto di proprietà per renderla accessibile a tutti (articolo 42), per erogare servizi pubblici essenziali e fronteggiare situazioni di monopolio (articolo 43), e al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali (articolo 44).

Altro strumento di intervento pubblico è quello della cooperazione (articolo 45) e la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese (articolo 46) con la

finalità ultima di rendere l'impresa una comunità di lavoro, di riavvicinare il concetto di capitale a quello del lavoro.

Un altro strumento di intervento pubblico è dato dal controllo del credito, considerando che lo Stato favorisce la formazione di risparmio attraverso la stabilità monetaria (articolo 47) e finanziaria (articolo 81), ma si riserva di esercitare un controllo sul credito (articolo 47) in modo da assicurare una distribuzione funzionale e geografica degli investimenti, garantendosi, così, un ruolo nella formazione e allocazione del risparmio nazionale.

Le limitazioni al diritto di proprietà e di iniziativa economica, la cooperazione e la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, il controllo pubblico del credito sono strumenti che connotano la Costituzione italiana, differenziandola da quelle liberali e socialiste: le limitazioni suddette e dunque gli strumenti garantiti dallo Stato, ed il fine ultimo, rappresentato dalla tutela dei fondamentali diritti della persona e delle comunità, identificano il sistema economico delineato nella Costituzione italiana come un modello di economia sociale di mercato.

Il modello così presentato è compatibile con l'ordinamento capitalistico, dove la tutela dei diritti sociali assume un significato programmatico mentre la legittimazione dei nuovi strumenti di intervento pubblico non oltrepassa mai la soglia di violazione dei fondamentali diritti: la programmazione non sfocia nella pianificazione, la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese non include la distribuzione legale degli utili, il controllo del credito resta subordinato alla stabilità monetaria.

A questo punto, anche alla luce delle osservazioni dei paragrafi precedenti, bisogna chiedersi se la costituzione economica italiana sia compatibile con quella europea.

L'analisi parte dall'osservazione che non esiste un contrasto sul piano dei fini poiché entrambe le costituzioni perseguono finalità sociali del tutto compatibili e complementari, mentre bisogna operare un distinguo sul piano dei mezzi.

La costituzione europea prevede che la politica economica comune si svolga in conformità ai principi di concorrenza, sussidiarietà e stabilità monetaria e finanziaria.

Considerati i presupposti fondanti la costituzione europea, ci si chiede se la nostra Costituzione recepisca il principio di concorrenza: naturalmente bisogna sgomberare il campo interpretativo affermando che il termine non è inteso come sinonimo di liberismo e che né la nostra Costituzione né quella europea sono costituzioni liberiste.

Definito questo, si ricorda che i Trattati di Maastricht e di Amsterdam portano un'elencazione di una serie di azioni comuni nei diversi settori economici, che porta la domanda a spostarsi verso il chiedersi quale sia il tipo di cultura del mercato di cui sono pervase le due costituzioni.

Ambedue le Costituzioni, accettano il mercato e riconoscono la necessità di proteggere la concorrenza con una adeguata legislazione antitrust: la costituzione europea vincola l'operatore pubblico a rispettare il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, escludendo che gli stati nazionali o la stessa Unione possano ricorrere a misure protezioniste e distorsive della concorrenza, mentre la Costituzione italiana distinguere

l'azione antimonopolistica dalla più generale politica economica.

In questi termini, dunque, la legislazione antitrust deve proteggere il mercato concorrenziale e anche nazionalizzando le imprese monopolistiche che si creano per ragioni tecniche o naturali: la protezione così individuata, però, non permette all'istituzione mercato, istituzione necessaria ma non sufficiente, di conseguire i fini sociali che la Costituzione persegue.

Il problema di orientare il mercato verso fini sociali attraverso strumenti indicati dalla stessa Costituzione fu già individuato da Einaudi e dai liberali che videro un fenomeno di retroazione caratterizzato dal carattere discorsivo dell'azione politica attiva nei confronti della concorrenza e dunque la legge, che intendeva disciplinare i brevetti, gli investimenti o i flussi commerciali, diventava causa di monopolio.

A questo punto la proposta di Einaudi fu verso un intervento pubblico esterno al mercato, che non influisse sulla sua dinamica interna, proposta che, in Assemblea Costituente, risultò minoritaria e prevalse la linea tendente ad una protezione del mercato ed alla sua disciplina.

La Costituzione italiana considera quindi la tutela del mercato una condizione necessaria ma non sufficiente e giustifica il ricorso a politiche economiche attive, che possono includere, e che storicamente hanno incluso, misure protezionistiche, premi all'industria nazionale, discriminazioni fiscali, svalutazioni competitive e quanto altro.

Su questo aspetto, bisogna ricordare che anche la costituzione europea non considera sufficiente la

legislazione antimonopolistica, e per questo prevede azioni comuni in diversi settori economici.

Dunque il punto di partenza e di arrivo, per rispondere alla domanda circa la compatibilità delle due costituzioni relativamente al principio di concorrenza è quello interpretativo.

Interpretando in senso restrittivo il principio di concorrenza si giunge ad affermare la presenza di un contrasto tra le due costituzioni poiché quella italiana implicitamente legittima l'uso di politiche protezionistiche e industriali, contrariamente a quella europea che lo nega.

A spiegazione di ciò bisogna ricordare che la Costituzione italiana fu redatta nell'epoca del graduale ritorno al multilateralismo quando si trattava di conciliare il problema della apertura esterna con quello della stabilità interna, mentre la costituzione economica europea è stata invece ideata nell'epoca della globalizzazione quando si è presentata l'opportunità di cogliere i grandi vantaggi dell'integrazione.

D'altro canto, interpretando il principio di concorrenza in senso più estensivo si può ritenere che entrambe le Costituzioni considerano il mercato un'istituzione fondamentale per l'economia e la democrazia, prevedendo misure tese a proteggere la concorrenza ritenendo necessario un intervento pubblico correttivo ed integrativo del mercato.

Si torna, dunque, all'affermazione sopra esposta che la concorrenza non è sinonimo di liberismo: tale precisazione vale sia per la Costituzione italiana sia per quella europea.

Altro punto di domanda per individuare la compatibilità o meno tra le due costituzioni è quello circa il recepimento, da parte della Costituzione italiana, del principio di sussidiarietà.

Questo aspetto è già stato affrontato nei paragrafi precedenti ricordando che nei progetti dell'Assemblea Costituente il principio non compare mai.

L'idea di sussidiarietà<sup>131</sup> è chiaramente presente nel Codice di Camaldoli, nella relazione di La Pira a Firenze e soprattutto nelle discussioni all'interno della I Sottocommissione che portarono alla formulazione dell'articolo 2 della Costituzione: si parlava di una sussidiarietà globale che, a livello orizzontale, disciplinasse i rapporti tra Stato e società e che, a livello verticale, includesse tra le comunità intermedie anche gli enti territoriali.

Il Trattato di Maastricht recepisce il principio di sussidiarietà soprattutto nella sua dimensione verticale, come disciplina dei rapporti tra Unione e Stati membri: si precisa, a questo punto che la dimensione verticale è soltanto un aspetto del principio di sussidiarietà<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> In vero, il concetto di sussidiarietà trovò una prima formulazione nella Quadragesimo anno di Pio XI del 1931, anche se l'idea si ritrova già nella *Rerum novarum* di Leone XIII del 1891: il termine compare però per la prima volta, nella *Mater et magistra* di Giovanni XXIII del 1961;

<sup>132</sup> *Pacem in terris* di Giovanni XXIII del 1963: “*Come i rapporti tra individui, famiglie, corpi intermedi, e i poteri pubblici delle rispettive comunità politiche, nell'interno delle medesime, vanno regolati secondo il principio di sussidiarietà, così nella luce dello stesso principio vanno regolati pure i rapporti fra i poteri pubblici delle singole comunità politiche e i poteri pubblici della comunità*”

Ultimo punto di indagine è quello relativo al recepimento da parte della Costituzione italiana recepisce del principio della stabilità monetaria e finanziaria.

Gli articoli 47 e 81 impegnano chiaramente lo Stato italiano a perseguire la stabilità monetaria e finanziaria, innanzitutto per tutelare il risparmio nazionale, mentre la costituzione europea impegna il Sistema europeo di banche centrali a per seguire l'obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi, fissando limiti quantitativi per deficit e debiti pubblici degli Stati membri.

Concorrenza, sussidiarietà e stabilità sono dunque principi che si ritrovano anche nella Costituzione italiana, sia pure in un'accezione che risente del tempo in cui furono formulati.

Tra le due costituzioni non c'è contrasto, né sul piano dei fini che perseguono, né sul piano dei principi che ispirano la condotta dei governi; il contrasto semmai sussisterebbe nella legittimazione, anche indiretta, di alcuni strumenti di

---

*mondiale. Ciò significa che i poteri pubblici della comunità mondiale devono affrontare e risolvere i problemi a contenuto economico, sociale, politico, culturale che pone il bene comune universale; problemi però che per la loro ampiezza, complessità e urgenza i poteri pubblici delle singole comunità politiche non sono in grado di affrontare con prospettiva di soluzioni positive. I poteri pubblici della comunità mondiale non hanno lo scopo di limitare la sfera di azione ai poteri pubblici delle singole comunità politiche e tanto meno di sostituirsi ad essi; hanno invece lo scopo di contribuire alla creazione, su piano mondiale, di un ambiente nel quale i poteri pubblici delle singole comunità politiche, i rispettivi cittadini e i corpi intermedi possano svolgere i loro compiti, adempiere i loro doveri, esercitare i loro diritti con maggiore sicurezza”.*



politica economica che la Costituzione italiana offre e quella europea nega.

Negli ultimi anni sono state proposte, da giuristi ed economisti, una serie di interpretazioni della Costituzione italiana nel suo rapporto con la Costituzione europea.

Principalmente, si evidenziano e si distinguono tre tesi principali.

La prima legge un contrasto tra le due costituzioni, sottolineando che il punto di contrasto importante è che la costituzione italiana è basata su strumenti di intervento e manca, nel suo dettato, una chiara enunciazione dei principi di concorrenza e/o sussidiarietà<sup>133</sup>.

Altra teoria è quella presentata dai neoliberali per i quali la Costituzione italiana avrebbe un'ossatura giuridica del

---

<sup>133</sup> A. C. QUADRIO, *Verso una Costituzione poco europea*, in il Mulino, 1997, n. 374, pag. 1100-1110, “È bene rammentare che nella Costituzione 1948 esso [principio di sussidiarietà] era, a nostro avviso, assente e che in Italia un ampio interesse politico per il principio di sussidiarietà è relativamente recente ed è principalmente dovuto a due eventi: l’Unione europea e l’istanza federalista italiana”; N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, “La Costituzione italiana di certo non accoglie né il modello dell’economia di mercato né il generale principio della concorrenza”; A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, pagg. 603-627, sostiene che “esso, non solo, non ha trovato un’espressa enunciazione nella Costituzione repubblicana del 1947, ma, nonostante alcune isolate prese di posizione in senso contrario, è rimasto fundamentalmente estraneo al dibattito sviluppatosi in Assemblea costituente”, si sottolinea che le isolate prese di posizione si riferiscono agli interventi di Dossetti e in particolare all’ordine del giorno presentato in I Sottocommissione il 9 settembre 1946.

tutto favorevole al mercato, recependo le istituzioni fondamentali del capitalismo come proprietà privata, contratto e libertà economica.

La nostra Costituzione non accetta la pianificazione ed offre al legislatore la possibilità di implementare un'azione antimonopolistica attraverso due regole procedurali vincolanti per il governo come la stabilità monetaria e l'equilibrio finanziario del bilancio pubblico.

Secondo questa tesi, dunque, nonostante siano necessari adeguamenti affinché la Costituzione italiana sia conforme al nuovo contesto europeo, afferma che tra le due costituzioni non c'è contrasto, avendo entrambe una comune matrice neoliberale<sup>134</sup>.

Infine, la tesi dell'ambiguità si basa sull'osservazione che la Costituzione nazionale è caratterizzata da un'ambiguità originaria di fondo, figlia dei compromessi e della particolare cultura economica dei cattolici che svolsero un ruolo incisivo in Assemblea Costituente.

Si ricorda che durante il processo formativo della nostra Carta costituzionale, si scontrarono molte e diverse ideologie tra le quali quelle dei cattolici che consideravano il mercato un disvalore accettandolo solo come istituzione necessaria alla democrazia politica, ma non come strumento di efficienza e sviluppo economico.

In vero la teoria qui ricordata sostiene che nell'ambito del processo di creazione della nostra costituzione, mancò una vera cultura del mercato, specialmente nelle file della

---

<sup>134</sup> G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, 1993, Milano, Giuffrè; G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana*, Giuffrè, 1995.

posizione cattolica, che portò a vincolare l'iniziativa privata ai programmi e ai controlli statali piuttosto che alla concorrenza, considerando il monopolio un male solo se in mani private senza individuare la necessità di introdurre norme a tutela del mercato.

Questa ambiguità, però, ha reso possibile la ricezione dell'ordinamento comunitario molto più aperto alla concorrenza e al mercato<sup>135</sup>.

Le tre tesi presentate hanno punti di contatto con quanto affermato precedentemente nel paragrafo: infatti, si sostiene che la nostra Costituzione teme i fallimenti del mercato e predispone gli strumenti di una politica economica interventista e legittima le istituzioni fondamentali del capitalismo vincolando l'operatore pubblico al rispetto della stabilità monetaria e finanziaria.

Il mercato così inteso è accettato anche perché considerato essenziale alla democrazia.

Comunque è possibile ritrovare divergenze significative, infatti la dottrina fautrice delle tre diverse tesi presentate, sostiene che nella Costituzione italiana mancano i principi di concorrenza e sussidiarietà.

---

<sup>135</sup> G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in Quaderni costituzionali, 1992, n. 1, pagg. 7-19, il quale afferma che “*come, nella cultura dei costituenti, il mercato fosse tendenzialmente un disvalore, difeso soltanto perché inesorabilmente accoppiato alla libertà politica; come più tardi, grazie principalmente all'ingresso da noi dei principi comunitari, il mercato, inteso come competizione e concorrenza, sia stato acquisito nella sua valenza positiva di promotore di efficienza economica e organizzativa: come la Costituzione scritta sia perfettamente in grado di ospitare questa aggiornata visione e di offrirle anzi più spazi per farsi valere. Non meno di questo, non più di questo*”.

Si obietta a tal riguardo che i principi sopra esposti sono presenti nel dettato costituzionale nazionale: esiste il principio di concorrenza, inteso come difesa e protezione del mercato concorrenziale che non esclude un intervento pubblico correttivo o integrativo del mercato, esiste principio di sussidiarietà il quale, in linea di principi generali, si può ritrovare nella successione di interventi che partono dalla relazione di La Pira in I Sottocommissione e si concludono con l'approvazione dell'articolo 2 della Costituzione che recepisce il principio di sussidiarietà.

Si obietta alla tesi di lettura in senso neolibérale delle regole procedurali contenute negli articoli 47 e 81, che pur sostenendo che i due articoli vincolano il governo ad adottare una politica antinflazionistica, si ricorda come lo stesso articolo 47 legittimi un controllo pubblico del credito e, quindi, implicitamente degli investimenti che non trovano giustificazioni nella dottrina liberale.

Inoltre la nostra Costituzione, a differenza di quella europea, non prevede limiti quantitativi o regole stringenti riconoscendo all'operatore pubblico un ampio margine di discrezionalità nella conduzione della politica monetaria e finanziaria.

La teoria secondo la quale i costituenti, ed in particolare quelli cattolici, non ebbero una vera cultura del mercato e accettarono il principio della concorrenza solo per difendere la democrazia politica deve essere spiegata alla luce dell'interpretazione data all'espressione cultura di mercato.

Infatti considerando la cultura del mercato come la protezione del regime concorrenziale, si è già rilevato che i

costituenti, inclusi quelli cattolici, considerarono indispensabile una legislazione antitrust, mentre se si accetta per la lettura di cultura di mercato quella della visione liberale espressa da Einaudi, secondo cui l'intervento pubblico deve essere esterno al mercato perché ogni tentativo di regolazione o interferenza sulle decisioni dei soggetti economici finisce per essere causa di monopoli, bisogna ricordare che in Assemblea Costituente prevalse la visione secondo la quale il mercato, oltre ad essere protetto, doveva essere orientato, con una politica attiva, verso fini sociali.

Quanto sopra non deve confondere circa l'inesistenza di una cultura del mercato, anzi è emblematico del fatto che in Italia c'era una diversa cultura del mercato.

Leggendo bene nelle pagine della nostra storia, si può comprendere come non appare del tutto corretta l'affermazione secondo cui i costituenti cattolici accettarono il mercato solo per difendere la democrazia, anzi questi affermarono che non è sufficiente riconoscere e tutelare la libertà politica, perché i diritti civili, senza i diritti sociali, perdono significato<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> G. LA PIRA, *Il valore della Costituzione italiana*, in *Cronache sociali*, 31 gennaio 1948, (1948/1979), a cura di De Siervo, pag. 278, sosteneva che il “*principio basilare che dà fondamento a tutta la costituzione, ed al quale bisognerà riferirsi quando sorgeranno problemi di interpretazione intorno allo “spirito” della costituzione, è così formulato dall’art. 2: “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”*”.

## **2.1 Art. 41 della Costituzione ed integrazione europea**

Il processo di integrazione europea, la globalizzazione dei mercati, la crisi della finanza pubblica e, dunque, la fine dello stato sociale sono state le condizioni alla base della nuova costituzione economica europea.

L'azione comunitaria ha, da sempre, avuto l'obiettivo fondamentale di realizzare un mercato unico senza barriere tra gli Stati membri, affermando i principi delle libertà economiche di circolazione e la creazione di un regime di libera concorrenza con un sistema di regole uniformi.

Tali principi, accettati dagli stati membri, sono stati recepiti dalla Costituzione economica italiana attraverso la necessaria rilettura dell'art. 41, intendendo, dunque, che la libertà di iniziativa economica deve essere riconosciuta a tutte le imprese operanti nel territorio italiano, senza discriminazioni sulla base della nazionalità.

Dunque, i poteri conformativi dello Stato, la possibilità di definire dall'interno la normazione dell'impresa, diventano recessivi in quanto non possono avere effetto su imprese di altra nazionalità.

La limitazione dei poteri, la loro recessività, appunto, opera anche per le imprese nazionali che, all'interno di un mercato unico in regime di libera concorrenza non dovrebbero essere costrette a scelte o a situazioni alle quali le altre imprese non sono costrette: così, il potere conformativo si sposta dal livello nazionale a quello comunitario, e le sue determinazioni divengono parte della Costituzione economica interna.

Stessa situazione è possibile trovare nelle regolazioni amministrative in funzione di politica economica, ossia autorizzazioni e concessioni.

Infatti, nel caso in cui sia contrario al mercato unico che uno Stato impedisca la circolazione delle imprese comunitarie, regolate dalla normativa del paese di origine, con pianificazioni che limitano la concorrenza, sembra illogico stabilire ed esercitare poteri amministrativi penetranti solo sulle imprese nazionali mentre le imprese straniere possono godere delle libertà di cui godono sul territorio del proprio stato.

La necessaria rilettura tocca anche il limite del secondo comma dell'articolo 41 che viene sottoposto a nuove interpretazioni rispetto alle tesi diffuse nel passato.

Attraverso l'imposizione di limitazioni esterne eccessive, l'impresa privata non può essere condotta all'interno di percorsi obbligati per realizzare finalità e obiettivi posti dalla *constituency* politica nazionale, in quanto l'utilità sociale dell'impresa non è più un valore alla portata di quest'ultima, ma deve essere confrontata con le limitazioni poste dal Trattato alla libertà di impresa, delle quali può costituire applicazione ma non integrazione.

Così la tendenza liberista europea risulta netta.

Il terzo comma dell'art. 41 subisce effetti importanti con l'integrazione europea.

Si analizza l'istituto del divieto di aiuti di stato poiché potenzialmente idoneo a falsare il regime di libera concorrenza.

Attraverso l'art. 87, oggi art. 107 TFUE del Trattato CE, si è reso illegittimo lo strumento di governo dell'economia attraverso il quale lo stato sociale indirizzava le attività economiche con incentivi e forme di sostegno finanziario destinate alle imprese.

Mancando la finanziabilità indiscriminata delle imprese nazionali con le risorse della collettività nazionale, gli stati devono scegliere se estendere gli aiuti anche alle imprese di altri stati, oppure diminuire l'entità dell'intervento.

Naturalmente la situazione che si privilegia è quella di ridurre l'intervento finanziatore sia per ragioni di crisi della finanza pubblica sia per i vincoli europei che vietano i disavanzi pubblici eccessivi.

In generale, si può affermare che, i poteri conformativi dello stato, le *regulation*, le attività di incentivazione e di programmazione economica attuate dagli stati, hanno al loro interno, un'elevata possibilità di falsare e compromettere il libero gioco della concorrenza nel mercato unico poiché un determinato intervento in un sistema economico-produttivo nazionale porta con sé effetti di vantaggio o svantaggio competitivo rispetto agli omologhi sistemi di Paesi.

L'azione comunitaria tocca la libertà di impresa sotto due profili fondamentali, eliminando, dapprima, i vincoli statali con uniformità nei trattamenti giuridici nazionali delle imprese e spostando, poi, a livello europeo, la razionalità del controllo sulle attività economiche.

La Corte di giustizia, attraverso la sua azione giurisprudenziale, afferma che l'Unione europea può e



deve valutare nel merito la ponderazione tra valori costituzionali, come, appunto, il libero esercizio delle attività economiche, ed altre finalità di interesse generale.

La libertà di impresa non è una prerogativa assoluta ma può essere sottoposta a taluni limiti in considerazione della sua funzione sociale: questo sembra un approccio speculare alle tradizioni costituzionali degli stati membri anche se presenta una rivoluzionaria differenza.

La funzione sociale della libertà di impresa è una categoria non più nella disponibilità degli stati ma viene riempita di nuovi contenuti secondo un'ottica europea e, soprattutto, attraverso l'azione di Istituzioni che non sono più quelle nazionali.

L'art. 41 Cost., oggi, dunque, deve essere interpretato alla luce del diritto europeo con l'inevitabile contrasto di prospettiva tra l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale.

Infatti, l'intero complesso dell'Europa federale si fonda sul meccanismo del mercato, della concorrenza e dell'unione tra questi due elementi come correzione del mercato in funzione della concorrenza stessa in modo tale da creare attività funzionali a tale obiettivo per la regolazione e le autorità amministrative indipendenti: secondo tale prospettiva, nella redazione dell'art. 41 il legislatore italiano, scegliendo diversamente, avrebbe concentrato la sua attenzione sull'ipotesi della pianificazione economica.

Leggendo la storia sotto un altro punto di vista, si potrebbe definire che al modello dirigistico nazionale si contrappone un modello europeo di economia sociale di

mercato dove il fondamento è sì l'economia di mercato ma l'azione pubblica supplisce le sue insufficienze: dunque, si sovviene alla possibilità di creare un ambito di applicazione autonomo per l'art. 41 Cost. solo negli interstizi lasciati liberi dall'applicazione del diritto federale europeo, con la conseguenza che l'articolo, andrebbe più che modificato interpretato.

In vero, pare opportuno ricordare che il diritto europeo non ha richiesto una riforma dell'art. 41 Cost. ed, in generale, non ha richiesto la modifica di nessuna Costituzione economica<sup>137</sup>, inoltre, l'ordinamento europeo non indirizza il pendolo pubblico/privato verso il versante privato<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> Nell'ordinamento tedesco si sono succedute diverse riforme costituzionali ma non vi è stata modifica della Costituzione economica. Nell'ordinamento tedesco il principio di concorrenza è stato introdotto di recente, (infatti prima del Trattato di Nizza non vi era riferimento ed era enunciato solo per il riparto delle competenze), e applicato con grande prudenza dalla giurisprudenza europea per difendere l'ordinamento dalla possibilità di sindacati esterni da parte delle corti costituzionali statali che fossero state intenzionate a far valere la libertà d'impresa nella sua valenza di diritto fondamentale. Anche il tentativo di introdurre il principio della libera iniziativa economica negli anni ottanta e novanta è fallito a causa del *révirement* della giurisprudenza favorevole alla sua attuazione e a causa della sua applicazione molto prudente;

<sup>138</sup> Il richiamo dell'ordinamento comunitario come vincolo esterno è rischioso, sotto diversi profili poiché lo stesso viene usato pretestuosamente, per ragioni di comodo, ma soprattutto pone un problema di garanzia del sistema costituzionale, in quanto nei settori regolamentati operano Autorità indipendenti provviste di poteri decisorii e normativi, che agiscono in *network* sulla base dei principi comunitari sotto il controllo della Commissione. L'interlocuzione è amministrativa e gli atti amministrativi hanno un ruolo di normazione: tale processo decisionale è fuori dalle

Contrariamente ad altri ordinamenti, nel nostro, la libertà economica non è un diritto fondamentale e l'art. 41 Cost. non enuncia la concorrenza: infatti in sede di lavori preparatori non c'è stata una convergenza sul valore della concorrenza anzi è emersa una sfiducia che ha condotto verso un modello di economia mista impedendo, al tempo stesso, l'intervento statale totale.

Comunque, l'art. 41 Cost. non ha costituito un ostacolo alle riforme, anche di segno opposto, non ad una prospettiva di efficienza dinamica della concorrenza, poiché, così come nell' art. 101 Trattato, si sono considerati leciti gli accordi con l'autorità pubblica lesivi della concorrenza sia nell'ordinamento europeo che italiano.

La formulazione dell'articolo costituzionale, fino agli anni ottanta non è stata mai contestata ma, negli anni successivi, constatando un cambiamento del rapporto tra mercato e intervento pubblico a causa della crisi dello Stato fiscale e del debito pubblico, considerando l'innovazione tecnologica ed il passaggio da uno Stato gestore a Stato regolatore, ci si è interrogati sulla adeguatezza della formulazione.

Comunque, la stessa giurisprudenza costituzionale, richiamandosi all'art. 41, anche alla fine degli anni '80, ha preparato la legge istitutiva dell'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) dimostrando come l'articolo 41 Cost. abbia costituito il fondamento degli interventi statali di indirizzo regolatorio.

---

garanzie dei sistemi costituzionali e attualmente è sottoposto al solo controllo di legittimità del giudice.

Si ricordi che la l. 287/1990 è stata adottata in dichiarata attuazione proprio dell'art. 41 Cost.<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> La disciplina della libertà di iniziativa economica nell'ordinamento italiano e quella della tutela del mercato nell'ordinamento comunitario ha avuto il suo incontro nell'art. 1 della legge n. 287 del 1990, commi 1 e 4, norma a gestazione comunitaria ed affetta da strabismo costituzionale. Infatti, al primo comma si afferma che *“le disposizioni della presente legge sono poste in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica”*, mentre al comma 4 si dispone che l'interpretazione delle norme del titolo I della legge *“è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”*: in vero nell'intento di raggiungere l'integrazione tra due sistemi di tutela della concorrenza, si fissa un *“rinvio in bianco”* all'ordinamento comunitario. In questa relazione interordinamentale emerge la potenziale conflittualità del rapporto tra norma dell'ordinamento interno e disciplina comunitaria della concorrenza, confermata da recenti orientamenti della Corte di giustizia (Il riferimento è al caso CIF, Corte di giustizia, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, S. CASSESE, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, Giornale di diritto amministrativo, 2003, pp. 1132 ss). La Costituzione dello Stato è in scontro con il diritto dello spazio ultrastatuale e la dottrina si è divisa circa le soluzioni da dare a questo conflitto. Una posizione maggioritaria ritiene che, in virtù dell'apertura del nostro ordinamento sancito dall'art. 11, si garantisce la primazia del mercato: infatti lo Stato avrebbe ceduto quote di sovranità, autolimitandosi, in materia di disciplina delle attività economiche, ed il diritto comunitario avrebbe avuto un effetto conformativo sulla costituzione formale con la conseguenza che l'art. 41, III comma si porrebbe in contrasto con il principio di concorrenza, in quanto per coordinare ed indirizzare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali con programmi e controlli pubblici determinati dalla legge servirebbe una deroga alla concorrenza. Altri hanno ritenuto che la disciplina *antitrust* sia un limite alla stessa

L'art. 41 Cost. appare oggi superato nella parte in cui si riferisce alla programmazione pubblica dell'economia poiché pone l'iniziativa pubblica sullo stesso piano di quella privata, oggi complementari: si intravede, ancora, un forte intervento pubblico a garanzia dei beni pubblici, come incentivo a mercato, non nel senso della gestione.

La tutela della concorrenza, non presente nell'art. 41 Cost., è stata inserita in maniera indiretta nella Costituzione nel 2001 nell'art. 117: si discute perché c'è chi ritiene che in tal modo essa sia diventata un obiettivo del governo dell'economia e c'è chi invece sottolinea che essa rimanga solo una materia di ripartizione di competenze tra Stato e Regioni<sup>140</sup>.

---

iniziativa, ricollegandosi piuttosto all'art. 41, III comma, al valore dell'utilità sociale, in quanto *“limiti, oneri, condizioni, divieti che incidono sull'esercizio di una libertà preesistente [...] non possono considerarsi posti ‘a garanzia’ della libertà medesima ma solo ‘a garanzia’ di valori che la sovrastano”, ed anzitutto la “utilità sociale, alla quale può ricondursi anche la tutela del mercato”*. G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in Rivista di diritto civile, 1993, p. 543;

<sup>140</sup>Dapprima dobbiamo considerare l'introduzione nell'ordinamento nazionale di una disciplina per la tutela della concorrenza di matrice comunitaria, che ha inserito la nostra disciplina dell'impresa in un contesto di mercato. Si consideri che l'ordinamento italiano è caratterizzato da una tradizione di dirigismo economico a differenza del sistema giuridico statunitense, che sin dal 1890, con lo Sherman Act aveva creato una robusta disciplina di mercato. La formulazione dell'art. 41 Cost. è sembrata in grado di ospitare anche l'aggiornata visione della costituzione economica: il mercato, infatti, originariamente considerato come un disvalore dal nostro costituente, con

---

l'introduzione dei principi comunitari di competizione e concorrenza è stato acquisito all'interno della costituzione scritta nella sua valenza positiva di promotore dell'efficienza economica ed organizzativa. Un secondo ordine di considerazioni tocca il nuovo quadro delle competenze tra Stato e regioni in materia di intervento nell'economia, come risulta a seguito dell'interpretazione data dalla Corte costituzionale del principio di concorrenza: nella frammentazione del potere che emerge dai processi di decentramento politico ed amministrativo che stanno investendo gli ordinamenti europei, si moltiplicano i livelli di regolazione ed emerge l'esigenza di elaborare strumenti di integrazione tra di essi. In questa fase di transizione, la Corte costituzionale ha contribuito a ridimensionare il mito della esclusività delle materie utilizzando strumentalmente le cd. materie trasversali al fine di irrobustire l'unitarietà al sistema. Il principio di concorrenza si è dimostrato per questi scopi efficace in quanto potenzialmente in grado di fungere da principio unificante dell'intera disciplina dell'intervento pubblico nell'economia e, d'altra parte, l'estesa competenza delle regioni nelle materie economiche lascia prefigurare i rischi di una regolazione economica decentrata e le difficoltà a gestire l'intreccio delle competenze ai vari livelli ordinamentali. La riforma costituzionale indica la necessità di una revisione delle regolazioni operate a livello statale, regionale e locale in una direzione pro-concorrenziale e proprio in tale prospettiva è stata da alcuni prefigurata una possibile forma di cooperazione istituzionale tra Corte costituzionale e Autorità garante della concorrenza e del mercato. A partire da quest'ultima considerazione diventa importante la qualificazione del processo interpretativo-applicativo che ha come termine di riferimento il principio di concorrenza. Tale processo si articola in un percorso giustificativo ed argomentativo diverso dal percorso seguito in sede di applicazione di una regola, che richiede una mera sussunzione del caso nella fattispecie astratta: il principio è "vago", presenta un livello di astrattezza e di duttilità maggiore della regola e, soprattutto, non contiene in sé possibilità di deroga, ma solo una recessione in sede applicativa a seguito degli esiti della ponderazione e del bilanciamento con altri principi caratterizzati dal medesimo livello

---

ordinamentale (in questo caso di rango costituzionale). G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 386-387. Le prospettive di affermazione del principio di concorrenza sono unite alla forza ed al riconoscimento che, presso la Corte costituzionale (e la Corte di giustizia), troveranno principi con questo in competizione: un caso significativo a tale riguardo è quello del rapporto tra diritto comunitario della concorrenza e diritti del lavoro e della sicurezza sociale (S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?* in "Mercato, concorrenza, regole", 2004, p. 75), ma potrebbe essere richiamata anche la ricca materia dei servizi pubblici, per cui in passato si sono giustificati sistemi derogatori alle regole della concorrenza. A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nel settore dei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, in "Diritto e società", 1997, pp. 253 ss.. La prospettiva è quella di una ridefinizione del sistema giuridico imperniata sul principio di concorrenza come moderna versione dell'uguaglianza di opportunità nelle sue applicazioni economiche, che presenta una singolare attitudine a sintetizzare istanze libertarie ed egualitarie: la pregiuridicità del mercato e la sua razionalità allocativa non devono, infatti, offuscarne i limiti ed i fallimenti con la conseguenza che l'intervento regolatorio correttivo perseguito con la tutela della concorrenza diventa neutro (C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (cd. Legge antitrust)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, p. 54) e consente di costruire modelli di economia e società fortemente differenziati. Oltre ai problemi derivanti dalla gestione multilivello il consolidamento costituzionale del principio di concorrenza è seguito da una progressiva relativizzazione poiché la sua neutralità, la sua attitudine ad essere un "mezzo", richiedono una qualificazione e specificazione che potrà emergere dal conflitto con altri valori e principi e dall'andamento delle composizioni del conflitto stesso in sede politica e giurisdizionale. Lo Stato nazionale, è chiamato a creare un nuovo equilibrio delle ragioni della libera iniziativa economica e di quelle della coesione sociale dando prova di costruire e amministrare in modo imparziale un sistema di istituzioni giusto. La concorrenza ha l'effetto di imporre una

Il dibattito investe così la stessa importanza da attribuire alla concorrenza: infatti chi sostiene che la concorrenza non sia un obiettivo ma uno strumento, si interroga sul fatto se essa sia sempre auspicabile, soprattutto in periodi di crisi.

Infatti, si chiarisce che in passato, sia stata posta in dubbio l'idea che la concorrenza significhi sviluppo e le riforme dei diversi ordinamenti dell'ultimo ventennio lascerebbero perplessi circa i benefici conseguiti dal ricorso al mercato, mentre i campioni nazionali, ex monopolisti, indicherebbero questi ultimi come maggiormente idonei a creare valore, politica industriale, capacità di operazione sui mercati: tali considerazioni suggeriscono un approccio meno preconcepito, più pragmatico e disincantato rispetto al grande tema della scelta tra intervento pubblico e privato.

In ogni caso l'art. 41 Cost., verosimilmente, non verrebbe oggi riscritto nella stessa formulazione ereditata e l'orientamento prevalente è a favore della conservazione dell'attuale testo.

---

profonda *“reconfiguration de l'action publique”* (B. DU MARAIS, *L'Etat a l'epreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique*, in *Revue politiques et management public*, 2002, p. 121-122 : *“Pour beaucoup d'organismes publics, l'application du principe de concurrence va nécessairement modifier leur fonctionnement, mais sans doute également leur mission et leurs objectifs”* e ancora *“le principe du concurrence apparaît comme un puissant facteur de reconfiguration de l'action publique”*, ma allo stesso tempo rischia di determinarne una sua sostanziale banalizzazione. L'antitrust *“rappresenta l'incrocio obbligato per il diritto e l'economia”*, ma dovrà combinarsi con sistemi di valori. R. PARDOLESI, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Il Foro italiano*, V, 1993, col. 2.



Tuttavia si è osservato da un lato come la norma abbia reso un buon servizio perché ha dato cittadinanza ad ogni posizione ideologica, dall'altro lato che sia stata inutile proprio perché non ha orientato chiaramente il rapporto tra diritto e economia.

Nel dibattito è stato espresso il desiderio di un valore precettivo del 41 Cost. che non consenta operazioni soprattutto in quanto norma di autorappresentazione di un popolo, considerando che un'eventuale riforma costituzionale non riuscirebbe a comportare l'adesione e l'applicazione di un modello specifico potendosi raggiungere lo stesso risultato anche senza intervento sul testo.

Del resto, anche la riforma dell'art. 81 Cost. introduce un principio che era già presente in una norma dal forte contenuto prescrittivo, che è stata interpretata in maniera molto flessibile, oltre l'intenzione del legislatore.

Peraltro l'interpretazione della formulazione utilità sociale può essere la più ampia, così da farvi rientrare il benessere sociale, e il contrasto alle esternalità, dal punto di vista economico, così come si è proposto di interpretare la promozione della concorrenza come valore sociale e tale operazione, nell'attuale art. 41 Cost., renderebbe ammissibili i programmi necessari per promuovere la tutela della concorrenza in modo tale che l'iniziativa economica, in ambito concorrenziale, si svolgerebbe in armonia con l'utilità sociale e la legge interverrebbe per armonizzazione.

Nell'attuale formulazione dell'art. 41 Cost. manca certamente la promozione della concorrenza, dal momento

che libertà e competizione sono diverse e che gli interventi legislativi potrebbero perseguire uno solo dei due obiettivi.

Sarebbe possibile ipotizzare la modifica del comma 3, e introdurre il principio della concorrenza nell'art. 41: ma ci si è chiesti se sia accettato il valore sociale della concorrenza, scontrandosi, comunque, con la difficoltà di trovare una nuova formulazione.

Il ddl di riforma costituzionale dell'art. 41 Cost. è stato oggetto di critiche, sia di metodo, perché progetto di iniziativa governativa, non opportuno dal momento che oggetto della modifica è la Costituzione stessa e in quanto espressione di una posizione ideologica, sia sotto il profilo formale e contenutistico.

La problematica più viva è quella relativa alla clausola generale esclusiva, la cui approvazione porterebbe ad un peggioramento della concorrenza, vietando orientamenti giurisprudenziali come quello sui poteri impliciti ed inciderebbe sul diritto privato, escludendo l'esercizio di una discrezionalità indispensabile nel diritto della concorrenza.

Le riforme del diritto e del processo civile o del diritto della concorrenza ci potrebbero essere non variando l'art. 41 Cost., anche l'ostacolo maggiore è una sfiducia verso il diritto, in particolare verso il diritto amministrativo, visto come ostacolo allo sviluppo.

Il sistema multilivello creato dalla riforma del titolo V della Costituzione non ha coadiuvato la crescita e la competitività: infatti, le misure di semplificazione, come la conferenza di servizi, sono strumenti idonei ma non in

grado di operare validamente con una molteplicità di soggetti, istituzionalmente in conflitto.

Per questo si considera la necessità di valorizzare il potere sostitutivo nel vero senso del principio di sussidiarietà: infatti, non serve la delegificazione, sia per la tendenza alla rilegificazione, sia per la complessità del procedimento di adozione dei regolamenti, né il funzionamento del sistema giurisdizionale ma serve l'aumento di sistemi di riflessione sul ruolo del diritto nell'ambito dell'economia italiana.

A questo punto, una riforma dell'art. 41 della Costituzione sarebbe inutile, in quanto, adesso, la disciplina costituzionale dell'iniziativa economica, del mercato e della concorrenza si dispiega in un contesto normativo multilivello di matrice europea: dunque per creare una costituzione del mercato più liberale e più vicina all'impresa non c'è bisogno di una revisione dell'articolo costituzionale che appare pienamente compatibile con un assetto di libertà di impresa ed equa concorrenza.

## **2.2 Art. 41 della Costituzione: le proposte di modifica**

Ci occuperemo, adesso, di approfondire il tema della prospettata riforma dell'art. 41 Cost. ancora più emblematica delle trasformazioni nell'ordinamento con riferimento a quelle fondanti e declinanti lo Stato sociale.

Si ricordi che nella fase finale del Governo Berlusconi IV sono stati presentati disegni di legge di natura costituzionale con l'obiettivo di riformare, anche, rilevanti

disposizioni costituzionali della c.d. “costituzione economica”<sup>141</sup>.

L'Esecutivo ha presentato due disegni di legge relativi, l'uno alla riforma degli artt. 41, 45, 97 e 118.4<sup>142</sup> e, l'altro, degli artt. 81, 97, 117 e 119 della Carta costituzionale<sup>143</sup>.

Lo Stato sociale all'interno dell'ordinamento costituzionale è uno Stato che, conservando gli istituti della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica privata, non li considera come un mito intangibile dovendo, se è il caso, intervenire nel settore dei rapporti economici per coordinare l'attività economica ed indirizzarla al perseguimento di un maggiore benessere comune<sup>144</sup>.

L'art. 41 della Costituzione è una norma cardine che ha fondato lo schema di intervento dello Stato nell'economia e, definendo il rapporto fra iniziativa economica ed

---

<sup>141</sup> V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra “patto” e “transizioni”*, in V. Atripaldi, g. garofalo, c. gnesutta, p. f. lotito (a cura di), *Governi ed Economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, 1998, p. 10. L'autore sottolinea che “Con essa si vuole identificare quel nucleo di norme e principi che opera una scelta dei modelli economici che consentono la realizzazione dei ‘valori’ determinati dalla costituzione politica”;

<sup>142</sup> C. 4144, Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, comma quarto, della Costituzione, presentato alla Camera il 7 marzo 2011;

<sup>143</sup> C. 4620, Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale, presentato alla Camera il 15 settembre 2011;

<sup>144</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2011, p. 136.

intervento dei poteri pubblici ed il suo stesso mutamento, sottolinea il cambiamento dello Stato sociale<sup>145</sup>.

Importante è, dunque, analizzare l'attualità del rapporto in atto approfondendo sia le sue modifiche per l'evoluzione del diritto dell'Unione europea e sia gli esiti di una eventuale riforma diretta od indiretta (intendendosi per indiretta una forma tecnica alternativa al procedimento di revisione costituzionale che persegua la medesima finalità) dell'art. 41 sulla costituzione materiale a livello concorrenziale, tesa ad eliminare gli ostacoli verso un sistema ad economia regolata: infatti la necessaria integrazione tra i sistemi economici, grazie, soprattutto all'Unione monetaria, pone l'esigenza di soluzioni di sviluppo unitarie individuando strategie comuni per i sistemi di protezione sociale superando la compagine nazionale delle forme di tutela.

Il 19 ottobre 2011, con il risultato della votazione dell'art. 1 del disegno di legge costituzionale C. 4144, il procedimento di revisione costituzionale dell'art. 41 Cost. si è interrotto alla Camera dei Deputati ma dai lavori in aula deriva la constatazione che la discussione si concentrava sul mantenimento o meno, del limite dell'utilità sociale inserito nel secondo comma dell'art. 41.2 Cost. vigente nel testo in via di deliberazione: tale aspetto si considerava così rilevante da arginare l'esame del provvedimento all'esito dell'approvazione di un emendamento presentato dal Governo<sup>146</sup>, e approvato

---

<sup>145</sup> M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006, pp. 20-21;

<sup>146</sup> Emendamento 0.1.100.51 a modifica dell'emendamento 1.100 della Commissione.

dall’Aula, che reintroduceva all’art. 1 del disegno di legge costituzionale il riferimento al limite dell’utilità sociale<sup>147</sup>.

Comunque, nonostante l’interruzione del dibattito in aula per la discussione del disegno di legge C. 4144, appare di tutto rilievo constatare come, in virtù di un emendamento presentato dal Governo stesso, ci si trovi davanti ad un testo che riporta al vigente art. 41.2 Cost. tranne che per l’introduzione di una riserva di legge a garanzia del limite della sicurezza, della libertà e della dignità umana: l’intero andamento del dibattito parlamentare con l’approvazione di un tal emendamento evidenzia che la riforma dell’art. 41 Cost. non è letta come necessaria per allinearsi con il principio di tutela della concorrenza e della libertà di impresa<sup>148</sup> così come presenti nell’ordinamento comunitario.

---

<sup>147</sup> Il testo dell’art. 1 modificato dalla Commissione Affari costituzionali recita: *“L’iniziativa e le attività economiche private sono libere. È permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, che non può stabilire limitazioni all’iniziativa e alle attività economiche private se non quando necessario a tutelare i principi fondamentali della Costituzione, la sicurezza, la libertà, la dignità umana. La legge disciplina le attività economiche al fine di impedire la formazione di monopoli”*. Il testo dell’art. 1 del DDL C. 4144 all’esito della discussione parlamentare diventa il seguente: *“L’iniziativa e le attività economiche private sono libere. Non possono svolgersi in contrasto con l’utilità sociale e la legge non può stabilire limitazioni all’iniziativa e alle attività economiche private se non quando necessario a tutelare la sicurezza, la libertà, la dignità umana. La legge disciplina le attività economiche nel rispetto del principio di libera concorrenza al fine di impedire la formazione di monopoli”*;

<sup>148</sup> Il riferimento è all’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e agli effetti prodotti dalla ratifica del Trattato di Lisbona ai sensi dell’art. 6.1 del TUE: *“L’Unione riconosce i*

La dottrina ha da sempre osservato come la volontà dei Costituenti nel redigere e volere una norma costituzionale talmente particolare e delicata grazie alla sua connessione con la forma di Stato, abbia garantito, proprio tramite il fine dell' "utilità sociale", la sua adeguatezza rispetto a sistemi economici di diversa natura<sup>149</sup>.

Il voler introdurre in Costituzione il limite dell'utilità sociale<sup>150</sup>, con tutti i problemi legati alla sua incerta

---

*diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati";*

<sup>149</sup> E anche ad ordinamenti di diversa natura come emerge da una nota a sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1963 redatta proprio da Claudio Rossano. Scrive Rossano a proposito della infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 43 del d.l.igt. 23 novembre 1944, n. 369 per la parte in cui mantiene in vigore le norme contenute negli accordi economici collettivi stipulati prima della soppressione dell'ordinamento corporativo: la questione è infondata in relazione all'art. 41 Cost. *"perché non difetta di utilità sociale, essendo questa manifesta tanto nel momento in cui fu assicurata la sopravvivenza di norme corporative, per evitare una frattura immediata derivante dalla soppressione dell'ordinamento corporativo, che attualmente, col loro mantenimento in vigore fin quando non sia possibile adeguarle alle nuove esigenze in base agli strumenti normativi previsti dalla Costituzione"*. C. Rossano, *Riserva di legge ex art. 41 Cost. e accordi economici collettivi*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1963, p. 679;

<sup>150</sup> Per quanto riguarda i limiti del comma 2 dell'art. 41 Cost., si sono succedute due distinte tesi: la prima ricollega i limiti ad una riserva di legge implicita ricavabile dai principi generali dell'ordinamento, la seconda, individua nelle norme costituzionali, norme di immediata percettività ed intravede nell'esistenza di una riserva di legge implicita la lettura delle stesse come norme meramente programmatiche. C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41*

---

*della Costituzione*, in Giur. Cost., op. cit., pag. 33 ss.. L'idea dell'immediata percettività delle norme costituzionali è stata fatta propria dalla dottrina che ha traslato il discorso ai limiti contenuti nel secondo comma dell'art. 41 Cost., come limiti corrispondenti alla tutela della libertà, della dignità umana, già presenti in altre disposizioni costituzionali ed immediatamente efficaci nei confronti di tutti gli operatori economici. L'aver così incrementato la tutela dei diritti già indicati in costituzione attraverso l'enunciazione degli stessi nel dettato dell'art. 41, è stato letto anche alla stregua degli atti giuridici di natura patrimoniale che realizzerebbero la libertà di iniziativa economica. Tali letture hanno, d'altro canto, dato vita a due diverse considerazioni circa il novero dell'iniziativa economica tra i diritti fondamentali della persona: da un lato c'è chi sostiene che la libertà di iniziativa economica non rientri tra i diritti essenziali della persona, dall'altro si afferma la totale esclusione della libertà in questione dai diritti fondamentali, ritenuti di rango superiore. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, op. cit., pag. 477. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, op. cit., pag. 582 ss.; A. BALDASSERRE, *Iniziativa economica privata*, op. cit., pag. 582 ss.. Le caratteristiche proprie della libertà in commento, portano a ritenere giustificato l'intervento statale per tutelare interessi personali o patrimoniali, ritenendo che il riconoscimento di una riserva di legge implicita nel secondo comma dell'art. 41 Cost. è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale che ha rintracciato nelle materie economiche la presenza della riserva di legge: tale situazione, confermata dall'art. 41 che al suo comma terzo prevede l'intervento del legislatore per indirizzare e coordinare l'attività economica, è stata allargata anche alle previsioni dei limiti negativi del comma secondo dell'articolo 41. R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania, Ridola, Torino, 2001, I, pag. 76 ss.. Importante a tal proposito è ricordare come il limite dell'utilità sociale, criticato per la sua pericolosa genericità da Einaudi, sia stato letto come *concetto di valore*, perché è un'espressione linguistica che ha come referente un valore e come *concetto valvola* che riesce ad adattare l'ordinamento al mutamento sociale. Seduta del 13 maggio 1947,



---

in A.C., II, pag. 3938. Dunque il principio dell'utilità sociale è caratterizzato da una valenza dinamica che riesce ad adeguare l'ordinamento alla mutazione sociale e che riesce, tramite l'utilizzazione dei principi valvola, ad imporre all'interprete un'alta sensibilità nei confronti dei mutamenti sociali. L'utilità sociale ha, comunque, un suo specifico contenuto, oltre al riempimento praticato dagli interpreti, caratterizzato dall'essere sintesi degli interessi della società, vista nella sua veste di società non omogenea. Nella Costituzione, infatti, manca un disegno di società omogeneo, mentre è presente un'attenzione alla trasformazione che darà origine ad una nuova società: da questo punto si trae il collegamento forte tra l'art. 41 e l'art. 3, co. 2, della Costituzione, sottolineato dal fatto che l'utilità sociale esprime un valore funzionale al progetto dell'art. 3. A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, pag. 194; C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, pag. 69 ss.. L'utilità sociale non coincide con l'interesse di tutti ma con quelli di quanti saranno titolari di interessi coincidenti con la trasformazione. Con queste premesse si è evidenziato il ruolo forte della Corte costituzionale che deve verificare i fini perseguiti dalla legge, nell'intento di evitare il contrasto con l'utilità sociale, e l'idoneità dei mezzi per perseguirli. È stato rilevato la presenza di un nucleo minimo del concetto di utilità sociale corrispondente all'insieme dei valori protetti dalla Costituzione, non tutti riconducibili al secondo comma dell'art. 41 ma riferibili anche ad altre situazioni tutelate dalla Carta, così P. CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova, 1978, pag. 37. In questa direzione vanno tutte le decisioni della Corte che hanno riconosciuto il fondamento costituzionale di utilità sociale all'attività imprenditoriale per tutelare altri diritti fondamentali. L'eterogenesi dei fini così evidenziati, ha portato anche a pronunce che si sono distaccate dal nucleo minimo, ritenendo di utilità sociale solo interessi economici non riconducibili alle previsioni espresse della costituzione, anzi riconducibili al mercato inteso come struttura oggettiva: proprio con tale precisazione, il fine dell'utilità sociale corrisponderebbe alla protezione del sistema economico vigente, intendendo, dunque, l'utilità sociale come ordine pubblico economico, inteso come insieme della produttività e dell'efficienza

interpretazione giuridica derivanti dalla irriducibile poliedricità, non sembra equivalente ai principi fondamentali dell'ordinamento che la legge avrebbe il compito di garantire: l'utilità sociale è il parametro giuridico che permette a tali principi la trasposizione nelle fonti del diritto che regolano ma non funzionalizzano lo svolgimento dell'attività economica<sup>151</sup>.

La tutela dell'utilità sociale identifica l'orizzonte dell'iniziativa privata stabilendo dove la stessa non è più legittima: così lo Stato può spostare la frontiera dei privati ma non varcarla<sup>152</sup> come negli ordinamenti corporativi<sup>153</sup> o ad economia pianificata.

La dottrina ha osservato che il termine utilità sociale, richiama la generica idea di bene comune: entrambi i

---

del mercato, distante dal concetto caro alla dottrina francese e recepito in quella italiana, di combinazione tra il principio di libertà e principio di giustizia, così G. FERRI, *L'ordine pubblico*, in Riv. dir. comm., 1963, pag. 464 ss.;

<sup>151</sup> A. SITZIA, D. SEGA, *Interventi. Le dimensioni della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza*, in Dir. relaz. ind., 2011: “se è vero che l'Italia è il paese con il quadro istituzionale di gran lunga più avverso alla libertà d'impresa, in virtù di una eccessiva pressione fiscale e di molti vincoli amministrativi all'avvio e all'esercizio della libertà d'impresa, è difficile sostenere che la colpa sia della Costituzione”;

<sup>152</sup> G. G. BALANDI, *Governance e diritto del lavoro*, in Diritto e procedura civile, 2011;

<sup>153</sup> M. POMINI, *Quando la norma giuridica anticipa la riflessione economica: la Grande Depressione e la svolta corporativa degli economisti italiani*, testo dattiloscritto dell'intervento tenuto alla settima conferenza annuale della Società italiana di diritto dell'economia, p. 14: “Lo scopo delle istituzioni corporative era proprio quello di ridurre l'incertezza nella vita economica attraverso una estesa attività di regolamentazione”.

concetti sono astrattamente universali e devono trovare una loro specificazione nei singoli ordinamenti diventando espressione qualitativa della forma di Stato attraverso, non soltanto, l'attività legislativa ma anche attraverso l'attività di organi costituzionali che contribuiscono alla determinazione dell'indirizzo politico-costituzionale, ai privati nei limiti dell'autonomia negoziale loro riconosciuta<sup>154</sup> ed agli organi di natura giurisdizionale<sup>155</sup>.

Detto questo, confinare l'utilità sociale all'interno della storia costituente come compromesso culturale tra diverse concezioni ideologiche presenti in Assemblea, svuotandola di contenuto giuridico e sottoponendola alla discrezionalità del legislatore, sarebbe solo il pretesto per porre in essere una revisione costituzionale che va al di là di quella circoscritta alla libertà di iniziativa economica.

Considerando il principi dell'utilità sociale fondamentale nell'analisi dell'art. 41 della Costituzione, analizziamo, di

---

<sup>154</sup> S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in Europa e dir. priv., 2011: “*L'odierno regresso del concorso pubblico nella produzione di beni e servizi a favore del mercato su base concorrenziale e l'alleggerimento dello Stato sociale sembrano favorire in prospettiva una combinazione rinnovata di autonomia privata e utilità sociale , che potrebbe essere etichettato come utilità sociale per delega*”;

<sup>155</sup> P. POZZANI, *I parametri di determinazione delle tariffe amministrative. The boundaries of the A.E.E.G. authority competence*, nota a T.A.R. Milano Lombardia, 22/03/2011, n. 765, sez. III, in Foro Amm. TAR, 2012: la nota delinea i poteri tariffari dell'Autorità per l'Energia elettrica ed il Gas che sono legittimi se contenuti nei parametri dell'interesse economico generale, nel rispetto del principio di proporzionalità e non discriminazione; le fonti sono la normativa nazionale e comunitaria che consentono la retroattività solo in casi determinati in quanto va comunque tutelato l'affidamento degli operatori di settore.

seguito, il percorso argomentativo che ha portato la giurisprudenza costituzionale a delinearne la sfera di operatività.

Dapprima, la Corte si è espressa sulla polivalenza ed elasticità della nozione di utilità sociale considerando come le ragioni ad essa riconducibili non dovevano sempre derivare da esplicite dichiarazioni del legislatore e cristallizzando, come principio ripetutamente affermato, quello per il quale il giudizio in ordine all'utilità sociale al quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata, rileva solo per la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo<sup>156</sup>.

La giurisprudenza costituzionale conferma la lettura originaria precisando che le esigenze di utilità sociale devono essere bilanciate con il principio di concorrenza<sup>157</sup>, circostanza, questa, non arbitraria perseguita dal legislatore con misure incongrue<sup>158</sup>, sottolineando, in tale solco valutativo anche il carattere temporalmente limitato della disciplina che le prevede<sup>159</sup>.

La Corte osserva, limitatamente al principio di concorrenza, che la libertà di concorrenza tra imprese ha una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di

---

<sup>156</sup> Sentenze Corte costituzionale n. 63/1991, n. 388/1992 e n. 446/1988;

<sup>157</sup> Sentenza n. 386/1996 e Sentenza n. 241/1990;

<sup>158</sup> Sentenza n. 548/1990; nello stesso senso, Sentenze n. 152/2010 e n. 167/2009;

<sup>159</sup> Sentenza n. 94/2009.

iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi<sup>160</sup>, aggiungendo, ancora che altro problema è quello dell'idoneità della disciplina vigente nell'ordinamento giuridico italiano teso ad assicurare la tutela del mercato, oggettivamente considerato, sotto il profilo concorrenziale soddisfacendo le esigenze della moderna vita economica.

Nella sentenza n. 241 del 1990, la Consulta sottolinea la necessità di un'efficace normativa anticoncentrazione nel più vasto settore dell'attività economica osservando che i vincoli introdotti dai commi secondo e terzo dell'art. 41 Cost. *“sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo: il principio di concorrenza, seppure valore basilare del principio di libertà di iniziativa economica, non riceve comunque dall'ordinamento una protezione assoluta potendo essere limitato al fine di “consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti”*<sup>161</sup>.

Nella sentenza n. 548 del 1990, la Corte costituzionale osserva come nei casi di regolazione ex lege di un'attività economica, pubblico servizio in ragione della sua diretta incidenza su bisogni o interessi della collettività, l'attività così regolata possa e debba essere considerata espressione

---

<sup>160</sup> Sentenza n. 223/1982;

<sup>161</sup> Sentenza n. 279/2006; Ordinanza n. 162/2009.

del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 della Costituzione: la regolazione deve realizzare nella protezione di valori primari della persona umana, limite insuperabile di ogni attività economica, un'utilità sociale.

Comunque, in tali casi l'individuazione da parte del legislatore dell'utilità sociale potrebbe sostanziarsi in valutazioni che riecheggiano la situazione del mercato potendo dar vita ad interventi legislativi che condizionerebbero le scelte organizzative delle imprese: dunque, in ogni caso, l'intervento legislativo non deve essere così stringente da condizionare le scelte imprenditoriali in modo da indurre la funzionalizzazione dell'attività economica, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative.

Nelle sentenze della Corte costituzionale n. 439 del 1991 e n. 190 del 2001, la Consulta affina la tecnica interpretativa attraverso la quale determina la differenza tra la regolazione di un'attività economica tesa alla tutela del principio di concorrenza e l'introduzione di limiti alla libertà di iniziativa economica per il perseguimento dell'utilità sociale: infatti, nel periodo adesso considerato, l'apprezzamento dell'utilità sociale tocca sia l'apparato legislativo, sia quello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per la parte che le spetta per legge.

Nella fase storica precedente l'istituzione dell'Autorità amministrativa posta a tutela e garanzia della concorrenza e del mercato, i limiti alla libertà di iniziativa economica privata erano propri di un sistema di diritti ad economia

mista come sistema economico alla base dello Stato sociale e assistenziale.

Mentre, nella fase successiva all'entrata in vigore della legge n. 287/90 e dopo la riforma degli artt. 117 e 118 del Titolo V della Costituzione, attraverso l'introduzione, tra le materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato, della tutela della concorrenza e del principio di sussidiarietà, la limitazione dell'iniziativa economica è legata alla promozione della concorrenza come mezzo di utilità sociale nel quadro di un sistema economico di mercato.

In vero rileva ricordare come nella sentenza n. 14 del 13 gennaio 2004, la Corte sottolinea che a livello di diritto interno, il concetto di concorrenza deve riflettere quello proprio del diritto comunitario, comprendente interventi regolativi, disciplina antitrust e misure atte a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza.

Comunque, con il Trattato di Lisbona, nel diritto europeo, la concorrenza viene declassata da valore a strumento<sup>162</sup> e il principio della tutela della concorrenza a principio costituzionale<sup>163</sup>: la concorrenza diventa strumentale alla realizzazione del benessere sociale con il perseguimento di valori economici ed extraeconomici, considerando come in caso di contrasto, detti valori prevalgono sulla tutela della concorrenza.

---

<sup>162</sup> G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in Europa e dir. priv., 2011;

<sup>163</sup> M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del "Decreto Alitalia"*, in Giur. cost., 2010.

Considerata detta apertura, si evidenzia che ci sono interessi e valori che non sono realizzati in un sistema concorrenziale ma la cui garanzia vuole che siano protetti dal gioco concorrenziale<sup>164</sup>: proprio attraverso la continuità della libertà di iniziativa economica con l'utilità sociale si permette una regolazione strumentale volta a garantire la tutela di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato finalizzati all'eliminazione delle disuguaglianze di così come all'art. 3 Cost.

Ricostruendo la giurisprudenza costituzionale sulla clausola generale dell'utilità sociale, la Consulta con la sentenza n. 270 del 22 luglio 2010 ha affermato di aver affrontato indirettamente, da una parte, il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte di imprese e consumatori e, dall'altra, la tutela degli interessi costituzionali, individuati nell' art. 41, secondo e terzo comma, da bilanciare con la concorrenza.

La sentenza tocca il caso di una questione di legittimità costituzionale sollevata per la deroga legislativa data ad imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali e vincolate ad amministrazione ordinaria in relazione al procedimento di controllo da attuarsi da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Ai nostri fini è importante sottolineare il necessario bilanciamento di una molteplicità di interessi con una

---

<sup>164</sup> A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008, p. 148.



scelta di politica economica e di regolazione del mercato imposta da una situazione eccezionale: a questo punto sorge la considerazione se in caso di modifica dell'art. 41 Cost., dunque in caso di eliminazione del limite dell' "utilità sociale", sarebbe stato possibile garantire la continuità aziendale di quelle imprese.

### **2.3 La legislazione attuativa dell'art. 41 della Costituzione**

La duttilità dell'art. 41 Cost. è confermata anche nelle fonti attuative di natura legislativa: in linea cronologica, la prima norma attuativa dell'art. 41 Cost. è nella legge di approvazione della programmazione nazionale 1966 – 70<sup>165</sup>, dove all'art. 38 si individua nella revisione della disciplina giuridica degli istituti che regolano lo sviluppo dell'attività economica pubblica e privata la trasformazione degli ordinamenti economici e sociali derivanti dall'art. 41 della Costituzione<sup>166</sup>.

Per ritrovare un riferimento esplicito all'art. 41 della Costituzione in un provvedimento di natura legislativa bisogna attendere la legge per la tutela della concorrenza e del mercato nella quale, all'art. 1, si stabilisce come le disposizioni normative siano introdotte in attuazione dell'articolo 41 Cost. per tutelare e rendere garanzia al diritto di iniziativa economica applicando le intese, gli

---

<sup>165</sup> L. n. 685/67. A. PREDIERI, *Il programma economico 1966-1970. Aspetti giuridici*, in A. Predieri, P. Barucci, M.A. Bartoli, G. Gioli, *Il programma economico 1966-1970: Legge 27 luglio 1967 n. 685*, Milano, 1967, pp. 3 e ss.;

<sup>166</sup> Legge abrogata dall' articolo 1 de l D . Lgs . 13 dicembre 2010, n . 212.

abusi di posizione dominante e le concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ordinamento comunitario.

Il richiamo all'articolo 41 Cost. lo si trova all'art. 2, rubricato "Libertà di impresa e libertà di circolazione delle merci", della "Riforma della disciplina relativa al settore del commercio"<sup>167</sup> dove si sancisce che l'attività commerciale è basata sul principio della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41 Cost. esercitata nel rispetto dei principi contenuti nella normativa posta a tutela della concorrenza; ancora, nella legge che disciplina l'attività di trasporto di viaggiatori effettuato mediante noleggio di autobus con conducente incentrandola nella sfera della libertà di iniziativa economica a cui possono essere imposti vincoli per esigenze di carattere sociale o prescrizioni finalizzate alla tutela della concorrenza secondo quanto previsto dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287<sup>168</sup>.

I riferimenti alle limitazioni "sociali" non compaiono invece nell'art. 38 della c.d. "finanziaria triennale" del 2008<sup>169</sup> recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria: al primo comma si fa riferimento al "diritto di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della

---

<sup>167</sup> DLgs n. 114/98;

<sup>168</sup> Il secondo comma dell'art. 1, L. n. 218/03 precisa: *"La presente legge stabilisce i principi e le norme generali a tutela della concorrenza nell'ambito dell'attività di trasporto effettuata mediante servizi di noleggio di autobus con conducente, nel rispetto dei principi e dei contenuti normativi fissati dall'ordinamento comunitario"*;

<sup>169</sup> DL n. 112/08.

Costituzione” individuando le garanzie attuative di tale diritto, “per il soggetto in possesso dei requisiti di legge”, sin dal momento in cui viene presentata la dichiarazione di inizio attività o dal momento della richiesta del titolo autorizzatorio.

Dunque c'è un richiamo diretto all'art. 41 Cost. nel provvedimento normativo recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo (c.d. Manovra bis)<sup>170</sup>: con l'art. 3 si richiama la disposizione del disegno di legge di riforma costituzionale dello stesso art. 41 Cost. definendo come l'ordinamento repubblicano si adegui al principio per il quale l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge individuando tassativamente i casi di legittimità di detto principio.

I casi sopra richiamati sono limitati alla previsione di vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, di norme in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione, di norme che possono arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e siano in contrasto con l'utilità sociale, di disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; nonché di disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici<sup>171</sup> ovvero che comunque comportino effetti sulla finanza pubblica.

---

<sup>170</sup> DL n. 138/11.

<sup>171</sup> DLgs. n. 496/1948 e della L. n. 528/1982.

Il legislatore ricorrendo ad una tecnica normativa inusuale, al comma terzo della norma in esame, elimina le disposizioni normative statali incompatibili con il principio sancito al primo comma, con applicazione degli istituti della segnalazione di inizio attività e dell'autocertificazione con controlli successivi<sup>172</sup>, prevedendo, la possibilità di utilizzare gli strumenti vigenti di semplificazione normativa.

Il richiamo all'art. 41 è presente anche nell'art. 1 della L. n. 180/11<sup>173</sup>, che definisce lo *“statuto delle imprese e dell'imprenditore al fine di assicurare lo sviluppo della persona attraverso il valore del lavoro, sia esso svolto in forma autonoma che d'impresa, e di garantire la libertà di iniziativa economica privata in conformità agli articoli 35 e 41 della Costituzione”*: nel secondo comma, utilizzando la tecnica legislativa con la quale si approvano leggi le cui disposizioni di apertura contengono l'enunciazione di principi guida, si qualificano tali principi come norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica e principi dell'ordinamento giuridico dello Stato tese a garantire la piena applicazione della comunicazione della Commissione europea del 25 giugno 2008<sup>174</sup> recante *“Una corsia preferenziale per la piccola impresa - Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno "Small Business Act" per l'Europa)”*, e la coerenza delle normative adottate dallo Stato e dalle regioni con i provvedimenti dell'Unione

---

<sup>172</sup> A far data del 30 settembre 2012, così come da art. 3, DL n. 138/11;

<sup>173</sup> L. 11 novembre 2011, n. 180;

<sup>174</sup> COM(2008) 394 definitivo.

europea in materia di concreta applicazione della medesima<sup>175</sup>.

I principi così enunciati difficilmente si possono definire principi dell'ordinamento giuridico dello Stato ma sono principi di legislazione settoriale importanti rispetto alla disciplina dei rapporti regolati ed adottati dal legislatore per l'individuazione dei limiti della c.d. potestà legislativa regionale di natura concorrente così come al quarto comma dell'art. 1 della Legge n. 180/11; inoltre, si sottolinea il richiamo del legislatore ad una comunicazione della Commissione europea, atto unilaterale e atipico e non previsto dai trattati, ad efficacia giuridica non vincolante, attraverso il quale la Commissione presenta di solito i propri programmi politici.

L'art. 1 della L. n. 180/11, al comma quinto, fa proprie le indicazioni della Commissione, alla lett. h) dove si individua la finalità di adeguare l'intervento pubblico e l'attività della pubblica amministrazione alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

L'analisi della legislazione attuativa dell'art. 41 Cost., ci porta verso il provvedimento legislativo c.d. "crescitalia"<sup>176</sup>, dove all'art. 1, introduce norme con l'obiettivo di favorire la liberalizzazione delle attività economiche e di ridurre gli oneri amministrativi sulle

---

<sup>175</sup> L. n. 180/11, art. 1.2;

<sup>176</sup> DL n. 1/12 recante "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*" convertito nella Legge n. 27/12.

imprese: l'art. 1 si apre con il richiamo dell'art. 3 del DL 138/11 relativo alla definizione delle norme che in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, possano essere abrogate da regolamenti governativi di delegificazione.

I regolamenti segnano le attività per le quali rimane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione e disciplinano i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, individuando le disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che vengono abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi.

Nel comma primo dell'art.1 del provvedimento c.d. "crescitalia" sono individuate due tipologie di norme abrogabili: le prime relative a norme amministrative relative all'esercizio di poteri di natura autorizzativa se non giustificate da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità individuate dal legislatore come disincentivanti per l'avvio di un'attività economica; le seconde sono riferite a norme che conferiscono poteri di natura ordinativa non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite e a disposizioni normative circa la pianificazione e la programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, non adeguati, non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate

limitanti l'accesso al mercato, all'innovazione ed alla concorrenza tra gli operatori del mercato.

Nel comma secondo dello stesso articolo, il legislatore si sofferma sulle disposizioni recanti “divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche” precisando che devono essere “interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale” con riferimento ai “principi costituzionali”: il riferimento al plurale indicherebbe non solo il principio sancito dall'art. 41 Cost. della libertà d'iniziativa economica privata ma anche quello indirettamente sancito dall'ordinamento costituzionale all'art. 117.2 lett. e) dove, tra le materie potestà legislativa esclusiva dello Stato, è individuata la tutela della concorrenza nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Si spiega, così, il motivo per il quale il legislatore rinviando ai principi costituzionali, precisi che l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri.

Facendo riferimento implicitamente alla riserva di legge del terzo comma dell'art. 41 Cost., il legislatore introduce espressamente, definendoli come “fini sociali”, la tutela di una pluralità circoscritta di interessi generali resistenti rispetto all'abrogabilità delle norme oggetto del provvedimento: il richiamo a detti principi avviene sulla stratificazione normativa creata dall'art. 1 del DL n. 1/12 che rinvia al primo comma, alle disposizioni dell'art. 3 del

provvedimento c.d. “Manovra-bis” e al terzo comma, all’art. 34 provvedimento c.d. “Salva-Italia”.

Il provvedimento approvato per ultimo, il DL n. 1/12, sottrae espressamente alcune attività economiche al procedimento di delegificazione: si escludono dall’ambito applicativo le norme relative ai servizi di trasporto pubblico di persone e cose non di linea, ai servizi finanziari, inclusi i servizi bancari e nel settore del credito, i servizi assicurativi e di riassicurazione, il servizio pensionistico professionale e individuale, la negoziazione dei titoli, la gestione dei fondi, i servizi di pagamento e quelli di consulenza nel settore degli investimenti<sup>177</sup>;

---

<sup>177</sup> L’art.4 del DLgs n. 59/10 recante “Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno” specifica al secondo comma che le disposizioni del decreto non si applicano in particolare alle seguenti attività ammesse al mutuo riconoscimento: raccolta di depositi o di altri fondi con obbligo di restituzione; operazioni di prestito (compreso in particolare il credito al consumo, il credito con garanzia, ipotecaria, il factoring, le cessioni di credito pro soluto e pro solvendo, il credito commerciale incluso il *forfaiting*); leasing finanziario; servizi di pagamento; emissione e gestione di mezzi di pagamento (*travellers cheques*, lettere di credito), nella misura in cui quest’attività non rientra nei servizi di pagamento; rilascio di garanzie e di impegni di firma; operazioni per proprio conto o per conto della clientela in: strumenti di mercato monetario (assegni, cambiali, certificati di deposito, ecc.); cambi; strumenti finanziari a termine e opzioni; contratti su tassi di cambio e tassi d'interesse; valori mobiliari; partecipazione alle emissioni di titoli e prestazioni di servizi connessi; consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché consulenza e servizi nel campo delle concentrazioni e del rilievo di imprese; servizi di intermediazione finanziaria del tipo *money broking*; gestione o consulenza nella gestione di patrimoni; custodia e amministrazione di valori mobiliari; servizi di informazione commerciale; locazione di



inoltre, sono esclusi i servizi e le reti di comunicazione come definiti all'art. 1 del Codice delle comunicazioni elettroniche ed infine, le attività specificamente sottoposte alla regolazione e alla vigilanza di un'apposita autorità indipendente.

Dunque, tutte le attività economiche non escluse dall'art. 1, comma quinto, del DL n. 1/12, sono oggetto dell'intervento del Governo nel rispetto delle proprie competenze, delle Regioni e degli enti locali.

L'esame del documento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato recante proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza<sup>178</sup> potrebbe essere indispensabile per individuare i settori che oggetto delle misure abrogative, eccetto evidentemente quelli già menzionati, esentati dalla stessa normativa, e quelli indirettamente considerabili esentabili per la previsione, nel provvedimento in esame, di interventi di modifica della disciplina vigente in materia di servizi professionali, di energia, di servizi pubblici locali, di trasporti, di liberalizzazione del sistema di vendita della stampa quotidiana e delle infrastrutture.

Così come il comma terzo dell'art. 1 del DL n. 1/12, il Governo deve determinare, in una sua relazione da

---

cassette di sicurezza; altre attività che, in virtù delle misure di adattamento assunte dalle autorità comunitarie, sono aggiunte all'elenco di cui all'Allegato I della Direttiva 2006/48/CE. Ed inoltre, quando le disposizioni hanno ad oggetto valori mobiliari, strumenti del mercato monetario, quote di un OICR (Organismi di Intervento Collettivo di Risparmio), contratti di varia tipologia relativi a derivati finanziari;

<sup>178</sup> AS901 del 5 gennaio 2012.

sottoporre all'approvazione delle Camere, periodi e ambiti di intervento degli atti regolamentari ed all'esito di questo adempimento, il Governo potrà adottare regolamenti di delegificazione per individuare le attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione disciplinando i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, individuando le disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che vengono abrogate a decorrere dall'entrata in vigore dei decreti stessi, previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma da rendersi entro trenta giorni, pena il considerarlo rilasciato comunque positivo.

Lo strumento della delegificazione pone all'attenzione dell'interprete una serie di questioni di natura formale e di natura sostanziale: tra le questioni di natura formale ci sono quelle circa la legittimità dei regolamenti di delegificazione autorizzati per mezzo di decreto-legge.

Il requisito costituzionale dei casi di straordinarietà e di urgenza dovrebbe garantire l'immediata attuazione dei contenuti dei decreti-legge: se non sembra convincente fondare obiezione sul tenore letterale della disposizione istitutiva dei regolamenti di delegificazione, ai sensi dell'art. 17.2 della L. n. 400/88, dove si afferma che l'esercizio della potestà legislativa del Governo è autorizzato soltanto attraverso le leggi della Repubblica<sup>87</sup>, rimane qualche perplessità sulla sostanza della delega ab origine all'interno di una manovra finanziaria adottata d'urgenza.

I dubbi derivano dal fatto che con un decreto-legge si voglia procedere ad una delegificazione in attesa della revisione dell'art. 41 della Costituzione: non solo mancherebbe l'alterità tra Parlamento e Governo ma tale autorizzazione si realizzerebbe sulla base di un principio introdotto con legge, incompatibile con l'interpretazione del primo comma dell'art. 41 Cost. attualmente vigente.

Infatti i Padri Costituenti non hanno voluto vincolare l'iniziativa economica dal suo momento preliminare e non hanno conferito alla legge il potere di togliere ai singoli la possibilità di una libera scelta iniziale<sup>179</sup>: dunque, il nodo della questione è oltre quello della natura dell'atto legislativo autorizzativo del regolamento di delegificazione essendo incentrato piuttosto sulla necessità di tutelare, direttamente o indirettamente, un diritto sostanziale<sup>180</sup>.

Bisogna verificare se la previsione di cui all'art. 1 del DL n. 1/12, commi primo, secondo e terzo, possa garantire la tutela di un diritto sostanziale: se la via del decreto-legge - regolamento governativo di delegificazione fosse stato utilizzato sull'onda dell'emergenza con la finalità di aggirare modi e tempi della procedura di revisione costituzionale, il rischio di trovarsi di fronte ad una mancata tutela di diritti sostanziali sarebbe inevitabile ma, tra i motivi di stravolgimento del modello delineato dal legislatore con l'art. 17.2 della L. 400/88, vi è quello della mancanza di consapevolezza degli effetti che le norme di

---

<sup>179</sup> V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla costituzione*, Padova, 1990, 290;

<sup>180</sup> A. SIMONCINI, *La delegificazione nei decreti-legge: un'introduzione*, in R. Zaccaria (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011.

delegificazione hanno sull'ordinamento e, per gli aspetti che ci interessano, sulla costituzione materiale.

L'art. 1 del DL n. 1/12 individua una serie di parametri normativi che riguardano trasversalmente tutto l'art. 41 Cost.: ci si chiede quali possano essere gli effetti prodotti dalle norme di delegificazione sui principi fondamentali, sui diritti civili e sociali tutelati dall'art. 41 Cost. e se tali fonti normative siano idonee all'uso loro richiesto.

La discrezionalità dell'Esecutivo nel dare attuazione alle disposizioni contenute nei commi primo, secondo e terzo dell'art. 1 del DL n. 1/12, potrebbe essere controbilanciata dall'approvazione da parte delle Camere di una relazione del Governo concernente "periodi e ambiti di intervento degli atti regolamentari" e dal parere obbligatorio pronunciabile entro trenta giorni dalla ricezione degli schemi di regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Tali questioni non sono mere questioni procedurali considerando come la disciplina costituzionale della libertà di iniziativa economica privata e dei suoi limiti sociali venga ascritta alla categoria dei principi identitari dello Stato repubblicano<sup>181</sup>.

## **2.4 Tentativi di riforma costituzionale dell'art. 41 della Costituzione**

Considerata la giurisprudenza costituzionale che si è espressa sui limiti all'iniziativa economica privata, ci sono

---

<sup>181</sup> M. BARTOLOMEI, *Riflessioni ed esercizi di stile sulla "riscrittura" dell'articolo 41 della Costituzione*, p.394.

non poche perplessità circa la necessità di una riforma dell'art. 41 Cost..

In vero il dibattito in dottrina non ha certo i connotati della novità: infatti negli anni successivi al Trattato di Maastricht, per opera di Natalino Irti<sup>182</sup>, era già attivo circa l'evoluzione interpretativa dell'art. 41 Cost.<sup>183</sup> e la compatibilità dei programmi e controlli voluti dal terzo comma con i principi dell'economia sociale di mercato<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, pp. 93 e ss.;

<sup>183</sup> AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999;

<sup>184</sup> L'intera lettura dell'articolo, considerato, come vuole la giurisprudenza costituzionale, nella sua interezza, porta a ritenere il riconoscimento e la tutela della libertà economica: anche il comma terzo, infatti, con la previsione di programmi e controlli per perseguire i fini sociali non può negare la libertà sancita nel comma primo dell'articolo 41. La determinazione dei programmi e dei controlli, anche nelle intenzioni dei padri della Costituzione, implica un regime di libertà dell'iniziativa economica pur soggetta a limitazioni, intese, però, come obiettivi indicativi e non autoritativi nel perseguimento dei fini dell'utilità sociale. Dunque, individuata la ratio del terzo comma, è opportuno considerare come lo stesso contenga elementi degni di analisi come la considerazione che l'esistenza di forme di programmi e di controlli implica la consapevolezza che il mercato non è capace di autoregolarsi e che, quindi, è indispensabile l'intervento del legislatore per regolare il mercato; ancora l'esistenza di una riserva relativa di legge che garantisce l'intervento della sola legge, a livello esterno, per limitare l'attività economica attraverso criteri e direttive che sappiano regolare l'attività normativa secondaria e l'esecuzione amministrativa; in fine la presenza di programmazioni indicative che in prima analisi sono in contrasto con la previsione della libertà economica di cui al primo comma dell'articolo 41. Tale ultimo aspetto, tralasciando qualunque spaccato totalitarista, indica

---

chiaramente come l'oggetto della legge indicativa dei programmi secondo il terzo comma dell'articolo 41, sia e l'attività economica privata e l'attività economica pubblica. A questo punto, però, è stato rilevato, non senza pareri discordanti, che l'attività economica pubblica, pur determinando la figura dello Stato imprenditore che possa svolgere attività in piena parità ed in concorrenza con i privati, non possa definirsi propriamente come esercizio di un'attività ma come funzione mirante a garantire la finalità sociale. F. GALGANO, *Art. 41*, in *Comm. Cost. Branca*, op. cit., pag. 18 ss.; A. PACE, *Libertà d'iniziativa economica*, in *ID.*, 1992, pag. 478 ss.. La struttura dell'attività pubblica e dell'intervento pubblico nell'economia, così rintracciato, si è sviluppato negli anni novanta, quando la dottrina ha ripreso il principio della sussidiarietà dell'azione statale nell'attività economica, secondo il quale, lo Stato deve intervenire nel mercato solo quando l'iniziativa privata sia insufficiente o manchevole con forme di controllo o di gestione diretta. Il principio della sussidiarietà è mancato per lungo tempo in Italia, infatti dopo l'ordine del giorno Dossetti del settembre 1946, si ebbe una totale eliminazione del concetto da qualsiasi dibattito, contrariamente a quanto succedeva in altre esperienze costituzionali europee, dove, ricordando la costituzione della Repubblica federale tedesca, il principio anche, se non scritto, risultava tra i punti cardine dell'ordinamento fondato sia sul riconoscimento dei principi comunitari, sia sull'intangibilità della dignità umana. P. RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, in *AA.VV.*, *La riforma costituzionale*, Milano, 1999, pag. 183 ss.. In Italia, l'aver abbandonato il principio di sussidiarietà, dipende, secondo parte della dottrina, sia dall'influenza della Chiesa Cattolica che faceva proprio il principio in quanto, veniva recepito dall'enciclica *Quadragesimo anno* di Papa Pio IX e riportato nell'enciclica *Centesimus annus*, che riproponendo una rilettura del pensiero di Tommaso d'Aquino, presentavano una nuova dottrina sociale, sia dal pericolo che, in un ambito di costituzione pluralista come quella italiana del secondo dopoguerra, la determinazione di forme di integrazione potesse compromettere la libertà per le formazioni sociali. L'aver riportato in attualità il principio di sussidiarietà dipende, senza dubbio, dall'ordinamento comunitario che lo pone alla base del suo intero

---

assetto. L'aspetto del principio in ambito europeo, inteso in senso verticale, ha suscitato il dibattito interno anche sulla sussidiarietà orizzontale, rilevando l'interdipendenza tra le due espressioni del principio dimostrato dal fatto che la scelta della dimensione territoriale ottimale di funzioni di regolazione dell'economia e del mercato si ripercuote sugli equilibri complessivi dei rapporti fra pubblico e privato. In ambito economico si osserva che il principio di sussidiarietà si sia sviluppato nell'atto di trasferimento della sovranità alla Comunità europea che da sempre ha rivendicato la competenza nelle materie economiche, sottraendo ampi poteri di intervento agli Stati membri. A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche, in Trasformazioni della funzione legislativa. I vincoli alla funzione legislativa*, a cura di Modugno, Milano, 1999, pag. 261. Analizzando, adesso la problematica relativa alle leggi di programmazione, è opportuno rilevare come le discussioni attorno all'opportunità delle stesse risalgono agli anni sessanta, quando si riteneva necessario imporre una legge di programmazione per sottrarre all'esecutivo la scelta degli indirizzi politico economici, per tutelare meglio le situazioni giuridico soggettive e per assicurare unitarietà all'indirizzo legislativo nell'ambito economico contro la frammentarietà degli interventi governativi. Si ricorda, a tal proposito che contro il dettato costituzionale, nel 1967, con la legge n. 685/1967, legge di approvazione del "Primo piano quinquennale 1966-1970", si è dato vita alla cd. legislazione di piano tutta intenta a individuare il quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo: l'esperienza sopra riportata, che ha trovato solo un effettivo fallimento, ha portato la dottrina ad interrogarsi sulla opportunità di una legislazione così definita mirante ad individuare precisamente gli obiettivi economici contro le semplici direttive parlamentari che avrebbero specificato l'indirizzo politico economico del programma. M. CARABBA, *Programmazione economica*, in Enc. Dir., XXXVI, Milano, 1987, pag. 1137 ss.. Tracciando le linee del nostro discorso si può sostenere che, nel quadro del costituzionalismo italiano del secondo dopoguerra la libertà economica non poteva occupare una posizione di rilievo nel sistema dei diritti individuali ma, nonostante l'incidenza costituente delle correnti politico-ideologiche fosse orientata in senso polemico nei confronti

---

dell'ordine economico di mercato, non si poteva impedire l'insediamento della libertà di iniziativa economica sul terreno costituzionale che avrebbe garantito la completezza del dettato costituzionale nell'ambito dei diritti. Comunque, l'ingresso della libertà economica generava una certa apprensione, in quanto si temeva che la legittimazione dell'homo oeconomicus e delle sue tensioni potesse alterare l'ordine delle priorità sotto il profilo dei valori più essenziali della persona umana, non considerando la sua portata più ampia di misurazione delle capacità individuali e di razionalizzazione e di crescita del bene collettivo. Con queste considerazioni si diede vita alle riserve ed ai vincoli come sopra considerati ed al convincimento che la sfera economica non fosse riservata solo ai privati ma fosse aperta anche al potere pubblico, che vi interveniva anche come operatore economico, sul presupposto che la posizione istituzionale avrebbe garantito l'interesse collettivo. R. NANIA, *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2006, p.194 ss.. A questo punto non si può essere sorpresi dal fatto che le libertà economiche non fossero inserite nella sfera dei diritti inviolabili: la Costituzione economica rimetteva al potere pubblico il compito di ricondurre tali libertà ad un quadro di armonizzazione con i valori umani e con il benessere generale. Proprio per tale precisazione, nonostante nella tradizione del costituzionalismo moderno l'appartenenza delle libertà economiche alla sfera dell'invulnerabilità diventava elemento indispensabile per gli ordinamenti giuridici tesi verso la sicurezza e l'indipendenza del soggetto privato, si determinò l'improponibilità di una collocazione di alta garanzia. Così si assistette al rifiuto di considerare la lettera dell'art. 41 Cost. circa l'enunciazione della libertà di iniziativa economica, proiettando la garanzia della stessa alla presenza pubblica: infatti l'articolo 41 nel suo contenuto prescrittivo tutelava il profilo negativo della libertà d'impresa, e quindi il diritto a non intraprendere alcuna attività imprenditoriale, posizione questa giustificata dalla tecnica utilizzata dalla Costituzione secondo la quale l'assunzione di principio sulla libertà di iniziativa economica precede la disciplina dei poteri pubblici suscettibili di interferire con l'esercizio della medesima libertà. A tal punto, diventava complesso il rapporto tra attività economica privata e imprenditorialità pubblica, in mancanza di indicazioni



Il dibattito sull'articolo 41, comunque, pareva placato dall'avvento del diritto comunitario che ha dato valore alla libertà di mercato letta come un tutt'uno con le quattro libertà fondamentali dell'Unione Europea, la libertà di stabilimento e di circolazione dei beni, servizi e capitali.

Ma il graduale innestarsi della disciplina comunitaria, ha riportato in vita il confronto tra i giuristi proprio nell'interrogarsi sul rapporto tra libertà di mercato e Costituzione, tra artt. 81 e 82 del Trattato e art. 41 della Carta Costituzionale: la penetrazione della libertà di concorrenza come valore ordinamentale ispiratore delle politiche legislative di liberalizzazione e privatizzazione dell'economia durante gli anni '90, ha iniziato ad operare come principio giuridico regolatore dei rapporti tra consociati, o direttamente o tramite norme ed atti amministrativi.

Dunque si è assistito ad un adeguamento inesorabile della disciplina economica che ha visto la libera concorrenza farsi precetto in tutte le espressioni del diritto dai provvedimenti antitrust alle sentenze del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici e nel contenzioso contrattuale.

---

costituzionali in base alle quali delimitare le quote di mercato o di prodotto interno occupabile dalle imprese pubbliche e da quelle private. In sede di analisi giuridico-economica, non si parlava ancora del principio di sussidiarietà, che successivamente, come si è visto, diventerà elemento importante per trarre dall'art. 41 Cost. un criterio di preferenza per l'attività economica privata sostenendo l'aspirazione delle libertà di cui si scrive verso un ruolo di primazia nello sviluppo del sistema economico.

In questo contesto, il giurista doveva analizzare il modo d'operare di tale principio riportando in auge l'interrogativo storico su cosa, effettivamente rappresenti l'art. 41 nel nostro ordinamento costituzionale, alla luce anche della crisi internazionale attuale che suggerisce soluzioni di ritorno all'intervento dello Stato in funzione correttiva dell'economia e immediate preoccupazioni di eccessivi sacrifici della liberalizzazione.

Si deve subito chiarire che la Repubblica non è aprioristicamente avversa alla libera impresa ed alla iniziativa economica nel quadro complessivo del mercato e della proprietà dei mezzi di produzione, in primo luogo, perché la Costituzione afferma dei principi che, dal punto di vista logico, sarebbero inconcepibili se non vi esistesse il dinamismo economico del mercato e la libertà di impresa, in secondo luogo, l'esplicito riconoscimento della libertà di iniziativa economica, infatti, non vuole essere una semplice clausola di stile ma un limite fondamentale nei confronti di spinte autoritarie e anti-mercato, tendente a negare le fondamentali libertà<sup>185</sup>.

Comunque, non si sente la necessità all'interno del dibattito parlamentare di revisionare l'art. 41 Cost. nonostante l'ampio dibattito in dottrina circa le problematiche costituzionali sulle limitazioni della sovranità statale in materia economica per effetto dei trattati comunitari: infatti i progetti di legge presentati sin dalla XI Legislatura non saranno oggetto di esame in sede referente presso la Commissione Affari costituzionali.

---

<sup>185</sup> F. CINTOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, 2009, 373 e ss..

Nella XIII Legislatura, la I Commissione Affari costituzionali della Camera attiva un'indagine conoscitiva sulle problematiche inerenti alla disciplina costituzionale dei rapporti economici di cui agli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione e, in una delle due audizioni effettuate, si sottolinea che quando si fanno norme di carattere costituzionale, bisogna essere in grado di antivedere quale sarà il modo al quale potranno reagire alle varie modificazioni della costituzione materiale, sottolineando la lungimiranza dei Costituenti che hanno dato vita ad una disciplina costituzionale dei rapporti economici elastica ed aperta in grado di governare processi economici diversi tra loro e raggruppabili in tre fasi, quella di applicazione liberista nei confronti dell'esterno fino al 1960, quella di amministrativizzazione dal 1960 al 1990<sup>186</sup> e, infine, quella iniziata nel 1990 definita liberista di mercato.

Nonostante queste trasformazioni l'articolo 41 Cost. non ha subito modifiche ma il suo contenuto è cambiato seguendo i mutamenti della Costituzione materiale per effetto, in particolare, dei trattati comunitari.

Secondo parte della dottrina<sup>187</sup> la querelle che tocca il rapporto tra l'art. 41 e le norme del Trattato sulla tutela della concorrenza può essere descritto come rapporto che corre tra un fenomeno soggettivo ed uno oggettivo.

Si analizza la norma costituzionale che fonda una situazione soggettiva di libertà individuale, mentre il

---

<sup>186</sup> F. GALGANO, *Rapporti economici*, Tomo II, Art. 41 Costituzione, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1982, pp. 8 e ss.;

<sup>187</sup> F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, op. cit., p. 373-402.

diritto comunitario esprime un modello di relazioni economiche e giuridiche<sup>188</sup>: nella situazione soggettiva c'è la garanzia della tutela al diritto di impresa, senza nessun impegno circa la scelta di sistema necessaria per identificare come base delle relazioni economiche, la liberalizzazione ed il mercato, nella situazione oggettiva, invece, c'è la stabilizzazione delle regole del gioco economico dove le premesse sono l'apertura del mercato e la libera competizione.

Così si è aperto il confronto tra i principi comunitari e l'art. 41, nella considerazione dell'apertura del sistema<sup>189</sup> per le relazioni tra politica ed istituzioni e la necessaria ricerca a livello costituzionale o di valori innovativi o di nuove riletture desumendo dai principi comunitari o dall'art. 41 un nuovo indirizzo tendente a superare quello dello Stato interventista.

A questo punto sono necessarie due diverse considerazioni: dapprima bisogna analizzare come svolte culturali profonde, per essere efficaci, devono trovare nelle strutture sociali e soprattutto in quelle istituzionali un alto grado di maturità tale da riuscire a transitare tutto in dimensioni differenti dove il primato e l'attenzione fondamentale è verso il privato ed il mercato, continuando, si precisa che il liberalismo ed interventismo di Stato hanno negli anni sviluppato reciproche interazioni diverse per gradazione ed intensità, che ne hanno garantito una convivenza attraverso necessarie correzioni<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, op. cit., pag. 78-79;

<sup>189</sup> G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, pag. 171;

<sup>190</sup> F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, op. cit..

Detto ciò, oltre a ricordare come negli anni si sia riconosciuto alla tutela della concorrenza valore costituzionale, bisogna soffermarsi sul fatto che l'attenzione sull'art. 41 Cost., negli anni, si sia spostata dalla garanzia soggettiva di una libertà al riconoscimento funzionale ed oggettivo del libero mercato concorrenziale come valore avente valore ontologico e, dunque, non strumentale a soddisfare le pretese dei singoli.

La tensione, sempre presente nel diritto vivente, tra aspetto soggettivo ed oggettivo, sembra, in questi termini destinata ad assopirsi fino ad un totale assorbimento tra la valenza soggettiva nella prospettiva oggettiva: dal discorso soggettivo sulle libertà si passa al discorso oggettivo sulla tutela della libertà del mercato come regola base delle relazioni economico-sociali.

Il processo sopra evidenziato è portato a parlare del pericolo del cd paradosso della libertà di concorrenza<sup>191</sup>: proprio il passaggio dalla concezione soggettivistica ad una concezione oggettivistica traslato all'art. 41, porta ad esaminare i rischi legati alle prospettive di riforma ed agli sviluppi dell'interpretazione costituzionale.

Compiendo uno spostamento di tutela dall'aspetto soggettivo della libertà individuale all'aspetto oggettivo del mercato concorrenziale, si darebbe vita ad un nuovo valore che, nel tempo potrebbe avere un'importante connotazione finalistica che porterebbe a negare la portata innovativa stessa del progetto.

Tale ampiezza del valore potrebbe dar vita al fenomeno dell'eccesso della regolazione, poiché l'aver posto come valore ontologico e costituzionale quello del miglior libero mercato possibile indurrebbe le istituzioni a dar vita ad una

---

<sup>191</sup> F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, op. cit..

serie di regolamentazioni tendenti a disciplinare il mercato per renderlo impermeabile a qualsiasi fallimento e potrebbe portare il legislatore ad adottare interventi restrittivi della libertà di mercato per fini di liberalizzazione: l'eccesso di regolazione blocca il mercato e ridurre le libertà<sup>192</sup>.

L'eccesso di regolamentazione porta poi verso lo smarrimento della centralità del rapporto regola-eccezione alla base della relazione tra libertà di iniziativa economica ed i suoi limiti negativi e positivi secondo i commi 2 e 3: una concezione costituzionale strutturale e oggettiva della libertà di mercato ed una conseguente dilatazione della stessa, potrebbe produrre un eccesso di regole e di interventi amministrativi tendenti, a livello diretto, a regolare la materia concorrenziale ed la tutela antitrust, ma, a livello indiretto, a tutelare altri interessi tralasciando qualsiasi aspetto costituzionale a favore di particolari scelte politiche.

A questo punto si ricorda come analisi dottrinali recenti si siano accertate della mancanza di una chiara consapevolezza, a livello di interpretazione costituzionale, delle misure limitative della libertà di iniziativa economica tendenti ad una regolazione neutrale e pro-concorrenziale, e delle misure limitative e conformative ispirate al temperamento della stessa libertà con altri valori costituzionali: la mancanza della consapevolezza potrebbe

---

<sup>192</sup> L'eccesso regolatorio non è sinonimo di buona vigilanza dei mercati, anzi in ordinamenti di tipo continentale, la produzione di regole è uno dei motivi che è allentano la vigilanza sul mercato volta ad evitare comportamenti abusivi o lesivi della sicurezza e dell'interesse generale. L'eccessiva produzione di regole, se non miranti alla risoluzione di problematiche concrete, sarebbe inefficace e ostacolerebbe l'attività di vigilanza e di repressione di illeciti.

portare ad un eccesso di regolazione anche di tipo qualitativo, considerando normative con finalità diverse come regolazione neutrale e pro-concorrenziale.

Tale situazione di chiara interpretazione strutturale, potrebbe poi portare ulteriori problemi se condizionasse l'interpretazione della Costituzione in modo da considerare subalterni gli altri valori costituzionali concorrendo anche ad un potenziale svuotamento dell'ordine giuridico di mercato.

Ci si chiede, adesso, verso quale assetto della disciplina costituzionale dei rapporti economici si sta andando e per quale ragione ontologica.

Nella Relazione illustrativa al disegno di legge costituzionale DDL A.C. 4144 presentato in data 7 marzo 2011 per iniziativa del Presidente del Consiglio Berlusconi e dei Ministri per il federalismo, dell'economia e delle finanze, per la semplificazione normativa, dello sviluppo economico, per la pubblica amministrazione e l'innovazione, della giustizia e per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale recante "Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, comma quarto della Costituzione", si ritiene necessario togliere incertezze e contraddizioni presenti nell'attuale formulazione dell'articolo 41 per ridurre la capacità dirigistica dello Stato nell'economia al fine di favorire l'avvento di condizioni giuridico-istituzionali adeguate alla struttura di un mercato moderno ed efficace<sup>193</sup>.

Tale risposta sembra essere basata solo su motivazioni di ordine ideologico prima ancora che costituzionale e

---

<sup>193</sup> Relazione illustrativa del DDL A.C. 4144, p. 2.

dunque, per rispondere alle domande sopra formulate, bisogna verificare come il legislatore intenda riformare l'art. 41 Cost. vigente nel tentativo di individuare gli effetti giuridici ed istituzionali perseguiti dalla riforma costituzionale proposta, verificando se si tratti di una riforma che vuole neutralizzare i residui ostacoli interpretativi dell'art. 41 Cost. solo per arrendersi ai principi della "costituzione economica europea".

Considerato possibile tale orientamento ci sarebbe il dubbio sulle motivazioni della riforma dell'art. 41 Cost. in base all'interpretazione della dottrina circa gli effetti del diritto comunitario sugli ordinamenti giuridici statuali: infatti si condivide la tesi per la quale l'Unione europea avrebbe già una costituzione economica a prescindere dai processi di una sua formalizzazione<sup>194</sup>, affermando che non è necessario che l'Europa si faccia Stato perché moneta unica e patto di stabilità trasformino in modo irreversibile le costituzioni nazionali.

Inoltre, è opportuno analizzare il concetto di ordine giuridico del mercato per comprendere quanto di rischioso ci sia nel processo del passaggio dalla concezione soggettivistica ad una concezione oggettivistica.

L'ordine giuridico del mercato presuppone regole che rispondano a determinati interessi e proprio la complessità del sistema vuole che tutti gli interessi che potrebbero essere in conflitto, a livello reale o esclusivamente

---

<sup>194</sup> I. PERNICE, F.C. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma, , 2003, pp. 43 e ss..



potenziale, siano mitigati e, tra di loro adeguati, al fine di creare una cd. sintesi istituzionale<sup>195</sup>.

Il rischio che si corre, con le precisazioni sopra esposte, è che ci sia una perdita della tutela degli interessi e delle libertà tutelate dalle norme costituzionali, a favore della libertà concorrenziale.

La considerazione appena proposta si basa sulla idea che 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 ed infallibile libero mercato efficiente e quindi la Costituzione che si apre al mercato non deve e non può rinunciare a regolarlo.

Regolare il mercato significa, non solo stabilire regole per il pro-concorrenziale ma, soprattutto, identificare situazioni giuridiche che possano, attraverso la regolazione del mercato stesso, garantire la tutela di tutti gli interessi costituzionali identificati assicurando il temperamento di tutte le libertà individuali in gioco: per regolare il mercato al fine di dargli una dimensione giuridica bisogna ancorarsi al dettato costituzionale negando l'autosufficienza di regole che non si mitigano o adeguano agli altri valori che caratterizzano l'ordinamento nella sua globalità.

L'andare a sancire il riconoscimento della concorrenza strutturale potrebbe generare un nuovo periodo di interventismo che si allontanerebbe dal suo fine.

Secondo quanto detto, non è agevole, e nemmeno utile, chiudere il tema della disciplina costituzionale delle libertà

---

<sup>195</sup> L. VON MISES, *Lo Stato onnipotente*, traduzione di Walter Marani, Rusconi, Milano, 1995, “*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*”.

economiche sull'analisi oggettiva e funzionale tralasciando il livello della libertà individuale d'impresa considerata nel suo naturale attivarsi: il solo aspetto oggettivo e funzionale, abbandona il metodo dell'individualismo metodologico scendendo in un terreno scienziista e collettivista.

La norma costituzionale qual è l'art. 41 rientra nel campo delle scienze sociali, ben analizzate non secondo il metodo meccanico tipico di quelle naturali, ma secondo il metodo dell'individualismo metodologico.

L'abbandonare il livello dell'individualismo metodologico, per leggere la libera concorrenza secondo il metodo scienziista, porterebbe a perdere di vista gli interessi ed i valori che insieme formano l'intero assetto costituzionale: gli interessi così considerati, devono concorrere a correggere le libertà economiche attraverso l'azione della legge e dell'azione amministrativa, al fine di stabilire che l'ordine di cui necessita il mercato deve essere intriso sia di valori tipici dello stesso ma anche di valori diversi che fondano, però, l'ordinamento costituzionale.

Stabilito ciò ed evitando la prevalenza della concezione oggettiva su quella soggettiva delle libertà economiche, l'interpretazione costituzionale sarebbe tutta proiettata verso il disconoscimento di legislazioni che, in nome della concorrenza, sottovalutino le libertà individuali, verso la non legittimazione di normative tese verso un concetto di concorrenza fisso, senza effettuare il necessario bilanciamento tra l'interesse economico stesso con gli altri interessi pubblici in gioco.

Nell'attualità, per la gestione della crisi internazionale, si è avvertita l'esistenza di una nuova prospettiva nei rapporti tra sfera pubblica ed economia che porta all'inevitabile domanda di come il nuovo interventismo nella stagione

della crisi debba confrontarsi col precetto costituzionale che tutela l'iniziativa economica privata.

Consideriamo come, se la base dell'interventismo di nuova generazione fosse un modello strutturale di concorrenza caratterizzato dall'indifferenza e dalla neutralità dell'amministrazione alle vicende economiche, ci si dovrebbe chiedere quanto di legittimità costituzionale ci sia nelle misure straordinarie di questi ultimi mesi e anni.

Le motivazioni sopra esposte portano a non ritenere possibile ed utile, un tipo di interpretazione oggettiva del tutto staccata dal lato soggettivo, approccio che mal si concilierebbe anche con l'interpretazione letterale dell'art. 41 che al comma 2, riporta la presenza dei limiti dell'utilità sociale, della sicurezza, libertà e dignità umana, ed al comma 3 mantiene il potere del legislatore di determinare i programmi e controlli opportuni per indirizzare e coordinare l'attività economica a fini sociali.

Quanto detto porta alla considerazione conclusiva, secondo la quale, il valore di una libera concorrenza in chiave oggettiva non può essere valore costituzionale in senso assoluto, sia perché si parte dalla considerazione che nessun interesse pubblico di rango costituzionale si pone come valore assoluto, in quanto deve essere sempre bilanciato e temperato con gli altri interessi sia perché, partendo dalla base soggettiva della costituzione economica, l'apertura al mercato come scelta di fondo viene sempre considerata un tutt'uno con la disposizione che riconosce come libertà costituzionale fondamentale la libertà di iniziativa economica privata.

L'impossibilità di dare alla libera concorrenza, considerata in senso oggettivo, un valore di principio costituzionale, porta a ritenere che mantenere inalterato il concetto di bilanciamento tra i valori e gli interessi costituzionali, alla luce di una necessaria relazione tra una concezione

soggettiva ed una oggettiva, potrebbe facilitare gli interpreti ed i legislatori nella ricerca di un punto di equilibrio nel diritto della crisi, allontanando le idee di nuove forme di interventismo o protezionismo nazionale che contrastano e sono incompatibili con l'economia globalizzata.

L'equilibrio così individuato come necessario, si esprimerebbe, dunque, attraverso la considerazione della necessità delle limitazioni all'autonomia contrattuale sempre nel rispetto degli interessi in gioco e sempre tutelando la certezza delle relazioni contrattuali, attraverso il ricordare che il sistema delle limitazioni all'iniziativa economica viene necessariamente filtrato dalla legge, attraverso i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, tipici della prassi comunitaria, che nutrono l'intervento pubblico sempre contenuto nei limiti dei presupposti che lo giustificano.

Tutte queste considerazioni, portano alla rilevante caratteristica personalistica del mercato dove, quindi, è centrale la persona e la sua libertà di iniziativa privata.

Dunque la modifica del dettato costituzionale dell'art. 41, attraverso la sostituzione concettuale della libertà di concorrenza alla libertà di iniziativa privata, potrebbe portare ai paradossi sopra esposti.

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

Sin dalla fine dell'Ottocento, alla teoria del costituzionalismo liberale che voleva la Carta Costituzionale come limite ai poteri dei governanti, si

andava affiancando la nozione di libertà del mercato come condizione di liceità dell'iniziativa economica<sup>196</sup>.

La nostra Assemblea costituente fu influenzata dall'indirizzo derivante dall'unione della linea del neocorporativismo di stampo cattolico-sociale<sup>197</sup> e della linea del collettivismo di stampo comunista, che portò a prevedere la possibilità di nazionalizzare i monopoli privati, poi incorporata nell'articolo 43 Cost..

In questa prospettiva era inevitabile la reazione dei liberali che rivedevano in chiave critica il dirigismo del ventennio fascista sottolineando che, durante il regime il ruolo dello

---

<sup>196</sup> 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;

<sup>197</sup> G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, n. 1, p. 12, afferma che "trionfa il mito del piccolo produttore autonomo, che si autoregola piuttosto attraverso la comunità dei produttori associati che non sul mercato". L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, in *Diritto pubblico*, 2000, ricorda che l'onorevole Dominedò, 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 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.

Stato tendeva alla legittimazione dell'intervento diretto in economia e di un protezionismo particolare che favoriva alcune grandi aziende.

In questo clima, dunque, la libertà dell'iniziativa economica divenne non più tutela della concorrenza ma, tradizionalmente, ritornò ad essere garanzia dall'ingerenza pubblica nell'attività stessa: tale ritorno alla lettura di stampo tradizionale portò alla genericità del testo normativo<sup>198</sup> dando luogo ad interpretazioni adeguatrici della Corte Costituzionale<sup>199</sup>.

Ne derivò la vigente formulazione dell'articolo 41, che portò la dottrina a dividersi: in primis la tesi classica evidenziava una voluta sproporzione di tutela rispetto ai diritti sociali dei lavoratori contenuti nel titolo III, sui rapporti economici, giustificandola con la differenza tra gli istituti del diritto pubblico di libertà e della libertà di fatto, in secundis si rispondeva a tale considerazione con il non accoglimento della ricostruzione del sistema delle relazioni

---

<sup>198</sup> Assemblea costituente, discussioni, seduta ant. del 13 maggio 1947, p. 1659, importante la richiesta dell'onorevole Colitto di superare l'indifferenza con cui i testi proposti parlavano ora di "iniziativa", ora di "attività" economica, ricavandosene "l'impressione che l'attività privata, dovendo muoversi in una determinata, precisa direzione, non goda più della libertà". A.BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 593;

<sup>199</sup> A. 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. Si ricordi che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 30 del 1965 afferma che "*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*".

sindacali<sup>200</sup> e con l'affermazione dell'operatività, anche all'interno delle relazioni sindacali, del ruolo di controlimiti dell'articolo 41 della Costituzione<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> 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 pronunciarsi sull'articolo 41. In particolare, ricordato che *"significativa a tal proposito è una sentenza della Corte di cassazione (8 giugno 1953), la quale statui 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"*;

<sup>201</sup> G. 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

Grazie al processo di integrazione europea, nel nostro ordinamento è stata inserita la disciplina della concorrenza che ha portato alla qualificazione della tutela dell'iniziativa economica come diritto vero e proprio, identificandola come forma di garanzia nei rapporti orizzontali della concorrenza e non solo come libertà contro le invasioni verticali dello Stato<sup>202</sup>.

In vero, comunque, la dottrina aveva già rilevato come il riconoscimento giuridico di una libertà fosse incompatibile

---

all'attività produttiva; ciò avrebbe evidentemente leso il valore giuridico sotteso all'articolo 41 primo comma;

<sup>202</sup> N. 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."



con la sua funzionalizzazione<sup>203</sup>, mentre l'esistenza dei vincoli presenti nei commi secondo e terzo dell'articolo 41 avrebbero portato alla legittimazione della lettura dell'iniziativa economica privata come diritto della persona, pari agli altri diritti ma delimitato "esternamente".

Nell'ultimo decennio la natura anfibologica della tutela è stata considerata insufficiente perché, da un lato si è sostenuto che la nostra Costituzione economica abbia risentito delle criticità strutturali del nostro sistema, verificate anche per l'assenza e per l'insufficienza degli argini costituzionali<sup>204</sup>, dall'altro si è sostenuto che iperregolazione riguarderebbe la stessa legislazione antitrust con la precisazione che la scelta dell'apertura del mercato deve considerarsi all'unisono con quella disposizione che riconosce come libertà costituzionale fondamentale, naturalmente in chiave soggettiva, la libertà di iniziativa economica privata.

A questo riguardo è opportuno ponderare il contesto in cui tale libertà è destinata ad incidere e le esigenze che si intendono conseguire: per realizzare quanto sopra auspicato è indispensabile procedere con la ricostruzione del rapporto dell'impresa con la pubblica amministrazione,

---

<sup>203</sup> A. 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;

<sup>204</sup> R. PERNA, *L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione economica?*, Incontro alla fondazione Magna Carta, 15 giugno 2010: per l'Autore "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".

al fine di comprendere meglio la reale portata dei tentativi di modifica del dettato dell'articolo 41 della nostra Costituzione anche alla luce del riscoperto principio della sussidiarietà orizzontale.

Il mercato come statuto normativo<sup>205</sup> si articola in norme proibitive, norme attributive e norme conformative: alle norme proibitive fa capo la disciplina della concorrenza, alle norme attributive la posizione di soggetti del mercato, legittimati a negoziare beni o servizi al suo interno, alle norme conformative la tutela dei consumatori.

Per tutte le previsioni sopra riproposte ci si potrebbe, astrattamente, mantenere all'interno dello schema privatistico norma/fatto: il valore assiologico fondante, proprio della visione dei giusprivatisti<sup>206</sup>, considera con scetticismo l'operatività dello schema norma/potere/fatto, sul quale si fonda il potere di supremazia della pubblica amministrazione, anche se l'esistenza dei limiti esterni

---

<sup>205</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 51 e ss.;

<sup>206</sup> 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, 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..

dell'articolo 41 porta alla conclusione che l'iniziativa economica privata, nonostante venga costituzionalmente proclamata come libera, sia assoggettata alla disciplina pubblicistica, spiegando con ciò perché, a tutela dei valori previsti nell'art. 41, commi 2 e 3, la libertà economica è dal legislatore, nei rapporti con la p.a., considerata come interesse legittimo<sup>207</sup>.

Nonostante contrasti dottrinari e giurisprudenziali intorno all'esistenza di un nucleo essenziale del diritto, di contenuto incomprimibile, non è possibile tacere che vietare lo svolgimento dell'iniziativa economica privata in contrasto con l'utilità sociale è un concetto che lascia un ampio margine di discrezionalità amministrativa.

Anche se questa precisazione è il frutto della ponderazione di più interessi secondari in ordine all'interesse primario, il suo fine rilevante è l'interesse pubblico come interesse della collettività.

---

<sup>207</sup> A. 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, p. 1626-1632, 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.

La discrezionalità deve, quindi, sempre perseguire un fine che risponda alla causa del potere che si esercita, anche se le modalità del contemperamento di interessi siano lasciate in concreto al decisore amministrativo.

Tra i due versanti si colloca quello in cui la legge non lascia alcun margine di spazio residuale nella scelta del "modus operandi": la discrezionalità viene a mancare e si dà vita all'attività vincolata della P.A., in cui il legislatore ha deciso precedentemente il modo d'azione cui l'Amministrazione dovrà attenersi.

Proprio in questa zona intermedia si è intravista la spinta di politica legislativa favorevole alla liberalizzazione di attività, dunque direttamente legittimata dalla legge, rispondendo alla scansione norma-fatto<sup>208</sup>.

---

<sup>208</sup> D. CORLETTI, *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, afferma che "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". Distingue ulteriormente R. 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 G. AMATO e R. GAROFOLI, *I tre assi. L'Amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità*, Neldirittoeditore, 2009: "a) la delegificazione, che, in omaggio ad un'esigenza di flessibilità

Dunque è possibile distinguere tre diversi ambiti di attività: quella libera sottoposta a verifica successiva ed eventuale, dove la tutela di interessi diversi da quelli dell'imprenditore passa per strumenti sanzionatori od interdittivi diversi da quelli privatistici di tipo ripristinatorio o risarcitorio<sup>209</sup> a quelli amministrativi fondati sul generico controllo che la P.A. esercita sul territorio o sugli altri ambiti indirettamente incisi dal risultato dell'attività economica intrapresa.

Continuando, è possibile ritrovare la previsione di un potere con un corrispondente provvedimento dell'amministrazione: l'attività in questione è sottoposta ad

---

*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";*

<sup>209</sup> 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": Ora importante è l'articolo 7 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010 , n. 104.

uno specifico preventivo consenso dell'amministrazione, previa ponderazione di interessi.

Per ultimo, possiamo ricordare l'attività in cui la pubblica amministrazione agisce sotto il diretto potere della legge senza alcuna valutazione discrezionale ma solo con la verifica di titoli richiesti dalla legge.

Nei testi legislativi avvicendati in tema di liberalizzazione<sup>210</sup> proprio sulla discrezionalità, sia nella

---

<sup>210</sup> 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'esperimento 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

forma di discrezionalità amministrativa che tecnica<sup>211</sup> si è registrata la maggiore pressione di politica legislativa<sup>212</sup> e di interpretazione giurisprudenziale<sup>213</sup>.

---

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", 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"*;

<sup>211</sup> 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'esperimento di prove, tra l'altro solitamente rimesse ad un giudizio connotato da elementi di discrezionalità tecnica"*. 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"*;

---

<sup>212</sup> 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*;

<sup>213</sup> 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 provvedimentoale, 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



Così discorrendo, la portata revisionistica della Costituzione potrebbe toccare la possibilità di allontanare il dibattito sulle liberalizzazioni dal binomio "atto discrezionale/atto vincolato", per creare una norma in

---

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 da 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.

grado di superare la tesi per la quale *"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"*<sup>214</sup>.

Così con la permanenza dei vincoli dei commi secondo e terzo dell'articolo 41 sarebbe impossibile ritornare alla strumentazione giusprivatistica, che vede nel mercato e nella giurisdizione, rispetto alla P.A., parti in grado di conseguire certi interessi costituzionalmente tutelati.

La P.A. vede delimitata la sua operatività, anche alla luce dell'incidenza degli oneri amministrativi tra i costi minimi di entrata per l'imprenditore<sup>215</sup>, ma la stessa vicenda della

---

<sup>214</sup> M. LUNARDELLI, *L'articolo 21-octies della legge n. 241/90 e le sue applicazioni giurisprudenziali*, pubblicato da Altalex il 1° settembre 2007, capitolo III;

<sup>215</sup> G. ALZONA, *Costi fissi e economie di scala: alcuni aspetti problematici*, in *L'industria*, luglio-settembre 2009, n. 3, pp. 403-412. 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.

possibilità di interventi in autotutela dimostra che l'ambito liberalizzato non è l'ambito libero, residuando comunque poteri discrezionali.

Con l'iper-regolazione dei poteri pubblici negli ultimi decenni si è creata la possibilità di un mutamento di approccio: in vero al fine di sbloccare l'intrapresa privata il problema non è l'esistenza di poteri discrezionali che sono sempre, sia per destinazione della norma, sia per controlli necessari vincolanti per le P.A., legati allo stesso ambito.

Su questo punto si precisa che la cultura giuridica del nostro Paese è segnata dai valori giuridici dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, che non è possibile dubitare della legittimazione il punto di equilibrio indicato come il *proprium* dell'attività amministrativa vincolata solo nel fine.

Lo Stato deve, dunque, operare in positivo cominciando dal livello costituzionale e ripensando all'intera cornice di diritto positivo entro cui l'economia italiana opera: si auspica la creazione di un nuovo ordinamento congeniale ad una economia di mercato con regole conformi ai dettami comunitari e capace di corrispondere alle esigenze specifiche del sistema economico italiano al fine di innalzarne il potenziale di crescita e la capacità competitiva.

Così non è possibile esaurire il tema della disciplina costituzionale delle libertà economiche sul piano oggettivo-funzionale, tralasciando il piano della libertà individuale d'impresa, comportando, nel caso contrario, l'applicazione di un metodo in netta contraddizione con

l'individualismo metodologico che potrebbe portare in un terreno scienziata e collettivista distante dall'analisi corretta dei fenomeni sociali.

Infatti, non ci si deve dimenticare che il terreno di sviluppo della norma costituzionale dell'art. 41 è quello delle scienze sociali che non vogliono il metodo meccanico tipico delle scienze naturali, così condividendo i principi base dell'individualismo metodologico<sup>216</sup>: la procedura di approccio ricalca lo schema norma/potere/fatto, anche se il potere considerato non è quello discrezionale dell'amministrazione pubblica ma quello del legislatore legato alla norma costituzionale e spinto, così, a conseguire la garanzia strutturale affinché le regolazioni siano il più possibile ispirate al principio di certezza dei diritti ed al principio di proporzionalità<sup>217</sup>.

La strada sopra presentata, porterebbe ad un risultato tendente all'affermazione di un diritto nei confronti dello Stato, secondo una tecnica mutuata dalle norme che hanno ad oggetto il riconoscimento e la tutela dei diritti sociali e dal principio di eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3 secondo comma Cost..

---

<sup>216</sup> F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, op. cit.;

<sup>217</sup> G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 18-19. Quanto sopra si verificherebbe 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".

Si è sostenuto la necessità di correggere le tendenze di un governo regolatorio dell'economia caratterizzato da un eccesso di norme intrusive, di norme discrezionali e di norme selettive in base a criteri non trasparenti 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<sup>218</sup>.

La linea prescelta è interessante perché si richiede che Stato, Regioni ed Enti locali estendano l'istituto della segnalazione di inizio attività a tutte le ipotesi in cui è ragionevolmente applicabile ricordando il principio di ragionevolezza invocato dalla Corte Costituzionale per valutare la generica idoneità dell'intervento statale al raggiungimento dell'esigenza di utilità sociale considerata<sup>219</sup>.

In vero, si ricordi come, il giudizio di necessità sia stato unito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea al diverso giudizio di proporzionalità della misura<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, pp. 18-19;

<sup>219</sup> E. GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005 fasc. 3, pp. 2209 – 2234, sentenza n. 20 del 1980;

<sup>220</sup> M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2004 fasc. 2, pp. 541 - 553. La libertà dell'impresa, riconosciuta dalla Corte come diritto dell'individuo, trova 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

A questo punto dell'analisi si comprende come la proposta di revisione dell'articolo 41 della Costituzione, sia tutt'uno con l'estensione del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'articolo 118 della Costituzione stessa secondo un'elaborazione, cara alla dottrina comparatistica<sup>221</sup>, ma ritrovabile in Italia durante la modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione<sup>222</sup>.

Il parere n. 1440 del 2003 della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato aveva delimitato il carattere relazionale della sussidiarietà orizzontale, non considerando che l'unione tra interessi imprenditoriali privati e interessi degli enti locali potesse essere espressione del principio stesso riferito ai fenomeni tipici della cittadinanza societaria, laddove si evidenziano

---

accesso al mercato, in ultima analisi la sua tutela possa comportare vantaggi al sistema mercato nel suo complesso", così a p. 550;

<sup>221</sup> A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, 8, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, a cura di A. Rinella - L. Coen - R. Scarciglia, Padova, 1999. Tramite questa interpretazione l'analisi del problema si lega con il diverso filone che la questione ha percorso negli Stati Uniti d'America, dove il principio di sussidiarietà orizzontale è tutelato dal X Emendamento, secondo il quale "I poteri non delegati all'Unione dalla Costituzione, né per essa esclusi dall'ambito statale, sono riservati rispettivamente agli Stati o al popolo";

<sup>222</sup> 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 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.

attività di interesse generale a cura di soggetti, utenti e agenti al medesimo tempo, operanti nella propria comunità<sup>223</sup>.

A questo punto si ricordi che i vincoli costituzionali sono esterni al dettato del primo comma dell'articolo 41, infatti l'attività economica costituisce esercizio di un diritto costituzionalmente garantito anche se non persegue 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<sup>224</sup>.

Per questa ragione, riportando un esempio concreto, l'articolo 43 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010,

---

<sup>223</sup> 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. Si ricorda 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 anche ai più generali fini della gestione stessa della funzione amministrativa per renderla più adeguata rispetto agli interessi pubblici perseguiti*”;

<sup>224</sup> A. 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.

n. 122, vuole che siano istituite nel Meridione d'Italia zone a burocrazia zero nel rispetto del principio di sussidiarietà e dell'art. 118 della Costituzione, così le nuove iniziative produttive che si avvieranno non devono vincolare il conseguimento del profitto ad altre ed ulteriori finalità di tipo sociale.

Le volontà di revisione costituzionale escluderebbero dalla progressiva estensione gli ambiti normativi in attuazione delle normative comunitarie o internazionali, per le quali si è già ricordata la necessità, esposta dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, di valorizzare le esigenze di proporzionalità degli interventi.

Tali valutazioni vanno ricondotte ai livelli di vertice della piramide ordinamentale, compreso quello costituzionale europeo, in via di assestamento come per l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, con esso, il passaggio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>225</sup> dal valore di soft law alla cogenza giuridica piena: al suo interno, l'articolo 16 riconosce la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario<sup>226</sup> e alle legislazioni e prassi nazionali.

---

<sup>225</sup> L.C. 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; G. 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;

<sup>226</sup> 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. La Corte concludeva che "*those freedoms are not absolute rights, however, but must be considered*



Gli sviluppi così espressi portano al superamento della posizione espressa nel 2003 dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, a seguito del Protocollo sui servizi di interesse generale allegato al Trattato di Lisbona, che considera valore comune all'Unione europea, ex art. 16 del nuovo Trattato, *“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”*.

La Sezione consultiva riconosceva così 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”*<sup>227</sup>.

---

*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”*;

<sup>227</sup> 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. *“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 spettanza 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”.*



**CAPITOLO QUARTO**

**Ordine pubblico economico**

Il quarto capitolo è il fulcro del lavoro di tesi, poiché si individuerà e si cercherà di innovare il concetto di ordine pubblico economico.

L'analisi inizierà dalla lettura del concetto ordine pubblico economico sin dal suo primo apparire come critica ai principi della società liberale.

La conflittualità registrata nella società, porta il nuovo diritto ad assumere prospettive dinamiche: la classicità statica del diritto basato sul codice civile cede il posto alla dinamicità dell'evoluzionismo giuridico

Il concetto di ordine pubblico economico è variabile ma segna la nascita di un nuovo diritto che vuole prevenire e regolare i conflitti della società: a livello delle finalità, infatti, l'ordine pubblico economico segna la nascita di un diritto nuovo che deve prevenire e regolare le differenze sociali e dei relativi conflitti.

In particolare si analizza la fattispecie distinguendola in ordine pubblico economico di direzione e di protezione: il primo è espresso dagli interventi normativi di indirizzo e di sviluppo del progresso economico, il secondo, invece, è espresso dalle norme a tutela dei contraenti deboli.

L'emersione della tutela della parte debole, la tutela dell'iniziativa economica calibrata con la difesa dell'utilità sociale, portano all'emersione del concetto di ordine pubblico come presidio di interessi non solo pubblici: si stratifica l'opinione sulla compatibilità tra valori di ordine pubblico ed interessi individuali ma fondamentali e, dunque, definibili di ordine pubblico.

L'ordine pubblico ha accentuato, così, il suo carattere di protezione rispetto a quello di direzione: questo è un

riflesso della disciplina comunitaria di un'economia sociale mercato che vuole coniugare la libertà d'impresa, tutela degli interessi sociali ed efficienza economica.

Da questa analisi circa le cause che hanno portato alla necessaria nascita del concetto di ordine pubblico economico, che ha innovato il diritto, è possibile portare alla luce due conclusioni importanti.

La prima è che l'unità del concetto di ordine pubblico economico è dato dai fini perseguiti e quindi la volontà di rappresentare e di tutelare le diverse classi sociali dando voce alle particolari aspirazioni di quest'ultime.

La seconda è che, proprio la necessità di dare spazio alle diversità gruppi sociali, rende il concetto l'incipit di un diritto in fieri, sempre in evoluzione, un diritto di transizione.

Individuate tali conclusioni importanti è necessario individuare il campo d'azione dell'ordine pubblico economico studiando il rapporto tra diritto ed economia che meglio ci potrebbe far capire la portata della categoria stessa.

In particolare, è stata segnalata la necessità di creare concezioni non astratte ma reali dell'ordinamento, recuperando l'esperienza dei rapporti umani e il fenomeno della comunicazione interpersonale.

Si presenta la concezione virtuale dell'ordinamento indicata da Natalino Irti che nega l'esistenza di un ordine dell'economia considerando il carattere costitutivo della disciplina normativa del mercato stesso e concludendo che l'unico ordine possibile dell'economia sarebbe quello virtualmente giuridico.

Così si giungerebbe ad una completa eliminazione delle individualità e delle personalità.

Il concetto per l'Autore è quello di autonomia che non sarebbe una forza originaria dei singoli ma sarebbe fattore interno all'ordine giuridico, una capacità derivante dal potere: ci si troverebbe, così, in un divario tra spazio economico e spazio giuridico dove, però, l'artificialità legislativa viene contraddetta dalle logiche interne della vita economica.

Per contraddire la tesi dell'Autore si fa riferimento alla nuova *lex mercatoria* che rappresenta il profilo giuridico della globalizzazione economica avvalendosi di strumenti contrattuali atipici: viene in rilievo il commercio internazionale che non fa riferimento ad alcuna norma statale ma ben risulta regolamentato in base agli stessi attori economici, manifestando, così, una naturalità dell'autonomia soggettiva.

A questo punto si può smentire la geometria legale presentata dall'Autore che tendeva alla ricostruzione di una monopolizzazione pubblica dell'esperienza giuridica, per affermare come l'esistenza dei rapporti economici ci mostra lo Stato che sussidiariamente interviene nel caso in cui l'azione privata sia insufficiente a perseguire l'ordine.

Si conclude affermando che, nel rapporto tra diritto ed economia, è importante il ruolo della persona umana sia nelle caratteristiche di singolo sia in quelle di componente attivo della società.

Non esiste una discrasia tra l'agire dei consociati e l'ordine giuridico del mercato esistendo un rapporto osmotico tra ordine economico ed ordine giuridico.

Per fondare tale conclusione si fa riferimento alla riforma del diritto societario che allarga il concetto di ordine pubblico economico considerando l'autonomia come non completa esclusione degli altri: il ruolo della legge è letto come sussidiario nei confronti dell'autoregolamento dei singoli, integrato con quanto appartiene alla regolarità dell'operazione, dando vita ad una visione oggettiva, intrinseca dell'ordine economico.

La riforma del diritto societario, riconosce l'esistenza di un ordine endogeno proprio degli operatori economici, confermando l'indirizzo legislativo.

Individuato il campo di applicazione nel nuovo rapporto tra diritto ed economia dell'ordine pubblico economico, si analizza il principio di sussidiarietà utile ai nostri fini in quanto modifica il modo d'essere dell'ordinamento ed il modo di comprenderlo attraverso la creazione di un sistema che non può prescindere dalla persona umana, capace di agire per l'interesse comune.

L'ordinamento autonomo, che vede l'individuo capace di agire, non può essere spiegato con il ricorso a concezioni sistematiche che vorrebbero un ordine economico come pura forma predeterminante in astratto gli effetti giuridici: l'ordine economico virtuale cozza con la vita giuridica e mal si adegua ad un percorso giuridico innovativo ed in continua crescita.

Solo considerando la portata rivoluzionaria del concetto di sussidiarietà, alla luce dei processi di globalizzazione e di progresso economico, si può capire come l'intero mondo economico sia retto da un ordine economico che deve bilanciarsi tra l'evoluzione del mercato e la crescita sociale.



L'ordine economico è reale e non più virtuale: è retto dal principio della sussidiarietà che ben si insinua a livello nazionale ed europeo come nuova forma di lettura dei processi giuridici ed economici.

L'ordine economico non è più eteronomo ma diventa interno: la nuova antropologia economica, segna la differenza tra l'intervento dello Stato creatore di un ordine virtuale, e l'ordine sussidiario che riesce a suscitare le forze economiche.

Con queste premesse è bene sottolineare come non vi sia una distanza tra l'ordine economico e l'ordinamento giuridico delle relazioni economiche: questo è concomitante con il primo nella definizione dei rapporti intersoggettivi.

L'evoluzione normativa porta a tirare le fila del discorso tutto teso a costruire un nuovo concetto di ordine pubblico economico: a questo punto, inevitabile è scandagliare l'analisi del rapporto tra Costituzione economica ed ordine pubblico economico, al fine di giungere alla considerazione che l'ordine pubblico economico diviene una categoria generale che comprende la Costituzione economica e si pone alla base dell'ordinamento come categoria che deve poter mediare lo sviluppo sociale ed il progresso economico.

L'ordine pubblico economico abbandona la nozione proibitiva e negativa per la salvaguardia della libertà e della proprietà dei cittadini ma sposa la nozione che riesce meglio a dar vita alla sua capacità sociale, alla sua capacità di realizzare e di proteggere i diritti fondamentali costituzionali.

L'ordine pubblico economico ha il pregio di non essere una categoria immobile e quindi di non dover necessariamente individuare un modello economico predefinito a livello costituzionale: unica sua base è quell'insieme di valori e diritti alla base dell'ordine giuridico dal quale salda la sua stessa validità.

## **1.1. Origine dell'ordine pubblico economico**

Lo Stato liberale, nato in antitesi all'*Ancien Régime*, ha creato il mito della libertà, basando tutta l'organizzazione economica e sociale sui principi di libera concorrenza e di libertà contrattuale: lo Stato liberale, si fonda su un nuovo ordine incentrato sul postulato della libertà come regola di un ordine naturale e felice.

Quanto espresso in principi, comunque, non si realizzava concretamente, in quanto, sia a livello economico sia a livello giuridico, mancavano meccanismi naturali di equilibrio.

Il divario crescente tra teoria e pratica portava a richiedere un nuovo ordine che fondava il concetto di ordine pubblico economico, nato quindi dalla contestazione ai principi della società liberale.

Le dinamiche sociali, ideologiche ed economiche che hanno definito la fine dello Stato liberale, palesavano un nuovo quadro sociale e situazioni differenti su cui si sarebbe dovuto creare il nuovo diritto di natura dinamica e tendente all'evoluzione.

L'ordine pubblico economico nasce dalla critica ai principi della società liberale.

Infatti le classi più povere si organizzavano per la concreta realizzazione dei principi della Rivoluzione del 1789, richiedendo, in vero, la creazione della democrazia sociale.

Nello stesso verso si muovono i cattolici con, nel 1891, l'enciclica "*Rerum novarum*" e, nel 1931, con l'enciclica "Quadragesimo anno": la dottrina sociale della Chiesa esprime il necessario intervento dello Stato al fine di eliminare le disuguaglianze poste in essere dal potere

economico rifiutando di affidare al gioco della concorrenza la possibilità di creare un regime economico giusto<sup>228</sup>.

La borghesia, dal canto suo, accoglie alcune delle contestazioni allo Stato liberale spingendo per interventi protezionistici a proprio favore.

Dunque il quadro complessivo di ragioni sociali, ideologiche ed economiche che hanno contrastato lo Stato liberale, dimostra la contrapposizione tra l'unità apparente della società descritta e rappresentata dal Codice Civile ed una pluralità di classi con diverse situazioni sostanziali.

La conflittualità così registrata nella società, porta il nuovo diritto ad assumere prospettive dinamiche: la classicità statica del diritto basato sul codice civile cede il posto alla dinamicità dell'evoluzionismo giuridico.

A questo punto si individuano gli ambiti principali dell'evoluzione giuridica: l'organizzazione economica, le

---

<sup>228</sup> G. CANDELORO, *Il movimento cattolico in Italia*, Roma, 1972; N. BOBBIO, *Profilo ideologico del novecento italiano*, Torino, pp. 21 e 24. “Nelle due encicliche si riconferma la teoria organicista che vedeva nella società un ordine gerarchico basato sulla disuguaglianza naturale ed ineliminabile e sulla diversa ed insopprimibile funzione delle diverse parti del tutto. In una concezione siffatta, al principio del conflitto, motore della storia viene sostituito il principio dell'ordine, secondo cui, collocato ogni membro del corpo sociale nel posto che gli compete, l'armonizzazione del tutto è conseguita attraverso la coordinazione delle sue parti, eguali e distinte”. Nelle due encicliche, comunque, c'è il contributo fondamentale “a liberare le forze sotterranee di un cattolicesimo popolare animato da sinceri ideali di palingenesi sociale contro il liberalismo corrotto e corruttore”.

regole autoritarie interne al contratto e le regole autoritarie dei rapporti sociali.

Nel primo ambito troviamo appunto norme di matrice economica e sono regole per l'organizzazione economica che si sostanziano in norme per la produzione, la ripartizione, la circolazione di merci, beni e servizi.

Le regole di cui sopra hanno la finalità, autoritaria, di organizzare il mercato e si uniscono, inevitabilmente alle regole autoritarie per la regolazione dei rapporti sociali che mirano alla difesa delle parti più deboli.

A questo punto sovviene una domanda che trova fondamento nell'osservazione del ricorso a misure di intervento finalizzate alla tutela di interessi particolari, tipico della legislazione di protezione sociale: esisterebbe un ordine pubblico sociale distante e separato dall'ordine pubblico economico?

La questione è risolta distinguendo il concetto di ordine pubblico di protezione da quello di ordine pubblico di direzione: si mostra come il mondo economico ed il mondo sociale non siano distinti ma punti di vista diversi da cui osservare lo stesso fenomeno, parlando, così, di interventismo a scopo economico e sociale<sup>229</sup>.

Si ricorda, inoltre, l'esistenza di norme per la protezione della lealtà contrattuale, trasportando nel mondo dell'autoritario anche l'economia interna del contratto: questo è un aspetto che ben ci fa capire la rottura con il concetto di ordine pubblico economico tradizionale basato

---

<sup>229</sup> G. FARJAT, *L'ordre publique économique*, Paris, 1963, pp. 35-36. Contrariamente R. SAVATIER, *L'ordre publique économique*, Recueil Dalloz Sirey, 1965, pag. 38.

sui principi cardine del liberalismo fondato sull'importanza del singolo contraente.

La portata delle norme sopra citate, spinge a comprendere come ci sia stata una spaccatura con gli scopi tradizionali dell'ordine pubblico basato sul liberalismo: Farjat definisce, l'ordine pubblico economico come *“l'insieme delle regole obbligatorie nei rapporti contrattuali relativi all'organizzazione economica, ai rapporti sociali ed all'economia interna del contratto”*.

Il concetto di ordine pubblico economico è variabile ma segna la nascita di un nuovo diritto che vuole prevenire e regolare i conflitti della società: a livello delle finalità, infatti, l'ordine pubblico economico segna la nascita di un diritto nuovo che deve prevenire e regolare le differenze sociali e dei relativi conflitti.

Anche se la presenza del nuovo concetto avrebbe potuto portare gli studiosi a considerare il concetto come a metà strada tra economia e diritto, la presenza dello Stato determina la cd. economizzazione del diritto, fenomeno che indica come l'ordine pubblico economico parta ed arrivi a risultati economici, pur tralasciando la conquista del diritto privato.

L'ordine pubblico economico è la conseguenza giuridica dell'intervento statale nell'economia e dell'attenzione che i poteri hanno su una determinata organizzazione economica: infatti la creazione dell'ordine pubblico economico non deriva dalla mutazione delle concezioni degli economisti ma dall'azione sinergica delle classi sociali.

La lettura degli aspetti economici dell'ordine pubblico economico non deve far dimenticare l'aspetto della

pubblicizzazione del diritto privato fondata sull'incidenza dei pubblici poteri nella sfera contrattuale.

Nel concetto di ordine pubblico, che manifesta l'evoluzione della società, è opportuno rilevare la presenza di un doppio movimento: da una parte esistono regole autoritarie che regolano l'attività dei privati, dall'altra si assiste ad un incremento di partecipazioni di soggetti pubblici nei rapporti economici tramite forme di diritto privato.

Dunque il diritto pubblico influenza il diritto privato nella considerazione che i rapporti contrattuali sono vincolati ad esigenze e procedure amministrative, che, in alcuni casi, devono integrarsi ai vincoli contrattuali legati al diritto privato.

Al di là delle particolari legislazioni, importante è la domanda che si pone Farjat: *“existe droit commun de l'interventionnisme économique et social, ou bien la spécificité des différentes dispositions est-elle irréductible?”*

Ben si risponde affermando che la base comune alle diverse sfaccettature dell'ordine pubblico economico risiede nella socializzazione a cui tutte tendono: all'individualismo e, soprattutto, all'astrattezza delle regole del vecchio codice civile, si sostituiscono categorie di classe o di gruppo e norme più favorevoli alle classi meno abbienti<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> A proposito dell'ordine pubblico economico si è parlato di proletarizzazione del diritto o di diritto di classe in M.R. SAVATIER, *Prolétarisation du droit civil*, in *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1948, che rileva una intromissione delle concezioni proletarie opposte a quelle borghesi.

Nonostante molti studiosi, legati all'astrattezza giuridica del diritto classico, abbiano voluto vedere nel diritto moderno una chiara violazione del diritto di uguaglianza, che attraverso un'involuzione giuridica, avrebbe creato un nuovo diritto di classe, l'ordine pubblico economico si oppone all'astrattezza delle vecchie disposizioni creando una legislazione di categorie sociali dove il contratto è sottoposto a regole particolari in relazione alla tipologia contrattuale ed alla personalità delle parti.

L'intervento statale porta alla legislazione derivante aspetti del diritto di classe, letti meglio come aspetti della legislazione di categorie sociali, dove il contratto non è più sottoposto all'astrattezza della regolazione.

Tale analiticità dell'ordine pubblico economico, si oppone, come sopra ripetuto, alla generica astrattezza del codice civile, che non impedisce a quest'ultimo di dare vita ad una legislazione di classe: infatti l'esperienza concreta tra il codice civile e lo Stato liberale, hanno dimostrato come l'astrattezza e l'uguaglianza formale non diano sempre vita a regole neutrali ed, al contrario, non si può sostenere con assoluta certezza che un diritto che sia relativo ad un determinato gruppo sociale sia un diritto di classe, in quanto il fine ultimo potrebbe essere quello di voler dare una libertà concreta eliminando le diseguaglianze iniziali.

Il diritto moderno scopre l'uguaglianza sostanziale e la molteplicità delle regole dell'ordine pubblico economico, si spingono verso la sua più compiuta realizzazione cercando di compensare le diversità presenti nella società: si assiste ad una moltiplicazione delle categorie sociali

---

Per il diritto di classe, G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1948 e F. JOSSERAND, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, Paris 1937.



tutelate rispetto al Codice Napoleonico, tutelante e disciplinante una sola classe sociale.

Da questa analisi circa le cause che hanno portato alla necessaria nascita del concetto di ordine pubblico economico, che ha innovato il diritto, è possibile portare alla luce due conclusioni importanti.

La prima è che l'unità del concetto di ordine pubblico economico è dato dai fini perseguiti e quindi la volontà di rappresentare e di tutelare le diverse classi sociali dando voce alle particolari aspirazioni di quest'ultime.

La seconda è che, proprio la necessità di dare spazio alle diversità gruppi sociali, rende il concetto l'incipit di un diritto in fieri, sempre in evoluzione, un diritto di transizione.

In vero il concetto di ordine pubblico economico, come figura settoriale, è stato prospettato dalla dottrina sulla scorta di teorie francesi.

Mentre il concetto di ordine pubblico generale si pone come limite negativo alla libera determinazione dei contraenti, l'ordine economico si caratterizza per la sua portata propulsiva, positiva.

Come accennato prima, la fattispecie si distingue in ordine pubblico economico di direzione e di protezione: il primo è espresso dagli interventi normativi di indirizzo e di sviluppo del progresso economico, il secondo, invece, è espresso dalle norme a tutela dei contraenti deboli<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> G.RIPERT, *L'ordre économique e la liberté contractuelle*, in *Etudes Giny*, II, Paris, 1934 pag. 374; G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, pag. 341 ss.; P.TRIMARCHI, *Istituzione di diritto privato*, 16 ediz., Milano 2005,

La nozione di ordine pubblico economico è utilizzata anche in giurisprudenza, dove la Cassazione con la sentenza 6716 del 02 giugno del 1992 e la sentenza 120313 del 03 dicembre 1993, ha ritenuto che la clausola penale con cui le parti fissano la misura degli interessi moratori al di sotto di quelli legali non è contraria all'ordine pubblico economico, in quanto l'art. 1284 c.c. stabilisce che si possa decidere in maniera convenzionale il saggio degli interessi.

Ancora la Cassazione con la sentenza 5320 del 16 giugno 1987 e sentenza 4513 del 15 maggio 1987, qualifica di ordine pubblico la legge 98 del 1982, successivamente abrogata, che sanciva il divieto assoluto e generalizzato di concessione di permessi e aspettative per cure termali.

Nonostante le pronunce della Corte di Cassazione, la dottrina ha negato alla categoria l'autonomia.

Infatti secondo alcuni la categoria dell'ordine pubblico economico riguarderebbe situazioni troppo distanti che non possono essere ricondotte ad una categoria unitaria<sup>232</sup>;

---

pag. 201, afferma che l'ordine pubblico economico di direzione ha lo scopo di proteggere la parte debole del rapporto mentre il concetto di ordine pubblico economico di direzione comprende i principi secondo i quali va seguita l'attività economica; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in *Il trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. II, *Regolamento*, pag. 456, afferma che l'ordine pubblico economico di protezione ha ampliato le sue prospettive rispetto a quello di direzione coniugando libertà ed efficienza;

<sup>232</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano 1970. L'autore afferma che già il codice civile del 1942 appare discostarsi dai principi rigorosamente liberisti cui si erano ispirati sia il code Napoléon che il codice civile italiano del 1865, rompendo il criterio dell'esclusiva privatezza dell'iniziativa economica, lo Stato entra nel "gioco" dell'economia, dall'altro,

---

predisponendo programmi che coordinino e indirizzino l'attività economica sia pubblica che privata, predisponendo autoritativamente misure riguardanti diversi settori dell'economia nazionale. La nozione di ordine pubblico economico dovrebbe caratterizzarsi e distinguersi da quella di ordine pubblico come nozione "funzionale": l'ordine pubblico economico non ha la funzione dell'interdizione tipica dell'ordine pubblico, ma quella "positiva" realizzata con diversità di tecniche di intervento, riassumibile in due categorie generali, come gli interventi di direzione e quelli di protezione. Tutta questa serie di interventi attuati si presenta come un insieme certamente non armonico ed interventi di direzione s'intrecciano a quelli di protezione non desumendo un'unità che permetta di intravedere un quadro organico su cui costruire nozioni e concetti unitari. Il concetto di ordine pubblico economico diviene una formula che copre situazioni lontane tra loro attraverso una formula generica e quindi inutilizzabile. Per indicare l'insieme di questi interventi si ricorre alla formula "ordinamento pubblicistico dell'economia", che ha il pregio di non voler individuare un concetto giuridico, ma soltanto una tendenza di politica legislativa. Sono riconducibili al concetto tradizionale di ordine pubblico i limiti che incontra l'iniziativa economica privata nel comma 2 dell'art. 41 Cost., non soltanto per quanto riguarda la "sicurezza", la "libertà", la "dignità umana", ma anche per quanto riguarda l'"utilità sociale" che sarebbe difficilmente riconducibile alla nozione di ordine pubblico che è stata proposta. Come limite l'"utilità sociale" (non da considerarsi equivalente a funzione sociale) ha un duplice significato: il primo consiste nel fatto che l'iniziativa economica privata, nella sua portata effettuale ha come destinatari tutti i consociati indistintamente, il secondo consiste nel riconoscimento costituzionale dell'iniziativa economica privata che erge la stessa ad espressione di valori fondamentali che reggono una società e che ne caratterizzano il sistema economico; in quanto tale l'esercizio dell'iniziativa economica privata non deve contraddire i valori ordinati del sistema economico prescelto, sulla base dei quali si giustifica il suo stesso riconoscimento. Inteso in questo senso il limite dell' "utilità sociale" anche se sembra rappresentare un limite di natura oggettiva posto alla tutela del mercato, è pur

secondo altri non ci sarebbe alcuna differenza tra il concetto di ordine pubblico economico di protezione e quello generale d'ordine pubblico data l comune e caratteristica funzione di limite negativo all'autonomia privata posta a garanzia degli interessi fondamentali dell'ordinamento.

A livello fattuale, mentre l'ordine pubblico di direzione, considerato più prossimo all'interventismo statale, con il declino dello Stato imprenditore diviene una figura marginale, l'ordine pubblico di protezione, considerato anche alla luce dei principi di regolazione esterna delle dinamiche dl mercato, diviene una categoria importante.

Tanto premesso è opportuno rilevare che è innegabile una necessità storica e culturale che ha determinato l'emersione del concetto: ci si riferisce al passaggio dal diritto uguale degli Stati borghesi ad un diritto regolatore delle classi sociali, al passaggio da un diritto statico ad uno dinamico che ha fundamentalmente caratterizzato la nascita della nuova figura incentrata sul processo di razionalizzazione dell'interventismo legislativo.

In vero sin dagli inizi, tra il concetto di ordine pubblico economico e buon costume si adoperò una certa assimilazione.

Il parametro dell'ordine pubblico avendo subito una certa depatrimonializzazione e di sensibilizzazione verso le

---

sempre riconducibile al concetto di ordine pubblico. L'affermazione dell'utilità sociale rappresenta un limite all'iniziativa economica privata, posto a tutela della libertà di iniziativa economica stessa; ciò al fine di impedire che l'uso di tale libertà finisca per tradursi in una negazione della libertà di iniziativa economica altrui e per contraddire, con ciò, il valore fondamentale che questa esprime nel nostro sistema.

istanze etiche e sociali, accusa un minor tasso di performabilità rispetto al passato quale metro per le operazioni di mercato.

Il problema è capibile se si fa riferimento al fatto che contravvenendo ai principi di ordine pubblico non economico, l'autonomia è inibita mentre nel caso di violazione dei principi di ordine pubblico economico si dà vita, non alla compressione ma alla promozione della libertà contrattuale.

Mentre l'ordine pubblico non economico sottrae determinati territori allo scambio economico, l'ordine pubblico economico tutela l'esercizio della libertà.

Di qui molti autori hanno individuato la necessità di creare nell'ampio genere dell'ordine pubblico una categoria subordinata di derivazione rinvenibile nei precetti essenziali che regolano il mercato.

Quindi si lederebbe l'ordine pubblico economico nel caso di violazione dell'ordinato svolgersi dei rapporti economici con sopraffazione di interessi particolari e pregiudizio di interessi generali, come lo sviluppo della propria personalità e la partecipazione effettiva all'organizzazione sociale.

Dunque la differenza tra i due ordini pubblici, quello non economico e quello economico, è legittima ed utile per distinguere l'ordine pubblico non economico dal buon costume.

In vero la distinzione tra le due categorie, l'ordine pubblico non economico ed il buon costume è molto incerta tanto che è sembrato opportuno ritenere che il buon

costume non abbia autonomia nell'ambito giuridico ma sia una particolarità dell'ordine pubblico non economico.

L'emersione della tutela della parte debole, la tutela dell'iniziativa economica calibrata con la difesa dell'utilità sociale, portano all'emersione del concetto di ordine pubblico come presidio di interessi non solo pubblici: si stratifica l'opinione sulla compatibilità tra valori di ordine pubblico ed interessi individuali ma fondamentali e, dunque, definibili di ordine pubblico.

L'ordine pubblico ha accentuato, così, il suo carattere di protezione rispetto a quello di direzione: questo è un riflesso della disciplina comunitaria di un'economia sociale mercato che vuole coniugare la libertà d'impresa, tutela degli interessi sociali ed efficienza economica.

Dunque la generica identificazione tra ordine pubblico ed interesse pubblico cede il passo ad un complesso coordinamento tra interessi, libertà e situazioni soggettive di rango diverso, irriducibili alla dicotomia pubblico-privato.

In questa prospettiva, comunque, l'ordine pubblico non risente di una spaccatura interna, poiché possono dirsi di ordine pubblico solo gli interessi radicati nei valori fondamentali dell'ordinamento.

La dialettizzazione del rapporto tra pubblico e privato non incide sulla concezione dell'ordine pubblico come principio a tutela di interessi generali.

## 1.2 Evoluzione storica del concetto di Ordine pubblico economico

La possibile relazione tra diritto ed economia è stato un tema che ha attraversato gli ultimi secoli ed ha trovato collocazione nella dottrina francese sin dagli anni '30.

La riflessione sull'esistenza della relazione stretta tra diritto ed economia si è avuta analizzando il contenuto e la portata di un concetto centrale nella disciplina economica, appunto il concetto di ordine pubblico economico.

Si ricorda come per la prima volta i termini “ordre public économique” siano stati utilizzati nel 1934 da Georges Ripert<sup>233</sup>, il quale considerava l'istituto come indice della fine dell'era dell'autonomia contrattuale e manifestazione dell'introduzione di disposizioni imperative, di ordine pubblico, che si sarebbero imposte nelle materie contrattuali<sup>234</sup>.

La situazione descritta come “evento complesso” dal Ripert, era quella dell'inizio del secolo scorso, comune a più paesi europei: il nuovo dirigismo economico portò alla radicalizzazione delle idee socialiste e di cristianesimo sociale.

Inoltre, bisognava trovare soluzioni ad eventi di crisi come la situazione economica conseguenza del primo dopoguerra, la crisi finanziaria del 1930, l'occupazione tedesca del 1940: divenne necessario creare forme di regolamentazione di interessi pubblici e privati.

---

<sup>233</sup> G. RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Mélanges Gèny, 1934, pag. 347;

<sup>234</sup> G. FARJAT, *L'ordre publique économique*, Paris, 1963.

“*Ordre public économique*”, nasce, quindi, nel periodo in cui terminava il predominio dell’iniziativa contrattuale privata che trovava un nuovo confine nei limiti posti da regole imperative e proibitive anche nei rapporti tra privati: si comprende come il concetto in costruzione si legittima nel bene comune da proteggere contro la libertà privata.

Quindi, la novità del concetto di “*ordre public économique*”, risiedeva proprio nel bene da tutelare, che coincideva con il bene economico: il bene economico è rivalutato e corrisponde ad un valore comune a tutti i cittadini ed è, dunque, un interesse superiore<sup>235</sup>.

Il concetto in analisi, differenziandosi dal concetto di ordine pubblico generale per il bene tutelato, permette di individuare un nuovo rapporto tra diritto ed economia che si sostanzia nelle parole del Savatier<sup>236</sup> “*ordre public traditionnel servait directement un idéal humain. ‘est, maintenant, un idéal technique qui fonde le droit économique, et spécialement l’ordre public conçu par lui*”.

La differenza sostanziale tra il concetto di ordine pubblico generale e quello economico si fonda proprio sulle concezioni filosofiche e morali che li dominano.

Infatti, il concetto di ordine pubblico economico abbandona il diritto classico dello Stato liberale, che si serviva di assunti filosofici per basare la nozione di ordine pubblico generale.

---

<sup>235</sup> R. SAVATIER, *L’ordre public économique*, Recueil Dalloz Sirey, 1965;

<sup>236</sup> R. SAVATIER, *L’ordre public économique*, Recueil Dalloz Sirey, 1965, pag. 35.



La novità concettuale che porta alla distinzione tra i due concetti è proprio la base statutale: distanziandosi dallo Stato liberale con tutte le sue limitazioni, il concetto di ordine pubblico economico si fonda nelle prime forme di Stato sociale, in una visione sociale sempre più autonoma, dove il sociale giustifica l'intervento statale in economia, divenendo, così, una nozione giuridica che ben si presta alla politica economica e sociale.

Il concetto così presentato, porta ad una considerazione circa la ritrovata maturità della scienza economica in quanto, solo dopo la seconda guerra mondiale, si è assistito ad un'evoluzione di leggi mirate a regolare i rapporti tra privati nell'ottica di una nuova maturità della scienza economica e delle innovazioni in ambito sociale.

Il concetto ebbe un'esplosione nella Francia degli anni '60 e divenne momento cardine della riflessione non solo economica ma anche sociale: si ricordi, come già precisato, la distinzione tra ordine pubblico di direzione ed ordine pubblico di protezione<sup>237</sup> tendente, quest'ultimo, a proteggere la parte economicamente più debole.

Con la distinzione operata dalla dottrina del tempo è facile intuire come la categoria dell'ordine pubblico economico diventava una figura inserita in un quadro sia economico, come fine immediatamente percepito, ma anche sociale, considerando le misure costrittive finalizzate alla protezione sociale.

La vivacità dottrinale del periodo si univa, anche, alla politica dell'aumento delle disposizioni autoritarie nei rapporti contrattuali per esigenze di polizia cioè finalizzate

---

<sup>237</sup> M. CARBONNIER, *Manuel de droit civil*, T. II, Collection Thémis, 1962, pag. 115.

ad regolamentare la concorrenza e la lealtà contrattuale: dalla finalità di regolazione della concorrenza e della lealtà contrattuale, emergono, comunque, legislazioni tese a controlli tecnici con statuti legali e legislazioni tese a controlli economici, aventi la finalità di risultati economici più apprezzabili.

Si comprende come il concetto di ordine pubblico economico sia stato utilizzato per esprimere i cambiamenti e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico, basato sulla necessaria delimitazione dell'economia privata.

Dunque la crescita dell'interventismo statale si muoveva proprio nella direzione di regolare l'economia liberale gettando le basi per la modifica dell'ordinamento giuridico.

Nonostante la grande portata del concetto, lo stesso è stato criticato da parte della dottrina francese che lo considerava “un fenomeno accidentale”<sup>238</sup>.

La possibilità di dar vita alla dottrina sopra presentata era data, sicuramente dalla genericità del concetto che comprendeva regole obbligatorie e di ordine economico, dalla variabilità come concetto che muta allo mutare degli istituti economici e sociali, dalla vastità dell'oggetto come concetto che, inevitabilmente, comprende principi di diversi rami del diritto.

Nel concetto così presentato, agli occhi della dottrina francese, ci sarebbe carenza di coerenza che sarebbe potuta essere di ostacolo al completo sviluppo della categoria.

---

<sup>238</sup> G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946, pag. 96, parla dell'ordine pubblico economico come di una categoria che manifesterebbe il declino del diritto.

Invero, con l'introduzione del concetto di ordine pubblico economico, si definisce una trasformazione completa del diritto.

Nel tentativo di definire in maniera più completa la nozione di ordine pubblico economico, bisogna, necessariamente, destreggiarsi attraverso al nozione generale di ordine pubblico al fine di scandagliarne le differenze e porle alla base stessa della nuova definizione del concetto.

Solo le contrapposizioni tra le due categorie ci porteranno alla definizione finale di una teoria generale dell'ordine pubblico economico.

A questo punto riprendiamo, come base di partenza, la nozione di ordine pubblico cogliendone il senso più generale attraverso i suoi significati più comuni.

Nella dottrina è stato subito individuato come il concetto di ordine pubblico avesse, intrinseca, una certa ambiguità, dovuta, comunque, alla diversità del regime tecnico, che portava all'esistenza di diversi modi, per una norma, per essere considerata di ordine pubblico, con la conseguente incertezza sulle conseguenze tecniche derivanti.

Proprio la diversità di regime tecnico ha portato all'impossibilità di creare una definizione univoca e chiara della nozione di ordine pubblico<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> E.GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé*, Dijon, 1912, pag. 53. L'autore afferma che il concetto di ordine pubblico sia variabile a seconda della materia alla sua base, portando così in sé l'impossibilità di delimitazione del suo contenuto.

Nonostante le critiche alla categoria di ordine pubblico, questa diventa fondamentale per il diritto tanto che appare per la prima volta nel Codice napoleonico, che, appunto, tendeva a tradurre in norme e principi gli ideali rivendicati ma mai realizzati della rivoluzione.

All'interno del Codice napoleonico, il concetto di ordine pubblico ha la finalità di affermare e di conservare i principi della rivoluzione francese, essendo fondato sia sull'abolizione della distinzione degli individui su strati sociali non comunicanti tra di loro, sia sul pieno riconoscimento della proprietà e della autonomia e libertà di iniziativa economica.

Così discorrendo si legge l'ordine pubblico come limite negativo all'autonomia contrattuale finalizzato alla tutela dei valori della libertà e dell'autonomia della persona, fondamentali per il Codice napoleonico: anche se è affidata all'ordine pubblico la funzione di limite, è bene ribadire che lo stesso non esprime l'esigenza di superiorità dell'interesse pubblico sul privato ma, come limite all'attività negoziale, esprime la necessità che i privati non sovvertano i valori fondamentali dell'ordine sociale.

I rapporti intrapresi dai privati devono, così, nel rispetto dell'ordine pubblico, rispettare i valori ed i principi che lo Stato considera fondamentali per l'organizzazione sociale: in particolare, la lettura dell'ordine pubblico come limite negativo, porta alla considerazione della necessaria protezione dei valori della libertà e dell'autonomia dell'individuo come persona e come cittadino.

La complessità degli istituti che si accavallano nell'analisi del concetto di ordine pubblico economico attraverso il

concetto generale di ordine pubblico ha dato vita a due scuole di pensiero.

In particolare, la prima definizione considera importante la natura delle cose e dunque l'ordine pubblico diventa una categoria di regole superiori; la seconda, partendo da una critica alla precedente definizione, legge l'ordine pubblico come antitesi alla libertà contrattuale.

Secondo la prima teoria, è d'obbligo ricordare come tante sono state le formule utilizzate dalla dottrina francese per ricondurre il concetto di ordine pubblico al coacervo dei principi fondamentali sui quali è basata la società<sup>240</sup>.

La definizione che appare completa è quella di Malaurie, secondo il quale, infatti, l'ordine pubblico è *“le petit faisceau des cadres fondamentaux sur lesquels repose la société, son bati élémentaire”*.

Quindi, per questa definizione generale dell'ordine pubblico, l'ordine pubblico economico non è una novità del sistema ma costituisce una parte stessa della categoria dell'ordine pubblico.

All'interno di una società che ha, necessariamente situazioni politiche, sociali ed economiche, l'ordine pubblico economico coincide con le basi del sistema e viene identificato con il naturale e necessario ordine economico fondamentale per la società.

---

<sup>240</sup> G. FAJAT, *L'ordre publique économique*, op. cit., cita le definizioni sopra ricordate ed in particolare: H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, pag. 27; R. DEMOGUE, *Notions fondamentales de Droit privé*, pag. 146; L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, I, pag. 566.

Fermarsi alla prima lettura dell'ordine pubblico significherebbe ricavare una nozione di ordine pubblico economico scarna: infatti i principi fondamentali della società francese in ambito economico fino agli anni '60, sono stati quelli della libertà di commercio e di industria, che ben sono riassunti nella libertà di iniziativa economica.

Considerare la nozione così descritta porterebbe ad eliminare quanto di importante ci sia stato con la legislazione attraverso cui si è attuata la notevole politica di intervento pubblico nell'economia.

La seconda teoria che abbiamo presentato, appare più completa poiché legge le disposizioni di ordine pubblico in sinergia con le norme imperative e restrittive della libertà privata<sup>241</sup>.

Questa definizione così articolata, ben si adegua alla complessità del fenomeno.

Dalla seconda definizione che nasce come critica alla prima, deriva la chiara evidenza che le disposizioni autoritarie si sono, comunque, sostituite alla libera organizzazione dei rapporti contrattuali.

La lettura dell'ordine pubblico così come conseguente alla presentazione delle due diverse teorie della dottrina francese, considera non anche la natura delle regole che comprende ma la finalità che le stesse perseguono.

Proprio per questa ragione la nozione che meglio identifica il fenomeno di ordine pubblico è quella che lo legge come antitesi alla libertà contrattuale.

---

<sup>241</sup> F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1954, pag. 548.

Proprio all'interno dei procedimenti autoritativi di ordine pubblico, negli anni '50 e '60, la dottrina francese riesce a circoscrivere l'impegno degli stessi nell'ambito economico e sociale.

La formulazione del concetto di ordine pubblico economico risale, dunque, alla letteratura francese degli anni trenta e quaranta del secolo scorso, che si interrogava sugli aspetti giuridici del capitalismo moderno.

Il termine vive l'espansione del concetto generale di ordine pubblico, anche se poi se ne discosta, che attraversa l'area de principi pubblicisti e dell'organizzazione dello Stato, l'area di modelli privatistici inderogabili, comprendendo, appunto, l'area dei rapporti economici.

Nella elaborazione italiana, a differenza del lavoro organico sul concetto presentato da G. Farjat nel 1963, manca uno studio interamente dedicato al concetto di ordine pubblico economico sempre analizzato nell'ambito del concetto generale dell'ordine pubblico.

Inoltre, sul concetto non c'è stato un atteggiamento univoco, poiché il concetto veniva interpretato con riguardo al momento storico ed attraverso il quadro normativo del periodo di riferimento: infatti è stato evidenziato che l'ordine pubblico economico si inserisce in quella particolare stagione di valorizzazione dell'ordine pubblico, tipica degli anni '60, operata da chi vedeva con particolare diffidenza il principio di autonomia

contrattuale<sup>242</sup>, rileggendo in chiave solidaristica il contratto<sup>243</sup>.

Come sopra specificato il concetto è tipicamente frutto della dottrina francese e viene assorbito nell'ordinamento italiano attraverso il codice del 1865, nel nascente Stato unitario. Si precisa che, come nella cultura francese, anche in Italia, la giurisprudenza utilizza il concetto per reprimere l'inserzione nel contratto di diversi tipi di clausole monetarie contrarie alle leggi che introducevano il corso legale ed il corso forzoso<sup>244</sup>.

Anche la giurisprudenza post unitaria italiana abbandonerà verso gli anni '30 la cultura liberista per accettare i valori emergenti nel nuovo ordine corporativo.

Infatti, anche in Italia, il concetto di ordine pubblico servirà per difendere la politica economica basata sulla difesa della lira, nel clima di repressione delle clausole oro ed oro-valore<sup>245</sup>.

Nonostante le tensioni giurisprudenziali, il concetto di ordine pubblico economico, trova la sua più giusta collocazione, in ambito italiano, nel secondo

---

<sup>242</sup> A. GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civile, XIII, Torino, 1995, pag. 167;

<sup>243</sup> A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, pag. 63 ss.;

<sup>244</sup> A. GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., pag. 52-61. L'autore, comunque, definisce l'esistenza anche la presenza di un altro indirizzo giurisprudenziale che rifiuta di colmare la lacuna della disciplina sulle coalizioni con parametri di morale ed economici;

<sup>245</sup> A. GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., pag. 61 ss..



dopoguerra<sup>246</sup>, ed è diretto a qualificare la normativa vincolistica contenuta in leggi speciali, anche se sempre con caratteristiche di eccezionalità e precarietà.

In questi termini le due linee di tendenza, la francese e l'italiana, si discostano, in quanto la dottrina francese ricorre al concetto di ordine pubblico economico come concetto nuovo e diverso rispetto all'ordine pubblico generale, cercando con il primo di integrare la disciplina del Code Napoleon.

Il vero e proprio dibattito sull'ordine pubblico economico in Italia si apre verso la metà degli anni '60 ed è originato sia dagli studi francesi sulla categoria, sia sulla nuova disciplina costituzionale dei rapporti economici<sup>247</sup>.

Emblematico, a questo punto, è ricordare, il commento di G.B.Ferri al saggio di Farjat sull'ordine pubblico economico, che si caratterizza per la rilettura della causa come elemento del contratto e per l'interpretazione del concetto di ordine pubblico economico che, inteso come

---

<sup>246</sup> W. BIGIAMI, *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al mercato nero*, in *Dig. e giur.*, 1946, pag. 280 ss.; V. ANDRIOLI, *Arbitrato e ordine pubblico economico*, in *Dir. Fall.*, 1947, II, pag. 37 ss.. I due autori nel commentare, rispettivamente la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, del 29 aprile 1946 relativa alla violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della legge 10 ottobre 1941, nr. 1257 e la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. II, del 10 agosto 1946, nr. 1184, relativa alla legge dell'8 luglio 1941, nr. 645, entrambe relative alla materia della disciplina vincolistica sui prezzi di beni e di servizi, fanno esplicito riferimento al concetto di ordine pubblico economico;

<sup>247</sup> M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pag. 61. L'autore evidenzia come dall'analisi dell'articolo 41 della Costituzione derivi un complesso di norme che sostanziano la sfera dell'ordine pubblico economico.

limite all'autonomia privata, trova il suo punto di riferimento forte nella tutela della libertà della persona umana così come è il nuovo dettato della Costituzione<sup>248</sup>.

L'autore sostiene che tutta la serie di interventi attuati in ambito economico, dalla quale si sperava poter emergere la nozione pulita e chiara dell'ordine pubblico economico, si presenta come un insieme non armonico dal quale la formula dell'ordine pubblico economico risulta generica ed inutilizzabile.

Contro la teoria sopra presentata, comunque, spuntano altre letture che ritengono di accogliere la nozione di ordine pubblico economico riconoscendone la legittimità teorica: sono teorie che spinte dal concetto tentano di leggere i nuovi processi economici<sup>249</sup>.

In particolare altro illustre studioso ha sottolineato come la nozione di ordine pubblico economico, legato agli interventi statuali in economia, induce a rivedere il rapporto tra ordine pubblico e buon costume: solo in questa accezione l'ordine pubblico potrà acquistare autonomia rispetto al concetto del buon costume sottraendo alla regola della irripetibilità le convenzioni che urtano contro i principi che si riassumono nell'ordine pubblico economico<sup>250</sup>.

In linea generale la dottrina italiana, assorbe la nozione di ordine pubblico economico in quella più generale

---

<sup>248</sup> G.B.FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, pag. 210 ss.;

<sup>249</sup> M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico tecnologico*, in *Pol. Dir.*, 1973, pag. 120 ss.;

<sup>250</sup> P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv dir. civ.*, 1966, I, pag. 197.

dell'ordine pubblico: il primo concetto sarebbe una specificazione utile per indicare tutti i principi ed i valori nell'ambito dei rapporti economici e patrimoniali.

La categoria torna ad essere di sicuro interesse agli inizi degli anni '90 coincidendo con la crisi del ruolo dello Stato nell'economia.

Si sottolinea come per l'Italia, determinante in questo senso sia stata la spinta dell'Atto Unico Europeo del 1986 diretto a dettare regole al mercato per garantirne correttezza ed efficienza, riqualificando il ruolo dello Stato<sup>251</sup>.

Comunque anche in questa epoca, il concetto di ordine pubblico economico non riesce a prendere autonomia, in quanto, anche dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali, si evince che il concetto utilizzato sia sempre quello generale dell'ordine pubblico generale<sup>252</sup>: la giurisprudenza ha fatto ricorso al concetto per verificare la natura derogabile ovvero il carattere imperativo della disciplina di diritto positivo rispetto a quanto stabilito dalle parti, relativamente a settori di tipo strettamente patrimonialistici.

L'analisi della dottrina e della giurisprudenza italiana circa il concetto di ordine pubblico economico, parte, dunque, dalla considerazione di come il legislatore italiano non sia stato molto attento nell'utilizzare la formula dell'ordine pubblico economico, concetto sempre in tensione tra le

---

<sup>251</sup> L.MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *B.B.T.C.*, 1997, I, pag. 3;

<sup>252</sup> F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, pag. 214 ss..

spinte autonomistiche e le stringenti relazioni con il concetto generale di ordine pubblico.

## **2.1 Rapporto tra diritto ed economia nell'ottica del concetto di ordine pubblico economico**

Il rapporto tra diritto ed economia appare importante per poter meglio capire la portata della categoria dell'ordine pubblico economico.

In particolare, è stata segnalata la necessità di creare concezioni non astratte ma reali dell'ordinamento, recuperando l'esperienza dei rapporti umani e il fenomeno della comunicazione interpersonale<sup>253</sup>.

La proposta di elaborare una teoria generale ben si manifesterebbe in ambito economico che rileva subito le deficienze di un metodo astratto del fenomeno giuridico<sup>254</sup>.

La concezione virtuale dell'ordinamento è stata indicata da Natalino Irti che, negando l'esistenza di un ordine dell'economia, ha affermato il carattere costitutivo della disciplina normativa del mercato stesso<sup>255</sup>.

Secondo l'autore, infatti, si contesta il concetto di naturalismo del mercato che si occulterebbe dietro le figure di persone e di mercato e si sostiene la tesi della pura artificialità del mercato come ordine costruito.

---

<sup>253</sup> F. GENTILE, *Ordinamento giuridico – Tra virtualità e realtà*, II ed., Padova, 2001;

<sup>254</sup> F. MERUSI, *Le leggi del mercato – Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, pag. 7;

<sup>255</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

Le leggi dello Stato danno vita al soggetto di diritto ed all'ordine del mercato: la persona, per il diritto rileva solo in quanto centro di imputazione di situazioni giuridiche ed il mercato si identifica con le disposizioni normative che lo regolano.

Si conclude che l'unico ordine possibile dell'economia sarebbe quello virtualmente giuridico<sup>256</sup>.

La situazione così presentata è informe e bisognosa di regole che giungano, tramite le leggi dello Stato, come volontà imperative che determinano la regolarità dell'agire.

Con questo parlare si giungerebbe ad una completa eliminazione delle individualità e delle personalità.

Infatti il punto di partenza dal quale si articola poi tutta la concezione presentata dall'Autore è quello del concepimento del singolo come soggetto che tende solo al proprio interesse: si perviene, così ad una concezione legalistica della solidarietà.

Tale concezione si esprimerebbe nella considerazione che il singolo come cittadino è tenuto ad eseguire le prestazioni tributarie stabilite dalla legge e solo la legge fiscale riesce ad offrire la misura più sicura della solidarietà<sup>257</sup>.

Altro punto focale della teoria dell'autore è il concetto di rigido formalismo, nel senso che la rilevanza giuridica

---

<sup>256</sup> G.ALPA, *La cd. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999;

<sup>257</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, pag. 89.

dell'agire negoziale, si manifesta nella sua conformità a criteri figurativi posti dal legislatore<sup>258</sup>.

Da ciò si desume che, per l'Autore, tutto quello che è atipico, e quindi non determinato dalla legge, risulta estraneo al diritto che procede con la riduzione dei fenomeni entro schemi già esistenti.

Pur avendo presentato i punti cardine del sistema irtiano, è importante non perdere di vista il fulcro della sua teoria, dal quale è d'obbligo partire per la confutazione finale.

Il concetto in esame è quello di autonomia che, per l'Autore, non sarebbe una forza originaria dei singoli ma sarebbe fattore interno all'ordine giuridico, una capacità derivante dal potere.

Così teorizzando l'ordine virtuale del mercato, si deve registrare, necessariamente, un divario tra spazio economico e spazio giuridico: l'artificialità legislativa così individuata è, però, contraddetta dalle logiche interne della vita economica.

Si faccia riferimento alla nuova *lex mercatoria* che rappresenta il profilo giuridico della globalizzazione economica e si avvale di strumenti contrattuali atipici, la cui capacità di circolazione è affidata all'ordinato svolgimento degli scambi economici e non al potere della legge.

In questa prospettiva, dunque, viene in rilievo il commercio internazionale che non fa riferimento ad alcuna norma statale ma ben risulta regolamentato in base agli stessi

---

<sup>258</sup> N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, pp. VII-VIII.

attori economici, manifestando, così, una naturalità dell'autonomia soggettiva.

Comunque tale condizione, non deve tacere della consapevolezza dell'esistenza di possibili abusi dell'autonomia, letti come violazione dei doveri proprio dell'autoregolamentazione.

Per questa finalità si impongono controlli commerciali ed economici al fine di evitare una strumentalizzazione da parte delle grandi multinazionali: cos' diventa indispensabile l'intervento degli Stati nazionali che vengono chiamate, con le organizzazioni sopranazionali, ad impedire la prevaricazione nell'ambito economico.

Si delinea la figura di uno Stato nazionale che non sovrasta gli individui tramite l'ordine virtuale delle relazioni fondato sull'effettività del potere ma in base al principio di sussidiarietà, chiamata a non far degenerare l'arbitrio individuale sempre indirizzata verso il bene sociale.

A questo punto si può smentire la geometria legale presentata dall'Autore che tendeva alla ricostruzione di una monopolizzazione pubblica dell'esperienza giuridica, per affermare come l'esistenza dei rapporti economici ci mostra lo Stato che sussidiariamente interviene nel caso in cui l'azione privata sia insufficiente a perseguire l'ordine.

Si conclude affermando che, nel rapporto tra diritto ed economia, è importante il ruolo della persona umana sia nelle caratteristiche di singolo sia in quelle di componente attivo della società.

Con queste prospettive è chiaro che siamo lontani da una concezione geometrica del mercato, con l'unico fattore di ordine nella volontà del potere: non esiste una discrasia tra

l'agire dei consociati e l'ordine giuridico del mercato, realizzando, in questo modo, un rapporto osmotico tra ordine economico ed ordine giuridico<sup>259</sup>.

Dunque, il riconoscimento dell'importanza del singolo nella sua manifestazioni di autodisciplina e di integrazione sociale e la corrispondente sussidiarietà delle istituzioni, come momento complementare all'ordinamento giuridico delle relazioni economiche, innova il diritto e tiene lontani gli operatori da possibili assolutismi dell'individualismo e dello statalismo.

Considerata tale conclusione logica appare opportuno ricordare come l'analisi del mercato del terzo millennio, si è aperta con la rivisitazione del ruolo dello stesso, diviso tra globalizzazione e tensioni internazionali che ha indotto alcuni operatori a considerare la possibilità di un ritorno al ruolo forte dello Stato in economia<sup>260</sup>.

In vero per leggere la reazione istituzionale alla crisi sociale di inizio millennio, bisogna considerare anche elementi di segno opposto che portano a tutt'altre conclusioni.

A questo proposito si può ricordare la delega per la riforma del diritto societario, legge n. 366 del 3 ottobre 2001, enunciando i principi generali alla base della attività delegata, indica come il fine ultimo sia quello di ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria, aderendo ad una

---

<sup>259</sup> L. AMMANNATI, *Diritto e mercato – Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di “transaction” di Commons*, in *Diritto pubblico*, 2003, pp. 155-156;

<sup>260</sup> G.SOROS, *La minaccia capitalistica*, Milano, 1997; W. HUTTON, *Europa vs. Usa – Perché la nostra economia è più efficiente e la nostra società più equa*, Roma, 2003.



visione contrattuale del diritto e quindi ad una concezione di autoregolazione degli operatori economici.

La precisazione sopra riportata, ha visto la dottrina interrogarsi sul ruolo del contratto che non sembrerebbe costituire prova del tipo di rapporto tra diritto ed economia così come individuato dalla norma.

Si è parlato di un paradosso del contratto che formalizza i rapporti creati dalla competizione economica, mutando la sua natura da veicolo per la sanzione della libertà di tutti, a veicolo della libertà di pochi<sup>261</sup>: ciò porterebbe all'inevitabile intromissione della legge come unico mezzo per garantire l'equilibrio.

Anche chi sostiene che l'incremento delle norme imperative confermi il rapporto tra autonomia contrattuale e legge nel senso della prevalenza dell'autonomia, poiché il singolo operatore può svincolarsi dal contratto, constatando la violazione della legge, ne lamenta la perdita della fattispecie<sup>262</sup>.

Invero entrambe le posizioni assimilano il concetto di autonomia con il potere del singolo che non conosce limiti, considerando, in tal modo, la legge come argine dell'autonomia stessa.

Tale forma di lettura afferma l'unicità del singolo e l'ordine economico basarsi esclusivamente sull'imperio della legge.

---

<sup>261</sup> P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, pag. 403;

<sup>262</sup> G. DE NOVA, *Contratto*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, IX, Roma, 2001, pag. 67.

Questa interpretazione non è propria della riforma che si considera, in quanto la forza dell'autonomia non intesa nel senso di completa esclusione degli altri è il funto focale del diritto societario: il ruolo della legge è letto come sussidiario nei confronti dell'autoregolamento dei singoli, integrato con quanto appartiene alla regolarità dell'operazione. Si dà così vita ad una visione oggettiva, intrinseca dell'ordine economico<sup>263</sup>.

La riforma del diritto societario, riconosce l'esistenza di un ordine endogeno proprio degli operatori economici, confermando l'indirizzo legislativo.

Il monolitismo è eroso dagli organismi di diritto internazionale e dall'emersione di comunità territoriali o personali, capaci di autoregolarsi: la legge considera il dinamismo della realtà economica e vuole solo sostenerlo e controllarlo.

D'altro canto, si ricorda, come il diritto pubblico dell'economia, si è trasformato in diritto della concorrenza in diritto dell'economia, se non in economia del diritto<sup>264</sup>.

Dunque l'ambito economico rappresenta un terreno su cui il singolo può porsi come persona, non negando al sistema statale di fornire il proprio appoggio integrativo all'economia.

---

<sup>263</sup> G.ROSSI – A:STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2003,pag. 23;

<sup>264</sup> B. SORDI, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, in *Quaderni Fiorentini*, 1999, pagg. 1074- 1075.

## **2.2 Diritto ed economia: giuridicità del nuovo ordine pubblico economico.**

Il modello rapportuale tra diritto ed economia è stato messo in discussione allorché si è percepito che l'intervento pubblico minava le basi della società.

Così si è rivalutato il ruolo del mercato visto come luogo di produzione del benessere sociale, con la consapevolezza che il compito delle istituzioni è quello di intervenire per tutelare e garantire la parità degli operatori, sanzionando l'asimmetria in ogni campo e auspicando forme sempre più attive di comunicazione intersoggettiva.

Dunque, nel corso degli anni, il ruolo del mercato e la lettura che gli operatori ne hanno dato è cambiata: gli operatori hanno dato vita a sistemi di autoregolamentazione degli interessi in gioco, instaurando un dialogo che mina ma completa la struttura democratica<sup>265</sup>.

Il metodo così presentato, di natura dialettica, è il modo di procedere delle Autorità Indipendenti, che diventano l'organismo che meglio sa cogliere il nuovo ruolo delle istituzioni in ambito economico, determinando il mercato come un confronto continuo e costante tra le prospettazioni delle parti.

In questa prospettiva di respiro internazionale, la dicotomia tra ordine e disordine ha fatto pensare spesso alla dicotomia tra pubblico e privato che in vero, non sono dicotomiche ma tra di loro ma realizzano il razionalismo giuridico, che, da sempre, per giustificare il monopolio

---

<sup>265</sup> S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, pag. 98.

statale de diritto si è basato sulla concezione del singolo eterodiretto.

Quest'ultima precisazione, già scardinata nella pagine precedenti, è ancora una volta lontana dalla realtà come dimostrano le Autorità indipendenti, che tramite la dialettica tra gli operatori, hanno assunto decisioni con carattere normativo tendenti a fissare regole che disciplinano l'agire economico.

L'analisi dell'ordine pubblico economico, deve basarsi sulla centralità dell'autoregolamentazione degli operatori economici e del ruolo sussidiario delle istituzioni statali: per fronteggiare i problemi della società capitalistica globale, non si deve negare l'esistenza di un ordine economico che possa ben realizzare una dialettica continua e costante tra le tensioni, appunto, economiche, e le spinte sociali.

Di rilievo è, in questi termini, l'attenzione alla persona umana nel capo economico che porta a superare le concezioni economiciste e legaliste del mercato: gli operatori economici diventano fautori di uno sviluppo sociale reale, facendosi carico delle esigenze materiali della società e le istituzioni pubbliche sostengono i singoli nell'individuazione delle problematiche economiche, che riescono a coniugare sviluppo personale con quello sociale.

Si legittima così un ordinamento delle relazioni intersoggettive che è di natura giuridica perché vuole il riconoscimento del bene comune, interfacciandosi con l'intervento sussidiario delle istituzioni nell'autodisciplina sociale.

### 3.1 Principio di sussidiarietà

Individuato il campo di applicazione nel nuovo rapporto tra diritto ed economia dell'ordine pubblico economico, sarà utile adesso analizzare il principio di sussidiarietà.

Secondo il punto di vista di chi scrive, il principio di sussidiarietà modifica il modo d'essere dell'ordinamento ed il modo di comprenderlo attraverso la creazione di un sistema che non può prescindere dalla persona umana, capace di agire per l'interesse comune: tali affermazioni risulterebbero congeniali al nuovo concetto di ordine pubblico economico che si basa su una più attenta ed innovativa chiave antropologica.

L'art.118, u.c. della Costituzione dispone che: *"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"*.

La disposizione introduce, finalmente in maniera esplicita il principio di sussidiarietà orizzontale nella testo costituzionale, anche se non è l'unica formulazione di tale principio nel nostro ordinamento.

Infatti, si ricordi come l'art.4, 3° c., lett. a) della legge cd. Bassanini n.59/1997 dispone che i conferimenti di funzioni agli enti locali più vicini ai cittadini devono avvenire nell'osservanza del *"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 territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati"*.

Ancora, l'art.3, 5°c. del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, D.Lgs. n.267/2000, riprendendo la modifica introdotta nell'art.2 della legge n.142/1990 dalla legge n.265/1999, dispone che *"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"*.

La volontà di queste pagine è quella di, fornendo un'interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale coerente con gli altri principi fondamentali della Costituzione, porlo come base emblematica per il nostro concetto di ordine pubblico economico che ben si destreggia tra il progresso economico ed lo sviluppo sociale.

Parlare di interpretazione del principio di sussidiarietà coerente con i principi fondamentali della Costituzione, specialmente con quelli presenti nella Parte Prima, significa analizzarne le diverse interpretazioni a seconda di come si intende il ruolo dei soggetti pubblici e privati nel perseguimento di fini di pubblica utilità.

Infatti è possibile ricordare la concezione, di matrice liberale, che considera la sussidiarietà orizzontale in negativo, secondo una visione duplice che confronta direttamente il singolo individuo e lo Stato, opponendo la libertà e l'intervento pubblico: si crea così una concezione antagonista del rapporto fra Stato e società, dove la

funzione del principio di sussidiarietà è di delimitazione dell'intervento statale e di difesa da questo<sup>266</sup>.

Dunque, in questi termini, si giunge ad un'interpretazione secondo la quale tale principio, *“nella sua accezione piena, corrisponde alla riduzione del ruolo del pubblico nei limiti in cui il servizio o l'attività possano essere assicurati dai soggetti privati in modo efficiente e secondo gli interessi di pubblica utilità prefissati dallo stesso potere pubblico”*<sup>267</sup>.

La concezione in negativo della sussidiarietà orizzontale, ha il compito, comunque, di considerare i cittadini non autonomi nel perseguimento dell'interesse generale ma come soggetti a cui il pubblico può dislocare il proprio potere: con queste precisazioni, il cittadino è considerato l'ultimo livello della scala istituzionale cui si applica il principio di sussidiarietà verticale.

Così si creerebbe un rapporto fra sussidiarietà verticale e orizzontale del tutto indistinto: quindi una volta individuato l'ente cui allocare la funzione di rilevanza sociale, la legge prefigura la possibilità di dislocare ulteriormente il potere stesso verso la società civile.

Dunque applicando il principio di sussidiarietà verticale si scende metaforicamente, a livello istituzionale, fino all'autorità cui devono essere attribuite le responsabilità

---

<sup>266</sup> A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, pag. 60;

<sup>267</sup> P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002, pag. 345.

pubbliche in funzione della vicinanza territoriale e funzionale ai cittadini interessati (art.4, cit., legge n.59/1997) e, continuando ancora nel processo, l'autorità stessa scende di un altro livello trasferendo le responsabilità ai cittadini<sup>268</sup>.

Quanto detto sopra, e quindi il particolare modo di intendere il rapporto fra soggetti pubblici e privati, risulta coerente con l'applicazione del principio di sussidiarietà verticale, basata su un ritrarsi dei livelli istituzionali superiori rispetto a quelli inferiori nella considerazione oggettiva che questi ultimi siano in grado di assolvere a determinate responsabilità pubbliche.

Lo schema sopra presentato può essere attuato solo in presenza di omogeneità di fini e di funzioni fra i soggetti interessati alla verticalizzazione delle suddette responsabilità: solo in presenza di tale omogeneità le responsabilità pubbliche possono essere attribuite indifferentemente ai diversi livelli secondo il principio appunto di sussidiarietà verticale.

In vero, quindi, il ritrarsi, considerato l'azione fondamentale per i casi sopra esposti e sinonimo di applicazione pratica del principio, è consentito solo fra soggetti pubblici che sono gli unici tenuti, per legge, ad assolvere responsabilità pubbliche.

Così scorrendo si giunge al concetto di sussidiarietà orizzontale, poiché, individuato in base al principio di

---

<sup>268</sup> P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, op. cit., pag. 222.



sussidiarietà verticale il livello istituzionale più appropriato per l'attribuzione di determinate responsabilità, il principio non opera più nella sua accezione verticale operando, invece, nella sua accezione orizzontale.

Si assiste, così, ad una mutazione del rapporto che vede, non più un passaggio di responsabilità pubbliche a cascata da un livello istituzionale all'altro, ma un convergere sullo stesso piano di soggetti pubblici e privati per l'assolvimento congiunto delle responsabilità attribuite a quei soggetti pubblici sulla base del principio di sussidiarietà verticale: i soggetti pubblici, non si ritraggono dalle loro responsabilità per trasferirle ai cittadini, ma le assolvono con i cittadini stessi.

Il convergere di soggetti pubblici e privati secondo il principio di sussidiarietà orizzontale per il perseguimento congiunto di fini di utilità pubblica crea un'unione che tende alla realizzazione del principio costituzionale di uguaglianza sostanziale: si vogliono creare i presupposti attivi per il pieno sviluppo della persona umana e la salvaguardia della sua dignità, finalità, questa assegnata dalla Costituzione ai soggetti pubblici.

Dunque, la concezione in negativo della sussidiarietà orizzontale, ha come limite anche quello di rendere nulla l'innovazione introdotta dall'art.118, u.c. Cost., il quale prevede che i cittadini, singoli e associati, possano attivarsi autonomamente per lo svolgimento di attività di interesse generale: infatti, ritenendo i soggetti pubblici aventi la capacità di dislocare i propri poteri ai privati, deriverebbe che l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale non dipende dall'autonomo attivarsi dei cittadini ma solo

dall'eventuale trasferimento di funzioni ai privati da parte di soggetti pubblici, in vero non obbligati in tal senso.

Alla concezione di sussidiarietà orizzontale appena esposta, intesa, dunque, come principio che porta un dislocamento di poteri dal pubblico al privato con la relativa astensione dei soggetti pubblici dallo svolgimento dei loro compiti, si contrappone una lettura della sussidiarietà come principio che si spinge verso una condivisione di risorse pubbliche e private per il perseguimento di fini di pubblica utilità.

Con questa visione, non si può parlare di soggetti sussidiari ad altri ma si può parlare di sinergia di sostegno per il perseguimento dell'interesse generale caro ad entrambi i soggetti in gioco.

La concezione appena indicata, lettura in positivo della sussidiarietà orizzontale è confermata negli Atti Parlamentari riguardanti l'approvazione dell'art.118 Cost., dove si è sostenuto che *“il concetto di sussidiarietà si collega direttamente ai principi contenuti negli artt. 2 e 3 della Costituzione; non li vuole negare, ma li vuole realizzare, perché per noi sussidiarietà è solidarietà. Noi non possiamo accettare un limite aprioristico all'attività dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni proprio perché riteniamo e sottolineiamo che compito della Repubblica è, rimane e, a nostro avviso, deve rimanere garantire i diritti inviolabili della persona umana, garantire condizioni di eguaglianza non formale, ma sostanziale, garantire la rimozione delle situazioni di differenza. Noi non pensiamo ad un monopolio dello Stato, ma ad una responsabilità dello Stato stesso che, però, associ a sé, in una logica di cittadinanza attiva, tutte le*

*formazioni sociali che agiscono senza scopo di lucro e nell'interesse generale. A noi non interessa fare da volano al mercato, ma interessa attuare gli artt. 2 e 3 della Costituzione*"<sup>269</sup>.

*Nella medesima prospettiva, ancora, si afferma che "Il ruolo dell'iniziativa privata è riconosciuto e garantito nella nostra Costituzione e certamente non compete a noi di introdurre questo principio. Vi è già. Anche il principio di sussidiarietà, in realtà, è contenuto, nelle forme e nel linguaggio di allora, nella prima parte della Costituzione. Il passo in avanti che noi facciamo è nel riconoscere la necessità oggi di favorire l'azione della società civile nella forma dei cittadini singoli, associati, delle associazioni e delle imprese nello svolgimento di attività pubbliche. Qui noi non parliamo della libera iniziativa privata, ma della necessità, dell'opportunità che le istituzioni favoriscano tale azione. D'altro canto noi accompagniamo un processo che è in atto e non vi è dubbio che nel corso di questi anni il principio costituzionale rifletta una realtà in movimento ed una concezione nuova, non più esclusivamente statale, della gestione dei grandi servizi pubblici. Quando si dice che lo Stato svolge soltanto le funzioni che non possono essere svolte più efficacemente dal privato non si propone la sussidiarietà, ma si propone un determinato principio: il confine tra il pubblico e il privato è l'efficacia e l'efficienza, ma lo Stato democratico moderno non può ammettere che ci sia solo questo confine. C'è un confine che è l'equità. Perché non si è proposto che lo Stato fa tutto quello che i privati non possono garantire in modo più equo? C'è un confine che è*

---

<sup>269</sup> Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni, Seduta del 20 settembre 2000, intervento dell'On. Rosa Jervolino Russo.

*l'interesse nazionale. Vi sono determinate attività pubbliche che non possono essere svolte dai privati, anche se, magari, le svolgerebbero più efficacemente*"<sup>270</sup>.

### **3.2 Applicazione dell'art.118, u.c. della Costituzione**

Come sopra precisato, il limite più importante della concezione in negativo della sussidiarietà orizzontale è quello di vanificare la portata innovativa dell'art. 118, u.c. Cost., che prevede come cittadini, singoli e associati possano attivarsi autonomamente per lo svolgimento di attività di interesse generale.

Con queste premesse è d'obbligo, dunque, leggere l'art. 118, u.c. nel senso di consentire ai cittadini di agire nell'interesse generale senza essere vincolati al trasferimento da parte dei soggetti pubblici delle proprie responsabilità.

Dopo aver indicato la concezione che meglio rientra nei parametri stessi dell'art. 118 della Carta Costituzionale, il problema che si pone è quello della precettività o meno della disposizione costituzionale.

In particolare, il problema riguarda la chiarezza dell'enunciato normativo: ci si chiede se la disposizione in esame risulta chiara nella sua formulazione tanto da poter essere immediatamente applicata o se richiede ulteriori interventi legislativi e regolamentari per dare attuazione al suo nucleo essenziale.

---

<sup>270</sup> Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni, Seduta del 21 settembre 2000, intervento dell'On. Massimo D'Alema.

Alla domanda sopra formulata, si risponde nel senso dell'immediata applicabilità della norma, in quanto l'art.118, u.c. non presenta un principio da definire grazie all'intervento del legislatore ma indica una fattispecie fondata sul principio di sussidiarietà orizzontale, che trova nella realizzazione della fattispecie considerata la sua principale modalità di attuazione: dunque la formulazione letterale della fattispecie è chiara ed è pronta per una graduale ma immediata applicazione.

Dunque compito dei giuristi non è quello di interpretare un principio astratto ma di realizzare una fattispecie concreta, che, in attesa di specificazioni normative o giurisprudenziali, può essere attuata al fine di consentire al nucleo essenziale della norma di cominciare a produrre i suoi effetti nel nostro ordinamento.

L'applicazione graduale ma immediata è la soluzione migliore poiché, nell'attesa di chiarimenti da parte del legislatore o della dottrina, si vanificherebbe la volontà del legislatore ed escludere per un periodo di tempo indefinito la vigenza del principio di sussidiarietà orizzontale: questo anche perché nelle fonti ordinarie l'enunciazione del principio non è netta come nella Costituzione, e perché la mancata precettività della disposizione costituzionale porterebbe problemi anche nell'applicazione delle norme ordinarie stesse.

I profili operativi confermano appunto quanto sopra affermato: l'attuazione dell'art.118, u.c. è legata non alle istituzioni, ma ai cittadini che rendono attiva l'autonoma iniziativa nell'interesse generale.

Questo aspetto del principio di sussidiarietà orizzontale è fortemente innovativo, poiché si manifesta una mutazione del flusso di potere che tradizionalmente andava dalle amministrazioni verso i cittadini: con l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, si assiste, dunque, ad un'inversione del potere di iniziativa che adesso spetta ai cittadini.

L'innovazione della norma consiste anche nel fatto che la disposizione di cui all'art.118, u.c. è riuscita a portare su un terreno costituzionale, riferimenti sociali rappresentando il riconoscimento dell'attività che i cittadini già svolgono: l'art.118, u.c. diventa un baluardo fondamentale per determinati settori della società italiana legittimati a continuare nelle loro iniziative nell'interesse generale.

### **3.3 Sussidiarietà e principi fondamentali: Il principio di uguaglianza sostanziale**

L'art.118, u.c. può essere messo in relazione con l'art.3, 2°c., della Costituzione, letta utilizzando la teoria delle "capacità fondamentali" di Amartya Sen: in questo modo l'art.3, 2°c. viene riformulato evidenziando che è compito della Repubblica creare le condizioni grazie alle quali ciascuno possa realizzare pienamente se stesso e le proprie capacità<sup>271</sup>.

---

<sup>271</sup> A. SEN, *Equality of what?*, scritto per la Tanner Lecture, 1979. Nel saggio, dopo aver preso in esame tre tipi di uguaglianza, quella utilitaristica, quella dell'utilità totale e quella di Rawls, l'Autore passava a spiegare cosa in quelle teorie mancava: " *un qualche concetto di capacità fondamentali: la capacità di una persona di fare certe cose fondamentali.*" Veniva così definito un nuovo tipo di uguaglianza chiamata " *uguaglianza delle capacità fondamentali*". L'Autore riprende il discorso sull'eguaglianza in

Da ciò è possibile far derivare un'assonanza fra l'art.118, u.c. e l'art.3, 2°c. Cost., poiché l'art. 118, u.c. prevede che la Repubblica favorisca le autonome iniziative dei cittadini, sempre nell'interesse generale e l'art.3, 2°c., volto in positivo, dispone che la Repubblica deve creare le condizioni grazie alle quali ciascuno possa realizzare pienamente se stesso: nella fattispecie presentata dall'art. 118, l'obiettivo d'azione della Repubblica, anche se a livello indiretto, è l'interesse generale, mentre, nell'art. 3, l'obiettivo è il perseguimento, da parte della Repubblica,

---

maniera più approfondita, parlando più dettagliatamente anche di capacità e funzionamenti, ponendosi due domande di base, “perché eguaglianza?” ed “eguaglianza di che cosa?”, tra loro interdipendenti. La prima di queste domande trova la sua ragion d'essere nella seconda, perché non si può spiegare per quale motivo vogliamo parlare di eguaglianza se prima non definiamo lo spazio dell'eguaglianza, vale a dire quali siano gli oggetti da eguagliare. Ogni teoria che si occupa degli assetti sociali ricerca l'eguaglianza nello spazio *“di qualcosa che riveste particolare importanza nella teoria di volta in volta presa in considerazione”*. L'approccio elaborato da Sen per analizzare la disegualianza tra le persone si serve, come già detto, del concetto di “capacità fondamentali” e poiché ogni individuo si distingue dagli altri in base alle doti personali e alle opportunità offertegli dall'ambiente e dalla società in cui vive di portare alla massima espressione tali doti, l'elemento primo cui bisogna prestare attenzione è la diversità umana. Per Sen la diversità umana può essere determinata da cinque cause: l'eterogeneità delle persone, le diversità ambientali, le variazioni del clima sociale, le differenze relative e la distribuzione intrafamiliare. Non è, perciò, possibile formulare una qualsiasi teoria dell'eguaglianza senza tenere presente che a parità di reddito, ricchezza, libertà, diritti e quant'altro, persone diverse fruiranno di tutto questo in maniera diversa. Prima di tutto, gli esseri umani differiscono tra loro per “età, sesso, invalidità o malattie, e queste differenze diversificano anche le loro necessità”.

direttamente o indirettamente, dello sviluppo di ogni persona umana.

I due obiettivi si intrecciano: infatti creare le condizioni in base alle quali ciascuno possa realizzare le proprie capacità non è un interesse solo per il soggetto destinatario dell'intervento pubblico ma diviene una finalità che interessa l'intera collettività: è, dunque, interesse generale riconoscere a tutti i membri della collettività l'opportunità di realizzare se stessi esercitando le proprie capacità.

L'inserimento nel nostro ordinamento del principio di sussidiarietà orizzontale consente alla Repubblica di ampliare gli strumenti utilizzabili per la realizzazione della missione affidatale dalla Costituzione all'art. 3, 2°c.: prima si riteneva che solo i poteri pubblici potessero provvedere alla realizzazione di quanto previsto dagli articoli della costituzione considerati, direttamente o attraverso l'azione di privati agenti nell'ambito di un rapporto di strumentalità nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ora il principio di sussidiarietà orizzontale, crea nuovi soggetti attivi che autonomamente contribuiscono a creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascuno.

Ai sensi dell'art. 118 u.c., la Repubblica è chiamata a favorire le autonome iniziative dei cittadini quando esse sono nell'interesse generale: per quanto sopra, la creazione delle condizioni per la piena realizzazione di ciascuna persona umana è sicuramente nell'interesse generale e favorendo tali iniziative la Repubblica persegue, con strumenti diversi da quelli tradizionali e in collaborazione con i cittadini stessi, la missione affidatale dall'art.3, 2°c. Cost..



L'interesse generale diviene il punto di collegamento tra l'art.3, 2°c. e l'art.118, u.c., e quindi tra i soggetti pubblici ed i cittadini: l'interesse generale è perseguito direttamente dai poteri pubblici e dai cittadini in un rapporto sussidiario, come rapporto di reciproca collaborazione e aiuto per il raggiungimento di un obiettivo comune.

Il contatto tra la norma contenuta nell'art. 118 u.c. della Costituzione ed i primi articoli della stessa in materia di principi fondamentali è garantito anche dal principio di solidarietà: in vero, nonostante la prevalenza del paradigma bipolare nell'ambito del rapporto amministrazioni pubbliche-cittadini, nella Costituzione ci sono anche disposizioni che prevedono per questi ultimi un ruolo attivo e propositivo: così all'art. 2 della Costituzione, mentre si riconoscono e si garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo si richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, all'art. 4, primo comma, si riconosce il diritto al lavoro, disponendo, al secondo, che 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 o spirituale della società<sup>272</sup>.

Il principio di sussidiarietà orizzontale apre nuovi orizzonti per la realizzazione di quanto previsto da entrambe le disposizioni ora citate, e trova nelle stesse un'ulteriore legittimazione, legata alla maggiore cogenza attribuita al dovere dei poteri pubblici di favorire tali iniziative.

---

<sup>272</sup> F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, pag. 136 ss..

In un certo senso, il principio di sussidiarietà orizzontale è l'altra faccia del principio di uguaglianza sostanziale, in quanto, considerando il periodo di emanazione della Costituzione, non era né teoricamente né praticamente possibile che il rapporto fra istituzioni e cittadini potesse articolarsi difformemente dal paradigma bipolare<sup>273</sup>: la

---

<sup>273</sup> S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, pag. 602. L'espressione è stata indicata dall'autore per indicare lo schema teorico sul quale si è sempre fondato il rapporto tra amministrazioni pubbliche e cittadini; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 83, cit. in S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, op. cit., pag. 602. In particolare, Santi Romano affermava che *"I soggetti nel campo del Diritto amministrativo possono essere di diverse specie ma la distinzione che ci sembra fondamentale e a cui quindi occorre subordinare le altre, è quella tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa. Bisogna, così, contrapporre, da un lato i soggetti che amministrano e che, nel loro insieme, costituiscono la pubblica amministrazione, e, dall'altro, gli amministrati"*; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 71, cit. in S. CASSESE, *ibidem*. A sua volta, Massimo Severo Giannini affermava che: *"Nelle comunità statali attuali (Stato comunità), da un lato vi sono le autorità pubbliche, che si esprimono nello Stato organizzazione; dall'altro le persone, o soggetti privati, o cittadini le quali possiedono alcuni diritti fondamentali. Vi sono, perciò, nelle comunità statali, due forze, l'autorità e la libertà, le quali hanno dei centri di appoggio e di espressione"*;

Esaminando criticamente questo modo di intendere il rapporto fra i cittadini ed i pubblici poteri, Cassese sottolinea come *"lo Stato ed il diritto pubblico sono dominati dal conflitto Stato-cittadino, due poli irriducibili e in contrasto tra di loro. Questo paradigma si è formato lentamente nel passaggio da ordini, come quello europeo medievale o quelli extra-europei, dominati da un potere in cui non c'è differenziazione tra Stato e società civile, a un ordine, quali quelli in cui viviamo, fondati sulla separazione tra Stato e comunità"*.

Repubblica doveva sostenere i cittadini, contribuendo alla rimozione degli ostacoli al loro pieno sviluppo e questi potevano solo trarre il massimo vantaggio possibile dalla loro condizione.

L'attualità ha portato ad una mutazione della situazione che vede una complessità tra le strutture istituzionali e sociali: grazie allo sviluppo della società italiana ed all'art.118, u.c., è possibile e necessario invertire la direzione del rapporto fra istituzioni e cittadini, prevedendo che questi ultimi possano, insieme con la Repubblica, contribuire al perseguimento di un interesse generale che coincide con l'interesse alla loro piena realizzazione come persone.

In questa prospettiva i due concetti di sussidiarietà, verticale ed orizzontale, si intrecciano: parlando di allocazione delle funzioni fra i diversi livelli istituzionali, la sussidiarietà, dunque verticale, consente di individuare il livello più adeguato per lo svolgimento di una funzione in base al criterio della capacità di ciascuno di soddisfare l'interesse generale.

Così, la sussidiarietà verticale consente l'allocazione delle funzioni pubbliche sulla base di un obiettivo concreto di crescita della persona e di difesa della sua dignità.

A questo punto, terminato il lavoro della sussidiarietà verticale, attraverso l'individuazione dei livelli istituzionali idonei per il perseguimento dell'interesse generale, la sussidiarietà orizzontale consente alle istituzioni titolari di

tali funzioni di perseguire l'interesse generale insieme ai cittadini, singoli e associati.

La sussidiarietà orizzontale, dunque, è la categoria che riesce ad aprire spazi nuovi per la realizzazione della missione costituzionale, garantendo l'affiancamento alle istituzioni pubbliche dei privati come soggetti autonomi ed attivi.

Sussidiarietà verticale ed orizzontale dunque si sostengono e si integrano: entrambe sono finalizzate alla realizzazione di un interesse generale che, basandosi sul rapporto fra l'art.118, u.c. e l'art.3, 2°c., si realizza in azioni di soggetti pubblici e privati dirette a creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascun essere umano.

Il punto di unione dei due concetti è la persona umana considerata alla base ed al centro dell'intero sistema istituzionale.

Analizzati i due concetti di sussidiarietà, bisogna ricordare che, al fine di dare maggiore spazio alla portata innovativa del principio di sussidiarietà orizzontale, è necessario allontanarlo, dunque, dal paradigma bipolare<sup>274</sup> e considerare la portata dirompente del principio tale da farne un'idea forte del costituzionalismo contemporaneo<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> P. DURET, La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto, in Jus, 2000, pag. 95; G. COTTURRI, Potere sussidiario, Roma, 2001; F. PIZZETTI, Il principio di sussidiarietà tra retorica e realtà, in Nonprofit, 3.2001, pag. 267; P. DE CARLI, Sussidiarietà e governo economico, Milano, 2002;

<sup>275</sup> A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in Riv. it. dir. pubbl. comun.,1997, pag.609.

Per questa elaborazione si parte dalla constatazione che la sussidiarietà orizzontale è un principio relazionale disciplinante rapporti fra soggetti tutti dotati di autonomia, ex art. 5 della Costituzione.

Nella disposizione dell'art. 5 della Costituzione, sono presenti due diverse concezioni dell'autonomia: la prima, più evidente, è l'autonomia intesa come strumento di difesa delle comunità locali e dei rispettivi enti nei confronti dei poteri centrali, la seconda è quella intesa come principio organizzativo generale, regola dei rapporti fra tutti i poteri pubblici e fra questi e la società nelle sue varie articolazioni.

Si può considerare come la prima concezione di autonomia, considera la stessa in senso difensivo, inserita, dunque, in uno schema bipolare dove si indica implicitamente una gerarchia di rapporti che marca la superiorità del primo polo del rapporto rispetto al secondo.

Differentemente, la seconda concezione di autonomia, è di tipo relazionale, ed è rinvenibile nell'ultima parte della disposizione costituzionale quando si afferma che la Repubblica adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento: l'autonomia di cui si parla è quella che porta all'instaurazione, in una società pluralista, di rapporti paritari fra diversi centri di riferimento di interessi<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, pag. 275. L'Autore afferma che "deve essere messo in chiaro che l'autonomia stessa, postulando una diramazione delle istituzioni in corrispondenza di aggregazioni territoriali di interessi sociali, vuole una riorganizzazione totale delle strutture e delle funzioni pubbliche, un rinnovamento profondo delle relazioni tra di esse e,

L'autonomia relazionale, crea rapporti inseriti in un sistema di intrecci dove ogni soggetto è portatore di interessi e dove ci sono infinite possibili combinazioni rapportuali, che spingono il soggetto a collegarsi secondo varie esigenze senza perdere la propria identità.

Il mantenimento della piena autonomia e della propria identità, porta a non creare confusione di ruoli né rischio di forme di organicismo: proprio nell'autonomia alberga la proficuità degli scambi ed il risultato diventa una fitta rete di rapporti fra soggetti autonomi, in collaborazione tra di loro.

I rapporti, di natura dinamica e pluridirezionale, nati sulla base del concetto relazionale di autonomia, sono di vantaggio per tutti i soggetti che come diventano portatori di risorse, secondo le proprie capacità e possibilità: chiaro è il collegamento con il concetto di pluralismo, in quanto i rapporti così individuati possono, comunque, esserci solo in società con pluralismo di posizioni e, con il conseguente, rispetto delle reciproche identità ed esigenze.

Il rispetto del pluralismo risponde non solo alla tutela della democrazia ma anche al raggiungimento di maggior efficienza: l'autonomia relazionale presuppone parità formale fra i vari soggetti anche se, in vero, fra di essi ci

---

*si direbbe, un rovesciamento della prospettiva in cui si è tenuto lo stato di diritto tradizionale. E' chiaro che con ciò si ribadisce il valore storico dell'autonomia e l'intento di totalità dell'istanza di rinnovamento che essa rappresenta, dovendosi ormai ritenere superata la visione riduttiva, e interna allo stato accentrato, di una autonomia come conferimento di competenza alle amministrazioni locali in confronto allo stato".*

sono diversità sostanziali accettabili solo riconoscendo la validità del principio fondamentale del pluralismo.

Il principio di cui all'art.118, u.c. Cost. si inserisce in questa lettura dell'autonomia e ne rappresenta una manifestazione significativa nell'ambito dei rapporti fra cittadini e pubbliche amministrazioni.

Per capire quanto sopra, si evidenzia che la sussidiarietà orizzontale prevede che si instaurino rapporti fra soggetti pubblici e soggetti privati per il perseguimento dell'interesse generale, rapporti che devono essere impostati sulla base del principio di autonomia relazionale.

Dunque il concetto di sussidiarietà orizzontale e autonomia relazionale sono concetti complementari che si rinforzano a vicenda e, insieme con gli altri principi costituzionali, forniscono un'importante base costituzionale per il paradigma pluralista e paritario.

### **3.4 I cittadini e l'interesse generale**

Il comportamento autonomo dei cittadini è essenziale per la realizzazione dell'interesse generale.

Il contenuto dell'art.118, u.c. riguarda, quindi, l'aspetto autonomo dell'attivazione dei privati per il raggiungimento dell'interesse generale ed il necessario sostegno che le pubbliche amministrazioni devono dar loro.

A questo punto l'analisi deve passare alla definizione del concetto di interesse generale che i cittadini intendono realizzare sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale: ci si chiede se trattasi di un interesse

individuato a priori o se, invece, viene, determinato di volta in volta.

La risposta è da individuare nell'analisi dei rapporti fra amministrazioni e cittadini, così come essi sono disciplinati dall'art.118, u.c..

I cittadini sono diventati soggetti attivi nel perseguimento dell'interesse generale e devono essere sostenuti dai soggetti pubblici: dunque ci si chiede, ancora, in questo senso, se l'art. 118, u.c., possa obbligare le pubbliche amministrazioni a perseguire fini individuati da soggetti privati, ponendo, così in dubbio l'applicazione del principio di legalità.

Rispondendo positivamente, le amministrazioni rispetterebbero il principio di legalità solo nel caso di azione personale e non anche nel caso di sostegno all'agire dei cittadini.

Accettando tale impostazione la grave conseguenza sarebbe quella di una potenziale lesione degli interessi degli altri cittadini ed anche dell'interesse generale stesso, poiché ci si troverebbe a sostenere e tutelare interessi generali non derivanti da norme di legge ma da decisioni prese da singoli o da gruppi autonomi.

Dunque l'accettazione dell'ipotesi secondo la quale l'interesse generale possa essere di volta in volta individuato dai cittadini, avrebbe conseguenze gravi sia sul versante della generalità dei cittadini sia su quello dell'amministrazione: per quanto riguarda i cittadini, infatti, iniziative avviate in nome dell'interesse generale potrebbero ledere l'interesse generale stesso, interessi



individuali e di diritti di libertà, per quanto riguarda le amministrazioni si assisterebbe ad un paradosso, in quanto il principio di sussidiarietà orizzontale fonda il rapporto amministrazioni-cittadini su un paradigma paritario, ma accettando l'ipotesi di individuazione da parte dei cittadini dell'interesse generale si assisterebbe all'inversione del rapporto gerarchico tradizionale.

Una conclusione di tal specie porterebbe alla disapplicazione pratica del principio di sussidiarietà orizzontale da parte delle amministrazioni per quanto riguarda il sostegno che esse debbono fornire ai cittadini che si attivano nell'interesse generale: infatti le pubbliche amministrazioni che sostenessero iniziative non aventi come scopi fini previsti dalla legge, potrebbero essere chiamate a rispondere per i danni provocati a soggetti terzi e per violazione del principio di legalità.

A questo punto sono state gettate le basi per rispondere alla domanda iniziale nel senso di negare che i cittadini che si attivano per realizzare il principio di sussidiarietà orizzontale possano individuare essi stessi l'interesse generale al di fuori di quanto previsto da norme di legge.

Questa conclusione risulta coerente anche con il principio della separazione dei poteri, base dello Stato di diritto: ammettendo che i cittadini, singoli o associati, possano determinare quali fini siano nell'interesse generale per poi attivarsi con il sostegno di soggetti pubblici verrebbe meno la separazione fra il potere di approvare le norme per la tutela in generale degli interessi pubblici ed il potere di realizzare la tutela di quegli stessi interessi pubblici.

La disposizione di cui all'art.118, u.c. dunque legittima i cittadini ad attivarsi per perseguire fini che sono nell'interesse generale perché così qualificati da norme di legge: la Costituzione elimina il monopolio della tutela dell'interesse pubblico da parte delle sole amministrazioni, affidando la tutela stessa anche ai tradizionali destinatari dell'azione amministrativa.

I cittadini diventano, così, strumenti dell'interesse generale e sono vincolati al principio di legalità: essi non sono vincolati dall'attribuzione di competenze al perseguimento di determinati fini pubblici ed in quanto autonome, le iniziative dei cittadini non hanno limiti in relazione all'oggetto ed alle modalità e possono sia affiancarsi ad attività delle amministrazioni sia sostituirsi ad esse in caso di carenza di intervento pubblico.

Si ritengono attività di interesse generale tutte le prestazioni di beni o di servizi che sono mosse da uno spirito solidale del soggetto erogatore, capaci di rispondere ai bisogni socialmente ed economicamente rilevanti.

L'esclusione del concetto di lucro e di ogni altro interesse individuale, non significa l'esclusione dal modello sussidiario delle attività economiche, in quanto la Costituzione<sup>277</sup>, assegna alle imprese ben altro che non il solo fine di lucro, declinandole esplicitamente al perseguimento dell'interesse generale o indirizzandone l'azione anche a fini sociali, secondo il dettato normativo dell'art. 41 della Costituzione.

---

<sup>277</sup> L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Cedam, Padova, 2001, pag. 187 ss..

Tra l'art. 41 e l'art. 118 della Costituzione, in vero, esisterebbe anche un'altra similitudine: entrambe le disposizioni si riferiscono all'iniziativa dei privati, ma mentre la prima è testualmente iniziativa economica, la seconda è un'iniziativa frutto dell'autonoma iniziativa dei cittadini, quindi più ampia<sup>278</sup>: la relazione tra i due ambiti, appare come una dinamica di specie a genere.

### **3.5 Sussidiarietà e democrazia**

Emerge dalle pagine di cui sopra, un nesso molto stretto fra democrazia e sussidiarietà orizzontale, che, dunque, è difficile possa realizzarsi in un regime totalitario o in un regime dove non siano garantite le libertà fondamentali.

La ragione di un siffatto collegamento, è quella che risulta difficile considerare in un regime totalitario la possibilità di assumere autonomamente iniziative nell'interesse generale, sia dal punto di vista dei governanti sia dal punto di vista dei governati che, privi dei diritti fondamentali, non potrebbero attivarsi nell'interesse generale.

In questa conclusione si ravvisa la motivazione più intensa del vincolo fra democrazia e sussidiarietà orizzontale.

Infatti, i diritti fondamentali e libertà amministrative sono complementari, perché per assumere iniziative autonome nell'interesse generale è indispensabile che siano

---

<sup>278</sup> R. PINI, *Sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in *Dir. Econ.*, 1997, pag. 50 ss; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. Soc.*, 1999, pag. 43 ss; V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzioni di garanzia del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 83 ss.

riconosciuti ai soggetti sia i diritti di libertà sia i diritti sociali.

La libertà è il corollario di base dell'art.118, u.c. in quanto per attuare quanto previsto dalla norma è necessario essere liberi anche sotto il profilo del bisogno: dunque la Repubblica deve aver messo i cittadini in condizione di realizzare le proprie capacità, e quindi anche quella della partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, secondo quanto previsto dall'art.3, 2°c. Cost..

Tale forma di partecipazione alla vita del Paese realizzata tramite l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale è espressione di democrazia che si distanzia necessariamente dal tradizionale paradigma bipolare: infatti all'epoca dell'Assemblea Costituente, la partecipazione era quella dell'esercizio del diritto di voto e della partecipazione alle attività dei partiti politici, dei sindacati e delle altre formazioni sociali.

L'attivarsi dei cittadini ai sensi dell'art.118, u.c. è letta come una nuova forma di partecipazione democratica: i cittadini che attuano il principio di sussidiarietà orizzontale creano forme di esercizio della sovranità popolare inedite e nuove che tendono alla realizzazione di una maggiore democrazia complessiva nel nostro Paese.

#### **4. L'ordine economico da eteronomo ad endogeno**

Il pieno esplicarsi del concetto di sussidiarietà, consiste nella presa di responsabilità, da parte dei singoli, relativa alla determinazione dell'utile generale: il principio di

sussidiarietà garantisce l'esercizio della cd. Cittadinanza societaria ai fini della governance della res publica<sup>279</sup>.

Si rilevano le esperienze di convivenza tra scelte politiche e tra i soggetti che le pongono in essere, soggetti privati che non ricoprono ruoli istituzionali: sono le situazioni di benessere sociale definito e praticato dai cittadini stessi<sup>280</sup>.

La dottrina più attenta preferisce la definizione appena data a quelle di "privato sociale" o "terzo settore": teorizzare un privato dall'aspetto sociale, tralasciando qualunque intervento pubblico, significa solo non discutere sulla fondatezza dei concetti pubblico e privato.

Il welfare della società civile è indice del rapporto dicotomico tra pubblico e privato e dell'ordinamento giuridico che da questo deriva.

La possibilità di una normatività sociale, figlia dell'interazione soggettiva, abbandona l'idea del singolo come monade isolata, mettendo in discussione la figura dello Stato sovrano, ordinante, sostituendo la propria volontà a quella dei cittadini.

La necessità che si intravede è quella di voler coniugare l'azione personale e quella sociale, al fine di coglierne i punti di avvicinamento: alle istituzioni spetta il compito, dunque, di coordinare le iniziative sociali verso il bene comune, con forme di integrazione dove necessarie.

La capacità del singolo di individuare l'opportuno ed il conveniente per la vita sociale, si manifesta nell'agire

---

<sup>279</sup> P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 1993;

<sup>280</sup> G. VITTADINI, *Liberi di scegliere – Dal welfare alla welfare society*, Milano, 2002.

economico: in questa prospettiva lo Stato valuta e vigila l'attività economica e solo in caso di imperfezioni del sistema si inserisce nella regolamentazione del mercato.

Non è possibile tornare a considerare lo Stato come gestore che condiziona l'andamento del mercato: tramite il principio della sussidiarietà c'è il passaggio tra lo stadio individuale del soggetto tutto proteso verso l'interesse personale a quello autonomistico del singolo capace di stabilire relazioni economiche stabili.

L'ordine economico non è più eteronomo ma diventa interno: la nuova antropologia economica, segna la differenza tra l'intervento dello Stato creatore di un ordine virtuale, e l'ordine sussidiario che riesce a suscitare le forze economiche.

Con queste premesse è bene sottolineare come non vi sia una distanza tra l'ordine economico e l'ordinamento giuridico delle relazioni economiche: questo è concomitante con il primo nella definizione dei rapporti intersoggettivi.

L'evoluzione normativa porta a tirare le fila del discorso tutto teso a costruire un nuovo concetto di ordine pubblico economico: il principio di sussidiarietà è utile ai nostri fini in quanto modifica il modo d'essere dell'ordinamento ed il modo di comprenderlo attraverso la creazione di un sistema che non può prescindere dalla persona umana, capace di agire per l'interesse comune.

L'ordinamento autonomo, che vede l'individuo capace di agire, non può essere spiegato con il ricorso a concezioni sistematiche che vorrebbero un ordine economico come pura forma predeterminante in astratto gli effetti giuridici: l'ordine economico virtuale cozza con la vita giuridica e

mal si adegua ad un percorso giuridico innovativo ed in continua crescita.

Solo considerando la portata rivoluzionaria del concetto di sussidiarietà, alla luce dei processi di globalizzazione e di progresso economico, si può capire come l'intero mondo economico sia retto da un ordine economico che deve bilanciarsi tra l'evoluzione del mercato e la crescita sociale.

L'ordine economico è reale e non più virtuale: è retto dal principio della sussidiarietà che ben si insinua a livello nazionale ed europeo come nuova forma di lettura dei processi giuridici ed economici.

## **5. L'ordine pubblico economico come categoria che crea bilanciamento tra progresso economico e sviluppo sociale**

Inevitabile è scandagliare l'analisi del rapporto tra Costituzione economica ed ordine pubblico economico, al fine di giungere alla considerazione che l'ordine pubblico economico diviene una categoria generale che comprende la Costituzione economica e si pone alla base dell'ordinamento come categoria che deve poter mediare lo sviluppo sociale ed il progresso economico.

Il percorso così individuato, tratteggia l'esperienza italiana sia per ciò che riguarda i fondamenti di teoria generale del diritto dell'economia, sia in merito ai concetti di costituzione economica ed ordine pubblico economico.

Così si è cercato di spiegare i motivi che hanno indotto la dottrina ad utilizzare la nozione di ordine pubblico economico per indicare, in linea di massima, tutti gli atti e

le istituzioni che determinano la disciplina pubblica incidente sull'economia governando tutte le scelte di politica economica e sociale tipiche di uno stato democratico e pluriclasse.

In altri ordinamenti le stesse finalità concettuali sono state riassunte nelle categorie di economia sostanziale o in senso ampio<sup>281</sup>.

Come già precisato, il concetto di costituzione economica è apparso in Germania ed è stato esplicitato nella parte V della costituzione di Weimar, importante testo costituzionale che segna l'ingresso, appunto nel testo costituzionale, di norme di democrazia sociale ed economica.

La nozione ha trovato difficoltà nell'essere ricostruita ed ha trovato molteplici significati: nell'ordinamento tedesco ed in quello italiano, comunque, il ricorso alla nozione è stato supportato dalla presenza di norme positive nel testo costituzionale che identificavano, come primo concetto, la costituzione economica in senso formale<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> R.MICCÙ, *Economia e costituzione: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quaderni del pluralismo*, n.1, 1997, pag. 12. L'Autore considera che si parla di costituzione economica in senso stretto o ampio, a seconda che si desuma l'ordinamento costituzionale della vita economica dalle sole norme costituzionali, vincolanti per la politica economica come per l'amministrazione dell'economia, oppure se si faccia riferimento più ingenerale al complesso delle norme relative all'organizzazione ed allo svolgimento dei processi economici, a prescindere da una specifica collocazione nel sistema delle fonti del diritto;

<sup>282</sup> F.MERUSI, *Commento dell'art. 47 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti economici*, Tomo III, Bologna – Roma, 1980, pag. 153.



In Francia, per esempio, la nascita ed il diffondersi dei comportamenti di direzione pubblica dell'economia non trovano una chiara base a livello costituzionale, tale che si possa formulare la nozione di costituzione economica, con la conseguenza che trova terreno fertile il diffondersi di un concetto diverso, quello di ordine pubblico economico, che contiene le politiche di direzione e quelle di pianificazione dell'economia francese.

L'esperienza francese è, a questo punto, importante, in quanto la mancanza di un livello costituzionale chiaro che riuscisse ad identificare un modello economico ben preciso, ha dato le basi per lo sviluppo delle politiche dirigiste tipiche dell'economia francese.

In Italia come in Francia<sup>283</sup>, si è avuto lo stesso dibattito dottrinario per identificare quale modello economico fosse identificabile dalla carta costituzionale, anche se quello francese risulta essere un dibattito più recente spinto dall'esigenza di portare chiarezza dopo le politiche di nazionalizzazione degli anni '80: in questi anni, in ambito francese trova spazio la nozione di costituzione economica in senso formale che afferma sia il carattere liberale dell'economia sia il carattere sociale.

Entrambe le dottrine, sia quella italiana che quella francese, tentando di individuare il modello economico rinvenibile dalla costituzione, sono giunte a conclusioni opposte rinvenibili nell'assenza di un modello economico definito.

---

<sup>283</sup> A.PIZZORUSSO, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in *Stato ed economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Milano, 1984.

L'assenza di un modello economico definito nel testo costituzionale ha dato vita all'intenzione dei padri costituenti che volevano un compromesso anche nella materia economica.

In Italia, le norme costituzionali relative ai rapporti economici, sono state definite "anfibiologiche"<sup>284</sup>, suscettibili, quindi, di sviluppi diversi relativamente alle diverse forze politiche operanti nell'ordinamento.

Il compromesso realizzato in ambito economico nella Carta Costituzionale, ha permesso l'esistenza di una costituzione economica formale ed anche l'accettazione di diversi modelli economici tutti, comunque, funzionali alla realizzazione costituzionali: non si è delineato un modello di economia mista ma si è affermato il carattere aperto ed elastico del modello economico del nuovo Stato in costruzione.

In Francia, le costituzioni hanno evidenziato, a livello tradizionale, il contenuto economico, al fine di tutelare i principi cardine del 1789: per queste motivazioni, la costituzione francese è scarna di richiami economici, tanto che non si può delineare una costituzione formale od un modello di economia predefinito<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> E.CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, pag. 303;

<sup>285</sup> A.DE LAUBADERE, *Droit public économique*, Paris, 1976, pag. 61. L'Autore afferma che se si parla della costituzione economica in un paese come la Francia, si adopera il termine costituzione in un senso niente affatto formale, bensì materiale, intendendosi designare l'insieme delle istituzioni del paese relative all'economia, nel quale senso si può dire che una costituzione economica esiste in ogni Stato. Ma la Francia, come d'altra parte le

Portando come paragone i due ordinamenti europei, si vede come il caso italiano sia diverso da quello francese per l'esistenza di una costituzione economica formale, anche se il suo contenuto aperto la rende plasmabile con tutti i modelli economici, sempre, comunque, nel rispetto del nucleo fondamentale dei diritti tutelati dalla costituzione materiale<sup>286</sup>.

Nel caso francese, invece, la costituzione in materia economica appare laconica tanto da non agevolare il concetto di costituzione economica formale, non potendo, così, delineare un modello di economia.

Questo ci porta ad una considerazione di ordine pratico: l'uso della nozione di costituzione economica è funzionale all'esigenza strumentale dell'individuazione di un modello economico da utilizzare sia come limite alle politiche di nazionalizzazione del Governo, sia come principio per legittimare le scelte politiche.

Anche in ambito italiano è possibile evidenziare come il dibattito politico economico abbia nascosto lo stesso intento sopra riassunto ma l'esperienza nazionale, con le sue proprie caratteristiche, come l'aver considerato un periodo più lungo e la possibilità di individuare a livello formale e descrittivo l'esistenza di una costituzione economica aperta, ha celato la vera intenzione di quelli che

---

democrazie occidentali in genere, pratica tradizionalmente la formula delle costituzioni ad oggetto essenzialmente politico, delle costituzioni politiche e non delle costituzioni economiche;

<sup>286</sup> R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI legislatura*, a cura di V. Atripaldi, G.Garofalo, C.Gnesutta, P.F. Lotito Cedam, 1998, pag. 507.

leggevano la costituzione ora come espressione liberale, ora come funzionalistica.

Questo esprime, in ambedue gli ordinamenti, l'impossibilità di individuare un modello economico predefinito a livello costituzionale.

A questo punto, si richiama la teoria per la quale le costituzioni democratico- pluraliste, che esprimono società complesse e differenziate dove i gruppi sociali condividono i valori costituzionali di fondo, non combaciano perfettamente con l'esistenza di un unico immutabile modello economico presente nella pagine costituzionali.

L'esistenza di un modello rigido predefinito, sarebbe in netta contraddizione con l'eterogeneità sociale ed i valori alla base delle democrazie pluraliste: le costituzioni pluraliste tipiche delle società complesse e differenziate, devono necessariamente avere nel loro interno il seme della mutabilità e della trasformazione<sup>287</sup>.

La diversità della struttura sociale, con la ricchezza che ne deriva è la base delle moderne democrazie pluralistiche:

---

<sup>287</sup> R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, op. cit.. L'Autore afferma che la configurazione in senso pluralistico della società ha delle immediate ricadute anche sui rapporti tra costituzione ed economia e sulle capacità della costituzione democratico-pluralistica di dare forma all'economia, dato come elemento fondamentale, che ogni costituzione pluralistica pone come suo valore fondamentale la pluralità dei valori e degli interessi. Se infatti si condividono le premesse intorno alla costituzione delle società pluralistiche e le osservazioni sui presupposti costitutivi della scienza economica, si conclude che la formalizzazione costituzionale di un determinato modello economico non è conciliabile con una costituzione pluralistica.

infatti è proprio il confronto tra le diverse realtà associative che fonda il bene comune.

Le costituzioni di società così composte e quindi differenziate per la loro stessa natura, devono garantire un codice ben definito di valori che deve saper mediare le differenziazioni sociali ed i diversi interessi sociali ed economici in gioco: un codice condiviso da tutti come livello minimo di omogeneità avente, come contenuto fondamentale, l'insieme delle regole finalizzate al mantenimento del pluralismo dei valori e del principio democratico.

Parte della dottrina, a questo punto, ha però considerato come nell'insieme dei valori del pluralismo e della democrazia sia da escludere la presenza di riferimenti alla materia economica.

Questo, comunque, non porterebbe ad una incompatibilità tra costituzione e regolazione economica, situazione smentita dalla nostra situazione nazionale che contempla l'esistenza della costituzione economica formale, ma ad una incompatibilità fra un nucleo duro della costituzione economica e la prevalenza di un preciso interesse: ci sarebbe, dunque, la fine del concetto di bene comune come determinazione del confronto delle classi sociali.

Quanto sopra farebbe perdere l'essenza stessa della società democratica e pluralistica e dunque il nucleo dei valori letti come pluralità.

Partendo dalla concezione pluralistica dello Stato è possibile elaborare una nuova forma di lettura che vede al centro i due concetti di ordine pubblico economico e di costituzione economica.

Infatti la pluralità di interessi è una fonte in continua innovazione che ha bisogno sempre di nuove forme di espressione garantendo sempre la tutela dei valori alla base del sistema in considerazione.

Quindi, la natura pluralista dello Stato con la differenziazione dell'ordine sociale e l'inevitabile mutazione di modelli economici, sono alla base della lettura congiunta dell'istituto dell'ordine pubblico economico e dell'istituto della Costituzione economica.

La Costituzione economica si fonda su un codice ben definito di valori ma ha al suo interno il seme della necessaria mutazione; l'ordine pubblico economico è quell'istituto che meglio riesce a garantire un bilanciamento tra lo sviluppo sociale ed il progresso economico.

I due concetti si integrano ed in fine l'ordine pubblico economico come principio generale dell'ordinamento contiene la Costituzione economica: sono categorie in fieri, nozioni in divenire che fondano la loro validità su un nucleo di valori fondamentali e su un ordine giuridico dato ed immutabile.

I concetti così presentati sono l'espressione delle nuove forme sociali dello Stato di diritto: la Costituzione economica ora è rimodellata alla luce dell'esperienza europea con il diritto comunitario e della concorrenza, per l'ordine pubblico economico si abbandona la nozione proibitiva e negativa per la salvaguardia della libertà e della proprietà dei cittadini ma si sposa la nozione che riesce meglio a dar vita alla sua capacità sociale, alla sua capacità di realizzare e di proteggere i diritti fondamentali costituzionali.

Quindi si parte dall'esistenza di un nucleo generali di valori economici inseriti in Costituzione che fondano la Costituzione economica, istituto in mutazione, non per la base concettuale, ma per le molteplici aperture ad interpretazioni e realizzazioni.

In tale quadro si inserisce il concetto di ordine pubblico economico, che, negli anni considerato solo appendice all'ordine pubblico generale, se ne distanzia proprio per la sua natura che supera l'essere solo limite protettivo dei principi fondamentali ed "agente catalitico" dei valori di una comunità: diviene così l'espressione di un ordinamento che deve saper mediare, coordinare e promuovere lo sviluppo sociale e la progressione economica.

L'ordine pubblico economico ha il pregio di non essere una categoria immobile e quindi di non dover necessariamente individuare un modello economico predefinito a livello costituzionale: unica<sup>288</sup> sua base è quell'insieme di valori e diritti alla base dell'ordine giuridico dal quale salda la sua stessa validità.

---

<sup>288</sup> Contrariamente, R.NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994, pag. 130 che afferma come la nozione di ordine pubblico economico coinciderebbe con la costruzione di un principio in cui sarebbero raccolte ad unità le ragioni della produttività e dell'efficienza del sistema economico nazionale elevate a ragioni giustificatrici del sacrificio delle sfere di libertà de soggetto nonché della dignità e della sicurezza dell'uomo.

## **CAPITOLO QUINTO**

# **Ordine pubblico economico europeo ed internazionale**



Il concetto di ordine pubblico economico così individuato, deve essere analizzato alla luce degli scenari comunitari ed internazionali, al fine di comprendere quanto effettivamente il concetto sia presente, praticamente o anche a livello di ispirazione, negli ordinamenti anche non nazionali.

L'analisi dei sistemi non nazionali sarà destinata ad individuare dove e come si realizza il rapporto di bilanciamento tra gli interessi economici e sociali base del nuovo concetto di ordine pubblico economico.

Nucleo fondamentale dell'intera disciplina comunitaria è la materia economica che ha trovato specificazione tra gli interessi della Comunità e applicazione poiché inserita sulle tre grandi libertà del sistema europeo, quella di circolazione delle persone, delle merci e dei capitali: tutte espressioni di un libero mercato.

Questa prima lettura delle direttive giuda del diritto comunitario, incentrato sulla materia economica, ci spinge a considerare come l'ordine pubblico europeo, a livello originario corrisponde perfettamente con le finalità della Comunità: c'è, dunque, una relazione intensa tra l'ordine pubblico economico e la Costituzione europea che, appunto, ha come nucleo essenziale le norme principio dei Trattati.

Momento fondamentale della vita comunitaria è quello dell'integrazione che crea sempre una maggiore coesione tra gli Stati, garantendo la definizione di valori e principi normativi che si integrano, appunto, con gli scopi iniziali della Comunità: solo attraverso, dunque, un sistema di eterocorrezione si può dar vita ad un sistema equilibrato a livello politico ed economico in ambito europeo.

A questo riguardo importante è la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che, nell'intento, appunto, di creare un nuovo centro di attrazione per il diritto comunitario, non più legato alla sola originaria dimensione dell'*homo oeconomicus*, ha gettato le basi per un nuovo concetto di cittadino europeo come nucleo fondamentale per un nuovo sistema di diritti.

Il fine di questa nuova visione sociale, porta l'intera disciplina economica verso uno stato di equilibrio e di ordine a cui affidare risorse per fini disposti secondo un ordine unitario.

Così discorrendo, la Corte di Giustizia, ha posto al centro dell'ordine pubblico comunitario, i diritti fondamentali e la persona: si assiste ad un'integrazione tra i diritti di natura esclusivamente economica con quelli fondamentali tipici degli Stati nazionali che ora, diventano nucleo forte della Comunità

L'ordine pubblico economico, diventa una categoria che riesce a mediare le interrelazioni tra i principi dell'ordinamento comunitario e le regole del mercato comunitario: ci si riferisce, dunque, alle norme-principi cardine ed alle norme-regole di concorrenza, efficienza e sussidiarietà.

Il processo comunitario spinge verso la formazione di uno zoccolo comune di principi e valori condiviso nell'Unione da tutte le istanze ed a tutti i livelli, che diventa la nuova base del concetto di ordine economico europeo.

Lo sviluppo economico ed il progresso sociale sono i due cardini fondamentali della categoria, tendente sempre ad un bilanciamento tra le due finalità, riconosciuti a livello europeo come valori fondamentali ed interpretati dalla

giurisprudenza della Corte come momenti fondamentali per le sue decisioni.

L'analisi del concetto dell'ordine pubblico economico aperto a scenari comunitari, ci porta anche ad un'analisi dello stesso sul piano internazionale, sostenendo l'impossibilità di concretizzarne l'esistenza data la non presenza di sistemi che possano mediare e realmente bilanciare gli interessi economici con quelli sociali.

Si sosterrà che la scelta di un determinato livello di regolazione a livello internazionale, fonda le critiche alla globalizzazione, come eccessiva sproporzione tra gli interessi in gioco a favore delle logiche di mercato.

In definitiva, la crescita del diritto globale dell'economia, cerca maggiore uniformità di regole anche se accetta ancora le differenze grazie al meccanismo del mutuo riconoscimento: nonostante la riduzione della sovranità nazionale, forte è ancora l'incidenza delle misure nazionali, nei casi in cui, ad esempio ci siamo, a livello internazionale, raccomandazioni o livelli non vincolanti o non ci sia alcun vincolo ultranazionale.

A questo punto importante è porsi la domanda sugli equilibri che caratterizzano il sistema così creato: la relazione che si intende analizzare è dunque quella che intercorre tra la tutela delle libertà commerciali ed economiche e la garanzia dei valori sociali e dei diritti umani.

Emerge un forte disequilibrio ed un forte sbilanciamento, nel commercio internazionale, verso gli interessi del libero mercato a scapito degli altri interessi pubblici e sociali.

Il problema non è tanto l'enunciazione dei valori umani ma la più difficile fase dell'effettiva garanzia: infatti l'analisi sopra operata non ha potuto tacere sull'affermazione, se pure in maniera particolare, dei diritti umani e sociali come situazioni da tutelare, ma ha evidenziato le forti limitazioni che i diritti umani e sociali incontrano nella disciplina internazionale e nella sua applicazione, contro i valori del libero mercato e libero scambio.

Dunque l'analisi sin qui condotta ha portato all'osservazione di un nuovo mondo economico, che a livello internazionale riespande i regimi privati dei mercati, tramite la nuova lex mercatoria, si affacciano sfere di regolazione economica adottate dai poteri pubblici, si rafforza il diritto della concorrenza: tutto ciò all'interno di un quadro territoriale più ampio rispetto alla nazione.

Con la globalità del mercato, infatti, il diritto dell'economia diventa un fenomeno ancora più complesso e stratificato che partendo dalla supremazia dell'economia dovrebbe trarre benefici anche per altre categorie di operatori.

L'impossibilità di accettare tale rivisitazione del concetto di ordine pubblico economico allargandola fino a forzare i confini della stessa oltre il possibile e, ad oggi, naturale scenario comunitario, discende dalla non esistenza in ambito internazionale di sistemi che sappiano mediare e bilanciare tutti gli interessi coinvolti nel mercato.

A livello internazionale, dunque, mancherebbero proprio gli strumenti di natura democratica nel funzionamento dei regolatori internazionali: per questa ragione si sono individuati strumenti per rendere più trasparente e

partecipativa possibile l'azione degli organismi internazionali, garantendo, così, l'*accountability* della regolazione resa da tali organismi.

Il concetto di ordine pubblico economico a livello internazionale, potrebbe trovare vigore tramite l'apertura degli organismi internazionali agli strumenti di democrazia rappresentativa e deliberativa, tramite il tendere a calibrare la tensione sempre presente tra interessi economici e sociali utilizzando in maniera diversa e più aperta il principio di proporzionalità, tramite un'attenta valutazione delle misure nazionali per scongiurare scelte di tipo neoprotezionistiche.

## **1.1 Diritto europeo e concetto di ordine pubblico economico**

Il concetto di ordine pubblico economico così individuato, deve essere analizzato alla luce degli scenari comunitari ed internazionali, al fine di comprendere quanto effettivamente il concetto sia presente, praticamente o anche a livello di ispirazione, negli ordinamenti anche non nazionali.

Iniziamo l'analisi con l'ordinamento comunitario anche alla luce dei rapporti tra lo stesso e l'ordinamento italiano con il trasferimento di quote di sovranità statale alla Comunità europea secondo l'art. 11 della nostra Carta Costituzionale.

Gli articoli 105 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 85 e 86 TCE), uniti alle finalità di tutto il diritto comunitario in ambito economico, delineano un modello di politica economica basato sul regime della concorrenza.

Il ricorso alla concorrenza, si evidenzia come, non sia stato metabolizzato dagli Stati europei del secondo dopoguerra, che prediligevano l'intervento dello Stato nazionale nella compagine economica, con la funzionalizzazione dei diritti economici individuali ed il riconoscimento costituzionale dei diritti sociali.

Questa differente linea tra la Comunità europea e gli Stati nazionali, ha portato a precisare come le norme comunitarie perseguissero finalità specifiche e particolari in un progetto economico di salvaguardia della concorrenza interna.

Questo rendeva il diritto comunitario capace di integrare le Costituzioni dei singoli Stati attraverso la definizione di uno scopo preciso quale quello della coesione economica europea, anche in presenza di altre finalità economiche e di altri modi di produzione economica non capitalistici e, dunque, non concorrenziali.

Qui si fa riferimento alle attività pubbliche essenziali e a tutti gli interventi di matrice generale atti a costruire l'equilibrio di mercato interno.

Questo è chiaro anche osservando il dettato normativo del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che all'art. 106 (ex art. 86 TCE) ed all'art. 345 (ex art. 295 TCE), crea le premesse per un'economia basata sui principi comunitari indicando come le imprese pubbliche o, comunque, aventi finalità di gestione di servizi di interesse economico generale, non possono essere sottoposte a regole imposte dagli Stati membri contrarie alle norme comunitarie, anche alla luce del dettato dell'art. 345 che lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente a livello nazionale<sup>289</sup>.

Dunque nucleo fondamentale dell'intera disciplina comunitaria è la materia economica che ha trovato specificazione tra gli interessi della Comunità e applicazione poiché inserita sulle tre grandi libertà del sistema europeo, quella di circolazione delle persone, delle

---

<sup>289</sup> G.MOTZO, *Commento all'art. 222 del Trattato CEE*, in *Commentario al trattato CEE*, diretto da Quadri-Monaco-Trabucchi, Milano, 1965, pag. 1618 ss.. per il quale sarebbe più corretto parlare di "ordinamento delle proprietà".

merci e dei capitali: tutte espressioni di un libero mercato<sup>290</sup>.

Questa prima lettura delle direttive guida del diritto comunitario, incentrato sulla materia economica, ci spinge a considerare come l'ordine pubblico europeo, a livello originario e dunque, fondato sulle materie originarie, corrisponde perfettamente con le finalità della Comunità: c'è, dunque, una relazione intensa tra l'ordine pubblico economico e la Costituzione europea che, appunto, ha come nucleo essenziale le norme principio dei Trattati.

Si ricordi a tal proposito, come non è stato sempre possibile parlare di Costituzione economica europea in senso stretto in quanto questa categoria esisteva come corpus di norme generali di settore rappresentanti le strutture e le linee fondamentali del diritto comunitario in ambito economico<sup>291</sup>.

Comunque, il diritto comunitario, ha recepito a livello originario, i principi fondamentali delle Costituzioni nazionali, anche tralasciando il settore più strettamente economico: si riconoscono, infatti, i diritti fondamentali come nella più costituzionale delle tradizioni degli Stati membri<sup>292</sup>.

Momento fondamentale della vita comunitaria è quello dell'integrazione che crea sempre una maggiore coesione

---

<sup>290</sup> P.RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, *Quad. C.*, 2000, pag. 15 ss.;

<sup>291</sup> G.U.RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, pag. 7;

<sup>292</sup> P.RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in *La Carta europea dei diritti*, a cura di Costanzo, Atti del Convegno di Genova del 16/17 marzo 2001, Torino, 2002, pag. 6 ss..



tra gli Stati, garantendo la definizione di valori e principi normativi che si integrano, appunto, con gli scopi iniziali della Comunità: solo attraverso, dunque, un sistema di eterocorrezione si può dar vita ad un sistema equilibrato a livello politico ed economico in ambito europeo.

L'integrazione tra gli ordinamenti con la contestuale coesione a livello generale, è sancita anche dalle regole comunitarie: agli articoli 174 e 175 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ( ex art. 158 e 159 TCE) si stabilisce, appunto, il concetto indispensabile di coesione economica e sociale al fine di promuovere lo sviluppo armonioso della Comunità tentando di ridurre il distacco regionale di sviluppo.

L'Unione Europea, ha dunque, disciplinato un sistema economico che, diventando un sistema economico sociale di mercato, ha rafforzato la coesione interstatale.

In questa scala di valori, tutti improntati alla rivalutazione del ruolo economico alla luce di un sistema necessario di coesione e di integrazione, c'è da sottolineare la grande importanza data al cittadino comunitario come centro di un sistema di diritti europeo.

A questo riguardo importante è la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che, nell'intento, appunto, di creare un nuovo centro di attrazione per il diritto comunitario, non più legato alla sola originaria dimensione dell'*homo oeconomicus*, ha gettato le basi per un nuovo concetto di cittadino europeo come nucleo fondamentale per un nuovo sistema di diritti.

Il fine di questa nuova visione sociale, porta l'intera disciplina economica verso uno stato di equilibrio e di

ordine a cui affidare risorse per fini disposti secondo un ordine unitario<sup>293</sup>.

Così discorrendo, la Corte di Giustizia, ha posto al centro dell'ordine pubblico comunitario, i diritti fondamentali e la persona: si assiste ad un'integrazione tra i diritti di natura esclusivamente economica con quelli fondamentali tipici degli Stati nazionali che ora, diventano nucleo forte della Comunità.

L'ordine pubblico economico, diventa una categoria che riesce a mediare le interrelazioni tra i principi dell'ordinamento comunitario e le regole del mercato comunitario: ci si riferisce, dunque, alle norme-principi cardine ed alle norme-regole di concorrenza, efficienza e sussidiarietà.

La necessaria connessione individuata, porta la Comunità ad essere letta come uno Stato costituzionale in trasformazione che funzionalizza la produzione economica a valori fondamentali.

L'ordine pubblico economico respira l'aria di rinnovamento e di trasformazione e ben si adegua, per sua natura, alla riformulazione dei fini dell'Unione Europea attraverso anche l'imporsi della sua dimensione politica.

Invero, nell'esaminare la praticabilità dell'affermarsi di un modello sociale dell'Unione europea, si deve rilevare come l'evoluzione dei diritti sociali nell'ordinamento comunitario e la maturazione di una consapevolezza e di una cultura dei diritti sociali fondamentali ha avuto un percorso lento e faticoso.

---

<sup>293</sup> M.BARANZINI-G.MARANGONI-S.ROSSI, *Macro e microeconomia*, Padova, 2001, pag. 255 ss..

Primo aspetto che preme sottolineare al riguardo è il silenzio dei Trattati istitutivi originari sugli obiettivi di una politica comunitaria sociale e sulla tutela dei diritti sociali nell'ambito dell'ordinamento comunitario: l'art. 117 del Trattato CEE affidava infatti agli Stati membri l'attuazione delle politiche sociali, materia a lungo considerata di dominio esclusivamente statale, limitandosi poi a prevedere al successivo art. 118 l'attribuzione alla Commissione di una competenza limitata a promuovere e coordinare la collaborazione tra gli Stati membri in campo sociale.

Prima interprete di queste nuove istanze fu la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la quale ha provveduto a conferire riconoscimento e tutela ad alcuni aspetti dei diritti sociali contribuendo al loro consolidamento e sviluppo nel quadro di un sistema sociale europeo, contrastando, costantemente, i tentativi di erosione degli stessi.

La Corte infatti, nell'esercizio del controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte degli atti comunitari, ha rilevato, costantemente, che la tutela dei diritti fondamentali nella Comunità costituisce parte integrante dei principi generali di diritto di cui essa garantisce l'osservanza, e che tale tutela è informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>294</sup>.

In tal modo i diritti fondamentali, penetrati nei principi generali, hanno fatto il loro ingresso nell'ordinamento comunitario, anche se occorre pur sempre osservare che, per quanto riguarda in particolare i diritti sociali, spesso la

---

<sup>294</sup> Sent. Stander, 12/11/69; sent. Nold, 14/05/74.

loro protezione si è posta come funzionale al perseguimento dei fini del Trattato e di determinate politiche comunitarie<sup>295</sup>.

In tal modo la Corte di Giustizia, considerata tradizionalmente la subordinazione in ambito comunitario dell'elemento sociale rispetto a quello economico, è intervenuta ad operare una sorta di bilanciamento e di riequilibrio, ai fini del conseguimento e dello sviluppo del mercato comune.

Si faceva strada tuttavia l'idea che una formazione extralegislativa del diritto sociale europeo<sup>296</sup>, frammentaria, disorganica e sprovvista di garanzie giurisdizionali con difetto di tutela dei diritti fondamentali garantiti a livello nazionale, rappresentava un ostacolo alla possibile integrazione sociale della Comunità<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> G. ARRIGO, *Politica sociale e sussidiarietà: "una sola moltitudine" di diritti?*, in *Riv. Giur. lav.*, 1992, 629 ss. Con la Sent. C-44/79 e C- 265/87 e C- 120/78 Cassis de Dijon, le quali hanno riconosciuto che il diritto di proprietà ed il diritto d'impresa sono vincolati a finalità sociali e quindi soggetti a limiti per scopi di interesse generale;

<sup>296</sup> Sulla *ratio* del diritto sociale, C. BORIS MANGHI, *Logica del diritto sociale*, Torino, 2006, pag.. 65 ss., dove si evidenzia la distinzione o evoluzione tra "diritto sociale" e "diritto sociale civile";

<sup>297</sup> Lo scopo di eliminare le differenze di disciplina, e quindi di tutela, tra le diverse normative nazionali, fu anche alla base di un'opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali realizzata attraverso una serie di atti normativi che hanno conseguito una uniformazione giuridica di determinate materie, così il reg. 1612/68 in materia di libera circolazione dei lavoratori, il reg. 1408/71 in tema di applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori, ed ai loro familiari, che si spostano all'interno della Comunità.

Il Trattato di Roma, come modificato dall'Atto Unico europeo, enuncia esplicitamente alcune competenze normative comunitarie in materia sociale, quali la competenza per favorire la libera circolazione dei lavoratori (artt. 48 e ss.), e quelle funzionali alla realizzazione di una parità salariale tra uomo e donna (art. 119) e di una politica comune della formazione professionale (art. 128), oltre alla competenza in materia di diritto del lavoro (art. 118A).

Per il resto prevede una serie di competenze sussidiarie in materia sociale, derivanti dal potere regolamentare attribuito alle istituzioni comunitarie sulla base degli artt. 100 e 235 del Trattato per armonizzare la legislazione in vista della realizzazione degli scopi della Comunità, pur in assenza del conferimento da parte del Trattato dei poteri richiesti.

L'idea di inserire la protezione dei diritti sociali fondamentali nella sede normativa europea ha preso successivamente corpo nell'adozione, da parte degli Stati membri riuniti nel Consiglio Europeo di Strasburgo del 1989, della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

Atto politico con disposizioni programmatiche, privo di effetti giuridicamente vincolanti, la Carta, considerando la dimensione sociale europea e la necessità di sviluppare i diritti sociali fondamentali, divenne un indubbio strumento di sviluppo della politica sociale delle Comunità<sup>298</sup>,

---

<sup>298</sup> Si deve ricordare peraltro che la Carta, affidava agli Stati membri la dichiarazione sui diritti sociali fondamentali, affermando che *“la responsabilità delle iniziative da prendere per l’attuazione*

dettando i principi guida della futura normazione in materia sociale delle istituzioni comunitarie.

Malgrado le importanti innovazioni introdotte dall'Atto Unico Europeo e l'opera di consolidamento dei diritti sociali svolta dalla Corte di Giustizia, la tutela di tali diritti e le competenze comunitarie in tale settore subiscono una battuta d'arresto.

E' solo con il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea del 1992<sup>299</sup> che la Comunità vede allargate le proprie competenze al settore sociale, con una completa riscrittura dei capitoli riguardanti la politica sociale e la coesione economica e sociale: le istituzioni comunitarie sono infatti impegnate a promuovere, mediante l'instaurazione del mercato comune, un elevato livello di occupazione e protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri (art.2).

---

*dei diritti sociali incombe agli Stati membri e, nell'ambito delle sue competenze, alla Comunità Europea, lasciando così all'iniziativa della Commissione la realizzazione effettiva di quei diritti fondamentali rientranti nell'ambito delle competenze comunitarie stabilite dal Trattato, in funzione della realizzazione del mercato interno, al cui buon funzionamento è certamente indispensabile la piena attuazione di una politica sociale comunitaria'';*

<sup>299</sup> G.TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003. Il Trattato, che non fornisce una definizione di Unione Europea, si fonda sui tre pilastri: Comunità, politica estera e di sicurezza comune e cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, oltre alle importanti novità della previsione dell'obiettivo di realizzare un 'Unione economica e monetaria e all'Istituzione della cittadinanza dell'Unione, arricchisce il panorama delle competenze comunitarie con nuove politiche e nuove forme di collaborazione.

Nonostante le norme sociali non siano state assunte al rango di veri e propri diritti fondamentali, i rilevanti vantaggi introdotti da questo atto comunitario nella scena sociale si possono individuare soprattutto nella previsione di un ruolo attivo della Commissione nei confronti delle parti sociali e nella previsione del contratto collettivo quale elemento integrativo, complementare o sostitutivo di atti comunitari, con evidenti ripercussioni in termini di sviluppo di un diritto sociale europeo.

Le innovazioni più rilevanti sono peraltro contenute nel Protocollo sulla politica sociale, allegato al Trattato che istituisce la Comunità Europea e facente parte integrante di esso, in cui i dodici Stati membri, affermando di seguire quanto indicato dalla Carta sociale del 1989, dichiarano di voler sviluppare un progetto sistematico di politica sociale.

A questo era allegato l'importante Accordo sulla politica sociale, intervenuto tra gli Stati membri (ad eccezione del regno Unito), i quali richiamandosi sia alla Carta sociale del 1989 sia al Protocollo, riconoscono come obiettivi comuni la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, per il cui sviluppo l'Accordo prevede l'introduzione di una procedura di consultazione delle parti sociali ad opera della Commissione (art. 3) al fine della loro partecipazione all'orientamento della politica sociale ed alla definizione di un'azione comunitaria<sup>300</sup>.

---

<sup>300</sup> G. ARRIGO, *Politica sociale e sussidiarietà: "una sola moltitudine" di diritti?*, op.cit.. Non si può peraltro non rilevare al riguardo che proprio la reciproca integrazione tra il Protocollo e l'Accordo, ha dato vita e legittimato una protezione sociale

Tale Accordo è stato successivamente inserito nel Trattato della Comunità Europea ad opera del Trattato di Amsterdam del 1997, che ha rappresentato un momento di svolta nella tutela europea dei diritti sociali introducendo novità significative in tema di diritti sociali fondamentali, politica sociale ed occupazione e libera circolazione dei lavoratori.

Con il Trattato di Amsterdam infatti la materia dei diritti fondamentali ha ricevuto un considerevole rafforzamento, con particolare attenzione ai diritti sociali fondamentali di cui offre un riconoscimento “costituzionale” quali criteri direttivi della politica sociale comunitaria.

Si è detto infatti che il Trattato, abrogando il Protocollo sulla Politica sociale allegato al TUE, ha recepito integralmente le disposizioni dell’Accordo sulla Politica sociale, che occupavano gli artt. 117-120 del Trattato.

Ciò comporta non solo il riconoscimento nell’ambito del Trattato dei diritti sociali fondamentali, come definiti nella Carta sociale Europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori<sup>301</sup>, ma anche

---

differenziata all’interno dello spazio comunitario, in cui alle disposizioni sociali meno innovative o ricognitive vincolanti tutti gli Stati membri alla cui tutela e promozione devono provvedere direttive approvate all’unanimità, si contrappongono le disposizioni sociali maggiormente innovative contenute nell’Accordo a undici e come tali vincolanti solo quegli stati (e non il Regno Unito), con la possibilità di adozione di provvedimenti a maggioranza qualificata;

<sup>301</sup> C. SALAZAR, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea: un “viaggio al termine della notte?”*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cura di G.F. Ferrari, Milano, Giuffrè, 2001, 239 ss. Nel Trattato, nonostante la



l'affermazione degli obiettivi comunitari dell'occupazione, del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, della protezione sociale adeguata, del dialogo sociale, perseguibile attraverso un'azione coordinata di Comunità e Stati membri.

Ma il capitolo più importante ed innovativo del Trattato di Amsterdam è quello relativo all'occupazione, in cui si introduce non solo una strategia rafforzata fra gli Stati membri in vista di una formazione professionale qualificata ed una consultazione delle parti sociali in materia di occupazione, ma anche si prevede quale obiettivo e questione di interesse comune, la promozione dell'occupazione nell'Unione Europea, con conseguente attribuzione di competenze alla Comunità.

In definitiva, con tale Trattato, la politica sociale viene collocata tra le politiche dell'Unione, anche se un'analisi rigorosa non può che evidenziare come l'estensione delle finalità dell'Unione al campo sociale sia avvenuto con forme tutto sommato ancora deboli e che all'azione della Comunità sia stato riservato ancora un ruolo di complemento e sostegno all'azione degli Stati.

Bisognerà dunque attendere la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Carta di Nizza del 2000, affinché i diritti siano solennemente proclamati<sup>302</sup>, e ne venga previsto un rafforzamento di

---

proclamazione dell'attaccamento ai diritti sociali, sia fissato piuttosto il perseguimento di obiettivi sociali che non il soddisfacimento di diritti sociali;

<sup>302</sup> La Carta non solo riafferma i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione Europea e dai Trattati

tutela *“alla luce dell’evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici”*.

Nel Preambolo della Carta si ribadisce infatti la necessità di rendere più visibili i diritti fondamentali all’interno dell’Unione Europea, rendendo esplicita e solenne l’affermazione di una serie di valori destinati ad ispirare la convivenza dei popoli europei.

La circostanza tuttavia che la Carta di Nizza sia una dichiarazione solenne di principi, priva di forza vincolante, ha aperto un ricco dibattito in ordine alla sua collocazione all’interno del sistema delle fonti e alla sua efficacia nell’ordinamento comunitario e negli ordinamenti interni, ed in particolare al valore da riconoscere ai principi e diritti proclamati<sup>303</sup>.

L’attuazione e la proclamazione effettiva della Carta e del contenuto ideale in essa contenuto, in primis affidata al lavoro della Corte di Giustizia, e dalla stessa utilizzata

---

comunitari, dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d’Europa, e riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo, ma anche diritti nuovi o “nuovissimi”, affiancando così agli obiettivi comunitari già enunciati nei Trattati, nuovi obiettivi dell’Unione e della Comunità europea;

<sup>303</sup> La Carta non è in grado di incidere sul sistema delle fonti comunitarie, e allo stesso tempo non modifica né integra i Trattati, art.51, II paragrafo della Carta, secondo il quale la Carta “non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai Trattati”.

come criterio ermeneutico per meglio interpretare il diritto comunitario o come contenuto di valori e parametri di riferimento ai quali attingere per scegliere la norma più adeguata alla tutela del diritto *sub judice*, ha mostrato sul campo tutta la forza in sé contenuta, di là da ogni polemica sulla sua efficacia formale.

Ha mostrato una forza giuridica *sui generis* che le ha consentito di produrre effetti significativi che non legati esclusivamente all'attribuzione ad essa di un esplicito e vincolante valore giuridico, ma piuttosto intimamente connessi all'esigenza che l'unione degli Stati europei passi attraverso il riconoscimento di un tessuto comune di diritti e libertà<sup>304</sup>.

La Carta, oltre a richiamare diritti che trovano già riconoscimento e tutela in Trattati, Carte e Costituzioni nazionali<sup>305</sup>, ha anche inserito diritti che non trovano ancora riconoscimento costituzionale negli Stati membri, quali i diritti dei bambini, degli anziani, dei disabili.

---

<sup>304</sup> L.AZZENA, *Prospettive della Carta Europea dei diritti e ruolo della giurisprudenza*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, pag.123 ss.;

<sup>305</sup> Nel Preambolo della Carta si legge infatti che essa “*riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione Europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e da quella della Corte Europea dei diritti dell'uomo*”.

Ma si potrebbe altresì affermare che i diritti sociali fondamentali proclamati e comunitarizzati dalla Carta possano influenzare profondamente anche le istituzioni nazionali, vincolate all'*acquis* comunitario.

Dunque, non è stato possibile ignorare le enunciazioni della Carta, né in particolare la sua evidente vocazione a servire da parametro di riferimento sostanziale per tutti gli attori della scena comunitaria<sup>306</sup>.

Non si può non rilevare peraltro come la Carta rappresenti sotto altri aspetti sia un momento di riequilibrio dell'asse dell'ordinamento comunitario, prima impegnato esclusivamente nell'integrazione economica, a vantaggio dell'integrazione sociale, nella prospettiva di una revisione e riattivazione del welfare europeo<sup>307</sup>, sia il valore di punto fondamentale di riferimento nel quadro dell'espansione comunitaria. Pare innegabile infatti che la soglia minima di diritti fondamentali riaffermata dalla Carta costituisca il parametro per valutare le richieste di adesione alla

---

<sup>306</sup> G.F. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, Giuffrè, 2001. Nella C-173/99 appare significativo è che il Tribunale di Prima istanza, nella sentenza del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, abbia escluso la possibilità di un utilizzo della Carta in quanto proclamata dopo l'instaurazione del giudizio, e quindi per ragioni "cronologiche" legate al principio del *tempus regit actum*, ciò che potrebbe far ipotizzare un futuro sviluppo interpretativo nel senso dell'utilizzo della Carta quale parametro del giudizio di legittimità comunitaria;

<sup>307</sup> F. AMATO, *Il libro bianco e il disegno di legge delega sul lavoro alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Il Libro Bianco e la Carta di Nizza*, Roma, Ediesse, 2002, pag. 37 ss..

Comunità e quindi la condizione per la partecipazione al processo di integrazione europea<sup>308</sup>.

Al fine di valutare il valore attuale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed il grado di effettività riconosciuto ai diritti in esso proclamati, bisogna peraltro effettuare un passo ulteriore ed esaminare le tappe che hanno condotto all'approvazione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, nella seconda parte del quale la Carta di Nizza ha trovato integrale recezione.

Il processo che ha portato all'elaborazione di una Costituzione per l'Europa ha preso l'avvio dalla "Dichiarazione di Laeken" del 2001 adottata in occasione del Consiglio Europeo, che ha istituito una Convenzione con il compito di provvedere alla redazione di una bozza di Costituzione Europea.

Il Testo della Costituzione rivisto e corretto in occasione dei vertici europeo di Bruxelles del 2003, è stato sottoscritto a Roma dai Capi di Stato e di Governo dei 25 Paesi membri il 29 ottobre 2004 ed è stato aperto alla ratifica da parte degli Stati membri.

Significativo a tale riguardo è che il testo costituzionale preveda che l'Unione Europea *"si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica*

---

<sup>308</sup> Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, sebbene non abbia incorporato il testo della Carta dei diritti, la include sotto forma di allegato, conferendole così carattere giuridicamente vincolante all'interno dell'ordinamento dell'Unione, secondo quanto disposto dall'art. 6: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

*equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”.*

All'art. 2, parlando dei valori dell'Unione, si fa riferimento ai principi della dignità umana e del rispetto, in generale, dei diritti umani, diritti riconosciuti come propri dagli Stati nazionali all'interno di un concetto di società tutto incentrato sul pluralismo e sulla non discriminazione; inoltre, all'art. 3, considerando gli scopi dell'Unione, pur non tralasciando i cardini economici, si menzionano i valori della persona.

Si sottolinea quindi che l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale.

La Costituzione europea contiene inoltre una disposizione orizzontale che statuisce che, in sede di definizione e attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse alla promozione di un livello di occupazione elevato, alla garanzia di una protezione sociale adeguata e alla lotta contro l'esclusione sociale (art. III-117).

Da ultimo, nella sezione della Costituzione europea dedicata alla politica sociale si afferma che *“l'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che*

*consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.”(art.III-209).*

Nella prospettiva attuale peraltro, in cui è stata abbandonata la possibilità di un'entrata in vigore di una Costituzione per l'Europa, si può solo abbozzare un'analisi del rapporto tra le fonti normative nazionali (in particolar modo costituzionali) e quella europea quanto a garanzia e tutela dei diritti sociali fondamentali.

Tutela che non potrebbe che situarsi in un'ottica multilivello, in cui *“il livello nazionale e quello soprannazionale si influenzano e si integrano reciprocamente e nella quale, di conseguenza, il quadro complessivo dell'ordinamento costituzionale dell'Europa va ricavato dalla lettura congiunta dei testi costituzionali nazionali, in connessione con il testo del Trattato che adotta la Costituzione Europea, nonché con il diritto derivato e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria”*<sup>309</sup>.

Tanto più che quei diritti e valori fondamentali che sono acquisiti nelle costituzioni nazionali ed internazionali, hanno trovato riproduzione nella Carta.

---

<sup>309</sup> E. VIGLIAR, *Il modello di un Unione Europea nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Dir. Com. sc. Int.*, 2005, pag. 151 ss..

Tuttavia appare più aderente all'analisi in corso valutare lo stato attuale della tutela dei diritti sociali nell'ambito europeo.

Non si può non rilevare al riguardo che da più parti si lamenta la debolezza della politica sociale europea nonché il deficit sociale dell'Unione stessa, nella misura in cui sia l'attuazione delle politiche sociali che la tutela dei diritti sociali affidata alla Corte di Giustizia, restano vincolate al primato delle regole del mercato e della concorrenza<sup>310</sup>.

Ed infatti, essendo i diritti sociali fortemente condizionati nel loro godimento dalla capacità dell'organizzazione sociale di renderli concreti ed effettivi, è proprio sul terreno della mancanza di meccanismi istituzionali destinati a proteggerli e di un efficace sistema di welfare che si gioca il problema dei diritti sociali europei.

E' così che l'immagine di un'Europa che pregiudica i diritti sociali dei cittadini, ed in particolar modo di quelli appartenenti a paesi aventi una legislazione sociale più protettiva, e che dà luogo ad un dumping sociale tra i diversi Paesi, è viva nell'opinione di molti ed alimenta l'affermarsi di un diffuso euroscetticismo.

---

<sup>310</sup> E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, pag. 163. Al riguardo cfr., anche T.TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *Lav. Dir.*, 2000, pag. 429 ss., il quale evidenzia la debolezza delle attuali politiche comunitarie in tema sociale ed auspica una "coerente strumentazione normativa ed operativa ad opera delle Istituzioni dell'Unione" al fine di rendere effettivi i diritti fondamentali sanciti dalla Carta.



Valga per tutti l'accenno all'acceso dibattito suscitato nei Paesi membri dalla proposta di direttiva Bolkestein (così chiamata dal nome del Commissario Europeo per la concorrenza ed il mercato interno che ne è stato l'autore), approvata all'unanimità dalla Commissione Europea il 13 gennaio 2004 e successivamente passata al vaglio del Consiglio dei Ministri Europei e del Parlamento Europeo.

Il punto nodale della direttiva risiedeva nel "principio del paese d'origine", ovvero nella previsione secondo cui il prestatore di servizi è sottoposto esclusivamente alla legge del Paese in cui ha sede legale l'impresa, e non alla legge del Paese dove fornisce il servizio.

Ed è stato proprio nei confronti di tale principio che si sono scagliate le critiche più accese, ispirate dal timore del verificarsi di un *dumping* sociale tra i paesi sia nel senso della diminuzione degli standard di garanzia da parte delle legislazioni dei paesi a più alta protezione sociale e del lavoro in nome della competitività, sia come incitamento ad uno spostamento delle imprese verso i paesi a più debole protezione sociale e del lavoro al fine di approfittare del livello minimo di protezione ivi esistente, con un conseguente livellamento al ribasso della tutela dei diritti sociali.

In questa proposta, in cui si privilegia un'impostazione liberista rispetto ad uno sforzo di armonizzazione in vista dell'uniformazione delle normative nazionali, è stato pertanto rinvenuto un attacco molto duro alle garanzie di tutela dei diritti sociali e del lavoro dei cittadini europei ed in definitiva allo stesso modello sociale europeo.

Sembra allora che la questione della tutela dei diritti sociali fondamentali si giochi su tre livelli ordinamentali, nazionale, comunitario ed internazionale, tra di loro integrati, e sulla conseguente collaborazione tra i soggetti cui è affidata la salvaguardia dei rispettivi sistemi di diritti: la Corte Costituzionale, la Corte di Giustizia della Comunità Europee e la Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Il rischio di contrasti e dell'affievolimento della tutela dei diritti sociali fondamentali, da più parti paventato, potrebbe allora trovare rassicurazione, da un lato, nel riconosciuto primato del diritto comunitario, e quindi anche delle pronunce e dei principi affermati ed elaborati dalla Corte di Giustizia, situazione riconosciuta dalla Corte Costituzionale italiana, con la sola riserva dei controlimiti e, dall'altro, nel richiamo operato dalla Carta ai valori fondamentali ed ai diritti riconosciuti dalle Costituzioni nazionali.

A questo punto si può affermare che gli squilibri e le disuguaglianze tra individui, collettività e territori e le asimmetrie nei sistemi economici e di welfare sono state anche livellate dall'allargamento dell'Europa: il processo comunitario spinge verso la formazione di uno zoccolo comune di principi e valori condiviso nell'Unione da tutte le istanze ed a tutti i livelli<sup>311</sup>, che diventa la nuova base del concetto di ordine economico europeo.

---

<sup>311</sup> Intervento di A. TIZZANO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, nell'ambito del Seminario organizzato presso la LUISS di Roma nel maggio 2005 sul tema "I diritti fondamentali e le Corti in Europa".

Lo sviluppo economico ed il progresso sociale sono i due cardini fondamentali della categoria, tendente sempre ad un bilanciamento tra le due finalità, riconosciuti a livello europeo come valori fondamentali ed interpretati dalla giurisprudenza della Corte come momenti fondamentali per le sue decisioni.

## **1.2 Costituzione europea e ordine pubblico economico europeo**

I due concetti esaminati si aprono, per loro stessa natura, ad un'analisi "europea" e comunitaria, anche perché, si ricordi come, per molti anni il diritto comunitario sia stato cd. diritto dell'economia.

Analizzando il concetto di Costituzione economica europea, si ricordano due importanti interventi della dottrina, l'uno dell'Irti e l'altro del Rescigno<sup>312</sup>, che concludono il loro ragionamento con l'inesistenza di una Costituzione economica.

In particolare, l'Irti parte dalla natura dell'ordine europeo che, per lo stesso, non è costituzionale ma ordinaria espressa in legge di esecuzione; mentre il Rescigno considera la nozione, Costituzione economica, come lo strumento tramite il quale supportare l'idea dell'esistenza di regole in economia. regole che traggono la loro forza dai concetti europei di concorrenza e di mercato.

Le due tesi considerano la formula della Costituzione economica "ambigua", sottolineando la non presenza di

---

<sup>312</sup> N. IRTI *L'ordine giuridico del mercato*, op.cit.; G.U. RESCIGNO, *Costituzione economica*, op.cit..

documenti che possano qualificarsi come Costituzione a livello europeo.

Tali idee devono essere verificate e modificate alla luce dell'evoluzione dell'intero sistema nazionale ed europeo.

L'integrazione europea si fonda sul diritto comunitario e crea necessariamente nuovi valori e principi in aggiunta a quelli propri degli stati nazionali: la coesione economica europea persegue la cd etero correzione del mercato con le norme europee della concorrenza e dell'equilibrio politico-economico.

Sin dal Trattato di Maastricht, le norme comunitarie hanno inciso sugli ordinamenti nazionali, consentendo il processo di integrazione e di naturale trasformazione dei sistemi costituzionali nazionali.

L'intero ordinamento comunitario si è basato, sin dalla sua prima apparizione, su finalità di tipo economiche e l'accettazione del contenuto del Trattato di Roma dipese da una necessità di tipo istituzionale<sup>313</sup> piuttosto che da scelte ideologiche.

L'asimmetria ritrovata per anni con la creazione di un'Europa unita solo dal punto di vista economico, evidenziava la mancanza di norme che tutelassero diritti fondamentali e sociali.

Così al fine di guidare il reale processo d'integrazione si è cercato di individuare nel "mercato" il concetto cardine dal quale far partire l'unificazione: il mercato così diviene

---

<sup>313</sup> T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, 1997.

“ordine, nel senso di regolarità e prevedibilità dell’agire”<sup>314</sup>.

Quindi il nucleo comune e condiviso di valori è quello fondato su un sistema economico comunitario scelto dagli ordinamenti nazionali che si allarga, per sua stessa natura, alle istituzioni ed alla vita comune.

Dunque pur condividendo le teorie della dottrina sulla inesistenza di documenti costituzionali che possano fondare la costituzione economica comunitaria, si può sostenere come l’intero ordinamento europeo abbia messo in moto un meccanismo che ha analogie con il metodo applicativo costituzionale, creando diritti e doveri e istituendo organi che producono effetti che oltrepassano quelli degli organismi internazionali<sup>315</sup>.

Accanto alle considerazioni sopra esposte, si ricorda come accanto al nucleo di valori economici, anche se dapprima celato, c’è sempre stato un insieme di diritti fondamentali e sociali da salvaguardare.

In principio, a livello comunitario, troviamo uno spiraglio per la tutela dei diritti solo nel preambolo dell’Atto Unico Europeo del 1987 con l’enunciazione sul rispetto dei *“diritti fondamentali riconosciuti nelle costituzioni e nelle leggi degli Stati membri, nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e la carta sociale europea, particolarmente la libertà, l’uguaglianza e la giustizia sociale”*.

---

<sup>314</sup> N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, op.cit.;

<sup>315</sup> L. VIOLINI, *Prime considerazioni sul concetto di costituzione europea alla luce dei contenuti delle vigenti carte costituzionali*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1998.

Con il crescere della Comunità Europea e dopo il Trattato di Maastricht e di Amsterdam, si assiste ad una reale trasformazione dell'interesse della Comunità stessa: la dimensione sociale acquista visibilità con il nuovo preambolo del trattato sull'Unione Europea dove si manifesta il reale attaccamento ai diritti sociali fondamentali definiti nella Carta Sociale europea del 1961 e nella Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989: la rilevanza giuridica della menzione delle due dichiarazioni nel preambolo è altissima considerando poi, che con l'art. 2 del Trattato di Amsterdam si sottolinea come tra gli obiettivi dell'Unione ci sia il progresso economico e sociale ed il raggiungimento di un elevato livello di occupazione attraverso la coesione economica e sociale.

Si può così parlare di evoluzione del nucleo principale di valori che porta alla considerazione di come l'ordinamento europeo non sia più settoriale ma si apra, necessariamente alla tutela dei diritti sociali e fondamentali come patrimonio condiviso da tutti gli stati membri: dunque l'inesistenza di documenti scritti che portino il nome di Costituzione non può essere ostacolo al riconoscimento di una vera costituzione europea.

L'esistenza di un nuovo nucleo di valori alla base dell'Unione Europea porta alla identificazione di un concetto che si integra con quello della Costituzione economica: l'ordine pubblico economico comunitario.

Partendo dal concetto di ordine pubblico economico individuato precedentemente, espressione di un ordinamento che deve saper mediare, coordinare e promuovere lo sviluppo sociale e la progressione

economica, si sostiene l'esistenza dell'ordine pubblico economico comunitario.

Si è già ricordato, come i valori di base della Comunità Europea sono stati, da sempre, quelli della concorrenza e del mercato al fine di una coesione economica europea.

La genesi stessa della Comunità Europea si caratterizza per l'esistenza dei cd quattro pilastri delle libertà economiche di circolazione di merci, persone, servizi e capitali, della libera concorrenza e del divieto di aiuti di Stato.

L'impossibilità di continuare a sostenere l'unicità delle materie economiche come base dei valori comunitari ha evidenziato la funzionalità delle libertà economiche fondamentali all'integrazione europea: evidente, a tal proposito, il potenziamento della salvaguardia di altri interessi con il Trattato di Maastricht e di Amsterdam.

Quindi l'integrazione europea ha evidenziato una maggiore unione tra gli Stati membri tutti concordi nell'accettazione di un nuovo nucleo di valori che accanto ai principi originari della concorrenza e del mercato vede quelli fondamentali e sociali: non si può più sostenere la settorialità dell'ordinamento europeo che riesce e deve integrarsi con principi sociali e diritti fondamentali.

Ancora a sostegno di questa tesi si ricorda l'operato della Corte di Giustizia Europea che ha tentato un bilanciamento tra principi economici e diritti fondamentali, sostenendo la limitazione, giustificata e proporzionata, delle libertà economiche per la tutela dei diritti fondamentali.

La Corte di Giustizia è fondamentale per ridisegnare un sistema comunitario basato sui cittadini e non più solo su operatori economici, parlando di "ordine pubblico

comunitario” formato da diritti fondamentali e da libertà economiche.

Il processo di integrazione europea è importante nel percorso di individuazione del concetto di ordine pubblico economico a livello europeo, in quanto la possibile ammissione di conflitti e di contrapposizioni nell’ambito dei particolari ordini pubblici economici statali, sarebbe stata risolta stabilendo la superiorità dell’ordine pubblico economico comunitario su quelli nazionali.

L’ammettere orme di riserva di sovranità in capo agli Stati membri, in materia economica, e quindi considerare una riserva la clausola dell’ordine pubblico, avrebbe caratterizzato problemi e deroghe al processo dell’integrazione stessa.

Sotto questo aspetto, la Corte è protesa verso la definizione della prevalenza del proprio ordine pubblico economico, nel rispetto della sua interpretazione monista del rapporto tra ordinamento comunitario ed ordinamenti degli Stati nazionali<sup>316</sup>.

Il processo di formalizzazione dei principi dell’economia di mercato, è stata la condizione minima ma indispensabile per la formazione di una base comune di intesa che ha garantito la formazione stessa dell’Unione Europea: quindi proprio la comune spinta verso la ricerca di principi comuni e la convergenza verso i principi economici, ha

---

<sup>316</sup> G. KARYDIS, *L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable*, in RTD eur, 2002, pag. 1 ss. L’Autore indica come l’ordine pubblico economico sia il centro nevralgico dell’ordine pubblico comunitario; G.GUARINO, *Pubblico e privato nell’economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in Quad. cost., 1992, pag. 21 ss..



permesso di realizzare un'armonia di interessi che porta l'economia ad inserirsi nel settore comunitario potendo, così, indicare soluzioni valide per tutti gli interessati<sup>317</sup>.

L'esperienza europea, al pari di altri processi federalistici, ha trovato la sua ragione nell'economia, ma è stata influenzata dalla circostanza che la formazione del suo mercato unico ha coinciso con la nascita dell'economia globalizzata: questi elementi hanno creato la necessità istituzionale in capo all'Europa, attraverso l'accettazione di un modello economico incentrato sull'economia di mercato e sui principi condivisi che hanno portato all'omogeneità ed alla convivenza nella pluralità.

In questo percorso, si definisce come l'ordine economico comunitario, sia formato dalle regole che hanno creato il mercato unico e, fra tutte, importante è stata la libertà della concorrenza, determinante per il raggiungimento degli obiettivi finali della Comunità<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in V. Atripaldi, G. Garofalo, C. Gnesutta, P.F. Lotito, *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI legislatura*, Padova, Cedam, 1998, pag. 526. L'Autore, riprendendo le teorie di E. Fraenkel e G. Myrdal, considera il rapporto tra costituzioni democratico-pluraliste ed economia. Per la salvaguardia delle costituzioni pluraliste, non è possibile introdurre un codice di valori condiviso sul quale si fonda l'ordinamento di un modello di economia predefinito, poiché, così facendo, ci sarebbe una predeterminazione degli interessi. L'economia diverrà parte del settore non controverso solo nei casi in cui su aspetti o principi di teorie economiche ci sia una reale armonia di interessi: solo in questi casi l'economia potrà esprimere proposte economiche valide nei confronti di tutti gli interessati;

<sup>318</sup> In questo senso è opportuno leggere la sentenza *Eco Swiss c. Benetton*, del 1 giugno 1999, causa 126/97, in *Racc.*, 1999, pag.

In definitiva, l'evoluzione dei Trattati e la costante giurisprudenza aprono le porte per identificare il concetto di ordine pubblico economico europeo basato sull'equilibrio tra interessi economici e diritti fondamentali e diritti sociali.

Emblematico a tal proposito appare la Direttiva 2006/123/CE, "*Direttiva sui servizi nel mercato interno*", che esprime chiaramente la necessità del bilanciamento fra libertà economiche e diritti fondamentali e sociali, tramite l'esistenza di "*un insieme aperto di motivi imperativi di*

---

3055. Nella sentenza si considera l'invalidità di un contratto di licenza per contrarietà all'ordine pubblico, per incompatibilità con le regole della concorrenza. La questione è presentata dinanzi ad un giudice nazionale chiamato a decidere sulla legittimità del lodo arbitrale previsto in caso di risoluzione del contratto. Il giudice nazionale, considerando che per il suo diritto interno, la violazione del diritto alla concorrenza non prevede contrarietà all'ordine pubblico, rinvia la decisione alla Corte di Giustizia Europea, chiamata, dunque, a valutare se il principio fondamentale del diritto comunitario, possa essere integrato tra i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale che fondano il concetto di ordine pubblico economico. La Corte afferma che essendo il principio di concorrenza fondamentale per la comunità, nei limiti delle proprie norme processuali, un giudice nazionale in accoglimento di un'impugnazione per nullità di lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, deve accogliere una domanda basata sulla violazione del principio della concorrenza, in quanto l'articolo sulla concorrenza è considerato una disposizione di ordine pubblico ai sensi della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, sul riconoscimento e sull'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri. La Corte, dunque, giunge a due importanti conclusioni: la prima è che il principio di concorrenza fonda l'ordine pubblico economico comunitario, la seconda è che si riconosce ai principi di ordine pubblico comunitario la funzione di integrazione con i principi nazionali di ordine pubblico.

*interesse generale idonei a far da contrappeso alle libertà di circolazione”.*

Tutto ciò porta a ritenere l'attualità del concetto Ordine pubblico economico comunitario alla luce di una rinnovata culla di valori sulla quale si fonda il concetto di costituzione economica europea.

### **1.3 Realizzazione del bilanciamento in ambito europeo**

Come abbiamo più volte ripetuto nei paragrafi precedenti, tradizionalmente, l'Unione Europea ha fondato le sue origini sui poli delle libertà economiche: infatti nel Trattato di Roma del 1957 si sottolinea la presenza dei pilastri significativi come le quattro libertà economiche di circolazione, la libera concorrenza ed il divieto di aiuti di Stato.

L'importanza delle libertà economiche e la loro netta prevalenza era, comunque, funzionale ad un processo di integrazione europea che ben ha avuto la sua evoluzione nel potenziamento delle garanzie di altri interessi e di valori sociali con il Trattato di Maastricht e con il Trattato di Amsterdam.

Analizzando per primo l'ambito economico, si vede come l'ordinamento comunitario si sia interessato della categoria del libero mercato, principale rispetto alla libertà d'impresa o alla tutela della proprietà privata.

La libertà d'impresa è subordinata a quella del libero mercato: infatti l'art. 4 del Trattato di Maastricht, indica che l'attività della Comunità e degli Stati membri, deve

essere ispirata al principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza.

Inoltre le imprese trovano dei limiti proprio nella realizzazione del concetto di mercato libero e concorrenziale: infatti, pur essendo libere di decidere come comportarsi sul mercato non possono dar vita ad intese restrittive della concorrenza o di abusi della posizione dominante, con la precisazione, inoltre, che acquisizioni di controllo limitative della concorrenza possono essere vietate o, comunque, limitate.

Individuato il ruolo cardine del concetto di libero mercato, bisogna comunque, soffermarsi sulla considerazione che parlare di libero mercato significa parlare di una dimensione pluralistica, con le categorie economiche della domanda e dell'offerta.

Quindi il diritto comunitario tende alla tutela di tutti gli operatori che intervengono nel mercato.

Ricordiamo la categoria dei consumatori tutelata all'art. 153 del Trattato CE, in modifica dell'art. 129A del Trattato di Maastricht, dove si afferma che *“al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione per i consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”*.

Inoltre si stabilisce che nella definizione e nell'attuazione di altre politiche, si tutelano sempre gli interessi e le esigenze dei consumatori, considerando, ancora, che la

Comunità concede agli Stati membri la possibilità di creare misure di protezione più rigorose.

Su queste premesse sono state adottate direttive aventi come oggetto la pubblicità, l'informazione, i contratti, la responsabilità e la tutela giudiziale, tutte recepite dall'ordinamento interno.

In particolare, la direttiva sulla pubblicità, la n. 450/1984, ha lo scopo di tutelare il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, portando l'operatore su un campo di errore e pregiudicando, così, le sue scelte economiche.

Altra direttiva fondamentale, in tema di tutela dei consumatori, è quella relativa ai contratti o meglio alle clausole abusive nei contratti dei consumatori.

Ci riferiamo alla direttiva n. 13/95, recepita dall'art. 25 della legge n. 52 del 6 febbraio 1996, mediante modifica del quarto libro del codice civile, le cui disposizioni sono inserite adesso nel Codice del Consumo.

Importante è la disciplina introdotta dalla direttiva in quanto si mira ad impedire che i consumatori siano vincolati da clausole svantaggiose, cd. clausole vessatorie, in contratti stipulati con professionisti.

Importanti sono, inoltre, le direttive sulla responsabilità del produttore, direttiva n. 374/1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettati, quella sulla sicurezza dei prodotti, la n. 95/2001, recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 172 del 21 maggio 2004 ed in seguito confluito nel

Codice del consumo e la direttiva nr. 27/1998 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri sui provvedimenti inibitori volti a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori.

Da ultimo, c'è da ricordare la disciplina emanata con regolamento n. 2006/2004, nell'ambito della cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa in materia di protezione dei consumatori.

In tale ambito è stata emanata in Italia una disciplina generale dei diritti dei consumatori e degli utenti: disciplina posta con la legge n. 281/1998, con il decreto legislativo n. 206/2005, che ha raccolto tutte le disposizioni nel testo legislativo definito Codice del consumo, recante un elenco di diritti fondamentali dei consumatori.

Tutto il quadro normativo presentato offre lo spunto per la considerazione che in ambito comunitario si tutela la libertà economica generale.

In vero, la Comunità, pur lasciando agli Stati margini di scelta al fine di limitare la libertà economica per interessi pubblici, sociali e per altri diritti fondamentali, ha posto, comunque, limiti all'ambito del mercato.

Infatti sono fuori dal mercato e dalle libertà economiche, le attività che tutelano situazioni sociali: le regole della concorrenza incontrano limiti ben precisi in presenza di attività che perseguono l'interesse economico generale.

L'art. 106, ex art.86 TCE, stabilisce che le imprese che svolgono attività di interesse generale sono sottoposte alle regole sulla concorrenza ma nei limiti in cui l'applicazione

di tali norme non osti all'adempimento della specifica missione loro affidata.

Così si assiste ad una limitazione della concorrenza che però si riepande quando si rientra nel campo dei servizi specifici di valore aggiunto<sup>319</sup>.

Analizzando, adesso le libertà di circolazione, si evidenzia come il Trattato CE consideri la possibilità di limitare il libero scambio di beni e di servizi, il free trade, in base a misure di restrizione adottate in nome di interessi pubblici da tutelare.

L'art. 36, ex art. 30 TCE, dispone come, per esempio, in materia di circolazione delle merci, la libertà degli scambi ed il divieto di misure restrittive, possano subire deroghe in vista *di motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di sicurezza pubblica, 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 e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.*

L'art. 52 e l'art. 62, relativi al diritto di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi, ex artt. 46 e 55 TCE, stabiliscono che, appunto in materia di libera circolazione

---

<sup>319</sup> Corte di giustizia CE, sentenza 19 maggio 1993, *Corbeau*, causa C- 320/91, in *Racc.*, pag. 2533. La Corte interpretando la disposizione dell'art. 106, ex art. 86 CE, parla dei cd servizi universali, cioè quelle particolari prestazioni essenziali di base che devono essere garantite a tutti a prezzi ragionevoli su tutto il territorio nazionale in nome di una finalità sociale.

dei servizi, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi, possono essere limitate attraverso disposizioni legislative che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

In particolare, importante è l'attività della Corte di giustizia nell'ambito delle libertà di circolazione, in quanto la stessa ha affermato come le libertà siano il principio generale e che tutte le norme che consentono deviazioni dalle stesse devono essere interpretate restrittivamente.

In aggiunta, le misure adottate dagli Stati come deviazione del principio generale, devono essere sottoposte ad un test di proporzionalità e quindi sono giustificate se sono proporzionali alla finalità pubblica che si persegue e non siano sostituibili con misure meno restrittive per gli scambi economici.

La Corte di giustizia ha ampliato l'elenco dei motivi definiti di interesse generale che possono giustificare deroghe alla libertà di circolazione, non toccando, comunque, la regola del test di proporzionalità per le misure statali adottate per il perseguimento, appunto, di interessi generali<sup>320</sup>.

---

<sup>320</sup> Corte di giustizia CE, sentenza 25 luglio 1991, *Gouda e altri vs. Commissariaat Voor de Media*, causa C-288/89, in *Racc.*, pag. 4007; *Conclusioni* dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 18 maggio 2000, *Smits-Geraets e Peerbrooms*, causa C-157/99, in *Racc.*, 2001, pag. 5473. In particolare, la Corte in materia di prestazioni di servizio, individua una serie ampia e aperta di interessi pubblici tesi a limitare il free trade, come la tutela dei lavoratori, la protezione dei consumatori, la conservazione di beni culturali, la lealtà delle transazioni commerciali, il pluralismo dell'informazione e la salvaguardia della buona reputazione del settore finanziario. Inoltre, la Corte ha definito come molte attività



Dopo aver analizzato la disciplina comunitaria del libero mercato in una dimensione necessariamente pluralistica, si può passare all'analisi dei rapporti tra libertà economiche e diritti fondamentali.

Pur essendo pacifico che l'Unione Europea rispetti i diritti fondamentali è opportuno verificare le situazioni di conflitto tra libertà economiche e diritti fondamentali.

Importante a tal riguardo è la giurisprudenza della Corte di giustizia che, negli anni, ha tentato un bilanciamento tra interessi economici e diritti fondamentali in base al quale le libertà economiche dovrebbero tollerare limitazioni, giustificate e proporzionali, per la tutela dei diritti fondamentali<sup>321</sup>.

Dunque, si può affermare che le libertà economiche hanno un ruolo principale nell'ambito del diritto comunitario ma la necessaria evoluzione dei trattati e le spinte della giurisprudenza portano verso un bilanciamento tra gli interessi economici e gli altri valori sociali e fondamentali.

---

siano fuori dalle regole sulla libertà di circolazione: nell'ambito della libera prestazione dei servizi, ha escluso i servizi pubblici che si avvicinano alla categoria di servizi amministrativi caratterizzati dalle finalità sociali;

<sup>321</sup> Corte di giustizia CE, sentenza 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte Und Planzge vs. Republik Osterreich*, causa C-112/00, in *Racc.*, pag. 5659. Nel caso specifico, la Corte ritiene compatibili con gli art. 28 e 29 TCE, la restrizione temporanea della circolazione transfrontaliera di merci provocata da una manifestazione, considerando l'accaduto come esercizio della libertà di espressione e della libertà di riunione. La Corte ha precisato che se una manifestazione pubblica comporta inconvenienti per le persone che non partecipano alla stessa, questi possono essere tollerati in vista dell'obiettivo perseguito.

Per verificare quanto scritto è opportuno rimandare, per esempio, alla disciplina sull'assicurazione obbligatoria e sull'insegnamento pubblico, ambiti che perimetrano il mercato e le regole di libero scambio e di concorrenza.

All'interno del mercato stesso, poi, è possibile rintracciare l'equilibrio tra imperativi economici ed altri valori: infatti i limiti al free trade sono giustificati, nel caso di tutela di diritti fondamentali o di perseguimento di interessi pubblici rilevanti, appartenenti ad una serie aperta di valori.

La conferma a quanto scritto è presente nella direttiva sui servizi nel mercato, Direttiva 2006/123/CE, che indica le disposizioni dirette ad agevolare la libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi presentando una riduzione ed eliminazione delle misure nazionali restrittive del libero scambio.

La direttiva pur essendo cauta nel porre limitazioni alle regole di free trade, per quanto riguarda il bilanciamento degli interessi, da una parte economici e dall'altra parte sociali, individua un insieme aperto di cause imperative di interesse generale atte a far da contrappeso alla libera circolazione.

## **2 Ordine pubblico economico internazionale.**

L'analisi del concetto dell'ordine pubblico economico aperto a scenari comunitari, ci porta anche ad un'analisi dello stesso sul piano internazionale, sostenendo l'impossibilità di concretizzarne l'esistenza data la non presenza di sistemi che possano mediare e realmente bilanciare gli interessi economici con quelli sociali.

Si sosterrà che la scelta di un determinato livello di regolazione a livello internazionale, fonda le critiche alla globalizzazione, come eccessiva sproporzione tra gli interessi in gioco a favore delle logiche di mercato.

In vero non è possibile negare il rafforzamento di fenomeni di globalizzazione dell'economia attraverso la crescente presenza di scambi internazionali di beni e servizi ed attraverso una fitta rete di comunicazioni.

Nel corso degli anni sono state elaborate diverse teorie che hanno sottolineato quanto gli anni presenti siano di netto stacco rispetto al passato, aprendo, così, una vera e propria epoca globale, grazie al ruolo delle comunicazioni elettroniche<sup>322</sup>.

Tale teoria che legherebbe la nascita della globalità all'attualità è da smentire in quanto il processo di economia mondiale sarebbe un fenomeno che si attiva nel XVI secolo<sup>323</sup>, con una vera impennata a fine Ottocento ed un rafforzamento nel secondo Novecento<sup>324</sup>.

Comunque, pur condividendo le teorie che vedrebbero l'economia mondo come fenomeno risalente nel tempo è indubbio considerare come l'intero percorso normativo e giuridico in merito alla disciplina dei rapporti internazionali, sia frutto dell'ultimo quarto di secolo.

---

<sup>322</sup> M.ALBROW, *The Global Age*, Cambridge, Polity Press, 1996;

<sup>323</sup> F.BRAUDEL, *Civiltà materiale, economia e capitalismo (secoli XV-XVIII)*, vol. III, ne *I Tempi del mondo*, Torino, Einaudi, 1982, pag. 3 ss; I. WALLERSTEIN, *Il sistema mondiale dell'economia moderna*, Vol.I, ne *L'agricoltura capitalistica e le origini dell'economia-mondo europea nel XVI secolo*, Bologna, Il Mulino, 1978, pag. 413 ss.;

<sup>324</sup> J.OSTERHAMMEL e N.P. PETERSSON, *Storia della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Infatti il commercio internazionale è caratterizzato prima dalla presenza dei GATT del 1947, poi nel 1994 dalla OMC come istituto multifunzionale capace di operare in diversi settori.

In aggiunta agli organismi sopra citati, si assisteva ad una più cospicua regolamentazione dei mercati e di altri settori tralasciando l'ambito nazionale.

In questo contesto molti sono stati gli autori che hanno individuato una perdita da parte dello Stato nazionale della propria sovranità: si è sostenuto come ci sarebbe l'espansione delle regole poste dai privati, delle forme di autoregolazione, impedendo, così, l'instaurarsi dell'ordine globale.

L'impossibilità di creare un ordine globale, porterebbe ad una rinascita della lex mercatoria, come un nuovo diritto composto da norme di imprese con respiro internazionale.

In vero, comunque, i regimi privati incontrano limiti imposti dalle autorità pubbliche che si possono distinguere in base al soggetto dal quale provengono.

Si faccia riferimento all'OMC, Organizzazione mondiale del commercio, al FMI, Fondo monetario internazionale e alla Banca mondiale.

In particolare, l'OMC del 1994, è diventata agli occhi dei tutti un vero ordinamento giuridico con un vero assetto organizzativo, un apparato giurisdizionale per la risoluzione delle controversie tra Stati circa la giusta applicazione degli accordi: è sede di negoziati internazionali che incidono sulle materie del commercio e dai quali derivano obblighi per gli Stati.

Dopo gli organismi essenzialmente internazionali, si considerino gli organismi non nazionali come il NAFTA del 1994, North American Free Trade Agreement, il MERCOSUR del 1991, Mercado Comùn del Sur: questi organismi, insieme all'Unione Europea, che è l'ordinamento più completo e complesso, producono regole vincolanti per gli operatori commerciali.

Ancora si ricorda l'esistenza di organismi capaci di prendere decisioni non vincolanti ma con forza fortemente persuasiva: come il Basel Committee, formato dai vertici delle banche centrali, adotta misure di riferimento per l'adeguatezza patrimoniale degli istituti di credito vincolati alla sorveglianza delle banche centrali, come lo European Competition Network, composto dalla Commissione europea e dalle autorità antitrust degli Stati nazionali, assicura il coordinamento tra le autorità circa procedimenti nell'ambito di intese restrittive ed abusi di posizione dominante.

Tra i soggetti composti da soggetti pubblici e privati, cd. entità ibride, si ricorda la CAC, *Codex Alimentarius Commission*, creata dalla FAO e dalla WHO nel 1963, che attraverso un processo articolato di decisione adotta livelli di sicurezza e di qualità per gli alimenti.

Gli standard così prodotti possono avere, anche se in via indiretta, effetti giuridici di natura rilevante: infatti l'art. 3 del SPS, *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*, accordo annesso all'OMC, stabilisce che gli Stati membri, in un percorso di armonizzazione, devono stabilire le loro misure sanitarie in base, appunto agli standard internazionali.

Dunque le misure nazionali compatibili con i livelli internazionali stabiliti dalla CAC, si presumono compatibili con le regole del SPS e del GATT e rientrano in un meccanismo di necessaria difesa e protezione della vita umana ed animale.

Tutti gli organismi presentati e le misure pubbliche e private di respiro ultranazionale, formano il diritto globale dell'economia: vi rientrano, dunque, i regimi privati, la nuova *lex mercatoria* e tutte le misure derivanti da organismi internazionali, da entità ibride.

Le misure così individuate, comunque, hanno una rilevanza giuridica particolare e diversa.

La nuova *lex mercatoria*, legata ai contratti internazionali di grandi imprese, si stabilizza nelle pronunce degli arbitri che chiamati a risolvere controversie tra le parti, seguono, in linea di massima, l'istituto del precedente: l'ordine legale così individuato oltre passa i confini dei regolamenti contrattuali.

Le pronunce giurisprudenziali assumono valore di fonte di produzione del diritto: ad esempio le pronunce dei Panels e dell'Appellate Body dell'OMC, decidendo su una legge nazionale che abbia limitato il libero commercio sia legittima in base alle regole degli accordi internazionali, creano decisioni che incidono sul rapporto tra due ordinamenti giuridici, assumendo così le caratteristiche di regola che può influire sull'operatività delle norme nazionali.

In definitiva, la crescita del diritto globale dell'economia, cerca maggiore uniformità di regole anche se accetta ancora le differenze grazie al meccanismo del mutuo riconoscimento: nonostante la riduzione della sovranità

nazionale, forte è ancora l'incidenza delle misure nazionali, nei casi in cui, ad esempio ci siamo, a livello internazionale, raccomandazioni o livelli non vincolanti o non ci sia alcun vincolo ultranazionale.

A questo punto importante è porsi la domanda sugli equilibri che caratterizzano il sistema così creato: la relazione che si intende analizzare è dunque quella che intercorre tra la tutela delle libertà commerciali ed economiche e la garanzia dei valori sociali e dei diritti umani.

Come prima considerazione, bisogna ridimensionare la tesi del dominio indiscusso dei regimi privati; infatti abbiamo evidenziato come le regole delle imprese private trovano limiti che derivano dagli organismi pubblici, nazionali ed ultranazionali, riconducibili alla sfera delle pubbliche autorità. Si individua, così, una co-regolazione, di matrice pubblica e privata<sup>325</sup>.

Molti autori hanno evidenziato come la globalizzazione produca forme di regolamentazione che rafforzano l'ambito economico contro la schiera dei diritti umani e dei valori sociali<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> J.B.AUBY, *La globalisation, le droit et L'état*, Paris, Montchrestien, 2003, pag. 67 ss.;

<sup>326</sup> J.E. STIGLITZ, *Globalization and its discontents*, London, Penguin, 2002, traduzione in italiano, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2003. L'autore opera l'analisi sul Fondo monetario internazionale e sulla Banca mondiale. Tali organismi nati dagli Accordi di Bretton Woods nel 1944 e sviluppati sull'ideologia keynesiana di sostegno a politiche di intervento pubblico favorendo così l'occupazione e gli investimenti, sono diventati, secondo l'autore, istituzioni missionarie a supporto di un'economia che non vuole l'intervento

Così discorrendo, la regolazione a livello globale è lontana dalla creazione di un equilibrio tra imperativi economici e diritti della persona e valori sociali anche a discapito della realizzazione in ambito nazionale di sistemi che hanno saputo mediare i due tipi di interessi in gioco.

L'analisi del piano internazionale e delle sue regolazioni, hanno portato alle critiche del fenomeno della globalizzazione che è sproporzionata alle logiche di mercato ed agli interessi economici.

Dalla fine degli anni novanta del Novecento, si sono incentrati tanti focolai di contestazione alle politiche dell'OMC e degli accordi di libero scambio nati nel suo ambito a discapito di interessi e valori di respiro sociale ed umano.

In vero l'analisi dei preamboli degli accordi internazionali, come quelli dell'OMC e dei GATT del 1994 e dei GATS, porta alla lettura che la finalità del commercio globale non può non considerare esigenze diverse dalla sola logica del mercato.

Infatti nel preambolo dell'accordo istitutivo dell'OMC, è evidente come le attività commerciali in senso stretto devono essere condotte nel rispetto e con la tensione sempre rivolta a garantire la piena occupazione e lo sviluppo sostenibile; sulla stessa linea è il preambolo del GATT del 1994 mentre quello del GATS prevede che ci sia il perseguimento dell'obiettivo principale della progressiva liberalizzazione assicurando la tutela degli interessi pubblici nazionali.

---

statale e garantisce gli interessi economici contro gli interessi sociali.



Le enunciazioni dei preamboli mal si conciliano con le norme degli accordi dove si manifesta un netto squilibrio a favore della logica di mercato: c'è una garanzia indiscussa verso il *free trade* con eccezioni limitative e tassativamente indicate come il divieto del *dumping* se provoca o rischia di provocare pregiudizio ad un'impresa stabilita in uno degli Stati contraenti.

In particolare, nel GATT, c'è la presenza forte del libero scambio dei beni: si rispetta la regola del trattamento nazionale, che attraverso la non sottoposizione dei prodotti importati in uno Stato contraente a tassazione diversa rispetto a quella applicata a prodotti domestici analoghi, impedisce la protezione della produzione interna, si stabilisce la regola del *freedom of transit* delle merci, si vuole che le misure nazionali che introducono limitazioni all'importazione non siano rese esecutive prima della pubblicazione ufficiale.

Tali garanzie a favore del *free trade*, trovano poche limitazioni e proprio il termine eccezione utilizzato con l'annesso elenco tassativo delle stesse, comporta la deduzione logica di quanto la regola generale sia la salvaguardia del libero mercato.

Le eccezioni al libero mercato inserite nel GATT, sono a numero chiuso e riguardano misure nazionali tese a proteggere la morale pubblica, la vita delle creature umane, la salvaguardia del patrimonio artistico e culturale del paese: le misure di cui si parla sono consentite se non sono applicate in modo da creare discriminazione tra gli Stati e dissimulata restrizione del commercio internazionale.

Mentre il GATT presenta poca cautela nella determinazione delle regole del libero mercato, il GATS, il GATS relativo al libero commercio dei servizi, prevede obblighi meno gravosi per gli Stati, come la regola del “*trattamento della nazione più favorita*” e quello della “*trasparenza of measures of general application*” ma comunque si caratterizza per un’ampia portata del concetto di free trade anche in ambito di servizi.

Comunque anche nel GATS è presente un’ampia liberalizzazione, in relazione alla riduzione progressiva delle misure nazionali restrittive del libero mercato nell’ambito dei servizi.

Questa precisazione risulta ancor più chiara se ci si riferisce all’ambito di applicazione dell’accordo in analisi: si applica a tutte le misure nazionali che possono incidere sulla produzione, sulla distribuzione e vendita dei servizi, concetto molto esteso, in quanto sono esclusi dall’accordo solo i servizi non prestati su basi commerciali o in concorrenza.

Dunque rispetto all’ambito comunitario, le regole del *free trade* e di libera circolazione possono trovare applicazione anche nell’ambito di servizi pubblici.

A conferma di ciò si ricordi che la *Service Sectoral Classification list* dell’OMC considera servizi pubblici anche attività che secondo altri ordinamenti nazionali o secondo il diritto comunitario sono servizi di natura sociale o amministrativa, estranei, dunque, dalla logica della concorrenza e della libera circolazione; inoltre, il *Council for Trade in Service*, organismo operativo del GATS, sottolinea l’importanza del commercio internazionale nei

settori sociali, nonostante la presenza massiccia dei poteri pubblici e dei governi nazionali.

La tensione internazionale verso la liberalizzazione si può anche vedere dall'analisi degli obblighi imposti agli Stati membri dalle norme del GATS.

Qui ricordiamo il vincolo del trattamento della nazione più favorita e della trasparenza: si stabilisce l'assicurazione ai servizi ed ai fornitori dei servizi un trattamento non meno favorevole di quello concordato con stessi servizi di altri paesi, inoltre si predispone la tempestiva pubblicazione delle misure di generale applicazione che incidono sulla materia dell'accordo.

Ancora la regolazione domestica degli Stati deve rispettare alcuni criteri: le misure nazionali relative ad autorizzazioni dello svolgimento dei servizi non devono essere barriere inutili al commercio.

Il GATS inoltre prevede la possibilità, per lo Stato membro, di presentare una lista di impegni specifici per la liberalizzazione da assumere in determinati servizi: comunque, anche in questi casi gli Stati sono obbligati a seguire l'obbligo del trattamento nazionale e quello dell'accesso al mercato.

Per il primo obbligo, come già detto, ogni Stato è chiamato a garantire ai servizi ed ai fornitori dei servizi un trattamento non meno favorevole di quello destinato agli operatori nazionali; per il secondo obbligo, invece, ogni Stato che assume obblighi specifici non può adottare misure restrittive del libero mercato.

Per quanto concerne i limiti alla disciplina del free trade, bisogna affermare che tra il GATT ed il GATS ci sono varie analogie.

Infatti anche il GATS elenca, attraverso l'accordo stesso, in modo chiuso, una serie di eccezioni alle regole del free trade.

Le eccezioni, a patto che non provochino una discriminazione arbitraria ed ingiustificabile oppure una dissimulata restrizione del commercio nei servizi, sono ammesse se tendenti alla protezione della morale, dell'ordine pubblico, della vita delle creature umane, della riservatezza delle persone.

Proprio l'indicazione delle eccezioni presentate, sia per quanto riguarda il GATT che il GATS, ci presentano un quadro di riferimento particolare dove si assegna, per gli organismi in esame, una prevalenza al valore del *free trade* rispetto a tutti gli altri valori da bilanciare.

Ulteriore conferma di ciò è data dall'attività di interpretazione e di applicazione giurisprudenziale degli accordi, affidata ai *Panels* e all'*Appellate Body*, come organi di tipo giudiziale di primo e di secondo grado in sede all'OMC.

La giurisprudenza così richiamata, pur volendo dedicare attenzione a valori lontani dal free trade, ha riconosciuto alle misure nazionali a salvaguardia degli interessi non economici, ristretto valore applicativo, garantendo così uno sbilanciamento ancora verso le logiche di mercato.

Naturalmente l'attività interpretativa, nel delicato tentativo di bilanciare gli interessi economici e non economici, si è

concentrata proprio sulle norme di eccezione alla libera circolazione dei beni e servizi.

Considerando ancora il valore dell'eccezione come momento anticipatorio della non tutela per gli interessi non economici, si ricorda come la valutazione delle misure nazionali a tutela di diritti fondamentali sia vagliata dalla giurisprudenza degli organi dell'OMC, attraverso fasi ben determinate<sup>327</sup>.

Nella prima fase si valuta la necessità della misura nazionale, che, comunque, è considerata necessaria solo se non discrimina arbitrariamente o ingiustificatamente e se non comporta una dissimulazione restrittiva per il commercio.

In questa fase si valuta la necessità della norma nazionale, che per essere tale deve rientrare nei paragrafi degli art. XX del GATT o dell'art. XIV del GATS, rispettivamente *public order* e *Human, animal or plant life or health*.

Tutto questo porta alla considerazione che già nella prima fase del procedimento è possibile concludere come le eccezioni ammesse rispetto alla regola generale del libero mercato sono a numero chiuso, i valori tutelati dalla norma nazionale che provocherebbe l'eccezione sono di vitale importanza al massimo grado e la misura nazionale deve essere necessaria, quindi indispensabile per tutelare il valore degno di protezione.

Nella seconda fase si passa alla verifica delle previsioni della misura statale, e quindi è un giudizio

---

<sup>327</sup> WTO Appellate Body, *US-Measures Affecting and Cross-Border Supply of Gambling and Betting Service*, WT/DS285/AB/R, 2005.

sull'ammissibilità della misura, anche attraverso la sua attuazione, secondo un numero sufficiente di casi.

In questa seconda fase l'onere della prova è tutto a carico dello Stato che adotta la misura.

Ponendo una, se pur piccola, comparazione tra la giurisprudenza dell'OMC e quella comunitaria, si può affermare che nel giudizio di bilanciamento ci sono state varie differenze.

Pur avendo utilizzato, entrambe, il principio di proporzionalità e di identificazione della necessità della misura come adeguata a perseguire il fine da realizzare e non alternativa ad altre misure non restrittive, si può rilevare come gli stessi non siano stati utilizzati in modo uguale.

Mentre i giudici comunitari hanno considerato elenchi aperti di valori non economici ponendo alla base della propria ricerca la volontà di creare un bilanciamento reale ed equilibrato tra gli interessi economici e non, la giurisprudenza dell'OMC, si sono mantenuti legati alla rigida elencazione dei valori non economici sanciti dagli accordi stessi, considerando i concetti di indispensabilità, di estrema rilevanza all'interno di un'analisi che tocchi sia il contenuto sia l'effettiva attuazione delle misure considerate.

Le due fasi riportate e la comparazione tra le due giurisprudenze, intente entrambe a valutare le misure nazionali limitative del free trade, inducono a ritenere che, limitatamente all'ambito internazionale, la misura statale diretta a limitare la libertà economica a favore di interessi sociali e pubblici è giustificata solo se si sovviene alla sua necessità, adeguatezza e se non esistono misure alternative

e meno restrittive del *free trade*: si sottolinea così il legame, ancora determinante, tra *free trade* e l'elenco a numero chiuso di valori e di interessi non economici.

Emerge un forte disequilibrio ed un forte sbilanciamento, nel commercio internazionale, verso gli interessi del libero mercato a scapito degli altri interessi pubblici e sociali.

Il problema non è tanto l'enunciazione dei valori umani ma la più difficile fase dell'effettiva garanzia: infatti l'analisi sopra operata non ha potuto tacere sull'affermazione, se pure in maniera particolare, dei diritti umani e sociali come situazioni da tutelare, ma ha evidenziato le forti limitazioni che i diritti umani e sociali incontrano nella disciplina internazionale e nella sua applicazione, contro i valori del libero mercato e libero scambio.

Nonostante l'ONU<sup>328</sup> abbia riconosciuto la priorità dei diritti umani rispetto agli accordi politici ed economici, è possibile ribadire che in ambito internazionale i diritti umani e sociali prevalgono solo in casi eccezionali, portando, dunque, la possibilità di una completa vanificazione di quanto affermato secondo un dettato generale.

Dunque l'analisi sin qui condotta ha portato all'osservazione di un nuovo mondo economico, che a livello internazionale riespande i regimi privati dei mercati, tramite la nuova *lex mercatoria*, si affacciano sfere di regolazione economica adottate dai poteri pubblici,

---

<sup>328</sup> Risoluzione adottata nel 2000 dalla United Nations Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/7.

si rafforza il diritto della concorrenza: tutto ciò all'interno di un quadro territoriale più ampio rispetto alla nazione.

Con la globalità del mercato, infatti, il diritto dell'economia diventa un fenomeno ancora più complesso e stratificato che partendo dalla supremazia dell'economia dovrebbe trarre benefici anche per altre categorie di operatori.

Il concetto di libertà di impresa e di mercato dovrebbe realizzarsi all'interno di un bene collettivo superiore che è l'esistenza stessa del mercato.

All'interno di questa prospettiva, con il ruolo determinante della nuova lex mercatoria che rinasce da regole internazionali uniformi, dagli usi del commercio internazionale, dalla giurisprudenza delle camere internazionali, si vuole ridefinire il concetto di ordine pubblico economico come concetto globale capace di leggere le naturali evoluzioni della realtà storico-economica.

L'impossibilità di accettare tale rivisitazione del concetto di ordine pubblico economico allargandola fino a forzare i confini della stessa oltre il possibile e, ad oggi, naturale scenario comunitario, discende dalla non esistenza in ambito internazionale di sistemi che sappiano mediare e bilanciare tutti gli interessi coinvolti nel mercato.

Non possiamo negare l'attenzione che il diritto internazionale ha dedicato alla tutela dei diritti umani: emblematiche sono la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, i patti internazionali sui diritti civili e politici ed economici.



Ma è innegabile che tale attenzione si sia fermata ad un'enunciazione, considerando le note difficoltà per un'effettiva attuazione delle norme.

Mentre a livello nazionale il concetto di ordine pubblico economico è riuscito a mediare gli interessi in gioco, portando ad un reale bilanciamento, poiché considerate di pari dignità, la libertà economica e gli altri diritti fondamentali a livello sociale e umano, mentre a livello comunitario, pur essendo l'incipit formale la tutela della libertà economica, si è riuscito a creare un reale equilibrio tra gli interessi in gioco, a livello internazionale, invece, l'equilibrio e la ricerca dello stesso manca.

La primazia dei diritti umani rispetto alla politica economica ed agli accordi economici rischia di essere annullata dall'operatività del diritto internazionale dell'economia: il dirompente squilibrio tra gli interessi economici e quelli sociali e pubblici è reale in ambito internazionale dove ancora prevalgono gli imperativi economici.

Si sostiene dunque, come a livello internazionale, non si possa parlare dell'esistenza di un ordine pubblico economico poiché manca la reale tutela dei diritti fondamentali.

Questa affermazione non è condivisa da quanti affermano che l'ordine economico deve essere alla luce dell'evoluzione del sistema globale, diversamente valutato.

Infatti l'ordine economico nel suo emergere è il risultato del processo che lo determina: in questa visione, il diritto dell'economia si basa su una categoria generale che, nuova

rispetto al passato, diviene una forma di sintesi capace di reggere il nuovo assetto globale degli scambi economici<sup>329</sup>.

La categoria, dunque, assumerebbe una portata internazionale proprio perché non lascia considerare più relativa alla sola realtà nazionale ma le si dà un respiro globale, capace di divenire ordine pubblico nello spazio delle relazioni internazionali.

In questa prospettiva si ridisegna il rapporto tra politica ed economia, assistendo ad uno svuotamento del ruolo politico che non riesce a regolare il mercato per garantire l'interazione sociale senza alcun tipo di conflitto<sup>330</sup>: questa situazione ha portato ad ampie critiche che hanno parlato di un'economia centrifuga dove risulta difficile governare la situazione con certezza ed efficacia<sup>331</sup>.

Così la situazione globale che viviamo, determina un processo di sviluppo economico scisso da quello politico dove la realtà economica vive di regole tutte interne portando ad un inevitabile declino della legislazione statale e del principio di legalità.

L'idea stessa della legalità sarebbe derivante da una costruzione solida e rigida del diritto che mal si unisce al diritto della globalizzazione, slegato da qualsiasi forma rigorosamente predeterminata.

La globalizzazione economica, ci esprime la crisi dello Stato e la crisi dei sistemi di diritto: infatti molti autori

---

<sup>329</sup> G. BIANCO, *La Costituzione economica e l'ordine pubblico economico*, pag. 50 ss.;

<sup>330</sup> J.M. BUCHANAN, *Stato, mercato e libertà*, Bologna, 1989, pag. 227 ss.;

<sup>331</sup> J.R. HICKS, *Una teoria di mercato della moneta*, Bologna, 1992, pag. 178 ss..

nell'analizzare i grandi organismi internazionali, come sopra presentati, FMI, WTO e Banca Mondiale, hanno considerato che gli stessi sono organi privi di qualsiasi legittimazione democratica, che assolvono il compito di strumento del governo dell'economia mondiale funzionale agli interessi della supremazia del mercato<sup>332</sup>.

Per sostenere la tesi dell'esistenza dell'ordine pubblico economico a livello internazionale, si analizza, inoltre, la nuova *lex mercatoria*<sup>333</sup>, come una nuova base reale che

---

<sup>332</sup> J. BRECHER-T. COSTELLO, *Contro il capitale globale*, Milano, 2001 pag. 77ss.;

<sup>333</sup> S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 51 ss., il quale evidenzia i nuovi paradigmi di rango costituzionali europei, come l'abuso di diritto, il mercato regolato, il primato della concorrenza, l'imperativo della protezione del consumatore, sottolineando che gli stessi si sovrappongono all'attività del singolo non solo per applicare la regola generale della protezione della parte debole ma anche per raggiungere generali obiettivi macroeconomici, come la tutela della cd. concorrenza dinamica. Comunque, si vuole tutelare un interesse superiore, la regolamentazione del mercato non in senso economicistico, *ordo naturalis*, ma in senso giuridico costruttivistico, *ordo legalis*.

Già negli Stati Uniti d'America e, sin dai primi anni '90, a livello comunitario, era stata avvertita la necessità di regolamentare i rapporti contrattuali tra imprese senza il mito della libertà degli scambi eliminando le distorsioni del mercato: si è giunti alla traduzione normativa secondo la *lex mercatoria* del principio generale di *giustizia contrattuale* che vuole limiti all'autonomia per evitare pratiche contrarie al buon costume economico e distorsive.

Detto principio è stato rafforzato da istituti di *etica civile* del mercato che sono disciplinati in istituti di autodisciplina, codici di condotta, norme di *business ethics*.

La *lex mercatoria*, dunque, viene applicata dopo aver ricevuto il filtro culturale dei principi generali inseriti da organismi di natura economica transnazionale, che perseguono la ricerca di punto di

---

equilibrio fra gli opposti interessi in gioco, fra le ragioni dell'impresa e le esigenze del contraente debole. L'autore ricorda alcune figure tipiche della nuova *lex mercatoria*, come il *gross disparity* o come l'*hardship*, che realizzano l'equilibrio sopra sperato in modo compiuto; A. PAULUS, *Commentary to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner: The Legitimacy of International Law and the Role of the State*, *Mich. Journ. Int' L.*, 2004, pp. 1047 -1058. L'autore parla di *lex mercatoria* in senso di "tecnodemocrazia", a parer suo, illuminata. Comunque si sottolinea la diffidenza nei confronti della cd. "tecnodemocrazia" in primis perché i cddd specialisti tecnici sono caricati di una responsabilità politica senza che gli stessi abbiano alcuna legittimazione democratica. Dunque, non potendo escludere che la tecnica possa essere una difesa contro gli interessi privati, non si può certo affermare che tale *regulatory decision-making* possa essere sempre capace di valutare interessi di tipo pubblicistico. Così il problema di adeguate forme di *governance* e di legittimazione democratica di molte norme prodotte diventa il principale argomento politico contro *la lex mercatoria*, pari al fatto di accantonare la democrazia a favore della "tecnocrazia". All'interno dei processi globali, dove le forme di governo internazionale, tramite organismi internazionali a vocazione globale o regionale, hanno un grave deficit democratico, lo Stato deve essere la principale fonte di legittimazione per le decisioni politiche, confermando, così, la motivazione per la quale il diritto internazionale rimane vincolato al consenso degli Stati e tra gli Stati; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992, pag. 382 ss.; P. Lalive, "Ordre public transnational (où réellement international) et arbitrage international", *Rev. Arb.*, 1984, pag. 163. Non si può leggere l'ordinamento giuridico dei commercianti senza valutare la democratic accountability and responsibility: tale tipo di sostegno da parte dell'ordinamento mercantile dell'interesse generale è confermato, peraltro, in numerose sentenze arbitrali che sottolineano l'esistenza di un *ordine pubblico transnazionale* riconducibile alla *lex mercatoria*; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi del contratti del commercio internazionale. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*

fonderebbe sia il concetto di ordine economico stesso sia sarebbe la costituzione materiale della globalizzazione.

La *lex mercatoria* è letta come categoria che riesce a superare la discontinuità giuridica provocata dalla divisione dei mercati e dalla pluralità degli Stati: la *lex mercatoria* tornerebbe come in una rinascita dalle regole internazionali uniformi, dalla diffusione internazionale delle pratiche contrattuali, dagli usi del commercio internazionale e dalla giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali<sup>334</sup>.

La teoria qui considerata si spinge dall'assunto di base per il quale l'economia globale non può basarsi sulla legge e deve trovare strumenti flessibili ed alternativi in grado di

---

*dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. 13, Padova 2003, pp. 801-809. Considerando la problematicità dell'esistenza di un *ordine pubblico transnazionale*, diverso da quello interno e da quello internazionale che attuerebbe l'esistente normativa internazionale di *jus cogens*, premono due considerazioni: per primo, la specificità della nozione di ordine pubblico transnazionale sta proprio nel fatto che la stessa è libera da nozioni di ordine pubblico degli ordinamenti statali. Dunque, la transnazionalità del concetto di ordine pubblico consente agli arbitri di valutare criticamente la pretesa di una legislazione nazionale di esportare le prerogative legislative, nel caso in cui a livello nazionale ci si opponga a interessi legittimi delle parti. Anche se il diritto internazionale non funziona, tale circostanza non giustifica il fatto che la *lex mercatoria* possa far propri spazi non regolati a livello statale e internazionale, considerando che questa sembra essere la strategia neoliberale. Dunque, l'auspicio è che venga riformato e rafforzato il diritto internazionale per garantire un suo intervento efficace sul mercato correggendo le distorsioni e tutelando le esigenze della società internazionale;

<sup>334</sup> F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, pag. 229 ss..

rendere più agevole l'adeguamento con le trasformazioni internazionali.

In questa prospettiva, il concetto di ordine pubblico economico viene ridisegnato e coincide con la realtà dell'economia globale e con il suo diritto, al di fuori dei concetti di Stato, di Leggi e di Costituzione.

A parere di chi scrive, si sostiene che il concetto di ordine pubblico economico non può prescindere dalla base forte di valori e di diritti inseriti in testi cardine, e pur essendo una categoria che, per la sua flessibilità riesce ad adeguarsi e a spiegare meglio le trasformazioni economiche, sociali e politiche, non può dirsi esistente in un sistema globale, dove manca il presupposto stesso del concetto di ordine pubblico economico: il bilanciamento tra gli interessi economici e quelli giuridici, all'interno di un ordinamento che deve via via creare forme di governo democratiche e pluraliste.

Comunque considerando il modello europeo, l'allargamento verso i diritti civili e sociali a livello internazionale si potrebbe verificare sempre partendo dal mercato: la globalizzazione economica deve essere intesa non solo come fenomeno economico ma come fenomeno che debba e possa concretizzare la tutela dei diritti fondamentali attraverso il bilanciamento dei valori in gioco attraverso la nascita e lo sviluppo dell'ordine pubblico economico internazionale.

Il modello europeo deve essere considerato un esempio per tutti i processi di globalizzazione<sup>335</sup>.

---

<sup>335</sup> A.GIDDENS, *L'Europa nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2007; D.HELD e A. MCGREW, *Globalismo e antiglobalismo*,

A livello internazionale, dunque, mancherebbero proprio gli strumenti di natura democratica<sup>336</sup> nel funzionamento dei regolatori internazionali: per questa ragione si sono individuati strumenti per rendere più trasparente e partecipativa possibile l'azione degli organismi internazionali, garantendo, così, l'*accountability* della regolazione resa da tali organismi<sup>337</sup>.

Comunque la strada intrapresa, deve riguardare tutto il diritto globale e non solo la regolazione internazionale: infatti si assiste alla presenza di limiti e controtendenze alle principali trasformazioni in ambito internazionale proprio dalle regolazioni nazionali e subnazionali.

Si ricordino istituti come la RIA, *Regulation Impact Analysis*, che stenta a decollare, la riduzione del potere

---

Bologna, Il Mulino, 2003, pag. 134. Si afferma che “*L’Europa potrebbe svolgere un ruolo speciale nel promuovere la causa della democrazia cosmopolita. Quale patria della socialdemocrazia e di un esperimento storico di governance sovranazionale, l’Europa ha un’esperienza diretta nella valutazione degli strumenti adatti a rendere tale governance più efficace e responsabile. Essa offre un nuovo approccio concettuale all’attività di governo sovranazionale che incoraggia una visione più democratica, in alternativa a una più neoliberista, della governance globale*”;

<sup>336</sup> J.E.STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, Torino, Einaudi, 2006, pag. 318, dove si afferma che “*non siamo riusciti a dar vita alle istituzioni politiche democratiche necessarie a far funzionare davvero la globalizzazione e far sì che la forza dell’economia di mercato mondiale porti a un miglioramento delle condizioni di vita di tutte le popolazioni*”;

<sup>337</sup> R.B.STEWART, *Global Administrative Law*, lectio magistralis del 13 giugno 2005 presso l’Università La Sapienza di Roma; S.CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006. I due autori risultano essere i massimi esponenti del movimento *Global Administrative Law*.

discrezionale nell'attuazione delle regole ha delle eccezioni quando le misure stesse sono adottate da organi politici, rischiando la regolazione, in particolari settori, di conservare un'invasione importante nei confronti delle imprese.

Inoltre il primato della concorrenza trova serie difficoltà di realizzazione con controtendenze in ambito nazionale e subnazionale: le scelte economiche sono spesso, a livello decentrato, caratterizzate dallo spirito del protezionismo e di chiusura del mercato<sup>338</sup>.

Quindi, pur considerando l'ampia portata delle costituzioni nazionali che hanno posto sullo stesso piano di dignità le libertà economiche e gli interessi sociali, c'è da affermare che, a volte, si pone un freno alla crescita economica con tendenze al neoprotezionismo.

In questi termini, la spinta alla cooperazione ed al coordinamento a livello internazionale sarebbe la mossa migliore per garantire la crescita del concetto di ordine pubblico economico.

Attraverso un sistema mirato di auto aiuti tra Stati potrebbe essere possibile raggiungere quel particolare bilanciamento tra libertà economiche ed interessi sociali, tra sviluppo economico e progresso sociale, raggiunto a livello europeo, tramite l'attività della giurisprudenza della Corte di giustizia e l'uso ben calibrato dello strumento della proporzionalità.

---

<sup>338</sup> La Commissione Europea, con il Regolamento CE n. 1/2003 afferma che le regolazioni di alcuni Stati membri in vari settori economici, continuano a prevedere rilevanti ostacoli alla libera concorrenza.



Il concetto di ordine pubblico economico a livello internazionale, potrebbe trovare vigore tramite l'apertura degli organismi internazionali agli strumenti di democrazia rappresentativa e deliberativa, tramite il tendere a calibrare la tensione sempre presente tra interessi economici e sociali utilizzando in maniera diversa e più aperta il principio di proporzionalità, tramite un'attenta valutazione delle misure nazionali per scongiurare scelte di tipo neoprotezionistiche.

# CONCLUSIONI

Nelle pagine di ricerca si è cercato di mostrare l'esistenza di una dimensione costituzionale europea di principi e valori comprendenti la CEDU e le costituzioni statali che fondano la presenza di un ordine pubblico europeo.

La ricerca ha ben seguito la prospettiva plurale dei diversi ordini giuridici potendo, così evidenziare l'emersione di un sistema europeo costituzionale che ben coincide con il centro forte dei valori e principi comuni.

Il fine della ricerca era quello di connettere elementi e sistemi al fine di prospettare l'esistenza di un'integrazione europea a livello giuridico rispondendo all'esigenza di tutelare il cd. pluralismo giuridico europeo.

Comunque, considerato quanto sopra, attenzione particolare è stata data agli strumenti che conservano l'identità degli ordinamenti: si è cercato di creare un quadro che potesse ben esprimere l'unione tra il processo di integrazione e la tutela del pluralismo ordinamentale, considerando come i singoli ordinamenti siano autonomi ed operanti.

Nella ricerca si è evidenziato, anche, la situazione di giuridicità non perfetta per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali.

Da qui il ricorso al concetto di ordine pubblico che ha affermato l'unità degli ordinamenti giuridici in esame ed ha meglio cercato di definire il concetto di pluralismo costituzionale europeo, operando il confronto tra i principi: tale operazione ha promosso il mutuo riconoscimento e l'affermazione di una dimensione costituzionale come ordine obiettivo di valori.

Il processo di integrazione europea procede e progredisce su due binari: quello dell'organizzazione e quello della cultura.

Il concetto di ordine pubblico appartiene alla categoria della cultura tramite la mediazione della giurisprudenza ed il dialogo costante tra le corti che permette di dare legittimità ad un ordine costituzionale europeo basato, appunto sull'ordine pubblico dei valori e dei principi riportato nelle singole costituzioni.

Inoltre, tra il concetto di costituzione formale, pari all'organizzazione positiva di ordine politico ed il concetto di costituzione reale, come ordine culturale, nella ricerca viene preferito il concetto di *Verfassung*, costituzione reale, che viene allontanata dalla sua origine assolutistica per inserirla in situazioni democratiche e pluraliste.

Il concetto di ordine pubblico riesce bene a conservare e valorizzare le diversità ed i conflitti: infatti all'interno del concetto di ordine pubblico il risultato del conflitto emerge come conservazione e promozione dei valori e principi fondamentali.

Individuato il concetto di ordine pubblico, come base del lavoro di ricerca, è stato inserito il concetto di ordine pubblico economico come categoria variabile ma che riesce a segnare la nascita di un nuovo diritto con lo scopo di prevenire e regolare i conflitti della società.

L'ordine pubblico economico si oppone all'astrattezza delle vecchie disposizioni creando una legislazione di categorie sociali dove il contratto è sottoposto a regole particolari in relazione alla tipologia contrattuale ed alla personalità delle parti.

L'intervento statale porta alla legislazione derivante aspetti del diritto di classe, letti meglio come aspetti della legislazione di categorie sociali, dove il contratto non è più sottoposto all'astrattezza della regolazione.

La novità concettuale che porta alla distinzione tra i due concetti di ordine pubblico ed ordine pubblico economico, è proprio la base statale: distanziandosi dallo Stato liberale con tutte le sue limitazioni, il concetto di ordine pubblico economico si fonda nelle prime forme di Stato sociale, in una visione sociale sempre più autonoma, dove il sociale giustifica l'intervento statale in economia, divenendo, così, una nozione giuridica che ben si presta alla politica economica e sociale.

Il concetto così presentato, porta ad una considerazione circa la ritrovata maturità della scienza economica poiché, nel tempo, si è assistito ad un'evoluzione di leggi mirate a regolare i rapporti tra privati nell'ottica di una nuova maturità della scienza economica e delle innovazioni in ambito sociale.

Il rapporto tra diritto ed economia appare importante per poter meglio capire la portata della categoria dell'ordine pubblico economico.

In particolare, è stata segnalata la necessità di creare concezioni non astratte ma reali dell'ordinamento, recuperando l'esperienza dei rapporti umani e il fenomeno della comunicazione interpersonale.

La proposta di elaborare una teoria generale ben si manifesterebbe in ambito economico che rileva subito le deficienze di un metodo astratto del fenomeno giuridico, in unione alla necessità di una "nuova antropologia" su cui fa leva l'approccio sussidiario.

Tale nuova antropologia valorizza l'autonomia e la capacità dei singoli di spontaneamente autoregolarsi della persona umana.

Da tali premesse epistemologiche ed antropologiche ne deriva l'analisi del rapporto tra ordine economico e ordinamento giuridico: la naturalità dei soggetti a darsi norme da sé e ad attenervi si unisce con il ruolo sussidiario delle istituzioni che sopperiscono alle deficienze dei regolamenti autonomamente predisposti riaprendo canali di comunicazione e di ricerca.

Dunque, esiste una comunicazione tra soggetti che mediante l'autoregolamento vogliono relazionarsi ed il singolo riesce a far ritrovare centralità al concetto di comunicazione ipotizzando un ordinamento intersoggettivo instaurato dagli interessati, sul quale si basa l'intervento sussidiario delle istituzioni con funzione di orientamento verso quanto risulti opportuno, conveniente, indispensabile per il benessere della vita comunitaria.

All'oggettivazione del diritto pubblico-amministrativo ed alla correlativa oggettivazione dell'autonomia privata si accompagna il riconoscimento della valenza oggettiva dell'ordine economico che si perfeziona in diritto nel processo di ordinamento giuridico.

Dunque, il ruolo sussidiario delle istituzioni è letto come orientamento della capacità di autoregolazione individuale verso il bene comune inteso come il riconoscimento in comune del *suum cuique*, che si esercita tramite il confronto dialettico tra le diverse istanze individuali: parliamo di un ordinamento che sussidiariamente opera per

facilitare e per riaprire le vie di una vera comunicazione intersoggettiva.

Individuati i passaggi fondamentali del nuovo concetto di ordine pubblico economico, lo stesso diventa una categoria che riesce a mediare le interrelazioni tra i principi dell'ordinamento comunitario e le regole del mercato comunitario: ci si riferisce, dunque, alle norme-principi cardine ed alle norme-regole di concorrenza, efficienza e sussidiarietà.

Lo sviluppo economico ed il progresso sociale sono i due cardini fondamentali della categoria, tendente sempre ad un bilanciamento tra le due finalità, riconosciuti a livello europeo come valori fondamentali ed interpretati dalla giurisprudenza della Corte come momenti fondamentali per le sue decisioni.

Si sottolinea l'importanza della realizzazione del concetto in ambito comunitario, dove all'esigenza di protezione delle libertà economiche si è, comunque, riusciti ad associare, la tutela di altri valori: come si evidenzia nella disciplina della libera concorrenza, nella disciplina della libera circolazione dei beni e dei servizi che possono subire limitazioni in casi di interesse generale.

Tale equilibrio fondante per il raggiungimento dell'ordine pubblico economico manca in tante aree del diritto internazionale dove c'è prevalenza del concetto di free trade rispetto ai valori sociali e della persona umana.

Tale situazione a livello internazionale, fa sì che il modello europeo dell'economia sociale di mercato diventi un punto fermo per la promozione e lo sviluppo della cd. democrazia cosmopolita nell'età della globalizzazione.

L'esperienza europea di *governance* sovranazionale incoraggiando visioni democratiche manca a livello internazionale dove proprio la carenza del sistema democratico porta al non buon funzionamento della globalizzazione in vista del miglioramento delle condizioni di vita della popolazione mondiale.

Pur individuando strumenti che possano creare i percorsi del diritto internazionale più certi e trasparenti, ad oggi, non si è assistito ad un loro decollo considerando, ancora, accanto alle liberalizzazioni ed alla concorrenza la resistenza per le misure protezionistiche ed anticompetitive in sede nazionale.

L'equilibrio raggiunto tra economia e diritto a livello comunitario deve essere un unto di riferimento per l'economia globale: rileva il bilanciamento che si è raggiunto tra le libertà economiche e gli interessi pubblici anche grazie alla giurisprudenza di giudici comunitari ed all'applicazione dei principi di proporzionalità.

Si auspica che a livello internazionale avvenga un'apertura a riforme di rafforzamento degli elementi di democrazia rappresentativa e deliberativa calibrando meglio il rapporto tra *free trade* ed interessi pubblici.

Questo sarebbe garantito anche dall'applicazione del principio di proporzionalità da parte degli organi giudicanti dell'OMC: dunque l'eventuale misura adottata dagli Stati a garanzia dei valori fondamentali confliggente con l'imperativo del *free trade*, non deve essere letta come una eccezione limitata circoscritta in un numero chiuso di casi ma deve rientrare in un percorso di bilanciamento e di tutela degli interessi in gioco nel panorama economico-sociale.





# **BIBLIOGRAFIA**

ALBANESE A. , *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002;

ALBROW M., *The Global Age*, Cambridge, Polity Press, 1996;

ALLEGRETTI U., *I diritti fondamentali tra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in *Lo Stato della democrazia*, a cura di C. De Fiores, milano, Franco Angeli, 2002;

ALLEGRETTI U., *Ordine pubblico e libertà costituzionali*, in *RTDP*, 1976;

ALPA G., *La cd. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999;

ALZONA G., *Costi fissi e economie di scala: alcuni aspetti problematici*, in *L'industria*, luglio-settembre 2009, n. 3;

AMATO F., *Il libro bianco e il disegno di legge delega sul lavoro alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Il Libro Bianco e la Carta di Nizza*, Roma, Ediesse, 2002;

AMATO G., *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1972;

AMATO G., *Il mercato e la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992;

AMATO G., *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998;

AMMANNATI L., *Diritto e mercato – Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di “transaction” di Commons*, in *Diritto pubblico*, 2003;

ANDRIOLI V., *Arbitrato e ordine pubblico economico*, in *Dir. Fall.*, 1947;

ARRIGO G., *Politica sociale e sussidiarietà: “una sola moltitudine” di diritti?*, in *Riv. Giur. lav.*, 1992;

ATRIPALDI V., *La costituzione economica tra patto e transizione* in *Governi ed economia*, Padova, 1998 a cura di Atripaldi, Garofalo, Gnesutta, Lotito;

AUBY J.B., *La globalisation, le droit et L'état*, Paris, Montchrestien, 2003;

AVAGLIANO L., *La mano visibile in Italia*, Roma, Studium, 1991;

AZZENA L., *Prospettive della Carta Europea dei diritti e ruolo della giurisprudenza*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*;

BALDASSARRE A. , *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997;

BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971;

BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971;

BARANZINI M. – MARANGONI G.- ROSSI S., *Macro e microeconomia*, Padova, 2001;

BARBERA A., *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968;

BARCA F. e TRENTO S., *La parabola delle partecipazioni statali*, in *Storia del Capitalismo italiano*;

BARCA F., *Compromesso senza riforme nel capitalismo italiano*, in *Storia del Capitalismo italiano*, a cura di F. BARCA, Roma, Donzelli, 1997;

BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996;

BATOR F., *The Anatomy of Market failure*, in *Quart. J. Ec.*, 1958, n. 72;

BERETTA S., *La Costituzione economica: genesi e principi*, in *Il Politico*, 1988; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Editori Laterza, 1997;

BERTI G., *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994;

BESSONE M., *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico tecnologico*, in *Pol. Dir.*, 1973;

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1949;

BETTI E., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Arti grafiche Pacini Mariotti, 1943;

BIANCO G., *La Costituzione economica e l'ordine pubblico economico*;

BIFULCO R., *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI legislatura*, Cedam, 1998;

BIFULCO R., *La cooperazione nello stato unitario composto*, Padova, Cedam, 1995;

BIGIAMI W., *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al mercato nero*, in *Dig. e giur.*, 1946;

BOBBIO N., *Profilo ideologico del novecento italiano*, Torino;

BOGNETTI G., *Apologia delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p. ult. co.*, RIDPP, 1971;

BOGNETTI G., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983;

BOGNETTI G., *La costituzione economica italiana*, Giuffrè, 1995;

BOGNETTI G., *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, 1993, Milano, Giuffrè;

- BOHM F., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, 1937;
- BÖHM F., *Rule of Law in a Market Economy*, in A. Peacock-H. Willgerodt (eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Macmillan, London 1989;
- BONETTI P., *Ordine pubblico, sicurezza, polizia e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002;
- BORIS MANGHI C., *Logica del diritto sociale*, Torino, 2006;
- BRAUDEL F., *Civiltà materiale, economia e capitalismo (secoli XV-XVIII)*, vol. III, ne *I Tempi del mondo*, Torino, Einaudi, 1982;
- BRECHER-T. COSTELLO J., *Contro il capitale globale*, Milano, 2001;
- BUCHANAN J.M., *Stato, mercato e libertà*, Bologna, 1989;
- CAFFE' F., *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;
- CAIANI L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Torino, 1954;
- CALABRÒ G.P., *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale*, Torino, Giappicchelli, 2003;
- CALVANO R., *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004;
- CANDELORO G., *Il movimento cattolico in Italia*, Roma, 1972;
- CANFORA L., *Togliatti e i dilemmi della politica*, Roma-Bari, Laterza, p. 40 e ss.;

CARABBA M., *Programmazione economica*, in Enc. Dir., XXXVI, Milano, 1987;

CARBONNIER M., *Manuel de droit civil*, T. II, Collection Thémis, 1962;

CARLI G., *Cinquant' anni di vita italiana*, Roma-Bari, Laterza, 1993;

CASSESE A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1999;

CASSESE S., *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001;

CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001;

CASSESE S., *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2001;

CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006;

CASSETTI L., *La Cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997;

CATAUDELLA A., *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998;

CAVALIERI P., *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova, 1978;

CERRI A., *Ordine pubblico (dir. costituzionale)*, in Enc. giur., vol. XII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990;

CERRI A., *Sul principio di fedeltà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983;

CHELI E., *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960;

CHESSA O., *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998;

CINTIOLI F., *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*. *Diritto e società*, 2010, vol. 3-4;

COCOZZA F., *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia. I diritti di cittadinanza tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Torino, 2001;

COCOZZA F., *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, Giappichelli, sec. ed.;

COMEI M., *La regolazione indiretta. Fascismo e interventismo economico alla fine degli anni venti*, Napoli, ESI, 1998;

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, Ed. Scientifica, VII ed., 2006;

CORLETTI D., *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;

CORSO G., *L'ordine pubblico*, Bologna, il Mulino, 1979;

CORSO G., *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto*, 1995;

COTTURRI G., *Potere sussidiario*, Roma, 2001;

COZZOLINO L., *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di Falzea, Spadaro, Ventura, Torino, 2003;

CRAIG P. e De BÚRCA G., *EU LAW, Texts, Cases and Materials*, chs. 4-6, Oxford University Press, Oxford 1998;

CRAIG P., *Costituzioni, costituzionalismi e l'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2-3/2002;

CRAVERI P., *Sindacato ed istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, Il Mulino, 1977;



CRISAFULLI V., La scuola nella costituzione, in Studi in onore di G.M. De Francesco, Milano, Giuffrè, 1957;

D'ALBERTI M., Considerazioni intorno all'art. 41 della costituzione, in La costituzione economica, Milano, 1985;

D'ATENA A., Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 1997;

D'ATENA A., Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana, in Riv. it. dir. pubbl. comun.,1997;

DE CARLI P., Costituzione e attività economiche, Padova, Cedam, 1978;

DE CARLI P., Sussidiarietà e governo economico, Milano, 2002;

DE CARLI P., Sussidiarietà e governo economico, Milano, 2002;

DE CECCO M., 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;

DE CECCO M., La politica economica durante la ricostruzione in Italia 1943-1950, Roma-Bari, Laterza 1974;

DE LAUBADERE A., Droit public économique, Paris, 1976;

DE NOVA G., Contratto, in Enciclopedia delle scienze sociali, IX, Roma, 2001;

DELLA CANANEA G. e NAPOLITANO G. Per una nuova costituzione economica, Bologna, Il Mulino, 1998;

DELLA CANANEA G., Il Patto di Stabilità e le finanze pubbliche nazionali, in Riv. dir. fin. sc. fin, 4/2001;

DELLA PORTA D., REITER H., Polizia e protesta. L'ordine pubblico della liberazione ai "no global", Bologna, il Mulino, 2003;

DEMOGUE R., Notions fondamentales de Droit privé;

DI MARZIO F., La nullità del contratto, Padova, 1999;

Di PLINIO G., I modelli di Maastricht e la Costituzione finanziaria e monetaria britannica, in La Costituzione Britannica, a cura di A. Torre e L. Volpe, Torino, Giappicchelli, 2005;

Di PLINIO G., Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale, Milano, Giuffrè, 2005;

DONATI D. , Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico, Milano, 1910;

DONATI P., La cittadinanza societaria, Roma-Bari, 1993;

DUGUIT L., L'Etat, le droit objectif et la loi positive;

DURET P., La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto, in Jus, 2000;

ENGISCH K., Introduzione al pensiero giuridico, tr. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, Milano, 1970;

ESPOSITO C., I tre commi dell'art. 41 della Costituzione, in Giur. Cost., 1962;

ESPOSITO C., Libertà di manifestazione del pensiero e ordine pubblico, in Giur. Cost., 1962;

F. COCOZZA F., Riflessioni sulla nozione di costituzione economica, in Diritto dell'Economia, n.1, 1992;

FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., La costituzione della Repubblica italiana, Milano, 1991;

FARJAT, L'ordre publique économique, Paris, 1963;

FERRARI G.F., I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza, Milano, Giuffrè, 2001;

FERRI G., voce "Ordine pubblico", Enciclopedia del diritto, 1964, XXX;

FERRI G.B., L'ordine pubblico economico, in Saggi di diritto civile, Rimini, 1983;

FERRI G.B., L'ordine pubblico, in Riv. dir. comm., 1963;

FERRI G.B., Lezioni di Luigi Einaudi, Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea, in Europa e diritto privato, 2005;

FERRI G.B., Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano, Giuffrè, 1970;

FERRI G.B., Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano, 1970;

FERRI G.B., Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto, Milano 1970;

FILANGIERI G., La scienza della legislazione, I, Milano, 1855;

IORE C., Ordine pubblico (dir. pen.), in Enc.dir., vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980;

FOA V., La ristrutturazione capitalistica e la politica delle sinistre, in AAVV, Italia 1945-48, Torino, Giappichelli, 1974;

FREEMAN J., The Contracting State, in Florida St. Univ. L. Rev., 2001;

GALGANO F., Art. 41, in Comm. Cost. Branca, Bologna-Roma, 1982;

GALGANO F., Lex mercatoria, Bologna, 2001;

GENTILE F., Ordinamento giuridico – Tra virtualità e realtà, II ed., Padova, 2001;

GENY F., Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, 1954;

GERBER D. J., Law and Competition in the 20th Century Europe. Protecting Prometheus, Clarendon Press, Oxford 1998;

GERBER D. J., Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the New Europe, in The American Journal of Comparative Law, 1994, n. 1;

GIANFRANCESCO E., Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana, in Giurisprudenza costituzionale, 2005 fasc. 3;

GIANNINI M.S., Diritto pubblico dell'economia, Bologna, 1977;

GIANNITI L., Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica", in Diritto pubblico, 2000;

GIDDENS A., L'Europa nell'età globale, Roma-Bari, Laterza, 2007;

GIUFFRÈ F., La solidarietà nell'ordinamento costituzionale, Milano, 2002;

GONELLA G., Programma della Democrazia cristiana per la nuova Costituente, Roma, SELI, 1946;

GOUNOT E., Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé, Dijon, 1912;

GRIMM D., Una costituzione per l'Europa? in Il Futuro della Costituzione, a cura di G. Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi, 1996;

GUARINO G., Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione e istituzioni comunitarie, in Quad. cost. 1992, Id., La grande Rivoluzione: l'Unione europea e la rinuncia alla sovranità, in Convivenza nella libertà, Scritti in onore di G. Abbamonte, II, Napoli, Jovene, 1999;

GUARINO G., Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie, in Quaderni Costituzionali, n.1, 1992;

GUARINO G., Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie, in Quad. cost., 1992;

GUARNERI A., Le clausole generali, in AA. VV., Trattato di diritto civile, diretto da Sacco, II, Le fonti non scritte e l'interpretazione, Utet, Torino, 1999;

GUARNIERI A., Ordine pubblico, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. XIII, Torino, Utet;

GUARNIERI A., voce Ordine pubblico, in Dig. Disc. Priv., sez. civile, XIII, Torino, 1995;

HABERLE P., Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2002;

HABERLE P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, 1982, Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura, trad. it. A cura di J. Luthet, Roma, Cacucci, 2001, pag. 123;

HABERMAS J., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Bari, Laterza, 1975;

HABERMAS J., *Legitimationsprobleme im spatkapitalismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1973;

HABERMAS J., *The European Nation-State and the Pressures of Globalization*, in *N. Left rev.*, 235/1999;

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Virey, 1933;

HEDEMANN J.W., *Die Flucht in die Generalklausel*, Tübingen, 1933;

HELD D. e MCGREW A., *Globalismo e antiglobalismo*, Bologna, Il Mulino, 2003;

HICKS J.R., *Una teoria di mercato della moneta*, Bologna, 1992;

HUME D., *A Treatise of Human Nature*, Oxford 1888/197;

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998;

IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997;

IRTI N., *Iniziativa economica e concorrenza*, in *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998;

JOERGES C., *The Market without the State? The Economic Constitution of the European Community and the Rebirth of the Regulatory Politics*, in *European Integration Online Papers*, 1997;

JOSSERAND F., *Sur le reconstitution d'un droit de classe*, Paris 1937;

KARYDIS G., L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable, in RTD eur, 2002;

LA PIRA G., Il valore della Costituzione italiana, in Cronache sociali, 31 gennaio 1948, (1948/1979);

LALIVE P., "Ordre public transnational (où réellement international) et arbitrage international", 1984;

LAVAGNA C., Costituzione e socialismo, Bologna, 1977;

LAVAGNA C., Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali, in Democrazia e diritto, 1967;

LEVI A., L'ordre public comme but essentiel de tout ordre juridique, in ID., Scritti minori di filosofia del diritto, vol. II, Padova Cedam, 1957,

LIBONATI B., La categoria del diritto commerciale, in Rivista delle società, 2002;

LONARDO L., Ordine pubblico e illiceità del contratto, Napoli, Esi, 1993;

LOTTINI M., La libertà d'impresa come diritto fondamentale, in Il Foro amministrativo T.A.R., 2004;

LUCIANI M., Economia nel diritto costituzionale, Dig. Delle Disc. Pubbl., vol. IV. Torino, 1990;

LUCIANI M., La produzione economica privata nel sistema costituzionale, Padova, 1983;

LUCIANI M., La produzione economica privata nel sistema costituzionale, Padova, Cedam, 1983;

LUNARDELLI M., L'articolo 21-octies della legge n. 241/90 e le sue applicazioni giurisprudenziali, pubblicato da Altalex il 1° settembre 2007;

MACCORMICK N., The Maastricht-urteil, Sovereignty Now, in Eur. L. J., 1995;

MADURO M.P., The Balance between Economic Freedom and Social Right in the European Union, in East West Rev. Lab. l. & social Pol., 8/2003;

MALURIE J., L'ordre public et le contrat, Reims, 1953;

MARRELLA F., La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi del contratti del commercio internazionale. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, vol. 13, Padova 2003;

MASSA PINTO I., Contenuto minimo essenziale dei diritti e concezione espansiva della Costituzione, in Dir. pubbl., n. 3/2001;

MASSA PINTO I., 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;

MAZZAMUTO S., Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea, Rass. dir. civ., 2005;

MAZZIOTTI M., Il diritto al lavoro, Milano, 1956, pag.153; C. ESPOSITO, La costituzione italiana, Milano, 1954;

MENGONI L., Autonomia privata e costituzione, in B.B.T.C., 1997;

MENGONI L., Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. crit. dir.priv., 1986;

MENGOZZI P., La riforma del diritto internazionale privato italiano: la legge 31 maggio 1995, n. 218, Napoli, Ed. Scientifica, 1997, pag. 71;

MERUSI F., Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, art. 47, Bologna-Roma, Zanichelli, 1980;

MERUSI F., Commento dell'art. 47 della Costituzione, in Commentario alla Costituzione, a cura di G. BRANCA, Rapporti economici, Tomo III, Bologna – Roma, 1980;

MERUSI F., Democrazia e autorità indipendenti, Bologna, Il Mulino, 2000;

MERUSI F., Le leggi del mercato – Innovazione comunitaria e autarchia nazionale, Bologna, 2002;

MESTMÄCKER E-J., On the Legitimacy of European Law, in *Rabel Zeitschrift*, 1994;

MEZZETTI L., Costituzione economica e libertà di concorrenza: modelli europei a confronto, Torino, Giappichelli, 1994;

MICCÙ R., Economia e costituzione: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del pluralismo*, n.1, 1997;

MICCU' R., Economia e Costituzione: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca", in *Quaderni del pluralismo*, 1996;

MOCCIA S., Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell'illecito, in *beni e tecniche della tutela penale*, a cura di CRS, Milano, 1987;

MOCCIA S., Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell'), in *Enc. giur.*, vol. XXII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990;

MODUGNO F., Principi generali dell'ordinamento, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana, 1991;

MONTI M., Concorrenza e regolazione nell'unione europea, in *Regolazione e Concorrenza*, a cura di Giuseppe Tesauro e Marco D'Alberti, il Mulino, 2002,

MORRONE, Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale, in *Giur. Cost.*, 2001;

MOSCARINI A., Sussidiarietà e libertà economiche, in *Dir. Soc.*, 1999;

MOSCARINI A., Sussidiarietà e libertà economiche, in *Trasformazioni della funzione legislativa. I vincoli alla funzione legislativa*, a cura di Modugno, Milano, 1999;

MOSCHEL W., Competition Policy From an Ordo Point of View, in A. Peacock-H. Willgerodt (eds.), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, Macmillan, London 1989;



MOTZO G., Commento all'art. 222 del Trattato CEE, in Commentario al trattato CEE, diretto da Quadri-Monaco-Trabucchi, Milano, 1965;

NANIA R., I diritti costituzionali, vol. I, Torino, 2006;

NANIA R., Libertà economiche e libertà d'impresa, in I diritti costituzionali, a cura di Nania, Ridola, Torino, 2001;

NATALI L.C., Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza, in I Contratti, 2004;

NIRO R., Profili costituzionali della disciplina antitrust, Padova, Cedam, 1994;

NIRO R., Profili costituzionali della disciplina antitrust, Padova, 1994;

NUZZO M., Utilità sociale e autonomia privata, Milano, 1975;

O'CONNOR J.J., The Fiscal Crisis of the State, N.Y., St. Martin's Press, 1973, traduzione italiana a cura di Einaudi, Torino, 1977;

ORTINO S., La Banca centrale nella costituzione europea, in Le prospettive dell'Unione europea e la costituzione, Atti Conv. AIC, Milano 4-5 dicembre 1992, Padova, Cedam, 1995;

OSMAN F., Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, Paris, 1992;

OSTERHAMMEL J. e PETERSSON N.P., Storia della globalizzazione, Bologna, Il Mulino, 2005;

PACE A., Il concetto di ordine pubblico nella costituzione italiana, in Archivio Giuridico "Filippo Serafini", CLXV, 1963;

PACE A., Libertà d'iniziativa economica, in ID., 1992;

PACE A., L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche, in Studi in memoria di Franco Piga, Milano, Giuffrè, 1992, vol. II;

PACE A., L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche, in Studi in memoria di Franco Piga, Milano, 1992, vol. II;

PACE A., L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche, in Studi in memoria di Franco Piga, Milano, 1992, vol. II;

PACE A., L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche, in Studi in memoria di Franco Piga, Milano, 1992, vol. II;

PACE A., MANETTI M., Art. 21, in Commentario della Costituzione, a cura di G.Branca, PIZZORUSSO A., Bologna-Roma, Zanichelli- Società ed. del Foro it., 2006;

PACE A., Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte Costituzionale, in Giu. Cost., 1977;

PACE A., Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale, Padova, 1992;

PADOA SCHIOPPA T., Il governo dell'economia, Bologna, 1997;

PAGANO E., I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht, in Il diritto dell'Unione Europea, 1996;

PALADIN L., Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1964;

PALADIN L., Ordine pubblico, in Nss. Dig. It., vol. XII, Torino, Utet, 1965;

PANZA G., Ordine pubblico(teoria generale), in Enc. giur., vol. XXII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1990;

PARISIO V., Pubblici servizi e funzioni di garanzia del giudice amministrativo, Giuffrè, Milano, 2003;

PASSAGNOLI, Il contratto illecito, in Il trattato del contratto, diretto da V. ROPPO, vol. II, Regolamento;

PAULUS A., Commentary to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner: The Legitimacy of International Law and the Role of the State, Mich. Journ. Int. L., 2004;

PERA G., Serrata e diritto di sciopero, Giuffrè, Milano, 1969;

PERFETTI L.R., Contributo ad una teoria dei servizi pubblici, Cedam, Padova, 2001;

PETERSMANN E.U., Constitutionalism, Constitutional Law and European Integration, in Aussenwirtschaft, 1991;

PICONE P., Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento, in ID., Comunità internazionale e obblighi "erga omnes", Napoli, Jovene, 2006;

PICONE P., Valori fondamentali della Comunità internazionale e Nazioni Unite, in La Comunità internazionale, 1995;

PINELLI C., Il preambolo, i valori, gli obiettivi, in una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa, Bologna, 2003;

PINI R., Sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici, in Dir. Econ, 1997;

PIZZETTI F., Il principio di sussidiarietà tra retorica e realtà, in Nonprofit, 3.2001;

PIZZORUSSO A., Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia, in Stato ed economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani, Milano, 1984;

PIZZORUSSO A., Su alcuni problemi in materia di fonti nel diritto pubblico dell'economia, in Stato ed economia, Scritti in ricordo di D. Serrani, Milano, 1984;

POLACCO V., Le cabale del mondo legale, in Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti, Venezia, 1908, ora in Opere minori, I, Modena, 1928;

PORTINARO P.P., Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi, in G.GOZZI (a cura di), Democrazia, diritti, costituzione, Bologna, il Mulino, 1997;

PREDIERI A., Pianificazione e costituzione, Milano, 1963;

PRISCO S., Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza, Napoli 1986;

QUADRI G., Diritto pubblico dell'economia, Padova, 1980; P. BILANCIA, Modello economico e quadro costituzionale, Torino, 1996;

QUADRI R., Diritto internazionale pubblico, Palermo, Priulla, 1963;

QUADRIO A.C., Verso una Costituzione poco europea, in il Mulino, 1997;

RANELLETTI O., Concetto di ordine pubblico in V.E. ORLANDO (a cura di), Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, vol. IV, Milano, Società Editrice Libreria, 1904;

RANELLETTI O., La polizia di sicurezza, in Tratt. di dir. amm., diretto da Orlando, IV, Milano, 1904;

RAZZANO G., Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la "semplificazione", in Dir. Amm., 2001;

RESCIGNO G.U., Costituzione economica, in Enc. giur., Roma, 2001;

RESCIGNO P., In pari causa turpitudinis, in Riv dir. civ., 1966;

RIDOLA P., Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea", Quad. C., 2000;

RIDOLA P., Forma di stato e principio di sussidiarietà, in AA.VV., La riforma costituzionale, Milano, 1999;

RIDOLA P., La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo, in La Carta europea dei diritti, Torino, 2002;

RINELLA A., Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi, 8, in Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, a cura di A. Rinella - L. Coen - R. Scarciglia, Padova, 1999;

RIPERT G., Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, 1946;

RIPERT G., L'ordre économique e la liberté contractuelle, in Etudes Giny, II, Paris, 1934;

RIPERT G., L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges Gény, 1934;

RIPERT G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris 1948;

RODOTA' S., Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, art. 42, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982,

RODOTÀ S., Commento all'art. 42, in Commentario della Costituzione, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1982;

RODOTÀ S., ne Il tempo delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., Il principio di buona fede, Milano, 1987;

ROMANO S. ne Il diritto pubblico italiano, Milano, 1988;

ROSSI G.– STABILINI A., Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario, in Rivista delle società, 2003;

SALAZAR C., I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: un "viaggio al termine della notte?", in I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza, a cura di G.F. Ferrari, Milano, Giuffrè, 2001;

SALOMON L., The Tools of Government: a guide to the new Governance, N.Y., Oxford Univ., Press, 2002;

SANTORO PASSARELLI G., Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea, in Europa e diritto privato, 2005;

SARACENO P., *Intervista sulla ricostruzione 1943-53*, Roma-Bari, Laterza, 1977;

SARACENO P., *Ricostruzione e pianificazione (1943-48)*, Milano, Giuffrè, 1974;

SAUTER W., *The Economic Constitution of the European Union*, in *The Columbia Journal of European Law*, 4 (1998);

SAVATIER M.R., *Prolétarisation du droit civil*, in *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1948;

SAVATIER R., *L'ordre public économique*, Recueil Dalloz Sirey, 1965;

SAVATIER, *L'ordre public économique*, Recueil Dalloz Sirey, 1965;

SCHARPF F. W., *Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe*, in *Policy Papers*, Robert Schuman Centre, No. 97/4;

SCHEUERMAN W.E., *Social Democracy and Rule of Law: the Legacy of Ernest Fraenkel*, in Caldwell & Scheuerman (eds.), *From Liberal democracy to fascism: Legal and political Thought in the Weimar Republic*, Boston/Leiden, Humanities Press, 2000;

SCHMITT C., *Principii politici del Nazionalsocialismo*, Firenze, 1935;

SEN A., *Equality of what?*, scritto per la Tanner Lecture, 1979;

SHUGHART II W.F., *Regulation and Antitrust*, in C.K. Rowley, F. Schneider (eds.), *The Encyclopedia of Public Choice*, Vol. I, Dordrecht, Boston and London, Kluwer Academic Publishers, 2003;

SNYDER F., *EMU Revisited Are we making a Constitution? What Constitution are we making?*, Firenze, IUE, WP Law 98/6, 1998;

SORDI B., La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia, in Quaderni Fiorentini, 1999;

SOROS G., La minaccia capitalistica, Milano, 1997; W. HUTTON, Europa vs. Usa – Perché la nostra economia è più efficiente e la nostra società più equa, Roma, 2003;

STIGLITZ J.E., Globalization and its discontents, London, Penguin, 2002;

STIGLITZ J.E., La globalizzazione che funziona, Torino, Einaudi, 2006;

STREECK W., From Market Making to State Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy, in European Social Policy: Between fragmentation and Integration, S. Leibfried & P. Pierson Washington, DC, Brookings Institution, 1995;

STREIT M.E. – MUSSLERW., The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht, in European Law Journal, 1995;

STRINATI V., 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;

STRINATI V., 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;

SULLO F., Il dibattito politico sulla programmazione economica in Italia dal 1945 al 1960, in Economia e società, 1960;

TESAURO G., Diritto comunitario, Padova, Cedam, 2003;

TREU T., Diritti sociali europei: dove siamo, in Lav. Dir., 2000;

TREVES T., Diritto internazionale. Problemi fondamentali, Milano, Giuffrè, 2005;

TRIMARCHI P., Istituzione di diritto privato, 16 ediz., Milano, 2005;

VALLENDER K. A., The Swiss economic constitution and its concretisation by the legislator: a sketch of economic constitutional and economic administrative law, Bern, Stampfli, 2003;

VENTURA L. , La fedeltà alla Repubblica, Milano, 1984;

VIGLIAR E., Il modello di un Unione Europea nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, in Dir. Com. sc. Int., 2005;

VIOLINI L., Prime considerazioni sul concetto di costituzione europea alla luce dei contenuti delle vigenti carte costituzionali, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 1998;

VITTADINI G., Liberi di scegliere – Dal welfare alla welfare society, Milano, 2002;

VON HAYEK F.A., Competition as a Discovery Procedure, in New Studies in Philosophy, Economics and the History of Ideas, 1968/1978;

VON MISES L., Lo Stato onnipotente, traduzione di Walter Marani, Rusconi, Milano, 1995;

WALLERSTEIN I., Il sistema mondiale dell'economia moderna, Vol.I, ne L'agricoltura capitalistica e le origini dell'economia-mondo europea nel XVI secolo, Bologna, Il Mulino, 1978;

WENDT O., Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, in Archiv für die civ. Praxis, 1906;

WESSELING R., Constitutional Developments in E.C. Antitrust Law. The Transformation of Community Antitrust law and its Implications, PhD Thesis, 1999 EUI;

WHISH R., Regulation 2790/99: The Commission's New Style Block Exemption for Vertical Agreements, in Common Market Law Review, 2000;



WURZEL K.G., Das juristische Denken, Wien, Perles,  
1904;  
ZITELMANN E., Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig,  
1879.