



Dipartimento di Scienze politiche

Dottorato di ricerca in Scienze politiche

Curriculum “Governano e Istituzioni”

XXXI° ciclo

Tesi di dottorato

INTERESSE INDIVIDUALE E INTERESSE GENERALE DELLA
COLLETTIVITÀ: L’ “UTILITÀ SOCIALE” COME LIMITE ALL’INIZIATIVA
ECONOMICA PRIVATA NELL’ART. 41 DELLA COSTITUZIONE

Tutor:

Chiar.mo Prof. Massimo Siclari

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Renato Moro

Candidato: dott. Alessio Vaccari

Indice

Premesse	4
-----------------	---

Capitolo primo

I FONDAMENTI TEORICI DELL'UTILITÀ SOCIALE

1. Il sintagma "utilità sociale" nell'articolo 41 della Costituzione: una clausola generale?	7
2. L'illuminismo scozzese	9
3. Il dibattito in Assemblea costituente	19
4. Interpretazione costituzionale e "voluntas" dei costituenti	24
5. Clausole generali: un tentativo di classificazione	28
6. L'utilità sociale come "clausola generale in senso stretto" con alcuni tratti caratterizzanti	32
7. Alla ricerca della nozione di utilità sociale	35
8. Un apparente paradosso	37

Capitolo secondo

L'UTILITÀ SOCIALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

1. Caratteri della prima fase del sindacato della Corte (1957-1989)	39
2. Utilità sociale e tutela della salute	44
3. Utilità sociale e tutela del lavoro	46
4. Utilità sociale e dignità sullo sfondo dell'art. 3 Cost.	53
5. L'utilità sociale al di fuori della Costituzione	55
6. La tutela della concorrenza. Primi cenni di una complessa vicenda	59
7. La riserva di legge relativa implicita nel secondo comma dell'art. 41 Cost.	61
8 Il controllo sulla congruità dei mezzi con i fini	64
9. Conclusioni: l'utilità sociale nella prima fase della giurisprudenza costituzionale	68

Capitolo terzo

TUTELA DELLA CONCORRENZA E UTILITÀ SOCIALE: TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

<i>1. Mercato e principio della tutela della concorrenza. Lo sfondo dottrinale della giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta</i>	71
<i>2. La seconda fase della giurisprudenza costituzionale (1990)</i>	77
<i>3. L'art. 117, comma 2, lett.e) della Costituzione</i>	80
<i>4. La nozione di concorrenza nella giurisprudenza della Corte e nel diritto dell'Unione</i>	82
<i>5. Il riparto di competenza tra Stato e Regioni</i>	85
<i>6. Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione</i>	87
<i>7. Libertà di iniziativa economica, Antitrust e Corte costituzionale: problemi di accesso al giudizio in via incidentale</i>	90
<i>8. Tutela della concorrenza, liberalizzazioni e utilità sociale</i>	96
<i>9. L'utilità sociale identifica valori esterni al mercato</i>	103
<i>10. La vicenda della liberalizzazione degli orari di apertura e chiusura dei negozi</i>	111
Osservazioni conclusive	118

Premesse

Il lavoro affronta il tema dell'utilità sociale. Una nozione fondamentale nell'architettura della Costituzione, la cui introduzione nell'art. 41, secondo comma, Cost., rappresenta un tentativo di dare una risposta all'interrogativo, che ha percorso la storia del pensiero, su quale rapporto intercorra tra il perseguimento dell'interesse materiale dei singoli e il soddisfacimento dell'interesse della collettività.

In questa prospettiva, la ricerca si propone di ricostruire l'interpretazione della formula "utilità sociale" prevista nel secondo comma.

In dottrina, tale formula è stata intesa in modi diversi, «ravvisandosi in essa ora l'esigenza di raggiungere i massimi livelli di occupazione, attraverso una lettura proposta da Mortati che congiungeva in maniera sistematica l'art. 41 all'art. 4 Cost, ora il "recupero" della nozione utilitaristica di Jeremy Bentham, secondo cui essa corrisponderebbe alla "maggior quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini", o ancora il "benessere economico collettivo" inteso quale "progresso materiale di tutti in condizioni di eguaglianza"»¹. Secondo una tesi che sembra aver trovato maggior seguito, infine, l'utilità sociale è stata ricostruita come un principio valvola² o concetto di valore che, peraltro, è insieme limite all'iniziativa privata, ma anche garanzia di quest'ultima, in quanto tale libertà non può essere limitata dallo Stato se non per garantire l'utilità sociale³. Si può sostenere infatti che il sintagma coglie a pieno l'essenza delle costituzioni democratiche novecentesche che nascono per evitare i «due pericolosi estremi, di un costituzionalismo povero di contenuti sociali o, all'estremo opposto, di un costituzionalismo che si riduce alla dimensione della filosofia della riforma sociale, perdendo contatto con l'altra dimensione, quella propriamente individuale»⁴.

Un ruolo fondamentale nel ricostruire tale nozione è stato svolto senza dubbio dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, sin dalle prime decisioni in materia, ha affermato la propria competenza a sindacare l'uso della clausola da parte del legislatore. Partendo da questa premessa, la ricerca dedica una particolare attenzione all'esame delle decisioni del giudice costituzionale.

Il lavoro è diviso in tre capitoli: il primo, in cui si discutono i fondamenti teorici dell'utilità sociale, il secondo, in cui si analizza la giurisprudenza costituzionale fino agli Ottanta del secolo

¹ Ricorda tale aspetto R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, 854.

² Così M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 117 ss.

³ Su questo profilo, v. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Torino, 2011, 45 ss.

⁴ Per questa ricostruzione delle costituzioni novecentesche, cfr. M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, 2017, 12.

scorso e il terzo, in cui si prendono in esame le decisioni della Corte a partire dagli Novanta fino ai giorni nostri.

In particolare, il primo capitolo inquadra la questione teorica del rapporto tra interesse privato e interesse della collettività nell'ambito del dibattito filosofico dell'illuminismo scozzese e, prendendo le mosse da tale dibattito, ne legge l'eco nello svolgimento dei lavori della Assemblea Costituente. L'esame permette di guadagnare un accesso privilegiato ai significati di quel complesso di valori morali, sociali e giuridici che sono alla base dei modi in cui la nostra Costituzione repubblicana ha disegnato i rapporti fra politiche pubbliche ed economia e che devono costituire un orizzonte di senso inaggrabile per l'attività del legislatore e per l'opera ermeneutica dei giudici. Il capitolo si chiude con una riflessione dal punto di vista della teoria generale del diritto sulla natura della clausola utilità sociale e sui suoi elementi caratterizzanti.

Il secondo capitolo è dedicato all'esame della prima fase della giurisprudenza costituzionale. L'indagine appare necessaria per a) delineare i contorni di una formula che Einaudi definì pericolosamente generica⁵, b) chiarire la relazione di quest'ultima con gli altri limiti previsti nel secondo comma dell'art. 41 Cost. (sicurezza, libertà e dignità umana), c) individuare analogie e differenze con la formula "fini sociali", contenuta nel terzo comma del medesimo articolo.

a) Quanto al primo aspetto, attraverso l'esame delle decisioni della Corte, il lavoro verifica se nella giurisprudenza costituzionale la formula utilità sociale sia stata letta come "riassuntiva" di altri limiti presenti in Costituzione o se essa sia stata intesa come "concetto valvola" idoneo ad aprirsi a contenuti ulteriori, che di volta in volta sono emersi nella realtà sociale. Oppure ancora, muovendosi in una prospettiva, per così dire intermedia, se in essa il giudice costituzionale abbia ricondotto tutti quei fini che siano funzionali al pieno e libero sviluppo della persona umana, secondo quanto previsto dall'art. 3, secondo comma, Cost⁶.

A questo scopo, vengono prese in esame anche le modalità del sindacato della Corte costituzionale che, senza poter incidere sulla discrezionalità della scelta legislativa nella configurazione dell'utilità sociale, sembra concretizzarsi soprattutto in un controllo di congruità mezzi-fini che richiama le forme del giudizio di ragionevolezza delle leggi.

b) Relativamente al secondo aspetto, attraverso l'analisi della giurisprudenza si verifica se l'utilità sociale sia stata intesa come espressiva del "benessere materiale della collettività", vale a dire un limite di carattere squisitamente economico che si aggiunge agli altri limiti negativi previsti dall'art. 41 Cost. (sicurezza, libertà e dignità umana), o se alla formula sia stato riconosciuto un

⁵ Cfr. seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 3938.

⁶ Secondo una interpretazione della formula che in dottrina è stata proposta da M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 117 ss.

contenuto ampio che, tuttavia, non permette a tale limite di sovrapporsi agli altri principi a tutela della persona espressi dal secondo comma.

c) Relativamente al problema delle relazioni che intercorrono fra “utilità sociale” e “fini sociali”, partendo dalla premessa che nell’articolo 41 Cost. le due formule indicano limiti qualitativamente differenti, negativo il primo e positivo il secondo, il lavoro verifica se, nella giurisprudenza costituzionale, tale distinzione abbia progressivamente perso di significato.

Il terzo capitolo, infine, analizza il rapporto tra l’utilità sociale e la tutela della concorrenza, anche alla luce del diritto dell’Unione europea.

L’analisi è condotta sempre attraverso la lettura della giurisprudenza costituzionale, ma in un quadro di riferimento senza dubbio modificato dall’introduzione della materia “tutela della concorrenza” nell’art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

Il fondamento costituzionale della tutela della concorrenza, ora espressamente prevista in Costituzione, era stato già rinvenuto in dottrina nell’art. 41 Cost. ed era stato identificato come uno strumento funzionale al perseguimento dell’utilità sociale⁷. La concorrenza introdotta nel nuovo art. 117 Cost. è il portato del processo di integrazione comunitaria e dei vincoli ad esso connessi, che hanno inevitabilmente trasformato la questa nozione. Non a caso la Corte apre gran parte delle sue pronunce ricordando che la concorrenza presente nel nostro ordinamento riflette al livello interno quella sottoscritta dal diritto dell’Unione.

In questa prospettiva, nel capitolo si prendono in esame alcune scelte del legislatore in tema di liberalizzazioni, verificandone la compatibilità col quadro costituzionale e soprattutto con la clausola dell’utilità sociale.

⁷ Si tratta ovviamente di una semplificazione eccessiva, per le diverse tesi in proposito cfr. cap. II e III.

Capitolo primo

I FONDAMENTI TEORICI DELL'UTILITÀ SOCIALE

SOMMARIO:1. Il sintagma “utilità sociale” nell’articolo 41 della Costituzione: una clausola generale?; 2. L’illuminismo scozzese; 3. Il dibattito in Assemblea costituente; 4. Interpretazione costituzionale e *voluntas* dei costituenti; 5. Clausole generali: un tentativo di classificazione; 6. L’utilità sociale come “clausola generale in senso stretto” con alcuni tratti caratterizzanti; 7. Alla ricerca della nozione di utilità sociale; 8. Un apparente paradosso.

1. Il sintagma “utilità sociale” nell’articolo 41 della Costituzione: una clausola generale?

Il perseguimento dell’interesse materiale dei singoli comporta, quale effetto indiretto, anche il soddisfacimento dell’interesse della collettività o per raggiungere quest’ultimo è necessario introdurre dei meccanismi correttivi al mercato?

Un interrogativo che affonda le sue radici nella cultura filosofica europea del ‘700 e che ha attraversato lo stesso dibattito che si svolse in Assemblea costituente prima dell’approvazione definitiva dell’art. 41 Cost.

Nella Costituzione italiana tale questione si è tradotta nella formulazione di un articolo complesso, che riconosce l’iniziativa economica privata e prevede quale suo limite negativo l’utilità sociale nonché il potere del legislatore di intervenire a determinare programmi o prevedere controlli per indirizzare l’attività economica a “fini sociali”⁸.

In particolare, secondo quanto prevede l’articolo 41 Cost. l’iniziativa economica è libera (primo comma) ma non può svolgersi in contrasto con «l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (secondo comma). La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (terzo comma).

I costituenti scelsero dunque di assoggettare l’iniziativa economica privata ad una serie di limiti dai contorni variamente indeterminati, il più importante dei quali è sicuramente l’utilità

⁸ Sottolinea che la formula “fini sociali” non può essere letta se non come espressiva della consapevolezza dell’incapacità del mercato di «autoregolarsi e di garantire l’ottimo sociale» R. NIRO, *Art. 41*, cit., 858.

sociale che, come è stato osservato, svolge un ruolo «pivotal» nell'edificio costituzionale rappresentando «il regolatore dei rapporti tra politica ed economia».⁹

La dottrina ha qualificato in vario modo tale sintagma per metterne in evidenza i tratti caratterizzanti. Secondo alcuni autori si tratterebbe di una «norma elastica», secondo altri di una clausola generale¹⁰, per altri ancora sarebbe preferibile definire l'utilità sociale come un «principio valvola» dell'ordinamento giuridico¹¹ in grado di permetterne il costante adeguamento al mutare dei tempi, una sorta di «organo respiratorio»¹², per usare un'immagine tratta dal corpo umano. Altri ancora hanno ricondotto tale espressione alla categoria dei concetti a vaghezza socialmente tipica (o da rinvio)¹³, vale a dire a concetti indeterminati, ma di un tipo particolare. La loro indeterminatezza, infatti, non sarebbe risolvibile al livello del linguaggio¹⁴.

La diversità di formule è frutto di un dibattito molto ricco sulla natura dell'utilità sociale che ricalca quello che, più in generale, ha avuto ad oggetto le clausole generali, la loro struttura, la loro funzione e la loro collocazione nell'ordinamento.

Prima di esaminare le caratteristiche dell'utilità sociale alla luce della dottrina sulle clausole generali è opportuno delineare lo sfondo culturale che permette di ricostruire l'orizzonte di senso di questo concetto. La sezione seguente sarà dedicata in particolare ad analizzare l'utilità sociale negli scritti di due figure centrali dell'illuminismo scozzese che ne illustrarono il significato anche nel quadro del complesso rapporto che intercorre fra mercato e politica. Questo contesto permetterà di spiegare la peculiare rilevanza che il sintagma utilità sociale assunse nel dibattito costituente.

⁹ Così, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno Aic 2011, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria*, in www.rivistaic.it.

¹⁰ In questo senso, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 192 ss.

¹¹ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, 79 ss.

¹² Per questa formula, cfr. V. POLACCO, *Opere minori*, Modena, 1929, I, 60.

¹³ Così, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

¹⁴ Si veda ancora C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., 302.

2. L'illuminismo scozzese

In dottrina è stata prospettata la tesi che i costituenti avessero presente il dibattito sviluppatosi nel '700 inglese in relazione ai principi della nascente economia politica¹⁵. Tale tesi può essere riproposta più in particolare rispetto all'utilità sociale¹⁶.

La nozione di utilità ha una importanza cruciale nel pensiero di David Hume¹⁷. Nella *Ricerca sui principi della morale*¹⁸, Hume si riferisce a questo concetto utilizzando in modo sinonimico espressioni quali “benefico per la società”, “interessi della società”, “bene comune”. Essa indica infatti un oggetto – che è identificato di volta in volta con un'istituzione, una norma, una pratica sociale o una qualità del carattere - che reca vantaggio alla società. Sebbene abbia primariamente un riferimento oggettivo, l'utilità è connessa alle esperienze piacevoli che gli esseri umani fanno degli oggetti utili. In questo senso derivato, il concetto in esame si riferisce alle preferenze intrinseche che abbiamo verso le cose utili e all'approvazione incondizionata e imparziale che rivolgiamo verso tutto ciò che contribuisce a tenerle in vita.

¹⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 7 ss.

¹⁶La fortuna della nozione di utilità sociale nella storia del pensiero moderno e contemporaneo è dovuta soprattutto alla tradizione filosofica utilitarista e in particolare al suo fondatore Jeremy Bentham. Nella sua *Introduzione a i principi della morale e della legislazione* (Torino, 1998), Bentham costruisce una teoria morale che si fonda su tre principi. In primo luogo, egli propone una concezione consequenzialista che identifica l'oggetto della deliberazione e della valutazione morali con le conseguenze delle azioni. In base a questa impostazione ciò che è in ultima analisi moralmente rilevante non sono né gli stati mentali interni dell'agente, cioè le sue motivazioni ad agire, né il fatto che i nostri comportamenti rispettino o meno certe regole deontologiche, ma sono invece gli stati di cose prodotti dalle sue azioni. In secondo luogo, Bentham propone una teoria del bene che definisce le conseguenze moralmente rilevanti nei termini del piacere e dell'assenza di dolore. Infine, la teoria benthamiana propone una concezione del giusto secondo la quale l'azione moralmente doverosa è quella che massimizza il piacere di tutte le persone coinvolte da quell'azione. La teoria del bene proposta da Bentham presupponeva la possibilità di calcolare e di confrontare gli esiti felifici connessi alle diverse linee di azione. A questo scopo aveva elaborato una sofisticata analisi del piacere nella quale la misurabilità della sensazione veniva ricondotta a diversi criteri (intensità, durata, certezza, vicinanza, fecondità e purezza). Nelle intenzioni del suo autore, l'utilitarismo non era semplicemente una teoria morale individuale, ma era anche una concezione che doveva ispirare l'attività del sovrano, in particolare la sua visione del sistema penale e i modi di intervento pubblico nell'economia. Rispetto a questa seconda funzione, Bentham riprende in gran parte alcune delle idee del suo predecessore Adam Smith, secondo il quale – come vedremo nel resto di questo paragrafo – lo Stato doveva limitare la sua attività a pochi compiti essenziali: quali la difesa nazionale, l'amministrazione della giustizia, la realizzazione e la manutenzione delle opere pubbliche e la tutela dell'iniziativa economica individuale. Sebbene la discussione di questi temi sia rilevante per gli scopi di questo capitolo, non esamineremo la posizione benthamiana, preferendo discutere quella di Adam Smith. Non soltanto Smith è stato il primo ad esaminare tali questioni, ma la sua presentazione espone in modo più chiaro la relazione fra questi temi e le nozioni di mercato e di utilità sociale.

¹⁷ F. ROSEN, *Classical Utilitarianism from Hume to Mill*, London and New York, 2003, cap. 3, si veda anche K. HAAKONSSON, *The Science of Legislation: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge, 1981, cap. 1.

¹⁸ D. HUME, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, trad. it. *Ricerca sui principi della morale*, in D. HUME, *Opere*, vol. II, Roma-Bari, 1987.

Questo aspetto non è da sottovalutare. Come è stato osservato recentemente da Cohen Kaminitz, l'analisi dell'utilità proposta da Hume ne fa il precursore di quella dottrina economica, che ha preso piede recentemente nell'ambito degli studi sul benessere, che va sotto il nome di "utilità procedurale"¹⁹. L'idea centrale di quest'orientamento è che gli agenti razionali tendono ad esprimere valutazioni positive non strumentali non soltanto di quelle circostanze che attengono al loro reddito, o più in generale ad aspetti misurabili del loro benessere materiale, ma anche in relazione alla loro partecipazione a determinate istituzioni (caratterizzate da specifiche procedure di partecipazione o da particolari modi di prendere decisioni redistributive sui beni), ai modi in cui sono trattati dalle altre persone nell'ambiente di lavoro (se ad esempio la loro dignità sia o meno rispettata), o più semplicemente alloro coinvolgimento in attività che preferiscono di per sé. Più in generale, questa prospettiva teorica sostiene che l'utilità non si misura soltanto a partire dagli esiti finali di una certa scelta individuale o collettiva, ma anche sulla base delle procedure o condizioni che portano a determinati esiti; procedure verso le quali gli agenti razionali possono avere una preferenza non strumentale.

Sviluppando ulteriormente la linea inaugurata da Kaminitz, si intende sostenere che l'elaborazione humeana mette a punto una concezione peculiare di utilità che non soltanto anticipa gli elementi qualificanti della "utilità procedurale" contemporanea, ma costituisce anche il fondamento teorico della nozione di utilità sociale formulata dai costituenti nell'ambito della discussione sui rapporti economici. Hume affranca il significato di utilità da quello di benessere materiale, e ne estende l'uso per caratterizzare le regole, i diritti, le pratiche sociali e gli aspetti della personalità che sono indispensabili per preservare la nostra vita associata e che coinvolgono valori morali. In questo senso l'utilità è ciò che è funzionale alla costituzione e alla sopravvivenza della società.

Questa estensione semantica è chiaramente presente nella riflessione sulla morale di Hume. Nella *Ricerca sui principi della morale*, a proposito delle regole di giustizia, Hume scrive

Così le *regole dell'equità* o della *giustizia* dipendono completamente dallo stato e dalla situazione particolari in cui gli uomini si trovano e debbono la loro origine ed esistenza a *quell'utilità che risulta alla società* dalla loro rigorosa o normale osservanza. Rovesciate per qualche rispetto considerevole, la condizione dell'uomo: date luogo ad un'estrema abbondanza o ad un'estrema scarsità di prodotti, ponete nel cuore dell'uomo una perfetta moderazione ed umanità o una rapacità e

¹⁹ Si veda S. COHEN KAMINITZ, *Contemporary Procedural Utility and Hume's Early Idea of Utility*, in *J Happiness Stud.*, 20, 269 ss.

una malignità altrettanto perfette; avrete reso la giustizia completamente *inutile* e così ne avrete distrutto integralmente l'essenza e le avrete tolto ogni forza vincolante sull'umanità²⁰.

Un argomento simile è sviluppato a proposito delle cosiddette virtù sociali:

Possiamo osservare che, nel fare le lodi di qualche *persona benefica* ed umana, v'è una circostanza sulla quale non si manca mai di insistere ampiamente, e cioè *la felicità e la soddisfazione che la società ricava dalle sue relazioni con quella persona e dai buoni uffici che essa arreca*. [...] Se chiusa nell'ambito della vita privata, la sua sfera di attività è più ristretta, ma il suo influsso è sempre benigno e amabile. Se elevata alle più alte responsabilità, l'umanità e i posteri raccolgono il frutto delle sue fatiche.

Poiché questi motivi di lode non si manca mai di adoperarli, e con successo, quando vogliamo ispirare stima per qualcuno, non si può forse concludere su questa base che *la utilità che risulta dalle virtù sociali* forma, quanto meno, una parte del loro merito ed è una delle fonti di quella approvazione e di quella considerazione che così universalmente vengono loro tributate?²¹

Gli oggetti utili, quale sia la loro natura, sono funzionali a promuovere la felicità della società. Che cosa debba intendersi esattamente con quest'ultima nozione non è spiegato chiaramente in questo passaggio. Nei paragrafi successivi, Hume offre tuttavia una indicazione importante che permette di circoscrivere il suo significato. La felicità della società è promossa da quegli oggetti che promuovono i veri interessi dell'umanità. Dal momento che per Hume la natura umana è essenzialmente sociale, i suoi interessi permanenti riguardano tanto la promozione di quelle qualità umane che sono funzionali alla diffusione di relazioni cooperative basate sulla fiducia reciproca, tanto di quelle regole artificiali che sono necessarie a contrastare quei fattori, quali ad esempio la parzialità umana e la naturale scarsità di beni, che tendono a disgregare la comunità politica. Qualità e regole che non sono immutabili, ma sono destinate a trasformarsi con il progressivo modificarsi delle condizioni generali di vita, con il progresso tecnologico, e soprattutto con l'allargamento della nostra esperienza condivisa.

In tutte le determinazioni della moralità, questa circostanza della *pubblica utilità* è sempre quella che si considera come principale; e dunque sorga una controversia, sia in filosofia che nella vita di ogni giorno, riguardo ai confini del dovere, non si può in alcun modo risolvere la questione con sicurezza maggiore che accertandosi da quale parte stiano i *veri interessi dell'umanità*. Se si trova che prevale qualche falsa opinione, accolta in base alle apparenze, non appena una *maggiore esperienza ed un*

²⁰ D. HUME, *Ricerca sui principi della morale*, cit., 35.

²¹ D. HUME, *Ricerca sui principi della morale*, cit., 19, corsivo mio.

più sano ragionamento ci abbia fornito nozioni più esatte degli interessi umani, noi ritraiamo il sentimento espresso al principio e riproporzioniamo daccapo i confini del bene e del male morale morali²².

Dopo quello della ricchezza semantica di “utilità sociale”, il secondo aspetto dell’analisi di Hume che merita di essere esaminato riguarda la natura dell’approvazione che gli esseri umani rivolgono agli oggetti utili. Nella sezione V della *Ricerca sui principi della morale*, intitolata “*Perché l’utilità piace*”, Hume sostiene che l’utilità suscita l’approvazione morale degli esseri umani²³.

È un dato di fatto, che la circostanza dell’utilità, in ogni soggetto, è fonte di lode e di approvazione. Ad essa si fa costantemente riferimento in tutte le decisioni riguardanti il merito e il demerito delle azioni; essa è la sola fonte dell’alta considerazione che tributiamo alla giustizia, alla fedeltà, all’onore L’utilità è inseparabile da tutte le altre virtù sociali quali l’umanità, la generosità, la carità ... In una parola, essa fonda la parte principale della morale che si riferisce all’umanità e ai nostri simili²⁴.

La questione da esaminare riguarda la natura di questa approvazione. In particolare se essa sia riconducibile alle nostre passioni egoistiche o se invece abbia un’origine completamente differente. Per rispondere a questa domanda occorre leggere la sezione V della *Ricerca* sullo sfondo sia della Appendice II di questa stessa opera, dedicata a *L’amore di sé*, sia della parte II del libro II del *Trattato sulla natura umana*²⁵, che illustra il principio psicologico della simpatia umana.

Partiamo dal tema del rapporto fra interesse egoistico e motivazioni umane descritto nella Appendice II della *Ricerca*. Anticipando le critiche che saranno mosse da John Elster²⁶ alla teoria dell’*homo economicus*, secondo la quale gli esseri umani sarebbero mossi unicamente dal desiderio di massimizzare il proprio vantaggio, Hume sostiene che siamo governati da una molteplicità di

²²D. HUME, *Ricerca sui principi della morale*, cit., 22-23.

²³ La tesi che l’utilità è un criterio fondamentale dell’approvazione morale rende Hume un autore chiaramente alternativo alle due prospettive etiche dominanti del Settecento. Da una parte il modello religioso rappresentato da Francis Hutcheson che metteva al centro della morale la benevolenza universale. Dall’altra i filosofi epicurei che consideravano l’amore di sé la fonte del valore morale. Hume discute criticamente entrambe le linee teoriche nella *Ricerca sui principi della morale*. Si veda su questo punto, J. HARRIS, *Hume: an Intellectual Biography*, Cambridge, 2015.

²⁴ D. HUME, *Ricerca sui principi della morale*, cit., 99.

²⁵ Una chiara presentazione di queste tesi è nel libro 2 e 3 del *Treatise of Human Nature* (1739-1740), trad. it. di A. CARLINI, E. LECALDANO, E. MISTRETTA, con il titolo *Trattato sulla natura umana*, in *Opere filosofiche*, a cura di E. LECALDANO, vol. I, Roma-Bari, 1987.

²⁶ J. ELSTER, *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l’irrazionalità*, Bologna, 2005.

passioni, alcune delle quali – come ad esempio la gratitudine, la compassione, l’amore per la propria prole - sono completamente disinteressate.

La tenerezza verso la prole, in tutti gli esseri umani sensibili, riesce di solito da sola a controbilanciare i più forti moventi dell’amore di sé. E non dipende in alcun modo da questa versione. A quale interesse può ammirare una tenera madre, che perde la sua salute per le assidue cure che presta al figlio malato. E poi langue di dolore, quando il figlio, morendo, la libera dalla schiavitù di quelle cure? [...] E non desideriamo forse il benessere del nostro amico, anche se l’assenso alla morte ci dovessero impedire di prendervi parte in alcun modo?²⁷

Più in generale, contro il cosiddetto *edonismo psicologico*, che afferma che gli esseri umani agiscono spinti unicamente dalla ricerca del proprio piacere, Hume sostiene che le passioni, oltre ad avere una causa, hanno anche un proprio oggetto specifico, che costituisce un fine dell’azione umana. Non è dunque la ricerca del piacere a muovere la condotta, ma è la spinta ad ottenere i beni interni alle passioni. Una volta raggiunti, questi suscitano generalmente piacere. Tuttavia questo piacere “conseguente” è raggiungibile soltanto se l’oggetto intenzionale delle emozioni è ricercato per così dire per sé stesso e non in quanto mezzo per la propria felicità. Gli oggetti delle passioni possono in alcuni casi essere connessi con desideri che ci spingono ad agire contro gli interessi altrui (e a volte contro i nostri stessi interessi), come nel caso del risentimento o della rabbia che ci portano a vendicare un danno, reale o apparente. Ma sono anche alla base delle nostre inclinazioni ad occuparci in modo disinteressato del benessere dei nostri simili, nonché della capacità di formare e sostenere forme di interazione sociale basate sulla fiducia.

È all’interno di questa indagine naturalistica della psicologia umana che va collocata la spiegazione humeana dell’approvazione dell’utilità. Dopo aver mostrato, attraverso l’esame della nostra esperienza condivisa, che gli esseri umani approvano sia l’utilità di norme distanti nel tempo - dalle quali non possono aspettarsi alcun vantaggio personale - sia quella prodotta dai comportamenti dei “nostri nemici”, Hume conclude che la nostra preferenza per l’utilità non può essere ricondotta alle inclinazioni egoistiche.

Abbiamo trovato dei casi in cui interesse privato era separato da quello pubblico, nei quali anzi era contrario; eppure abbiamo potuto osservare che, nonostante questa disgiunzione di interessi, il sentimento morale continuava sussistere. [...] Costretti da questi casi, dobbiamo rinunciare alla teoria che rende ragione di tutti i sentimenti morali facendo ricorso al principio dell’amore proprio. Dobbiamo

²⁷D. HUME, *Ricerca sui principi della morale*, cit., 216.

adottare un atteggiamento di maggiore considerazione per il bene pubblico e ammettere che gli interessi della società non ci sono, anche se presi per sé stessi, del tutto indifferenti²⁸.

In contrasto con “le teorie egoistiche” di Hobbes²⁹ e Mandeville³⁰ che formulano una spiegazione riduzionistica della fonte dell’approvazione morale dell’utilità, Hume propone un resoconto che fa leva sulla simpatia, un principio che dà conto della capacità di ricevere per comunicazione i sentimenti e le passioni dei propri simili. La simpatia è un meccanismo psicologico che è costituito da due fasi distinte e temporalmente continue³¹. In primo luogo, acquisiamo l’idea della passione di un’altra persona attraverso un processo inferenziale che a partire dalle nostre percezioni delle azioni altrui giunge alle idee delle loro cause mentali. In secondo luogo, convertiamo l’idea della passione altrui nella passione vera e propria corrispondente, e la sentiamo come fosse nostra³². Come molti commentatori hanno osservato, la simpatia implica differenti processi psicologici che sono più o meno consapevoli e più o meno immediati. La comunicazione può infatti operare come un tipo di contagio emotivo, come nel caso in cui “un uomo di buon carattere si trova subito in accordo con l’umore delle persone di cui sta in compagnia”³³. In questo caso l’inferenza ha luogo senza che il soggetto ne sia consapevole e l’idea della passione si converte nella passione vicaria corrispondente in modo immediato. In altre circostanze, il processo presuppone uno sforzo volontario e un esercizio attivo della ragione e dell’immaginazione. Ciò può accadere in quei casi in cui la persona con cui simpatizziamo pur essendo distante fisicamente o temporalmente da noi, è simile nei gusti, nell’educazione o nello stile di vita.

Sullo sfondo di questa articolata teoria, che anticipa molti elementi delle conclusioni raggiunte dagli studi sperimentali più recenti sui neuroni specchio³⁴, Hume rende conto dell’approvazione imparziale delle regole e delle pratiche sociali che recano vantaggio alla società. Queste non sono approvate perché il soggetto riceve, sia pur indirettamente, un vantaggio personale dall’abitare in una società che è governata da quelle regole. Un tale resoconto non sarebbe infatti in grado di spiegare il fatto che i consociati non si limitano a desiderare che gli altri rispettino le regole

²⁸D. HUME, *Ricerca sui principi della morale*, cit., 82-83.

²⁹ Si veda in particolare il *De homine*, 1658, trad. it. di A. PACCHI, Bari, Laterza, 1970, cap. X, par. 1. Più avanti Hobbes descrive l’essere umano come «famelico anche di fame futura, [che] supera in rapacità e crudeltà lupi, orsi e serpenti [...]», *De homine*, cit., 142 - cap. X, par. 3.

³⁰Si veda B. MANDEVILLE, *The Fable of the Bees* (1724), *La favola delle api*, Roma-Bari, 2017 (5° ed.).

³¹ Si veda per tutti D. AINSLIE, *Sympathy and the Unity of Hume’s Idea of Self*, in *Persons and Passions: Essays in Honor of Annette Baier*, ed. by J. JENKINS, J. WHITHING and C. WILLIAMS, Notre Dame, 2005. Si veda anche A. VACCARI, *Passions and Sympathy in Hume’s Philosophy*, in *The Humean Mind*, Routledge, a cura di A. COVENTRY e A. SAGER, London, 2018, 195 ss.

³²T 2.1.11.7; SBN 318-319.

³³T 2.1.11.2, SBN 316-17, O.I. 332.

³⁴Si veda per tutti, R. DEBES, *Which Empathy? Limitations in the Mirrored “Understanding” of Emotions*, in *Synthese 175* (2), 2010, 219 ss.

utili, ma si impegnano anche a rispettarle loro stessi. La spiegazione proposta da Hume fa invece leva sulla capacità che gli esseri umani hanno di considerare una pratica sociale o un insieme di norme da “punti di vista fermi e generali”. A partire da una prospettiva immaginativa imparziale, i consociati valutano le regole considerando soltanto gli effetti che esse hanno sul benessere generale. Grazie al principio di simpatia, i consociati sono in grado di fare propria questa felicità e di approvare le regole utili come fini in sé³⁵.

Le ragioni per le quali l'utilità sociale è un concetto morale non dipendono quindi da una visione cinica che descrive gli esseri umani come mossi esclusivamente da passioni egoistiche, ma al contrario da una concezione naturalizzata del mondo e da una visione empiricamente fondata della psicologia che rivela la fondamentale socievolezza umana. Ciò che favorisce la realizzazione degli interessi umani a lungo termine, che consistono nella creazione di condizioni favorevoli affinché ciascuno sviluppi le proprie qualità individuali e partecipi attivamente alla vita sociale e politica del proprio paese, nel rispetto delle istituzioni e delle leggi che la fondano, è approvato come socialmente utile. In questa ottica i contenuti morali sono appunto tali proprio in quanto riguardano il benessere degli esseri umani e su di essi, diversamente da ciò che avviene per altri ambiti del valore, è possibile raggiungere punti di convergenza stabili e imparziali fra tutti coloro che prendono parte al processo valutativo.

La dimensione condivisa del processo valutativo spiega inoltre perché l'utilità sociale non vada confusa con la quantità complessiva di benessere prodotto nella società e neppure come quella di una sua parte. Anche se Hume non aveva chiaramente affrontato il problema della distribuzione del benessere all'interno delle comunità, gli elementi che di volta in volta conducono all'utilità sociale sono quelli che permettono di migliorare le condizioni di vita di tutti e non soltanto di alcuni ceti o classi sociali.

Su questo sfondo si innesta il complicato rapporto che intercorre fra benessere individuale e benessere generale, cioè fra ciò che soddisfa gli interessi del singolo e ciò che promuove gli interessi della società. Nonostante la sua antropologia sociale, Hume rifiutava una visione ottimistica del collegamento fra interesse privato e interesse della collettività secondo la quale questo nesso è da considerarsi un fatto automatico e naturale. Per esaminare questo aspetto occorre nuovamente prendere le mosse dalla sua trattazione della giustizia, in modo particolare dall'insieme di regole che disciplinano l'acquisizione e il trasferimento della proprietà.

³⁵ Pur essendo il portato di una descrizione empirica del comportamento degli umani, la teoria humeana può svolgere una importante funzione normativa: il fatto che gli esseri umani approvano in modo imparziale le circostanze che recano vantaggio alla società giustifica sia i principi educativi che infondono nei giovani il rispetto per quelle circostanze sia il nostro dovere di rispettarle, nei casi in cui non siamo inclini a farlo.

Come abbiamo osservato, il fondamento di queste regole risiede nella loro utilità: gli esseri umani approvano e riconoscono la dimensione normativa della giustizia perché le sue regole sono necessarie alla soddisfazione dei loro interessi a lungo termine. A partire da questa prospettiva, Hume riscrive la relazione fra interesse privato e interesse generale come il passaggio dalla soddisfazione degli interessi individuali immediati a quella degli interessi individuali a lungo termine³⁶. Questo spostamento non è automatico né naturale, ma presuppone elementi artificiali quali la creazione di regole mutualmente vincolanti che riguardano la proprietà e il rispetto delle promesse che Hume pone alla base del vincolo politico³⁷. Senza di esse, i rapporti sociali e, in modo particolare, le interazioni economiche prive della disciplina legislativa, costituirebbero una minaccia costante per la stabilità e per la sopravvivenza della società.

L'utilità sociale rimane centrale nella riflessione Settecentesca nell'opera di Adam Smith dove, oltre a svolgere un ruolo all'interno della teoria morale e della giustizia, è strettamente connessa alla sua concezione economica, in particolare al tema dell'intervento pubblico nel mercato³⁸. Per ciò che riguarda il primo aspetto, Smith riprende la lezione humeana, connettendo però l'utilità della giustizia non alla scarsità naturale dei beni primari quanto piuttosto alla necessità di contrastare le passioni antisociali. L'idea smithiana è che la giustizia è utile poiché in una società nella quale i diritti di proprietà sono rispettati saranno assicurate migliori condizioni di vita per tutti e la fioritura della vita sociale.

Oltre a questo tema humeano, Smith sviluppa nuove linee di ricerca che riguardano il significato dell'utilità sociale sia in rapporto alla distribuzione dei beni all'interno della società sia rispetto ai vincoli che lo Stato deve porre al mercato.

Il primo profilo, è esaminato in diversi contesti, il più importante dei quali riguarda la celebre immagine della mano invisibile, formulata dapprima nella *Teoria dei sentimenti morali* e successivamente nella *Ricchezza delle nazioni*. Come è noto, si tratta di una formula di non facile interpretazione che è stata per lungo tempo utilizzata per sostenere una lettura in senso liberista del pensiero economico di Smith e per mettere in luce il contrasto fra questa dottrina e la sua teoria dei sentimenti morali. Un esame esaustivo di tale dibattito va al di là degli scopi di questo lavoro, che riguarda più direttamente il significato di questa espressione in relazione al concetto di utilità sociale. Sotto questa luce, la dottrina della mano invisibile può essere riassunta schematicamente nell'idea che un sistema economico nel quale il livello di crescita della produzione è maggiore di

³⁶ Si veda su questo punto, D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, cit., 520.

³⁷ D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, cit., Libro 3, Parte 2.

³⁸ Su questo tema si veda, ad esempio, A. L. MACFIE, J. CROSEY, *Polity and Economy: An Interpretation of the Principles of Adam Smith*, in *Philosophical Quarterly*, 9 (35), 1959. Si veda anche J. B. SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, 1998.

quello dei rendimenti da capitale è utile poiché causa il miglioramento delle condizioni di vita di coloro che sono più svantaggiati. Per Smith, si tratta di una conseguenza non voluta poiché non è prodotta intenzionalmente dagli imprenditori, i cui comportamenti sono infatti causati dal desiderio di incrementare il proprio benessere materiale e di ricevere l'approvazione dei propri simili. La tesi di Smith è che il comportamento degli imprenditori è utile non perché massimizza la ricchezza complessiva della società a spese dell'aumento della diseguaglianza sociale, ma perché la incrementa migliorando le condizioni di coloro che sono più svantaggiati.

Indipendentemente dalla plausibilità dell'analisi smithiana, il punto che qui interessa sottolineare è che in questo contesto Smith elabora una accezione di utilità sociale che, pur riprendendo l'equazione humeana fra utilità e felicità generale, la declina lungo una linea nuova e originale. Utili sono quegli schemi di azione che promuovono la redistribuzione della ricchezza favorendo il miglioramento della qualità della vita di coloro che sono più svantaggiati. In questo modo, come ha messo in luce Robbins e, più recentemente Rosen, Smith formula un criterio per valutare i rapporti economici che è in qualche modo esterno al mercato e che riguarda più direttamente la giustizia distributiva³⁹. Inoltre, ed è questa la seconda linea, il sistema economico è sempre il prodotto anche di scelte politiche e non è mai semplicemente l'esito del mercato. In contrasto con la tesi semplicistica dell'automatica armonia fra interesse privato e interesse generale, la cui realizzazione non richiederebbe altro che l'egoistico perseguimento del primo realizzato attraverso i meccanismi del mercato, Smith indica a più riprese la necessità di porre vincoli al commercio «quando una data specie di attività è necessaria per la difesa del [proprio] paese»⁴⁰. Simili restrizioni sono lecite e sagge perché «la difesa [del proprio paese] è di importanza molto maggiore della [sua] prosperità»⁴¹. Nel sistema smithiano, le restrizioni imposte al mercato poggiano su un presupposto fondamentale: l'idea che esista un bene pubblico o utilità sociale che occupa un grado superiore rispetto al benessere economico e materiale⁴². Utilità che soltanto il potere politico può di volta in volta definire indicando un ordine fra i diversi beni sociali che è opportuno promuovere nelle circostanze date.

³⁹ Si veda L. ROBBINS, *The Theory of Economic Policy in English Classical Political Economy*, 2nd ed., London, 1978; ROSEN, *Classical Utilitarianism*, cit., 99 ss.

⁴⁰ A. SMITH, *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, trad. it. di A. Campolongo, Torino, 1950, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, 416.

⁴¹ A. SMITH, *Ricerche*, cit., 418.

⁴² Si veda A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, trad. it. di S. di Pietro, *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, 2009, 463. Su questo punto seguono le osservazioni di M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 25.

In contrasto con una lettura liberista della dottrina della «mano invisibile», questo lavoro muove dalla convinzione, peraltro ormai condivisa da molti interpreti⁴³, che Smith considera il mercato come un luogo artificiale, all'interno del quale le interazioni fra individui sono regolate dal potere politico. Coerentemente con questa impostazione e con quanto Hume sostiene nel libro III del *Trattato sulla natura umana*, Smith sottolinea nella *Ricchezza della nazioni* che il rispetto della proprietà privata non è riconducibile ad un presunto diritto naturale, ma è invece l'esito di interazioni sociali, ripetute e casuali, attraverso le quali gli esseri umani arrivano a convergere su regole generali, determinate e inflessibili che riguardano il possesso e il trasferimento di particolari beni⁴⁴.

Seguendo questa stessa linea teorica, nella *Ricchezza* Smith afferma esplicitamente che fra i compiti del sovrano figurano anche quei doveri, quali ad esempio la costruzione di ponti e di strade, che sono strumenti necessari per favorire lo sviluppo del commercio. Smith sostiene che la costruzione di queste opere non deve essere affidata ai singoli imprenditori. Se così fosse – questo era l'argomento – la loro realizzazione sarebbe stata funzionale al profitto dei privati, con la conseguenza che quando i costi fossero divenuti troppo elevati, nessuno avrebbe avuto il desiderio di realizzarle.⁴⁵ Nell'ottica Smithiana, l'intervento dello Stato nell'economia non è giustificato soltanto perché vi sono interessi che compongono il bene pubblico che non possono essere sacrificati al benessere materiale della collettività, ma anche perché lo stesso mercato, lasciato in balia delle proprie dinamiche, non è in grado di esprimere le proprie virtù.

Volendo tirare le fila dell'esame fin qui svolto, la nozione di utilità che emerge dall'indagine sugli scritti filosofici ed economici di Hume e Smith presenta cinque elementi.

In primo luogo, l'utilità è una qualità che si predica di una molteplicità di oggetti - quali istituzioni, norme, pratiche sociali e tratti del carattere individuale – che recano vantaggio alla società nel suo complesso. Secondo questa accezione ampia, utili sono innanzitutto quelle regole che permettono la convivenza sociale ed evitano che i potenziali conflitti fra i consociati non minaccino la sopravvivenza della comunità. Utili sono inoltre quelle norme e pratiche sociali che sono necessarie o funzionali alla creazione di condizioni favorevoli affinché i consociati sviluppino le proprie qualità individuali, diano liberamente forma ai propri progetti di vitae partecipino attivamente alla vita sociale e politica del proprio paese, nel rispetto delle istituzioni e delle leggi che la fondano.

⁴³ Per una ricostruzione di questa interpretazione si veda, ad esempio, A. RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005. Si veda inoltre E. LECALDANO, *Introduzione alla Teoria dei Sentimenti morali*, Milano, 5 ss.

⁴⁴ Adam Smith, *Ricerche*, cit., 650. Su questo punto, vedi ancora LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 25.

⁴⁵ Su questo punto si veda M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 26 ss.

In secondo luogo, in connessione con quest'ultimo elemento, utilità si predica anche di alcuni valori e virtù morali. L'esistenza di condizioni favorevoli al libero sviluppo della personalità presuppone il rispetto della dignità degli esseri umani, della loro libertà e della loro capacità di autodeterminarsi oltre che la diffusione di quelle virtù sociali che ci rendono sensibili a questi valori.

In terzo luogo, il riconoscimento del valore dell'utilità sociale, o più precisamente dei molteplici oggetti utili, non deriva dalla condizione che questi massimizzano la soddisfazione degli interessi egoistici dei singoli consociati, ma dipende dal fatto che ciascuno approva che la società nel suo complesso trova giovamento dall'esistenza di circostanze che favoriscono la vita umana, come ad esempio la promozione del rispetto per la dignità e per l'autodeterminazione.

In quarto luogo, sebbene il significato di utilità non coincida con quello di benessere materiale, cioè con uno stato di agiatezza ottenuto attraverso la disponibilità di beni di consumo, esso costituisce senza dubbio un elemento del concetto in esame. Come è emerso soprattutto dall'indagine sulla prospettiva smithiana, utili sono quelle regole che sono funzionali alla redistribuzione della ricchezza che favorisce le condizioni di vita dei più svantaggiati.

Infine, l'utile riguarda alcuni aspetti della questione generale dell'intervento pubblico sul mercato. Questo tema presenta due diversi profili. Da una parte, le decisioni dello Stato che si riflettono sull'economia sono giustificate dal fatto che esistono interessi pubblici che sono preordinati al benessere materiale della collettività. Dall'altra, il mercato stesso, che nell'ottica di Hume e Smith è una istituzione artificiale, non può funzionare in modo ottimale se non attraverso l'intervento pubblico che, a partire da una visione che guarda agli esiti di lunga durata, può attuare quelle riforme e creare quelle infrastrutture che permettono al mercato di essere effettivamente un volano per il benessere generale.

Nel paragrafo successivo mostreremo come questa articolata e complessa nozione di utilità costituisca il fondamento teorico della nozione di utilità sociale impiegata dai costituenti nel dibattito sulla futura dottrina costituzionale dei rapporti economici.

3. Il dibattito in Assemblea costituente

Le declinazioni del concetto di utilità sociale che affiorano nel dibattito filosofico del XVIII secolo offrono al lettore degli atti dell'assemblea costituente uno sfondo concettuale assai fertile che permette di comprendere meglio le ragioni che spinsero a utilizzare proprio questo sintagma

nell'elaborazione del testo costituzionale in tema di rapporti economici. I motivi di questa scelta sono da ricondurre all'esigenza di disegnare forme di intervento pubblico volte a regolare il mercato quando questo si fosse posto in contrasto con il benessere generale. In linea con la tradizione filosofica sopra esaminata, il benessere in gioco non doveva essere interpretato esclusivamente come benessere materiale. Esso alludeva piuttosto a quelle condizioni di vita nelle quali ciascun cittadino può condurre una esistenza dignitosa e autonoma, godendo dei frutti del proprio lavoro e partecipando in modo attivo alla vita sociale e politica del proprio paese.

Questa operazione è della massima importanza per gli scopi di questo lavoro. Ricostruire il pensiero dei costituenti, mettendo in evidenza gli elementi di comunanza fra le diverse linee politiche, permette infatti di disporre dei principi e i criteri che dovrebbero guidare l'interpretazione e l'uso di questo sintagma sia da parte dei giudici che del legislatore. Non si tratta pertanto di irrigidire la sua applicazione a partire dal suo presunto significato originario, ma al contrario di comprenderlo alla luce di quelle finalità ampie che consentono piuttosto di non irrigidirlo, mantenendo viva la sua funzione dinanzi al mutare delle circostanze storiche e sociali.

Il significato della formula "utilità sociale" fu oggetto di discussione in assemblea Costituente nei lavori della Terza Sottocommissione e in quelli dell'Assemblea plenaria dedicata ai rapporti economici. La prima, che si riunì dal 26 luglio 1946 al 26 agosto 1946, aveva il compito di individuare gli elementi costitutivi dei diritti e dei doveri economico-sociali che sarebbero dovuti essere presenti nella Carta costituzionale, la seconda, che si svolse invece dal 3 al 19 maggio dell'anno successivo, era invece chiamata a formulare e approvare quelli che sarebbero dovuti diventare i futuri articoli della Costituzione.

Sofferamoci sui primi documenti. La Terza Sottocommissione doveva avviare una discussione fra le diverse posizioni relativamente ai modi di intervento dello Stato nell'economia. Non si trattava semplicemente di prevedere quali forme di controllo pubblico della vita economica sarebbero state accettabili ma, più propriamente, di discutere le garanzie economiche e sociali di diritti fondamentali quali il lavoro, l'assistenza, l'educazione, la proprietà e l'iniziativa economica privata.

Una delle più importanti linee tematiche che attraversa la discussione della Terza Sottocommissione è l'esame dello statuto sociale di questi diritti. Esaminare gli usi del termine sociale associato a questa parte del dibattito costituente è la premessa necessaria per chiarire il significato del sintagma utilità sociale presente nei lavori dell'Assemblea Costituente.⁴⁶

⁴⁶ Dati gli scopi di questo intervento non prenderò in esame il problema di stabilire il significato dell'aggettivo sociale nella Parte I della Costituzione. Per una trattazione di questo tema rimando a V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale* (1950), in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, ora in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015. Per un esame

Nella discussione sul diritto al lavoro la dimensione sociale è duplice. In una prima accezione, il lavoro non è soltanto un diritto individuale, che assicura il benessere del singolo e soddisfa il bisogno umano del «dominio ... su tutte le vicissitudini e in tutte le contingenze»⁴⁷, ma anche un «dovere verso la collettività», poiché è lo «strumento mediante il quale può realizzarsi il bene comune», identificato con la costruzione di una «Nazione attiva e potente»⁴⁸. Nella sua seconda accezione, che riguarda più direttamente l'intervento dello Stato nell'economia, i costituenti dichiarano che la Costituzione deve garantire anche un diritto al lavoro. Al dovere del singolo di lavorare fa riscontro il dovere della società di creare le condizioni affinché a ciascuno sia garantita la «reale possibilità di svolgere una attività manuale o intellettuale»⁴⁹ in conformità con le proprie attitudini ed in armonia con gli interessi della società. Soprattutto in questo secondo senso, trova espressione un aspetto fondamentale della vocazione etica che anima questo dibattito. Assicurare a ciascun cittadino la libertà dal bisogno non è semplicemente un mezzo per l'incremento della produzione. Ma è l'espressione di una finalità più alta che consiste nel delineare un progetto di società nella quale sia garantita a ciascuno una vita indipendente e dignitosa e la possibilità di esprimere nel lavoro la propria personalità, favorendo un miglioramento non solo materiale ma anche spirituale di tutti i cittadini.

Questa stessa impostazione «umana e sociale»⁵⁰ avrebbe poi dovuto ispirare il riconoscimento e la garanzia costituzionale dei diritti di assistenza e di previdenza. Il lavoratore costretto a una sosta forzata per malattia o infortunio, o la gravidanza della donna dovevano essere tutelati garantendo a questi soggetti la promozione del loro benessere e il sostegno alla loro famiglia. L'elemento sociale è fatto coincidere in questo caso con la tutela dei soggetti più deboli della comunità, le donne e i lavoratori temporaneamente inabili, ai quali si voleva garantire l'uguaglianza di trattamento rispetto ad altri soggetti. Una impostazione analoga guida anche la discussione delle garanzie economiche-sociali del diritto all'affermazione della personalità del cittadino, dove la cultura e l'istruzione venivano ricondotti alla classe dei beni sociali. Come nel caso precedente, il loro statuto sociale è connesso alla protezione dell'istruzione dei giovani più poveri nei cui confronti lo Stato si impegnava a provvedere con aiuti materiali.

Un ulteriore significato del termine sociale riguarda il diritto di proprietà. Secondo le parole del relatore Taviani, il riconoscimento di tale diritto era connesso sia all'esigenza della Costituzione

illuminante delle differenze fra il contenuto «sociale» della nostra Costituzione repubblicana e l'elemento sociale della economia di mercato ordoliberales si veda invece O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 16 ss.

⁴⁷ Assemblea costituente, terza sottocommissione, relazione Colitto, 8.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Assemblea costituente, cit., 20.

di garantire la «libertà», «l'autonomia» e «l'affermazione della persona umana» sia a finalità più squisitamente sociali quali, ad esempio, la possibilità per tutti di accedere alla proprietà con il lavoro e con il risparmio. Secondo l'impostazione di Taviani i due profili non erano in contrasto fra loro. Al contrario, era proprio questa possibilità che avvalorava la tesi che il diritto di proprietà⁵¹ fosse garanzia di libertà per tutti e non soltanto per alcuni. Per assicurare questa finalità sociale, la legge – seguendo il ragionamento esposto dall'On. Fanfani – doveva porre limiti nell'estensione, nell'origine e nei modi di trasferimento della proprietà privata. Come è noto, la relazione Taviani fu ampiamente criticata da parte del gruppo comunista. Oltre che essere tacciata di identificare la libertà con il possesso della proprietà, veniva accusata di aver escluso la possibilità di una eventuale abolizione futura della proprietà personale⁵². A seguito di queste critiche il testo iniziale venne privato di quelle che furono definite le sue premesse «filosofiche»⁵³, cioè di quegli scopi che il riconoscimento di tale diritto avrebbe dovuto garantire⁵⁴. Tuttavia ciò non alterò la sostanza della posizione della maggioranza dei costituenti. Seguendo le riflessioni dell'On. Fanfani, che più volte svolse un'importante opera di mediazione fra le diverse anime del dibattito, il testo richiamava due diversi profili del diritto di proprietà. Da una parte, faceva riferimento a quelle che furono chiamate le sue motivazioni di principio, l'idea cioè che gli esseri umani «affermano le proprie qualità costruttive» e esprimono la propria personalità anche attraverso la proprietà o, più precisamente, «l'appropriazione di ciò che riescono a produrre»⁵⁵. In questa accezione, la difesa del diritto di proprietà aveva uno scopo sociale poiché delineava una società nella quale ciascuno poteva esprimere «il massimo di libertà e ... ottenere quello di cui ha bisogno»⁵⁶. Dall'altra, sociali erano invece i limiti che il legislatore doveva porre in essere affinché la proprietà privata di alcuni non avesse come conseguenza «lo schiacciamento della personalità altrui»⁵⁷. Con questa espressione ricognitiva, Fanfani alludeva al complesso di circostanze, più volte richiamate nel corso della discussione, che avrebbero dovuto giustificare i limiti al godimento di tale diritto. Nell'Italia rurale del dopoguerra, il controllo della ripartizione del suolo, in particolare delle grandi proprietà latifondiarie, rappresentava ad esempio un caso nel quale dovevano rendersi operanti gli interventi dello Stato. Come mise chiaramente in luce Taviani, questi limiti non erano giustificati

⁵¹ Assemblea costituente, cit., 67 ss.

⁵² Assemblea costituente, cit., relazione Assennato, 75. Assennato sosteneva: «non si può consentire in questa epoca di dichiarare che alla proprietà si assegna lo scopo di stabilire la libertà e la formazione della persona, proprio in questa epoca, in cui anche le più reazionarie legislazioni vanno attenuando il significato della proprietà».

⁵³ Assemblea costituente, cit., relazione Giua, 73.

⁵⁴ Assemblea costituente, cit., relazione Taviani, 79.

⁵⁵ Assemblea costituente, cit., relazione Fanfani, 76.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

esclusivamente dal fatto che si voleva giustamente sviluppare e potenziare il rendimento del suolo, ma soprattutto dalla necessità di assicurare ad «ogni famiglia una abitazione sana e indipendente; al fine di garantire ad ognuno – che ne abbia la capacità e i mezzi – la possibilità di accedere alla proprietà della terra che coltiva»⁵⁸. Il limite alla proprietà era quindi funzionale non tanto, o non esclusivamente, al potenziamento del rendimento delle terre, quanto piuttosto alla necessità di garantire una casa a ciascuna famiglia e, più in generale, a esigenze che riguardavano più esplicitamente il rinnovamento sociale attraverso la redistribuzione dei beni ⁵⁹.

L'acceso dibattito sulla proprietà, in linea di continuità con l'orientamento emerso nelle altre sedute della Terza Sottocommissione, mostrava chiaramente come l'aggettivo sociale veniva usato per indicare la tutela di valori e interessi che non rientravano esclusivamente nella sfera economica e che erano ad essa sovraordinati. È esattamente in questa prospettiva che è introdotto per la prima il sintagma «utilità sociale» nei lavori della Terza Sottocommissione. Con questa espressione, i democristiani, i socialisti e i comunisti intendevano una clausola ricognitiva che ricomprendeva gli interessi sociali discussi precedentemente nei lavori della Sottocommissione. Nei casi in cui la proprietà privata fosse entrata palesemente in conflitto con questi interessi, la legge poteva limitarne il suo utilizzo. L'On. Lombardo sostenne, ad esempio, che «l'utilità sociale» era ciò che poteva giustificare la privazione, con riserva di indennizzo, della proprietà, aggiungendo poi che questo diritto «non può essere esercitato contrariamente all'utilità sociale» ⁶⁰. Ciò significava, come precisò ancora Taviani, che concordava sulla necessità di usare quel sintagma, che la proprietà privata «doveva essere inquadrata in una visione organica della vita economica e dello Stato» ⁶¹.

In queste relazioni furono anticipate le tesi poi convogliate nel complesso dibattito sui limiti dell'iniziativa economica privata che si svolse nelle sedute dell'Assemblea plenaria dedicate ai rapporti economici. Come è noto, il futuro articolo 41 Cost. fu il risultato della fusione fra l'articolo 37, che doveva prevedere i limiti positivi «dell'attività economica», e il 39 che verteva invece sull'«iniziativa economica» e sui suoi limiti negativi⁶². Tale fusione, proposta originariamente nel progetto dell'On Mortati, diede vita ad un articolo che pur lasciando libera l'iniziativa, definita come la «volontà di fare dell'imprenditore», sottoponeva la realizzazione di quell'attività a limiti negativi e positivi. Mortati distinse chiaramente il sintagma fini sociali dall'utilità comune o sociale. Fini sociali avrebbe ricompreso tutti quei provvedimenti (piani, programmi, controlli) che coordinano fra loro le diverse attività economiche verso un fine unitario. «Utilità sociale» designava

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Assemblea costituente, cit., si veda su questo punto anche la relazione Corbi, 72.

⁶⁰ Assemblea costituente, cit., relazione Lombardo, 75. Si veda su questo stesso punto la relazione Ghidini, 87 e la relazione Pesenti, 108.

⁶¹ Assemblea costituente, cit., relazione Taviani, 80.

⁶² Assemblea costituente, seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947, relazione Mortati.

invece una espressione dal significato meno comprensivo della precedente, che rimandava alla tutela di quegli interessi e di quei valori legati al miglioramento delle condizioni dei più svantaggiati che non dovevano entrare in contrasto con l'iniziativa economica dei singoli. Coerentemente con questa linea, Mortati propose una formulazione dei limiti negativi nella quale «la libertà» e «la dignità» non erano elementi separati dall'utilità sociale, ma sue componenti interne.⁶³ Nella sua stesura definitiva, il secondo comma dell'articolo 41 non rispettò la proposta Mortati, preferendo adottare la formula disgiuntiva «sicurezza», «dignità» e «utilità sociale». La sicurezza e la dignità erano valori troppo importanti per essere celati dietro un sintagma considerato da alcuni troppo elastico o addirittura privo di significato. Tuttavia, come testimoniato dalle relazioni dei Costituenti sopra discusse, questi concetti avevano con l'utilità sociale robuste connessioni semantiche.

4. Interpretazione costituzionale e “voluntas” dei costituenti

Come si è già accennato, ricostruire le diverse linee teoriche che hanno attraversato il dibattito costituente sulla disciplina economica è un momento cruciale di questo lavoro. L'esame permette di guadagnare un accesso privilegiato ai significati di quel complesso di valori morali, sociali e giuridici che sono alla base dei modi in cui la nostra Costituzione repubblicana ha disegnato i rapporti fra politiche pubbliche ed economia e che devono costituire un orizzonte di senso inaggrabile per l'attività del legislatore e per l'opera ermeneutica dei giudici.⁶⁴

Quest'orientamento potrebbe tuttavia suscitare delle perplessità. Ancorare il contenuto delle disposizioni costituzionali alla volontà dei costituenti sembrerebbe prestare il fianco all'obiezione che in questo modo si finirebbe per pietrificare il significato di quegli enunciati, derogando di fatto

⁶³ *Ibidem*: «la legge pone norme necessarie perché le attività economiche siano coordinate a fini sociali e non rechino danno alla libertà e alla dignità e non contrastino in altro modo all'utilità comune», 3931.

⁶⁴ Sebbene vi sia accordo fra gli interpreti sul fatto che l'esame delle disposizioni costituzionali in materia economica mettano in luce il profilo di una economia mista, c'è poi un profondo disaccordo su quale sia il significato di questa espressione nella nostra Costituzione repubblicana. Vi sono almeno due linee interpretative che animano questo dibattito. Da una parte, vi sono quegli interpreti che evidenziano le continuità con il modello liberista, dall'altra vi è chi sottolinea gli elementi di rottura con questa prospettiva. Per i primi l'intervento pubblico nell'economia dovrebbe mantenersi a un livello minimo. Per i secondi, invece, la Costituzione prevedrebbe un intervento finalizzato all'attuazione del programma sociale indicato dall'articolo 3, secondo comma. Una delle tesi di questo lavoro è che se si rimane al livello della interpretazione letterale della Costituzione non c'è modo di operare una scelta definitiva a favore di uno dei due indirizzi. Per poter formulare una scelta giustificata è necessario far riferimento ai lavori preparatori del dibattito costituente. Per una tesi differente, che ritiene invece sufficiente l'utilizzo alla interpretazione sistematica si veda O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, Napoli, 2016, 11.

ad una delle più importanti proprietà costitutive della Carta che è appunto quella di essere pensata per durare nel tempo. Una vocazione che è poi tanto più evidente quando consideriamo la struttura di quei sintagmi, come ad esempio l'utilità sociale, che sono costruiti come clausole generali proprio per poter consentire l'elasticità dell'ordinamento. In contrasto con questa obiezione, si cercherà di mostrare come vi sia invece un senso secondo il quale il riferimento alla volontà dei costituenti⁶⁵ sia estremamente importante proprio per garantire la durata della Costituzione.

A questo proposito, può essere utile esaminare questo tema in connessione con quella tecnica ermeneutica che prende il nome di interpretazione originalista. In questa sezione, intendo mostrare come il significato del riferimento prima dato agli atti dell'assemblea costituente è compatibile con quello disegnato dal canone dell'intenzione originaria.⁶⁶ In particolare, la conciliabilità emerge laddove questo canone sia costruito a partire da una concezione della Costituzione che sappia fare emergere la specificità del suo testo rispetto a quello della legge ordinaria. Per poter avviare in modo vantaggioso questo confronto è opportuno richiamare i caratteri principali di questo criterio ermeneutico.

Il canone originalista o psicologico, che appartiene ai modelli ermeneutici di tipo storico, è stato costruito in due diversi modi: uno soggettivo e uno oggettivo⁶⁷. Secondo la prima versione, il significato di un enunciato normativo deve essere ricavato dalla volontà dell'autore dell'enunciato, cioè dal legislatore storico che ha partecipato alla sua redazione e approvazione⁶⁸. In base alla seconda, il suo contenuto dipenderebbe invece da quello che aveva nella «legislazione precostituzionale».⁶⁹ In questo secondo caso, il metodo non sarebbe orientato tanto ad appurare la volontà di qualcuno, ma piuttosto a ricostruire il significato di un termine all'interno di una più ampia comunità di parlanti. Questa seconda accezione, anche a seguito della vaghezza dei suoi

⁶⁵Come spiegherò in seguito, la versione della interpretazione originalista che qui si privilegia non è quella che ricostruisce il significato delle disposizioni costituzionali a partire dalla volontà del singolo costituente, ma quella che fa riferimento alle discussioni dei costituenti, attraversate a volte anche da profonde divergenze, che proposero e approvarono il testo che di volta in volta si esamina.

⁶⁶ In questa sede non si intende affatto sostenere che il canone originalista sia il metodo di interpretazione costituzionale da privilegiare rispetto a quello letterale e a quello sistematico. Si vuole soltanto sostenere che fare riferimento alla volontà del costituente, per le ragioni che verranno addotte, è una tecnica interpretativa imprescindibile.

⁶⁷ Per questa tassonomia si veda L. PESOLE, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, in *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F. GIUFFRÈ e I. A. NICOTRA, Torino, 2008, 8 ss.

⁶⁸ Si veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 364. Vedi inoltre, C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Lavori preparatori ed original intent ... cit.*

⁶⁹ Si veda M. DOGLIANI, *Il "posto" del diritto costituzionale*, in *Giur Cost*, 1993, 532 e 543; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, Milano, 2004, 282-283; L. PESOLE, *L'intenzione del legislatore costituente*, cit., 8.

criteri semantici e della rottura operata dal testo costituzionale rispetto a quella legislazione, ha progressivamente lasciato il campo alla prima che tende oggi ad essere identificata con un procedimento che determina il contenuto degli enunciati attraverso il richiamo ai lavori del dibattito costituente.

A fondamento di tale canone sono stati adottati diversi argomenti. Si è ad esempio sostenuto che questo è esplicitamente menzionato nell'articolo 12 delle preleggi, dove si afferma che «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»⁷⁰. Altri hanno invece giustificato questa tecnica richiamando la dottrina imperativistica del diritto: poiché sarebbe nella natura della legge essere un comando rivolto da un superiore a un inferiore, ogni volta che questa è espressa in un testo scritto, il suo significato deve ricavarsi dalla volontà del suo autore.⁷¹

Indipendentemente dai modi con cui viene giustificato, il canone in oggetto è presentato come espressivo di una concezione capace di garantire il rispetto del vincolo testuale nell'interpretazione costituzionale, attraverso elementi esterni al testo che riguardano le ragioni della sua creazione. Contro gli eccessi di un indirizzo giurisprudenziale considerato troppo creativo, i sostenitori di questo canone hanno inteso ribadire l'importanza di ancorare le norme al testo.

Condividendo pienamente questa esigenza, è opportuno interrogarsi su quali costi il canone psicologico potrebbe dover pagare per garantire i suoi obiettivi. La dottrina ha individuato almeno due importanti aspetti problematici. In primo luogo, è stato sostenuto che il canone psicologico sarebbe implicitamente compromesso con una concezione poco plausibile della interpretazione costituzionale secondo la quale questa sarebbe assimilabile ad un processo di scoperta piuttosto che ad un'attività che è anche, almeno in parte, creativa poiché impegnata ad attualizzare il testo sotto la spinta del cambiamento delle circostanze storiche e sociali del paese. Secondo questa lettura, il significato – come è stato scritto recentemente – sarebbe invece un elemento «precostituito all'interpretazione», che avrebbe quindi esclusivamente in compito di svelarlo⁷². In secondo luogo, in stretta connessione con la prima obiezione, il modello originalista sosterebbe che un testo ha

⁷⁰ Su questo punto e sui problemi che può sollevare la tesi che il suddetto articolo possa applicarsi alla interpretazione della Costituzione vedi F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 27 ss., secondo il quale è dubbio che l'art. 12 delle preleggi possa applicarsi all'interpretazione costituzionale in ragione del fatto che è contenuto in un testo avente forza di legge che è antecedente alla entrata in vigore della Costituzione.

⁷¹ Si veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 364. Vedi inoltre, C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, cit.

⁷² Si veda su questo punto, C. TRIPODINA, *op. cit.*

sempre una e una sola interpretazione corretta o, più precisamente vera, il cui contenuto si identifica con il pensiero che è nella mente dell'autore del testo⁷³.

Come è stato recentemente messo in luce da parte della dottrina queste obiezioni non sono in grado di colpire nel segno. Sebbene siano certamente potenti, investono soltanto una versione caricaturale di questo canone che sembra definita ad arte per ignorare il testo della Costituzione.

Contro queste semplificazioni, si è ad esempio sostenuto che non vi sarebbe alcuna incompatibilità logica fra interpretazione originalista e interpretazione evolutiva. L'esame dei lavori preparatori in Assemblea costituente potrebbe infatti mettere in luce, come di fatto è accaduto in più di una occasione, che l'intento del legislatore costituente era più liberale di una disciplina normativa successiva più reazionaria e conservatrice⁷⁴.

Indipendentemente da questi casi particolari, si può poi rispondere alle obiezioni assumendo una prospettiva differente che riguarda invece la specificità del testo della Costituzione.

Come è stato sostenuto da un'autorevole dottrina, gli enunciati della Costituzione si distinguono da quelli delle fonti primarie per almeno due ragioni: la loro maggiore indeterminatezza e il fatto che esprimono valori⁷⁵ (più precisamente, che esprimono quei valori che secondo Massimo Luciani costituiscono «l'ordine assiologico della comunità organizzata in polis»⁷⁶). Riguardo al primo aspetto, come ha scritto Franco Modugno, la prevalente natura o struttura degli enunciati costituzionali è quella di essere formulati per esprimere principi o indicare scopi da perseguire, piuttosto che norme di condotta. Ciò comporta necessariamente un livello meno accentuato di concretezza rispetto alla legge che invece è caratterizzata da un incremento delle prescrizioni di dettaglio e dalla previsione di mezzi piuttosto che di scopi⁷⁷. In secondo luogo, il testo della Costituzione, diversamente dalla legge, esprime l'ordine assiologico della comunità. Certamente la legge può esprimere valori, ma essa non può qualificarli né giustificarli potendo soltanto svolgerli o renderli effettivi⁷⁸.

Muovendo da queste due argomentazioni si può individuare una terza e ulteriore caratteristica della Costituzione che ha anch'essa significative ripercussioni sull'attività dell'interprete, che viene in questo modo indirizzata verso il canone originalista. Come ha sostenuto Massimo Luciani, questo testo fissa regole che aspirano a quella che egli chiama *eternità*

⁷³R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 27.

⁷⁴Cfr. l'ampia discussione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale di C. TRIPODINA, op. cit., nota 29.

⁷⁵M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, in *Interpretazione costituzionale* a cura di G. AZZARITI, Torino, 2005, 45 ss.

⁷⁶M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, cit., 46.

⁷⁷Si veda F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, cit., 31 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, cit., 46 ss.

⁷⁸M. LUCIANI, op. cit., 46 ss.

*ordinamentale*⁷⁹. Ciò significa che la Costituzione non è semplicemente pensata per durare, poiché certamente anche le leggi lo sono ma, più precisamente, essa prescrive principi, scopi e regole di «un ordinamento che vivrà come tale proprio solo fino a che quelle regole ... dureranno»⁸⁰. Ciò significa che rispetto ad ogni altro testo, la Costituzione richiede al suo interprete di mantenere quanto più possibile stabile la sua interpretazione.

In che modo è possibile garantire questa stabilità necessaria a garantire l'eternità ordinamentale dei principi costituzionali? E' esattamente da questo contesto problematico che si profila lo spazio logico per l'interpretazione che fa riferimento alla *voluntas* del Costituente. La stabilità ermeneutica non può essere garantita soltanto utilizzando elementi interni al testo (su cui si sofferma l'interpretazione letterale), ma richiede di far riferimento anche ad elementi esterni capaci di rendere intelligibili le sue ragioni d'essere. Ciò non equivale a pietrificare il testo, ma significa che ciascuna delle sue possibili interpretazioni deve prendere le mosse deve essere articolata a partire da quel complesso di valori e scopi che quel testo esprime.

5. Clausole generali: un tentativo di classificazione

La discussione dottrinale sull'utilità sociale ha riguardato in modo prevalente l'indagine sulla indeterminatezza che caratterizza il significato di questo sintagma. Più precisamente, si è cercato di mettere in luce la sua peculiare vaghezza, sia attraverso la ricostruzione del tipo o dei tipi di criteri o *standards* che permettono la sua concretizzazione, sia attraverso una riflessione volta a individuare i soggetti a cui l'utilità sociale dovrebbe rivolgersi. Seguendo questo metodo, la dottrina ha esaminato tale sintagma sullo sfondo della complessa controversia che ha riguardato la natura delle clausole generali. Nel resto di questo studio, dopo aver ricostruito criticamente alcuni momenti di questo dibattito, si proverà a mostrare come esso debba essere integrato dalle conclusioni sull'orizzonte dell'utilità sociale precedentemente formulate. Quest'ultima prospettiva consente infatti non soltanto di tracciare i contorni semantici di una nozione che sarebbe altrimenti compromessa da una eccessiva polisemia, ma anche di comprendere in modo più chiaro il tipo di clausola generale cui questo sintagma può essere ricondotto.

La discussione dottrinale su tali clausole appare molto ampia e articolata, ma a volte difficile da decifrare.

⁷⁹M. LUCIANI, *op. cit.*, 48.

⁸⁰M. LUCIANI, *ibidem*.

L'uso della formula "clausola generale" non è stato univoco: da un lato, «fenomenologie normative in tutto o in parte differenti» sono state ricondotte a tale categoria, dall'altro, gli stessi sintagmi caratterizzati da un tipo particolare di indeterminatezza (le clausole generali in senso stretto) sono stati ridefiniti in modo diverso⁸¹. La dottrina ha cercato attraverso diverse definizioni di metterne in evidenza i tratti che, di volta in volta, sono stati ritenuti caratterizzanti. Così, per sottolinearne la funzione di apertura all'esterno è stata coniata l'espressione "concetti valvola"⁸² o valvole di sicurezza. Sebbene tutte le norme dell'ordinamento siano pensate per garantirne la durata nel tempo, la particolare formulazione di tali clausole dovrebbe consentire una durata ancora maggiore. Altra parte della dottrina, per esprimere la stessa valenza, ha preferito utilizzare la formula "norme elastiche" o preferibilmente "concetti elastici", per indicare che non si tratta di norme bensì di frammenti o parti di esse.

Volendo tentare una schematizzazione dei diversi usi dello stesso formula clausola generale, tale particolare tecnica legislativa è stata ritenuta sussistere quando si è di fronte ad a) una norma altamente indeterminata; b) una norma analogicamente estensiva; c) una norma a fattispecie aperta e a d) frammenti di norma che contengono termini o concetti valutativi⁸³.

In particolare, nel caso *sub a)* la norma a fattispecie altamente indeterminata si contrappone alle fattispecie casistiche che non riescono a cogliere la molteplicità del reale. Il legislatore sceglierebbe intenzionalmente queste formule, cosciente della impossibilità di prevedere i casi futuri⁸⁴. Nel caso *sub b)*, invece, la clausola generale ha una «funzione espressamente "estensiva" d'una o più categorie "esemplificative" menzionate nella fattispecie»⁸⁵. Nel caso *sub c)* l'apertura della fattispecie si realizza non in forza di un elemento della fattispecie, ma grazie all'interpretazione che del sintagma fornisce l'interprete. Infine, nel caso *sub d)* il sintagma permette l'apertura dell'ordinamento all'esterno perché contiene un termine o concetto valutativo.

In quest'ultimo caso, si sarebbe in presenza di clausole generali vere e proprie o "clausole generali in senso stretto".⁸⁶ Tali clausole, tuttavia, come si è già osservato, sono state ridefinite dalla

⁸¹ Così F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, 372 e ampiamente 33 ss. Sottolinea questo profilo anche C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 305. Secondo il quale il termine clausole generali è «fortemente ambiguo in quanto è usato simultaneamente e in modo indifferenziato tanto come sinonimo di norma fluida e aperta alla realtà sociale quanto come sinonimo di norma generale riassuntiva». Per questa ragione l'autore propone la formula «a vaghezza socialmente tipica o da rinvio» che rispetto agli altri termini, avrebbe il solo difetto di essere una novità.

⁸² Tale formula si deve a K. G. WURZEL, *Das Juristische Denken*, Wien, 1904, 86.

⁸³ Questa schematizzazione si deve a F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 374 e ampiamente 63 ss.

⁸⁴ Sulle clausole generali come tecnica legislativa cfr. K. ENGISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 197 ss.

⁸⁵ In questi termini, F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 374.

⁸⁶ Si veda ancora F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 87 ss.

dottrina di volta in volta con formule diverse, norme o concetti elastici, concetti valvola, norme a vaghezza socialmente tipica.

Tale differenza terminologica non deve essere considerata come un puro esercizio di stile, essa esprime invece i diversi tratti distintivi che la dottrina ha voluto mettere in evidenza con l'uso di una formula piuttosto che un'altra⁸⁷.

Nonostante la diversità di formule, sembra potersi affermare che le cd. clausole generali in senso stretto sono caratterizzate a) dal fatto di permettere un'apertura dell'ordinamento verso l'esterno; b) dal fatto che necessitano di una integrazione valutativa.

Il dinamismo che esse consentono all'ordinamento, garantendone il costante adeguamento a una realtà in continuo mutamento, non sembra infatti messo in discussione dalle diverse ricostruzioni, così come il fatto che le clausole generali sono parti di norma espressive di "concetti di valore", o, con una formula equivalente, "termini di valore". Questi sono caratterizzati da una indeterminatezza molto diversa dalla normale vaghezza delle norme e questo li distingue dai cosiddetti concetti indeterminati, vale a dire quei concetti che, rispetto alle altre norme, presentano un grado maggiore di indeterminatezza. Nel caso delle clausole generali, o come altra dottrina preferisce, dei concetti a vaghezza socialmente tipica o da rinvio, la vaghezza è *qualitativamente*, e non semplicemente *quantitativamente*, diversa. Quando il legislatore utilizza formule di questo tipo di fatto «rinuncia a determinare direttamente *i criteri per applicare una certa qualifica ai fatti* e fa implicito o esplicito rinvio a parametri variabili nel tempo e nello spazio desumibili da regole morali, sociali e del costume»⁸⁸. Per applicare la norma, l'interprete dovrà quindi individuare in via preliminare il parametro di riferimento e molto spesso sarà costretto a compiere una scelta tra una pluralità di regole di comportamento, o come altri dice, tra una pluralità di *standards* in concorrenza tra loro presenti nella stessa società.

Questa particolare indeterminatezza qualitativa non sembra venir meno se si accede alla ricostruzione che sottolinea che non sempre esse fanno riferimento a criteri esterni al diritto, ad una dimensione meta-giuridica. Secondo questa tesi, le clausole generali sarebbero al contrario costituite da «un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di

⁸⁷ Sottolinea in modo particolare tale profilo E. FABIANI, *Clausole generali*, in *Enc. dir.*, annali, (2012), 213.

⁸⁸ Così C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 303, secondo il quale la vaghezza socialmente tipica si contrapporrebbe alla vaghezza comune che si ha «nei casi ordinari, quando il richiamo alle regole e ai valori etico sociali non è necessario per l'applicabilità di un concetto all'esperienza».

applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti»⁸⁹.

In particolare, vi sarebbero almeno due tipologie di clausole generali: quelle che indicano all'interprete il "tipo" di criterio (morale o interno al diritto) utile ad individuarne il significato e quelle che invece lo lasciano libero di scegliere tra criteri interni e criteri esterni al diritto⁹⁰.

Questa impostazione rischia tuttavia di far perdere alle clausole generali la loro caratteristica di rinviare *almeno potenzialmente* a regole esterne al diritto.

Proprio per questa ragione, recentemente è stata proposta in dottrina la tesi secondo la quale «le clausole generali sarebbero quelle parti di norma, e più precisamente quegli elementi della fattispecie, espressi dai termini o sintagmi valutativi, presenti nella disposizione, qualora questi ultimi siano interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato (i cui criteri di applicazione) non sia (siano) determinabile (determinabili) se non per il tramite di parametri di giudizio-quanto meno potenzialmente desumibili da un qualche insieme di regole meta-giuridiche (di solito sociali o del costume) diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione tra loro»⁹¹.

L'indeterminatezza delle clausole generali non consentirebbe dunque «la determinazione delle condizioni per la applicazione *di tali clausole* se non ricorrendo a criteri di giudizio: 1) non direttamente esplicitati nella disposizione espressiva della clausola generale; 2) *potenzialmente* desumibili da qualche dimensione normativa metagiuridica, anche se non per forza da essa concretamente ricavati; 3) diacronicamente mutevoli; 4) in potenziale concorrenza tra loro»⁹².

Un elemento che attraversa trasversalmente i diversi tentativi di classificazione e in qualche modo li accomuna è il ruolo riservato al giudice⁹³. In tutte le ricostruzioni, il giudice rappresenta una figura centrale, anche se poi le diverse tesi si distinguono perché attribuiscono all'interprete un potere di ampiezza diversa. Secondo alcune ricostruzioni, le clausole generali dovrebbero essere interpretate come una vera e propria delega al giudice, che avrebbe il compito di creare la norma giuridica. Secondo altre, invece, anche in presenza di clausole generali, il ruolo del giudice, seppure fondamentale, non potrebbe spingersi fino ad un atto creativo della norma da applicare al caso concreto.

A prescindere dall'ampiezza del potere riconosciuto al giudice, in tutte le ricostruzioni gli *standards* svolgono una funzione chiave per quanto riguarda la concretizzazione della

⁸⁹ Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 71.

⁹⁰ In questo senso, cfr. ancora V. VELLUZZI, *op. cit.*, 65.

⁹¹ F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 98.

⁹² Così, ancora F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 98.

⁹³ Su questo profilo cfr. i contributi di A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631 ss.; A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Politica del diritto*, 1988, 655 ss.; F. ROSSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Politica del diritto*, 1988, 667 ss.

indeterminatezza della clausola generale. Lo *standard* viene utilizzato dal giudice quale criterio o parametro di giudizio. Parte della dottrina, tuttavia, sottolinea come il rapporto tra clausola generale e standard non possa risolversi in una identificazione e neppure in un mero rinvio recettizio. Gli *standards* sono «punti di vista che il giudice deve tradurre in un proprio giudizio valutativo»⁹⁴. In questa prospettiva, le clausole generali possono essere ricostruite «come tecniche di formazione giurisprudenziale della regola da applicare»⁹⁵.

Nel dibattito sulle clausole generali è ormai una costante anche l'osservazione che esse svolgono una funzione di apertura nei confronti dell'evoluzione della società non solo diacronica ma anche sincronica, permettendo di dar voce al pluralismo in essa presente.

Assumendo questa prospettiva, secondo una certa ricostruzione, anzi esse avrebbero «ormai mutato funzione, e non si *presenterebbero* come espedienti per evitare l'irrigidirsi di un complesso legislativo di fronte ad una realtà mutata, ma *rappresenterebbero* gli strumenti più adeguati a regolare una realtà dal dinamismo crescente, e quindi irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definite. Mutando funzione, esse tendono a trasformarsi da strumenti di “disordine” di un sistema tutto fondato su componenti rigide nei veri modelli ordinatori di una realtà che tende a respingere in blocco gli antichi strumenti di regolazione...»⁹⁶.

Si tratta di una ricostruzione che, ribaltando le premesse di partenza, rende evidenti i rischi di politicizzazione del sistema e di arbitrio del giudice⁹⁷ sottesi all'uso di tali sintagmi.

Alla luce di queste considerazioni, dopo avere discusso della natura e della funzione delle clausole generali, la dottrina più recente pare oggi porre l'accento sulla necessità di rendere controllabili le decisioni dei giudici quando utilizzano tali clausole per garantire quell'uniformità e quella certezza del diritto che inevitabilmente vengono «sacrificate a favore della giustizia sostanziale quando il legislatore sceglie di utilizzare una clausola generale»⁹⁸.

6. *L'utilità sociale come “clausola generale in senso stretto” con alcuni tratti caratterizzanti*

L'utilità sociale può essere considerata una clausola generale del tipo *sub d)* e dunque una “clausola generale in senso stretto”. Il sintagma utilità sociale infatti per essere compreso ha

⁹⁴ Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 10 ss. e nello stesso senso E. FABIANI, *Clausole generali*, cit., 217.

⁹⁵ Per questa ricostruzione v. ancora L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 11.

⁹⁶ S. RODOTÀ, *Diligenza* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 540.

⁹⁷ In questo senso, E. FABIANI, *Clausole generali*, cit., 247 ss.

⁹⁸ Cfr. ancora E. FABIANI, *Clausole generali*, cit., 239.

bisogno di una integrazione valutativa. Si tratta, inoltre, di una clausola generale di livello costituzionale che, anche per questa sua collocazione, oltre ai caratteri che la dottrina ha indicato come comuni alle altre clausole generali in senso stretto, presenta alcuni aspetti ulteriori.

Innanzitutto, diversamente dalle clausole generali civilistiche (buona fede, diligenza del buon padre di famiglia, giusta causa del licenziamento), l'utilità sociale è caratterizzata dal fatto che nella sua concretizzazione un ruolo fondamentale è svolto dal legislatore⁹⁹, prima ancora che dal giudice, ancorché spesso è proprio il giudice a riconoscere nella scelta legislativa il legame con l'utilità sociale¹⁰⁰.

L'importanza del legislatore nella concretizzazione della clausola è stata riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale che, sin dalle sue prime decisioni in materia, pur affermando la propria competenza a sindacare l'uso della clausola utilità sociale fatta dallo stesso¹⁰¹, ha ritenuto che ad esso solo spetti «il compito di assegnare un contenuto specifico alla formula generica»¹⁰².

A dire il vero, il giudice costituzionale ha mostrato un significativo *self-restraint* nei confronti del legislatore, non fornendo una nozione di utilità sociale, come ha fatto per esempio per il sintagma buon costume, contenuto nell'altra clausola generale di livello costituzionale.¹⁰³

Il sindacato sull'utilità sociale di una legge, inoltre, è stato condotto con uno schema simile al controllo di ragionevolezza delle leggi.¹⁰⁴ La Corte ha chiarito, infatti, sin dalle prime sentenze in materia, e costantemente ribadito in seguito, che «nei casi in cui le leggi apportino limitazioni ai diritti di libertà economica, essa ha certamente il potere di giudicare in merito alla utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere su quei diritti. Ma tale potere concerne

⁹⁹ Per queste considerazioni v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 127 e A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 604. Secondo quest'ultimo, in particolare, «la disposizione appresta un criterio generico la cui determinazione specificamente normativa spetta innanzi tutto agli organi costituzionali, i cui poteri partecipano alla definizione dell'indirizzo politico, e poi ai soggetti privati, in quanto titolari di posizioni di autonomia, ed ai giudici di "merito", che sindacano la liceità dei loro comportamenti e delle loro manifestazioni di volontà».

¹⁰⁰ Ciò accade ad esempio in quei casi in cui il giudice offre una interpretazione conforme a Costituzione della disposizione che si trova ad applicare, così come ormai è richiesto dalla giurisprudenza costituzionale. Sull'interpretazione conforme a Costituzione si veda F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2010 e M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, *Enc. dir.*, IX (2016), 391 ss.

¹⁰¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 14 del 1964. Su questa importante decisione v. il commento di L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sulla "utilità" delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1964, 144 ss.

¹⁰² Cfr. le osservazioni di T. MARTINES, *Concetti indeterminati e attività interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV. *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 177.

¹⁰³ In questo senso cfr. F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 301 ss.

¹⁰⁴ Per questo rilievo, M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 135 ss.

solo gli aspetti logici del problema e cioè la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo»¹⁰⁵

La posizione del giudice costituzionale in ordine alla necessità della *interpositio legislatoris* discende dal fatto che si tratta di una clausola generale prevista in Costituzione e come tale appare rivolta in primo luogo al legislatore, ma anche dalla ricostruzione che la Corte, sin dalle sue prime pronunce, ha dato dell'art. 41 Cost. Tale articolo è stato letto in modo unitario e così la riserva relativa di legge prevista nel terzo comma è stata ritenuta sussistere implicitamente anche rispetto a tutti i limiti previsti dal secondo comma¹⁰⁶. Tali limiti non avrebbero effetto se non dopo il necessario intervento del legislatore.

Dopo aver esaminato le caratteristiche formali della nozione di utilità sociale alla luce della dottrina delle clausole generali, è opportuno tornare al significato che questa nozione ha avuto nei lavori preparatori in Assemblea Costituente. L'indagine sulle clausole generali ha messo in luce un aspetto cruciale della tecnica interpretativa appropriata per questo concetto. Abbiamo sostenuto che la peculiare indeterminatezza dell'utilità sociale richiede che la sua concretizzazione avvenga non solo attraverso principi giuridici, ma anche attraverso *standards* o regole valutative extragiuridiche che cambiano nel tempo e che sono potenzialmente in conflitto fra loro. Questa impostazione consente di circoscrivere le regole di formazione del significato di questo sintagma, differenziandole da quelle che riguardano altri principi o norme indeterminate e offre quindi una guida indispensabile all'interprete. Tuttavia, essa non consente ancora di distinguere queste regole da quelle utilizzate per l'interpretazione di altre clausole di rango costituzionale, come ad esempio il buon costume. Il problema può essere risolto attraverso la seconda indagine svolta in questo capitolo, che ha riguardato il significato di utilità sociale che emerge nei lavori della Terza Sottocommissione e nelle sedute dell'Assemblea plenaria dedicate ai rapporti economici, interpretato sullo sfondo della riflessione filosofica del Settecento. Come abbiamo mostrato nelle pagine precedenti, secondo l'opinione condivisa dei Costituenti questa nozione doveva permettere non soltanto la costruzione di norme volte a scoraggiare l'accentramento della domanda o dell'offerta di un bene o di un servizio nelle mani di un solo venditore o di un solo compratore, ma

¹⁰⁵ Si veda Corte cost., sentenza n. 137 del 1971. Si sofferma, invece, sull'importanza del ruolo della Corte costituzionale Baldassarre che sottolinea come «il sindacato di costituzionalità sugli atti legislativi disciplinanti lo svolgimento delle iniziative economiche private sotto il profilo della loro violazione del criterio dell'«utilità sociale» è un esempio tipico del potere riconosciuto alla Corte di definire i tratti specifici del parametro del giudizio di sua competenza». Si veda A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica*, cit., 605.

¹⁰⁶ Ritengono che esista una riserva di legge implicita in Costituzione A. M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958, 361; S. FOIS, *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1958, 23.

In senso contrario v. invece C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss. e A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., 606.

doveva soprattutto limitare la libertà di intrapresa economica ogni volta che questa avesse determinato situazioni che potevano ostacolare il miglioramento delle condizioni economiche e spirituali di tutti i cittadini, e in particolare dei più svantaggiati. Dall'esame dei lavori preparatori della nascente Costituzione affiora dunque un secondo profilo ermeneutico rilevante per la concretizzazione dell'utilità sociale. Il sintagma deve essere interpretato sullo sfondo di un preciso *standard* giuridico che riguarda il progetto di trasformazione della società, le cui linee generali sono indicate nell'art. 3, comma 2, Cost. Ciò significa che la norma ricavabile dall'utilità sociale dovrà non soltanto evitare il contrasto con le altre norme della Costituzione, ma dovrà anche per così dire essere lo strumento attraverso il quale le libertà economiche si dispiegano in armonia con quel progetto trasformativo.

La congiunzione dei due criteri per l'attribuzione di significato al sintagma in parola permette quindi, da una parte, di sottolineare la sua capacità di aprirsi ai contenuti della mutevole realtà sociale, dall'altra, a mantenere inalterato il suo nucleo semantico costitutivo. Il primo criterio mette in evidenza le somiglianze di famiglia con la clausola del buon costume. Il secondo, invece, marca la discontinuità con quest'ultima poiché l'apertura al futuro dell'utilità sociale non potrà tradire il suo collegamento primigenio con la vocazione sociale della Costituzione. In questo senso, l'articolo 3, comma 2, Cost. non è soltanto un limite negativo ai possibili significati ascrivibili all'utilità sociale, ma è anche l'ineludibile orizzonte di senso dal quale ricavare i suoi significati ammissibili.

7. Alla ricerca della nozione di utilità sociale

Si tratta di una questione diversa, seppur strettamente connessa a quelle della struttura e della funzione svolte dalla clausola utilità sociale¹⁰⁷. La formula non appare infatti «inconoscibile»¹⁰⁸ o tanto vaga da non avere alcun significato o peggio, come è stato detto sarcasticamente, «da rappresentare un augurio che in avvenire si riesca a scoprirne il significato»¹⁰⁹.

In dottrina, tale sintagma è stato inteso in modi diversi, «ravvisandosi in esso ora l'esigenza di raggiungere i massimi livelli di occupazione, attraverso una lettura proposta da Mortati che

¹⁰⁷ La norma che si richiama all'utilità sociale ha un senso già per il "modo" in cui è formulata, oltre che per i contenuti in cui si esprime e per i comportamenti che impone e nei quali aspira ad inverarsi. Per queste riflessioni, vedi M. LUCIANI che formula queste domande in apertura del noto lavoro su *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 78.

¹⁰⁸ In questi termini, M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 153.

¹⁰⁹ Così si espresse polemicamente Einaudi in Att. ass. cost., vol. IV., 3938.

congiungeva in maniera sistematica l'art. 41 all'art. 4 Cost, ora il "recupero" della nozione utilitaristica di Bentham secondo cui essa corrisponderebbe alla "maggior quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini"¹¹⁰ che, secondo un'altra prospettiva, dovrebbe comunque essere inteso come il "benessere economico e collettivo" quale "progresso materiale di tutti in condizioni di eguaglianza"¹¹¹.

Secondo questa ricostruzione, in particolare, non ci sarebbe distinzione tra le diverse formule "utilità sociale", "fini sociali", "funzione sociale", "utilità generale", presenti rispettivamente negli articoli, 41, secondo e terzo comma, 42 e 43 Cost. Di tutte le clausole generali inserite nella cd. Costituzione economica dovrebbe darsi una lettura unitaria¹¹².

L'interpretazione che, tuttavia, sembra aver trovato il maggiore seguito è quella che ricostruisce l'utilità sociale insieme come un principio valvola e come un concetto di valore¹¹³. Essa rappresenta inoltre un limite all'iniziativa privata, ma anche la sua garanzia, in quanto tale libertà non può essere limitata dallo Stato se non per garantire l'"utilità sociale"¹¹⁴.

Secondo questa tesi, l'utilità sociale permetterebbe un'apertura al nuovo che, le deriva dalla sua natura di principio valvola, che tuttavia non impedirebbe di identificarne un contenuto di valore. La qualificazione della utilità come "sociale" esprime infatti il riferimento all'interesse della società nel suo complesso che non equivale all'interesse pubblico, come interesse che fa capo allo Stato persona¹¹⁵, ma nemmeno all'interesse delle categorie più svantaggiate, a meno che «la "crescita" di quelle categorie non comporti la parallela "crescita" della società nel suo complesso».¹¹⁶

¹¹⁰ Ricorda tale aspetto R. NIRO, *Art. 41*, cit., 854.

¹¹¹ Per questa posizione cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 204 ss. e V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nella Costituzione*, Napoli, 1959, 242.

¹¹² In questo senso ancora, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 210.

¹¹³ Così M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 117 ss. Luciani, mutuando tale formula da Wurzl, preferisce definire l'utilità sociale come un principio valvola piuttosto che come una clausola generale, rilevando tuttavia che tra le due categorie non vi è una sostanziale differenza. Anche se secondo la sua ricostruzione la qualifica di clausola generale andrebbe riservata «a quella disposizione che sia (per la sua natura e/o per la fonte che la prevede) atta all'immediata applicazione nei rapporti interprivati. 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 stesse caratteristiche delle clausole generali, quasi a segnarne lo stacco dall'altra più tradizionale categoria» cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., 82 nt. 12.

Ritiene l'utilità sociale un principio valvola anche Baldassarre e la definisce come «una formula riassuntiva dei bisogni della comunità». Vedi A. BALDASSARRE, *Iniziativa*, cit., 603.

¹¹⁴ Su questo profilo, v. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 45 ss.

¹¹⁵ Secondo M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 126, l'equazione interesse pubblico-interesse sociale sarebbe del resto esclusa sulla base della considerazione che l'attività economica pubblica può essere assoggettata a controlli e programmi per raggiungere fini sociali e dunque «il semplice fatto di esserci» non rappresenta un «sicuro mezzo per il raggiungimento dei fini sociali di cui ivi si parla».

¹¹⁶ Cfr. ancora M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 127.

Questa ricostruzione si basa sul fatto che l'articolo 41 Cost. gode di un collegamento strettissimo con l'art. 3, secondo comma, Cost., il cui progetto di trasformazione della società si può realizzare solo nella misura in cui ne sussistano le condizioni economiche. Alla luce di questo collegamento, sarà socialmente utile qualsiasi intervento nell'economia che permetta di realizzare gli interessi culturali, sociali, politici e senz'altro economici, ma non solo economici. Tali interessi, infatti, devono essere considerati un obiettivo solo strumentale e dunque devono essere ritenuti recessivi rispetto agli altri indicati nell'art. 3 Cost. e nelle altre disposizioni costituzionali¹¹⁷. In questa prospettiva, da un lato, «l'utilità sociale, non potrà mai coincidere con l'interesse di tutti, ma solo con quello di coloro che di volta in volta [...] saranno titolari di interessi coincidenti con quelli complessivi della trasformazione» e, dall'altro, che muteranno gli strumenti e cosa sarà di utilità sociale, ma sarà sempre possibile dire *a priori* «per cosa devono essere utili le incidenze sulla produzione»¹¹⁸.

8. *Un apparente paradosso*

Le analisi che precedono mostrano come l'utilità sociale non si sovrapponga agli altri limiti negativi previsti nel secondo comma, pur partecipando della stessa natura. L'utilità sociale come la dignità, la sicurezza, la libertà è una formula ampia a tutela della persona che non appare riducibile esclusivamente al “benessere economico della collettività”.

Questa lettura dal punto di vista teorico consente di evidenziare un'altra caratteristica propria dell'utilità sociale quale clausola generale in senso stretto.

L'utilità sociale, diversamente dall'altra clausola generale per antonomasia di livello costituzionale, il buon costume, non sembra possa essere definita solo facendo ricorso a *standards* extra-giuridici. Ciò non significa, tuttavia, che essa possa essere individuata, coerentemente con una recente attenta ricostruzione delle clausole generali, ricorrendo semplicemente ad altre norme dello stesso ordinamento giuridico, ma piuttosto che, per comprendere in cosa si sostanzia il sintagma utilità sociale, bisogna inserire la formula all'interno del complesso disegno costituzionale.

Si potrebbe sostenere tuttavia che questa stessa operazione ermeneutica debba essere svolta dall'interprete ogni qualvolta è chiamato a scegliere tra i diversi *standards* che, per essere utilizzati, non devono porsi in contrasto, in primo luogo, con le norme costituzionali. Tuttavia, per definire l'

¹¹⁷ Così, M. LUCIANI, *op cit.*, 131.

¹¹⁸ Così, M. LUCIANI, *ibidem*.

utilità sociale, le altre norme costituzionali non sembrano operare da limite negativo nel guidare la scelta dell'interprete tra diversi *standards* in concorrenza tra loro, come la dottrina ha da tempo rilevato rispetto alle altre clausole generali, ma piuttosto come direttrice positiva.

Si potrebbe sostenere insomma che l'utilità sociale sia una clausola generale in senso stretto di tipo particolare, perché nonostante essa espliciti indubbiamente come le altre clausole generali una funzione di apertura dell'ordinamento verso l'esterno e muti il suo significato con il passare del tempo, tuttavia essa manterrebbe inalterato un sorta di nucleo indefettibile o primigenio, o forse più correttamente un ineliminabile orizzonte di senso, che le deriva dall'essere il frutto di una scelta forte da parte dei costituenti.

Sotto questo profilo, insomma l'utilità sociale non può essere perfettamente riconducibile ad una clausola generale o a una norma a vaghezza socialmente tipica, per usare l'espressione di Luzzati, il cui contenuto varia con il passare del tempo in considerazione del fatto che, nel periodo trascorso tra una valutazione e l'altra, le valutazioni del costume e della morale collettiva a cui il sintagma fa riferimento sono cambiate.

Questo rilievo sembra rendere l'utilità sociale una clausola parzialmente diversa dalle altre, e sembra rappresentare un apparente paradosso, l'utilità sociale è infatti una clausola generale che permette un'apertura verso il futuro, rimanendo con i piedi saldamente ancorati nel passato.

Capitolo secondo

L'UTILITÀ SOCIALE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. I Caratteri della prima fase del sindacato operato dalla Corte (1957-1989); 2. Utilità sociale e tutela della salute; 3. Utilità sociale e tutela del lavoro; 4. Utilità sociale, dignità sociale e art. 3 della Costituzione; 5. L'utilità sociale al di fuori della Costituzione; 6. La tutela della concorrenza. Primi cenni di una complessa vicenda; 7. La riserva di legge relativa implicita nel secondo comma dell'art. 41 Cost.; 8 Il controllo sulla congruità dei mezzi con i fini; 9. Conclusioni: l'utilità sociale nella prima fase della giurisprudenza costituzionale;

1. I caratteri della prima fase del sindacato operato dalla Corte (1957-1989)

A partire dalle sue prime sentenze che hanno come parametro l'articolo 41 Cost., la Corte inaugura quello che diventerà un indirizzo costante della sua giurisprudenza. Secondo il giudice delle leggi, le disposizioni contenute nel 41 non contengono una «generica dichiarazione della libertà d'iniziativa economica privata», ma costituiscono invece un complesso normativo che circoscrive il diritto indicato, poiché «a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle *superiori esigenze della comunità statale*»¹¹⁹. La Corte ritiene che la libertà di iniziativa economica privata non può in alcun modo escludere l'intervento del legislatore, al contrario esso è necessario affinché siano realizzate nei modi più opportuni «le finalità alle quali la norma costituzionale ha inteso indirizzarla»¹²⁰. Tali finalità vanno «considerate nel loro insieme» e cioè «coordinate fra loro» in modo che la libertà di iniziativa economica privata «si sviluppi in armonia con tutte le fondamentali esigenze espresse nel contesto dello stesso articolo 41»¹²¹.

¹¹⁹ Sul punto, vedi la sentenza n. 35 del 1959, nella parte in cui sottolinea che «Il difetto essenziale di una tale impostazione è appunto nel considerare isolatamente la norma del primo comma dell'art. 41, senza ricollegarla agli altri due commi, coi quali costituisce un tutto unitario e dove è previsto che la legge ordinaria possa, a tutela degli interessi della società, regolare e disciplinare con opportune limitazioni il principio della libera iniziativa economica privata, genericamente dichiarato nel primo comma». Vedi anche la sentenza n. 11 del 1960.

¹²⁰ Si veda la sentenza n. 111 del 1974.

¹²¹ *Ibidem*.

Come già queste brevi osservazioni lasciano intendere e come è stato sostenuto da una autorevole dottrina, la giurisprudenza costituzionale interpreta l'articolo 41 Cost. come un sistema di norme che esprime quella concezione dei rapporti fra Stato e mercato che va sotto il nome di economia mista e che prevede a vari livelli l'intervento pubblico nell'economia. Una tale classificazione, per quanto efficace ad escludere alcune interpretazioni più radicali della costituzione economica, è tuttavia ancora troppo vaga per svolgere una reale funzione esplicativa, lasciando irrisolte importanti questioni. Vi sono infatti almeno due possibili interpretazioni del concetto di economia mista nella nostra Costituzione repubblicana.

Da una parte, secondo la cosiddetta impostazione "democratico sociale", il nostro disegno costituzionale prevede un intervento pubblico nell'economia che ha il fine di realizzare il programma di trasformazione della società disegnato dall'articolo 3, comma 2, Cost.¹²². Secondo questo filone, la cosiddetta "costituzione economica" non identifica quell'insieme di disposizioni che esprimono i valori più profondi dell'assetto costituzionale né, secondo una lettura meno radicale, fa riferimento ad una parte separata della Costituzione che è regolata da principi autonomi. Al contrario, la lettura "democratico sociale" sostiene che la "costituzione economica" comprende quell'insieme di articoli che trattano del modo in cui la Costituzione entra in relazione con il tema dell'economia. Una modalità che può essere correttamente compresa solo attraverso una interpretazione sistematica dei principi fondamentali che riguardano il dettato costituzionale nella sua dimensione di valore.

Dall'altra parte, in contrasto con questa interpretazione, c'è invece chi ritiene che l'"economica mista" cui rinvia la nostra Costituzione debba essere identificata con una dottrina che autorizza soltanto quelle forme di intervento pubblico sul mercato che si mantengono entro certi limiti minimi¹²³. Secondo questo filone, che si richiama ai principi espressi dalle correnti neoliberali o ordoliberali, il «potere pubblico di coordinare e indirizzare l'attività economica» a fini sociali non può essere perseguito al di fuori del sistema normativo dell'economica di mercato, cioè nel rispetto

¹²² Sull'art. 3, comma 2, Cost. la dottrina è amplissima. Si veda almeno U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 3, 2° comma. Il principio d'uguaglianza sostanziale*, in *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali. ARTT. 1-12*, BOLOGNA, 1975; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, 1984; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; A. GIORGIS, *Art. 3, 2° co., Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I, Torino, 2006; M. DOGLIANI – C. GIORGI, *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma, 2017.

¹²³ Si veda G. BOGNETTI G., *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *La costituzione economica*, Atti del convegno di Ferrara dell'11-12 ottobre 1991, Padova, 1997, 74, 84 ss; G. GUARINO, 1997, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *La costituzione economica*, Atti del convegno di Ferrara cit., p. 24. Vedi O. CHESSA, *op. cit.*, 13 ss., anche per la ricostruzione lucida e lineare di questo dibattito.

del principio della tutela della concorrenza e in modo compatibile con una gestione sana della finanza pubblica e con una «politica monetaria» organizzata in funzione della stabilità dei prezzi¹²⁴.

Il primo filone tende ad attribuire grande importanza alle clausole generali “utilità sociale” (art. 41, comma 2, Cost.), “fini sociali” (art. 41, comma 3, Cost.) e “funzione sociale” (art. 42, comma 2, Cost.) presenti nel Titolo III e le interpreta alla luce di un quadro che fa riferimento in modo essenziale all’art. 3, comma 2, Cost. In questa ottica, svolgono una funzione decisiva sia il fatto che la nostra Costituzione prevede l’esistenza della proprietà pubblica oltre che quella privata sia la circostanza che il dettato costituzionale sottopone l’iniziativa economica privata a limiti positivi e negativi anche attraverso programmi e controlli che mirano a redistribuire la ricchezza e le opportunità nella società. Il secondo filone tende invece a ridimensionare il ruolo svolto da queste clausole e a trascurare la funzione guida dell’articolo 3, comma 2, Cost., assegnando invece grande rilievo alle disposizioni contenute negli articoli 47 e 81 Cost.¹²⁵. Le letture che si ispirano alle dottrine liberali o ordoliberali muovono infatti dalla assunzione che la tutela del risparmio, garantita espressamente dall’articolo 47 Cost., imponga un limite quantitativo al legislatore affinché le politiche monetarie siano caratterizzate da un tasso d’inflazione assai ridotto. In modo analogo, questa lettura sostiene che dalle disposizioni contenute nell’art. 81 Cost., già prima della riforma del 2012, si possa dedurre l’esistenza di un vincolo che esige la presenza di «disavanzi molto contenuti sul bilancio dello Stato»¹²⁶.

In questo capitolo si intende rileggere la giurisprudenza costituzionale sull’art. 41 Cost. sullo sfondo di queste due diverse concezioni dell’economia mista. Si vuole cioè verificare se e in che misura i due filoni siano presenti nelle pronunce del giudice costituzionale e se, eventualmente, una delle due linee abbia prevalso sull’altra.

Si tratta, come abbiamo già messo in luce nel capitolo precedente, di una clausola generale di non facile interpretazione. In una prima fase, la Corte tende a ricondurla a interessi costituzionalmente garantiti, sebbene non manchino pronunce nelle quali il suo significato viene ricostruito facendo riferimento a finalità che non sono esplicitamente espresse nella Costituzione. In questa prima fase della giurisprudenza costituzionale, la Corte avverte una forte esigenza di legittimare il suo ruolo nascente, in modo particolare quando è chiamata a giudicare su atti nei quali più marcata è la cesura con i valori liberali del precedente Statuto Albertino. Il giudice delle leggi ritiene che altri interessi costituzionali possano legittimamente comprimere le libertà economiche in quanto siano riconducibili all’ “utilità sociale”, cioè a quel limite che è stato espressamente stabilito

¹²⁴Si veda G. BOGNETTI, *op. cit.*, 75 ss., Vedi O. CHESSA, *ibidem*.

¹²⁵Si veda O. CHESSA, *op. cit.*, 14 ss. e G. BOGNETTI, *ibidem*.

¹²⁶Si veda O. CHESSA, *op. cit.*, 15.

nell'articolo 41 Cost. e la cui area semantica è sufficientemente ampia da ricomprendere in sé la loro tutela.

L'utilità sociale svolge dunque un ruolo preminente rispetto agli altri limiti presenti nel secondo comma dell'art. 41 Cost. Una presenza costante che, a volte, può essere anche spiegata da una ben precisa scelta della Corte che, forzando un'interpretazione letterale che avrebbe dovuto distinguere i limiti del secondo da quelli del terzo comma, tende invece ad unificarli. L'utilità sociale costituisce infatti, assieme alla sicurezza e alla dignità, uno dei limiti negativi all'iniziativa economica sanciti esplicitamente dal secondo comma. Tuttavia, almeno fino agli anni Ottanta del secolo scorso, la giurisprudenza costituzionale finisce spesso per sovrapporre questo vincolo, a volte implicitamente a volte in modo esplicito, con il limite positivo dei "fini sociali", contenuto nel terzo comma¹²⁷. Pertanto non è raro trovare sentenze nelle quali l'utilità sociale, in modo alquanto eterodosso, viene interpretata come un limite positivo che giustifica programmi volti a indirizzare l'impresa privata.

In entrambi i casi, cioè sia che venga letta come limite negativo sia che venga interpretata come limite positivo, l'utilità sociale, almeno in questa prima fase, è caratterizzata da alcune costanti.

In primo luogo, l'iniziativa economica privata può essere limitata non soltanto quando è causalmente connessa con la produzione di beni di prima necessità, ma anche quando riguarda beni voluttuari prodotti da un gruppo ristretto di operatori economici. A giudizio della Corte, anche una produzione relativa a beni che non sono oggetto di largo consumo «può avere apprezzabili riflessi sull'economia generale e assumere quel carattere, più o meno intenso, di socialità che è idoneo a giustificare l'intervento direttivo e coordinatore della legge»¹²⁸. Coerentemente con questo orientamento, la Corte ritiene che rientri nei poteri conferiti al legislatore dal secondo comma dell'art. 41 Cost. la «riduzione ad equità dei rapporti che appaiono sperequati a danno dei più deboli»¹²⁹. Il carattere particolare di una categoria economica considerata dalla legge «non è, in linea di principio, sufficiente a escludere che venga perseguita una finalità sociale»¹³⁰. Fin dalle prime decisioni degli anni Sessanta del secolo scorso, l'utilità sociale non è dunque necessariamente l'utilità di tutti i componenti della comunità, ma può riguardare anche la protezione di interessi particolari, a patto però che questi siano riconducibili ai soggetti più deboli. Interessi questi che la

¹²⁷ Si veda, fra le altre, la sentenza n. 54 del 1962, nella quale, in relazione alla norma impugnata il giudice asserisce «in questa sua letterale formulazione, la questione si presenta impostata in relazione al primo comma dell'art. 41. Il quale, invece, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va considerato nel suo complesso, vale a dire con l'indispensabile riferimento agli altri due commi».

¹²⁸ Si veda, ad esempio, la sentenza n. 54 del 1962.

¹²⁹ Si vedano, ad esempio, le sentenze n. 7 del 1962 e n. 30 del 1965.

¹³⁰ Vedi, la sentenza n. 30 del 1965.

Costituzione considera attinenti «alla ordinata vita della collettività e, quindi, di carattere generale¹³¹».

In secondo luogo, in contrasto con quanto sembra richiesto in molte ordinanze di remissione, il giudice costituzionale non ritiene sia necessario che il legislatore preveda espressamente che la limitazione sia dettata a fini di utilità sociale. Più precisamente, non è necessario che tale sintagma sia presente nelle disposizioni impugnate. Importante è che questo fine sia implicito nella disciplina, che deve mostrare «chiaramente gli intendimenti e gli scopi, ai quali vuole rispondere, e i mezzi che vuole adoperare» (sentenza n. 14 del 1964). Ciò vale non solo per l'utilità come limite negativo all'iniziativa economica, ma anche per i fini sociali che giustificano programmi e controlli che indirizzano settori particolari dell'economia. Sebbene sia incerto se la presenza di una di queste clausole nelle previsioni legislative sia una condizione sufficiente perché il giudice costituzionale consideri le norme come socialmente utili, è fuor di dubbio che la loro presenza non sia una condizione necessaria, poiché la loro assenza non equivale, a giudizio del giudice costituzionale, ad una prova che la norma sottoposta allo scrutinio di legittimità non sia conforme all'utilità sociale.

In terzo luogo, come già ricordato, l'art. 41 Cost. viene interpretato dal giudice costituzionale come un complesso di norme. Questo orientamento si manifesta non soltanto nella inclinazione a non operare una netta distinzione fra limiti negativi e positivi, ma anche nella tendenza, logicamente connessa alla prima, ad estendere la riserva di legge relativa, espressamente prevista nel terzo comma, anche al secondo.

Infine, la Corte, inaugurando un indirizzo che in realtà rimane costante fino ai nostri giorni, ritiene di doversi imporre dei limiti rispetto alla valutazione del significato di utilità sociale introdotto di volta in volta dal legislatore. Secondo questa ultima caratteristica della sua giurisprudenza, il giudice costituzionale riserva infatti per sé un controllo che riguarda esclusivamente la valutazione della relazione logica fra i mezzi e i fini delle disposizioni impugnate, rinunciando programmaticamente a un sindacato più penetrante, che avrebbe potuto investire gli stessi fini sociali della disciplina normativa censurata.

Seguendo questa impostazione, per poter affermare che una norma non è conforme all'utilità sociale o non risponda a fini di utilità generale ai sensi dell'art. 41 Cost., la Corte ritiene di dover esclusivamente appurare se il legislatore non abbia compiuto «nessuna» valutazione di tali fini o dei mezzi per raggiungerli oppure se questa valutazione sia stata viziata da «criteri illogici, arbitrari o contraddittori» (sentenza n. 14 del 1964). In altri casi, il vizio di legittimità dipende dall'accertamento che la disposizione o la legge abbia «predisposto mezzi assolutamente inadeguati o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire» o ancora che gli organi legislativi abbiano

¹³¹*Ibidem.*

utilizzato la legge per «realizzare una finalità diversa da quella di utilità generale» che la norma costituzionale indica¹³². La Corte riserva dunque per sé un sindacato che può essere ricondotto a quello per linee esterne volto a garantire lo spazio di discrezionalità del legislatore.¹³³

Nelle pagine seguenti esamineremo le sentenze fino agli anni Ottanta del secolo scorso che contengono il sintagma utilità sociale. In questo modo intendiamo giustificare l'ipotesi che sia sensato parlare di una prima fase della giurisprudenza costituzionale che ha le caratteristiche appena enunciate. Intendiamo cioè mostrare che la classificazione offerta non sia una stipulazione arbitraria, ma risponda ad una esigenza obbiettiva e abbia quindi una sua capacità esplicativa.

2. Utilità sociale e tutela della salute

Per ciò che attiene all'impostazione generale della Corte rispetto al rapporto fra la libertà di iniziativa economica e il limite dell'utilità sociale, è senza dubbio vero che fin dalle prime sentenze questo sintagma è considerato come una clausola generale che ha una notevole capacità attrattiva tale da renderla particolarmente idonea ad accogliere altri interessi costituzionali, quali ad esempio la tutela della salute, il diritto ad un'equa retribuzione e al riposo settimanale, il rispetto del benessere della famiglia del lavoratore, la tutela del contraente più debole.

Questa interpretazione dell'utilità sociale è chiarissima fin dalla prima decisione in cui la Corte è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di disposizioni che il giudice remittente ritiene in contrasto con l'art. 41 Cost. Nella storica sentenza n. 29 del 1957, infatti, con cui è stata risolta la questione di legittimità costituzionale di una disposizione della legge 7 novembre 1952 che imponeva ai farmacisti il divieto di vendere al pubblico specialità medicinali al prezzo diverso da quello segnato sull'etichetta, il giudice delle leggi riconduce l'utilità sociale all'interesse per la salute dei cittadini. Secondo la sua ricostruzione la disposizione censurata ha due scopi: tutelare i cittadini da possibili «speculazioni che potrebbero verificarsi in casi di emergenza dovuti alla scarsità di medicinali» ed evitare «inconvenienti legati al regime di libera concorrenza», quali ad esempio, il «ribasso dei prezzi causato dalla preparazione dei medicinali con materie prime meno

¹³²*Ibidem.*

¹³³Questo tipo di controllo e più in generale il principio di ragionevolezza è stato ampiamente indagato in dottrina. Si veda in particolare, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1 ss.; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, 1997, 341 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016.

costose». Lasciando sullo sfondo il primo, il giudice costituzionale costruisce la sua motivazione soltanto sul secondo fine. A giudizio della Corte sarebbe proprio la protezione del cittadino da possibili speculazioni che potrebbero arrecare danno alla sua salute a rendere la limitazione della libertà economica del farmacista pienamente giustificata alla luce dell'art. 41 Cost. «A tale libertà – afferma il giudice costituzionale – la Costituzione pone il limite del pubblico interesse, in quanto l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, intesa come conseguimento del bene comune». Nel caso di specie, tale bene è fatto coincidere con la produzione di farmaci non contraffatti che non hanno effetti nocivi sui pazienti, cioè con il bene della salute quale «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», garantito dall'art. 32 Cost.

In altre decisioni, l'utilità sociale come tutela della salute giustifica la compressione della libertà di iniziativa economica fino al punto da legittimare lo Stato a «riservare o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo», ad «enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali» (art. 43 Cost.). Con la sentenza n. 11 del 1960, ad esempio, la Corte giudica pienamente rispondente all'«utilità sociale» o «generale» la legge 16 giugno 1938, n. 851, la quale attribuisce a certi enti pubblici (Comuni o consorzi di Comuni) la facoltà di istituire centrali con esclusiva per la vendita del latte. Osserva infatti la Corte che «le centrali hanno il compito di preparare un alimento di largo consumo; la pastorizzazione e la distribuzione del latte è un servizio pubblico con i caratteri di servizio essenziale di preminente interesse generale; il diritto esclusivo di vendita concesso alle centrali è un mezzo di protezione di un interesse igienico-sanitario pubblico» e pertanto tale esclusiva «risponde ai fini di utilità sociale generale». In questo caso, la norma parametro dell'art. 41 Cost. viene completamente riassorbita in quella dell'art. 43 Cost., poiché l'utilità sociale, quale limite negativo all'iniziativa economica privata, tende a sovrapporsi all' «utilità generale», considerata come limite positivo che attribuisce ai comuni la facoltà di istituire centrali del latte.

La successiva sentenza n. 21 del 1964, sviluppa la connessione fra la salute pubblica e l'utilità sociale aggiungendo un ulteriore profilo significativo, che riguarda il rispetto della Corte per la discrezionalità del legislatore. Questa è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 11 febbraio 1952, n. 63, che stabilisce il divieto di lavoro notturno dei fornai. Il giudice costituzionale ritiene che la disposizione censurata sia pienamente rispondente a ragioni di utilità sociale, che emergono con chiarezza dall'esame dei lavori preparatori, dove risulta che la legge è ispirata a finalità di ordine sanitario. La disciplina si proponeva infatti di «assicurare una tutela sanitaria alle persone addette alla panificazione e di apprestare una tutela igienica per un prodotto alimentare di largo consumo» come il pane. Ancora una volta, la Corte richiama espressamente nella sua motivazione l'articolo 32 Cost., confermando in questo modo come ragioni

di utilità sociale legittimino la compressione della libertà economica quando siano riconducibili ad interessi costituzionalmente garantiti. In particolare, l'utilità sociale è ora identificata con il bene salute in campo a soggetti diversi, cioè i panificatori e i consumatori.

Fatta questa ricostruzione, sulla base della quale la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni impugnate è dichiarata non fondata, la decisione si sarebbe potuta certamente concludere. Il giudice costituzionale aggiunge tuttavia una importante precisazione. L'osservazione riguarda la veridicità delle premesse fattuali a partire dalle quali il legislatore ha vietato il lavoro notturno dei panificatori. Si potrebbe infatti dubitare se, passati tanti anni dall'approvazione della legge, in alcuni casi particolari e «sulla base delle nuove acquisizioni della scienza e della tecnica», gli «organi addetti alla vigilanza» non si siano nel frattempo dotati di strumenti in grado di controllare, anche nelle ore notturne, le condizioni igieniche degli stabilimenti e la buona qualità degli ingredienti. La conclusione è che ammesso che ciò si sia verificato, questa circostanza riguarderebbe soltanto una minoranza degli stabilimenti di panificazioni e ciò non è sufficiente a far dubitare della «ragionevolezza» della norma impugnata.

La Corte esplicita dunque un'ulteriore linea argomentativa per salvare la norma. Una ragione che chiama in causa il profilo dimensionale del mutamento della situazione originaria. Anche se le nuove acquisizioni della tecnica potrebbero giustificare in casi particolari, come quello rappresentato da impianti di panificazione molto grandi e ben attrezzati, deroghe alla disciplina considerata, tuttavia ciò non è sufficiente a far ritenere «irragionevoli» le norme impugnate, poiché il sindacato di ragionevolezza riguarda il rapporto fra mezzi e fini nella situazione generale, cioè la maggioranza dei casi, e non in quella particolare. Come vedremo più avanti, si tratta di un indirizzo che rimarrà costante fino agli anni Settanta del secolo scorso.

3. Utilità sociale e tutela del lavoro

Oltre che per qualificare l'interesse costituzionale per la salute, la clausola utilità sociale è utilizzata per caratterizzare differenti misure legislative indirizzate alla tutela del lavoro. Prima di esaminare le sentenze in cui la Corte rende esplicita questa ulteriore relazione semantica, è opportuno prendere in considerazione sia pur brevemente alcuni aspetti generali del significato complessivo del lavoro nella Costituzione.

Un primo elemento da sottolineare è senza dubbio il rilievo che il lavoro ha nella Carta costituzionale, non solo perché è posto a fondamento della nostra Repubblica democratica nell'art.

1 Cost., ma anche perché il lemma «lavoro», e quelli ad esso riconducibili, ricorrono in un numero consistente di commi (ben 23)¹³⁴. Questo dato, se da un lato mette in luce l'inevitabile carattere pluridimensionale del principio materiale lavorista¹³⁵, volto a indirizzare in vari modi l'azione dei pubblici poteri e a determinare così la struttura complessiva dello Stato¹³⁶, dall'altro ha finito per orientare la dottrina all'esame dei significati delle diverse manifestazioni del lavoro lasciando sullo

¹³⁴ Oltre nell'art. 1, comma 1, Cost. «L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro», il lavoro compare nei seguenti articoli: art. 3, comma 2, Cost. «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»; art. 4, comma 1, Cost. «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto»; art. 35, comma 1, Cost. «La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni»; art. 35, comma 2, Cost. «[La Repubblica] Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori»; art. 35, comma 3, Cost. «[La Repubblica] Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro»; art. 35, comma 4, Cost. «[La Repubblica] riconosce la libertà di emigrazione salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero»; art. 36, comma 1, Cost. «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa»; art. 36, comma 2, Cost. «La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge»; art. 36, comma 3, Cost. «Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi»; art. 37, comma 1, Cost. «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione»; art. 37, comma 2, Cost. «La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato»; art. 37, comma 3, Cost. «La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione»; art. 38, comma 1, Cost. «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale»; art. 38, comma 2, Cost. «I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria»; art. 39, comma 4, Cost. «I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce»; art. 43, comma 1, Cost. «A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale»; art. 46, comma 1, Cost. «Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende»; art. 51, comma 3, Cost. «Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro»; art. 52, comma 2, Cost. «Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio dei diritti politici»; art. 99, comma 1, Cost. «Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro è composto, nei modi stabiliti dalla legge, di esperti e di rappresentanti delle categorie produttive, in misura che tenga conto della loro importanza numerica e qualitativa»; art. 117, comma 3, Cost. «Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: [...] tutela e sicurezza del lavoro»; art. 120, comma 1, Cost. «La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né può adottare provvedimenti che ostacolano in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale».

¹³⁵ M. Olivetti, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, cit., 31.

¹³⁶ C. MORTATI, *Art. 1*, in *Comm. Cost. Branca*, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1975, p. 14.

sfondo la questione di quale sia il nucleo semantico che accomuna i diversi “lavori”¹³⁷. È invece proprio da questo significato che occorre prendere le mosse se si vuole comprendere l’orientamento della Corte costituzionale sul collegamento fra utilità sociale e lavoro.

Come è noto, l’espressione «fondata sul lavoro» che compare nell’art. 1, comma 1, si deve all’approvazione di un emendamento proposto da Fanfani, che venne preferito a quello Basso-Amendola, il quale invece precisava che «l’Italia è una Repubblica democratica di lavoratori». Quest’ultima formulazione, venne infatti considerata pericolosa poiché avrebbe finito per riservare ai «lavoratori» – considerati principalmente come «operai» e «contadini» - una posizione di privilegio rispetto agli altri cittadini nel godimento dei diritti civili e politici¹³⁸. Come è stato osservato, questa prima scelta in negativo pone il lavoro alla base di un «ordine nuovo» che è alternativo tanto ai totalitarismi, portatori di una visione collettivistica della società, quanto alla tradizione liberale classica¹³⁹. In questo modo, il lavoro si configura come un aspetto costitutivo della generale vocazione sociale della nostra Costituzione (o, come lo descrisse efficacemente Mortati, una clausola di socialità dello Stato)¹⁴⁰ che, come abbiamo messo in luce nei paragrafi precedenti, trova una delle sue più significative espressioni nelle disposizioni costituzionali che prevedono interventi pubblici sul mercato che hanno lo scopo di realizzare il programma di trasformazione della società disegnato dall’articolo 3, comma 2, Cost.

Al fine di illustrare questa relazione, Massimo Luciani ha recentemente osservato come il nucleo concettuale del lemma in esame vada identificato con la arendtiana attività lavorativa – cioè con quell’attività mossa dalla «necessità» e connessa alla «produzione della vita materiale»¹⁴¹. Questa dimensione dell’agire coglierebbe una caratteristica della natura umana che è essenzialmente connessa alla sua vulnerabilità, cioè alla sua inaggirabile condizione di dipendenza dal bisogno. Così interpretato, il nucleo fondamentale del concetto di lavoro consentirebbe di

¹³⁷ Per questa analisi si veda G. FERRARA, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in AA. VV., *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, a cura di G. CASADIO, Roma, 2006, 199 ss. Si veda inoltre, M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Vol. V, Torino, 2010, 2013 ss.

¹³⁸ M. OLIVETTI, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 31. Si veda inoltre, C. ESPOSITO, *Commento all’articolo 1 della Costituzione* [1948], in ID., *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, 1954, 13.

¹³⁹ Come ebbe a osservare La Pira, i Costituenti aspiravano alla costruzione di una società fondata «sul lavoro e non sul capitale [...] dove l’eguaglianza, la libertà, la proprietà siano per tutti una realtà e non soltanto un nome», G. LA PIRA, *Il valore della costituzione italiana*, in ID., *La Casa comune. Una Costituzione per l’uomo*, a cura di De SIERVO, 2° edizione, Firenze, 1966, 285. Sul tema si veda anche A. ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, Bologna, 1997.

¹⁴⁰ C. MORTATI, *Art. 1*, in *Comm. Cost. Branca*, cit.

¹⁴¹ M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, cit., 2017. Luciani elabora la sua interpretazione del “lavoro” sullo sfondo della concezione tripartita dell’attività umana sostenuta da H. Arendt in *Vita Activa*.

spiegare la sua funzione nella architettura costituzionale. Da una parte, infatti, il lavoro permette di «fondare la Repubblica su un elemento profondamente egualitario e addirittura universalistico», anticipando in questo modo il riconoscimento del principio di uguaglianza previsto nell'art. 3 Cost.¹⁴². Dall'altra, proprio questa concezione individuerebbe la premessa per il godimento di qualsiasi libertà dal momento che non possono esservi diritti di libertà laddove non siano rispettate le sue precondizioni materiali.

Detto ciò, occorre poi non dimenticare che la stessa Costituzione pur considerando il lavoro una precondizione per il fiorire della libertà non trascura poi i rischi connessi ad un'attività lavorativa eccessiva e totalizzante. Proprio per evitare questi esiti e per mantenere il carattere virtuoso del lavoro, la Costituzione prevede non solo limiti alla durata della giornata lavorativa, ma anche la tutela del diritto al riposo e alle ferie settimanali (commi 2 e 3, art. 36 Cost.).

Per quanto riguarda invece più direttamente la posizione lavoro nel Titolo III della Costituzione, non sarebbe errato sostenere che esso indica il punto focale dei rapporti economici: il luogo dove confliggono interessi divergenti la cui composizione armonica è funzionale alla realizzazione del progetto trasformativo della società esposto nel secondo comma dell'art. 3 Cost. Quest'peculiare posizione non implica tuttavia che il lavoro, in alcune circostanze particolari, non debba cedere ad altri interessi. Non sarebbe quindi errato sostenere che la Costituzione economica privilegia il lavoro ma ne contempera le esigenze con quelle della produzione e della libertà¹⁴³.

Come queste brevi osservazioni introduttive lasciano presagire, l'attività lavorativa al centro della giurisprudenza costituzionale è una nozione complessa, che non identifica semplicemente l'attività che assicura i mezzi di sussistenza, e di cui non è facile indicare precisamente i contorni. Da una parte, esso deve poter garantire anche una vita dignitosa per il lavoratore e per la sua famiglia (art. 36 Cost.) e deve svolgersi in un ambiente che non sia caratterizzato endemicamente da conflitti sociali (articoli 44 e 46 Cost.). Dall'altra, il lavoro tutelato dalla Costituzione è proiettato in una concezione dinamica della società nella quale, come ha recentemente osservato Chessa, esso è finalizzato all'elevazione non solo «economica», ma anche «sociale» del lavoratore, configurandosi come lo strumento fondamentale che permette una maggiore e più consapevole partecipazione del soggetto alla vita politica del paese¹⁴⁴.

Fatte queste premesse, la relazione fra i limiti alla libertà di iniziativa economica e la tutela del lavoro è evidentemente un tema non facile che il giudice costituzionale tratta con estrema prudenza. La sentenza n. 78 del 1958 esamina per la prima volta tale questione attraverso una decisione che giudica della legittimità costituzionale di una disposizione che prescriveva che il

¹⁴² M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 2020.

¹⁴³ Si veda sul punto la sentenza n. 220 del 1975.

¹⁴⁴ Si veda O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., capitolo 2.

Prefetto, «al fine di favorire il massimo impiego possibile di lavoratori agricoli» in zone in cui il problema della disoccupazione fosse particolarmente grave, aveva la facoltà di stabilire con proprio decreto «l'obbligo per i conduttori a qualsiasi titolo di aziende agrarie o boschive di assumere la mano d'opera da adibirsi nell'annata». Il decreto prefettizio - sulla base delle proposte e dei criteri enunciati da una Commissione provinciale - doveva precisare il massimo carico obbligatorio di giornate lavorative per ettaro-coltura da imporsi ai lavoratori assieme ai criteri per la determinazione del numero delle unità lavorative disoccupate da assegnare a ogni azienda entro il limite del carico predetto.

La Corte esamina la questione in riferimento al solo art. 41 Cost. ritenendo assorbiti gli altri parametri. Un primo aspetto da considerare nella motivazione riguarda senza dubbio l'interpretazione della locuzione «iniziativa economica» contenuta nel primo comma dell'art. 41 Cost. Un problema che negli anni successivi susciterà un ampio dibattito dottrinario. Il giudice delle leggi osserva che in tale locuzione devono comprendersi «le attività di operatori non solo dirette a creare e costituire un'azienda», ma «anche inerenti alla vita e allo svolgimento di essa», precisando che non vi è alcuna ragione per «non comprendere nel disposto costituzionale le attività aziendali [...] proprie del settore dell'agricoltura». Fatta questa precisazione, la Corte rileva come il decreto impugnato «viene gravemente a [...] incidere sulla personale iniziativa dell'operatore agricolo» poiché in questo modo la sua scelta «in ordine a quelli che [...] possono essere gli adeguati elementi per dimensionare l'azienda e provvedere alla sua interna organizzazione sono notevolmente turbati [...]». La Corte conclude pertanto che questo sistema non troverebbe dunque alcuna giustificazione nell'art. 41 Cost.

Lasciando sullo sfondo l'esame del secondo comma, poiché riguardante esclusivamente limiti negativi, il giudice delle leggi esamina l'ordinanza alla luce della nozione di “generale utilità” contenuta nel terzo. Pur non richiamando direttamente il diritto al lavoro, la sua tutela viene ricondotta nell'alveo dei programmi economici atti a promuovere l'utilità generale. Tuttavia, precisa il giudice costituzionale, una tale garanzia, in contrasto con quanto previsto dall'ordinanza, non può che essere soltanto indiretta ¹⁴⁵. Essa può infatti soltanto legittimare norme che, essendo

¹⁴⁵ Nel terzo comma dell'art. 41 Cost., infatti, la Corte «ravvisa la possibilità di norme idonee a delineare, da un punto di vista della generale utilità, programmi diretti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di dare effettivo incremento alla produzione, agganciandosi eventualmente anche a nuove risorse offerte dal mercato internazionale, e di creare, come è auspicabile, una situazione tale che possa naturalmente determinare un fruttuoso assorbimento di mano d'opera. Non può pertanto la Corte riconoscere la legittimità di norme le quali, anziché informate a una generale visione nelle prospettate direzioni, siano congegnate in modo da interferire nell'attività economica di singoli operatori, turbando e comprimendo quell'iniziativa privata che è garantita dal primo comma dello stesso articolo. L'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria

informate ad una visione generale, possano stimolare l'attività economica e l'incremento della produzione in modi che, auspicabilmente, siano in grado di determinare un assorbimento della manodopera.

La sentenza pur riconducendo l'interesse per il lavoro all'utilità generale non ritiene invece legittime quelle norme che, in nome della crescente disoccupazione, «siano congeniate in modo da interferire nell'attività economica dei singoli operatori, turbando e comprimendo quella iniziativa privata che è garantita dal primo comma dello stesso articolo».

Questa impostazione generale trova una importante eccezione nei casi in cui la compressione dell'iniziativa privata motivata dalla tutela del lavoro riguarda i familiari di coloro che, indipendentemente dalla loro volontà e a seguito di incidenti, sono divenuti incapaci di lavorare. Questo nuovo profilo è affrontato nella pronuncia n. 279 del 1983, dove la Corte è chiamata a giudicare della legittimità della legge n. 482 del 1968 sulla "Disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private".

Secondo il giudice remittente, tale riserva violava il principio di eguaglianza fra i lavoratori poiché creava una situazione di privilegio a favore di un particolare gruppo per il quale non vi è alcun ostacolo per «il concreto conseguimento del diritto al lavoro». In altri termini, mentre la riserva di posti in favore degli invalidi non sarebbe illegittima, lo è invece quella in favore dei figli e delle mogli prevista dalla legge n. 482¹⁴⁶. Oltre a porsi in contrasto con l'articolo 3 Cost., tale normativa violava anche l'art. 41 Cost. La possibilità che l'imprenditore privato sia obbligato a contrarre un rapporto di lavoro con un soggetto privo di qualificazione «comporta – secondo la Corte - l'assunzione da parte del medesimo di un onere in alcun modo riconducibile a quella finalità ed utilità sociale che unicamente può consentire una limitazione alla sua libertà di iniziativa economica».

Un ulteriore aspetto della relazione fra utilità sociale e lavoro riguarda il tema della libertà del lavoro. Nella decisione n. 220 del 1975, la Corte è chiamata a giudicare della legittimità dell'art. 8 del Codice penale, che punisce l'invasione o l'occupazione dell'altrui azienda agricola o industriale, in relazione all'art. 41 Cost. In contrasto con quanto affermato nell'ordinanza di remissione che considera illegittima la misura punitiva, la Corte ritiene che essa abbia una finalità sociale che consiste nella «protezione della libertà del lavoro». Secondo le parole del giudice delle

azienda resta estraneo al disposto del terzo comma e non può inquadarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste».

¹⁴⁶Più precisamente, secondo il giudice remittente questo ragionamento sarebbe motivato dal fatto che l'art. 38 Cost. «limita il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale al cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere» e «che il suddetto privilegio inciderebbe negativamente sul diritto al lavoro garantito dall'art. 4 Cost. agli invalidi, la cui aliquota di riserva verrebbe ad essere ridotta».

leggi, il complesso sistema dell'articolo 41 Cost., che esprime l'ampia apertura sociale della Costituzione economica, impone «al legislatore ordinario di non ritenere irrilevanti i comportamenti che, quando non siano espressione di un diritto costituzionalmente garantito quale è lo sciopero, [...] impediscano o turbino il normale svolgimento del lavoro». Secondo il giudice costituzionale la disposizione censurata, lungi dall'essere in contrasto con l'articolo 41 Cost., sarebbe invece ispirata proprio dalla difesa della produzione e della libertà del lavoro che trovano esplicito fondamento nel suo primo comma.

In altre pronunce il tema del lavoro emerge in relazione al diritto a una equa retribuzione o a quello del riposo settimanale.

Per ciò che riguarda il primo tema, l'atteggiamento della Corte è sostanzialmente differente da quello espresso in relazione al massimo impiego possibile dei lavoratori, poiché in questo caso il limite dell'utilità sociale permette al legislatore un intervento più incisivo sulle libertà degli operatori economici. Nella sentenza n. 41 del 1962, il giudice costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina normativa sull' "indennità di caropane" per alcune categorie di lavoratori, la cui finalità era «perequare le retribuzioni in conseguenza dell'aumento del prezzo del grano», derrata ritenuta indispensabile per l'alimentazione della popolazione. La compressione della libertà economica dell'imprenditore è considerata giustificata alla luce dell'utilità sociale. Ritiene infatti il giudice delle leggi che l'indennità non ha carattere assistenziale, ma costituisce «un elemento integrativo della retribuzione». In questo caso, la finalità sociale dell'indennità dipende dal fatto che la retribuzione del lavoratore «non va commisurata soltanto alla qualità e quantità del lavoro prestato, ma [...] deve altresì adeguarsi alle esigenze minime di vita – obiettivamente determinate – del lavoratore e della sua famiglia»¹⁴⁷. Il giudice costituzionale, motivando la risponenza della norma impugnata al limite dell'utilità sociale, fa esplicito riferimento all'articolo 36 Cost., sostenendo che la misura integrativa della retribuzione è utile in quanto permette una vita dignitosa non soltanto del lavoratore, ma anche della sua famiglia.

Nella pronuncia n. 111 del 1974, inoltre, la Corte ritiene priva di fondamento la questione di legittimità costituzionale della legge n. 425 del 1971 sulla chiusura settimanale dei pubblici esercizi, poiché ritiene che la tutela del diritto al riposo settimanale costituisce «una delle ragioni di finalità sociale e di salvaguardia della dignità umana poste a limite della iniziativa economica privata». Una misura che in modo «ragionevole», secondo la Corte, non opera alcuna distinzione tra lavoratore dipendente e lavoratore in proprio improntando la sua scelta ad un criterio di equità.

¹⁴⁷ La garanzia ad «un'equa remunerazione per il lavoro dell'affittuario e della sua famiglia», che è anche lo strumento per la buona conduzione di un fondo, è identificata con l'utilità sociale nella sent. n. 65 del 1966.

4. *Utilità sociale e dignità sullo sfondo dell'art. 3 Cost.*

In altre pronunce, il significato di utilità sociale viene ricostruito dalla Corte attraverso il riferimento esplicito all'art 3, comma 2, Cost. Si tratta di un numero significativo di sentenze che riguardano temi diversissimi, dall'obbligo di rilasciare licenze per la commercializzazione di macchine da gioco alla riduzione coatta dei canoni di affitto dei fondi rustici.

In questo secondo tipo di pronunce, non è raro che il parametro del 41 venga riassorbito dall'art. 42 Cost. in modi nei quali l'area semantica dell'utilità sociale si sovrappone a quella della funzione sociale della proprietà. La sentenza n. 7 del 1962, ad esempio, che riguarda norme sulla riduzione del canone di affitto in grano, mette in luce come i limiti alla libertà di iniziativa economica privata e al libero godimento della proprietà, posti al fine di armonizzare questi diritti con l'utilità sociale, giustificano «l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale» fino al punto di «consentire la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale». Nel caso di specie, la riduzione obbligatoria dei canoni in grano è motivata dall'intenzione di ridurre il danno arrecato agli affittuari dal mantenimento dei canoni già pattuiti, a causa degli eventi bellici. Il giudice costituzionale giustifica ulteriormente la sua decisione facendo riferimento al comma 2 dell'art. 3 Cost. La riduzione dei canoni di affitto prevista dal legislatore è in piena armonia con il limite dell'utilità sociale alla libertà economica sancito dall'art. 41. La finalità sociale è da rintracciarsi nella chiara volontà di «ricondurre ad equità i rapporti contrattuali, i quali appaiono gravemente sperequati a danno di una delle parti, e tanto più di quella da ritenere più debole»¹⁴⁸. Ora, sostiene il giudice delle leggi, «non può esser dubbio» che tutelare la posizione del contraente più debole rientri nella previsione dell'articolo 3, comma 2, Cost. Se ciò è vero, allora la riduzione ad equità

¹⁴⁸ In altre decisioni, la tesi che la riduzione ad equità dei rapporti sperequati a danno della parte più debole rientri nei poteri conferiti al legislatore dalla clausola utilità sociale dell'art. 41 Cost. è sostenuta dalla Corte senza far riferimento all'art 3 Cost. È il caso, ad esempio, della pronuncia n. 30 del 1965 che ha come oggetto la legge n. 1527 del 1961 sul blocco dei prezzi minimi delle sanse di oliva da inserirsi negli atti di compravendita. Nel caso di specie la legge intese porre rimedio al grave conflitto verificatosi fra estrattori e frantoiani determinato dalla circostanza che i rapporti economici relativi alle sanse erano regolati dalla «prassi secondo la quale all'atto della vendita e consegna della merce non ne viene fissato il prezzo». A seguito di ciò, i frantoiani venivano a trovarsi, per il fatto stesso di aver concluso il loro lavoro prima di aver fissato il prezzo della loro prestazione, in una condizione di svantaggio rispetto a quella in cui si trovavano gli estrattori. Secondo il giudice costituzionale, la disciplina censurata era perfettamente coerente con il limite dell'utilità sociale prescritto dall'articolo 41 Cost. Richiamando la sua passata giurisprudenza, il giudice costituzionale, da una parte, ribadisce che la protezione degli interessi di una categoria non è, in quanto tale, una misura che contrasta con l'utilità sociale e, dall'altra, che gli interessi dell'ovicoltura, riguardando una vasta area del territorio italiano, incidono certamente sulla società.

dei rapporti contrattuali rientra certamente nei poteri che l'articolo 41 Cost., e in particolare la sua clausola dell'utilità sociale, conferisce al legislatore.

La sentenza n. 7 del 1962 segna un passaggio importante nella giurisprudenza costituzionale sulla libertà di iniziativa economica poiché per la prima volta rende esplicito il legame fra i limiti all'iniziativa privata e il progetto di sviluppo della società disegnato nell'articolo 3, comma 2, Cost. In questa decisione, lungi dall'essere identificata con gli interessi della produzione o del mercato, l'utilità sociale diventa invece lo strumento per la promozione, anche nella sfera dei rapporti economici, di quella uguaglianza sostanziale che è alla base della nostra Costituzione democratica.

In altre pronunce il collegamento fra l'utilità sociale e l'articolo 3, comma 2, Cost., pur non essendo esplicitamente tracciato nella motivazione, costituisce la premessa necessaria del ragionamento della Corte. È il caso, ad esempio, della sentenza n. 125 del 1963, nella quale il giudice costituzionale riconduce la norma del Codice penale (art. 718) che vieta il gioco d'azzardo e l'attività diretta ad agevolarlo (e che include la proibizione a rilasciare licenze per la costruzione, il commercio e il noleggio di qualsiasi apparecchio automatico prodotto a questo scopo) al limite dell'utilità sociale previsto dall'art. 41 Cost.

La tesi della Corte è che il gioco promosso da tali apparecchi è di natura puramente aleatoria poiché il suo esito finale non è in alcun modo influenzato dalle abilità del giocatore. Diversamente da altre attività ludiche, questa non è connessa all'esercizio o allo sviluppo di alcuna capacità e produce forme di dipendenza che hanno conseguenze pericolose. Dopo aver richiamato argomenti classici al riguardo, come ad esempio che l'uso di tali apparecchi favorisce la pratica delle scommesse che possono sfociare in «forme di delinquenza» e creare «inconvenienti di ordine pubblico», il giudice costituzionale percorre una linea argomentativa differente. Le macchine automatiche da gioco sono contrarie all'utilità sociale poiché creano le condizioni per uno «sterile impiego dell'autonomia individuale» che arreca «offesa alla dignità umana». In altri passaggi della motivazione, il giudice delle leggi caratterizza questi comportamenti come forme di «vizio» che contrastano con la «moralità pubblica», ribadendo che le norme che proibiscono il rilascio di licenze per la costruzione, il commercio e il noleggio di apparecchi automatici per il «gioco aleatorio» impediscono che «l'iniziativa economica si svolga in contrasto con l'utilità sociale».

Questo secondo argomento merita di essere discusso più nel dettaglio poiché, ancora una volta, anche se non nel modo esplicito in cui era accaduto nella sentenza n. 7 del 1972, il giudice costituzionale interpreta il sintagma utilità sociale come una clausola generale volta a tutelare gli interessi protetti dall'articolo 3, comma 2, nell'ambito della libertà d'iniziativa economica.

Il giudice stigmatizza l'autonomia individuale, cioè la capacità di scegliere liberamente le proprie azioni, quando questa svilisce la dignità umana. Quale dignità? Quella che evidentemente

sarebbe rispettata in quei casi in cui l'autonomia, non si manifesta attraverso l'esercizio della libertà di scelta *tout court*, ma è invece l'espressione del libero arbitrio guidato dalle facoltà alte degli esseri umani, quali la ragione, l'immaginazione e l'empatia, che permettono una vita sociale responsabile, politicamente attiva e orientata al miglioramento individuale attraverso il lavoro. Anche se non esplicitamente, la motivazione del giudice costituzionale appare giustificata nella misura in cui la nozione di dignità che intende rispettare e salvaguardare è la condizione necessaria per poter avviare quel progetto di miglioramento sociale che è tratteggiato nel secondo comma dell'articolo 3 Cost¹⁴⁹. Sono infatti proprio le persone più svantaggiate a correre il rischio di vedere compromessa la loro libertà di scelta, e la loro dignità, attraverso il gioco aleatorio.

La sentenza pertanto ha il merito di mettere in luce come quel progetto, che è ispirato alla vita dignitosa tipicamente umana, non può essere calpestato dal pure importante diritto di iniziativa economica privata. Al contrario, tale diritto non può non incontrare un limite nella tutela di quei superiori interessi che l'articolo 41 richiama attraverso l'introduzione della clausola utilità sociale.

5. L'utilità sociale al di fuori della Costituzione

In un altro gruppo di sentenze comincia ad emergere invece un'idea di utilità sociale la cui tutela non trova un immediato riferimento in Costituzione. Si tratta delle pronunce che riguardano a vario titolo la tutela degli interessi della produzione e quella del diritto d'autore.

Al primo insieme appartiene, ad esempio, la sentenza n. 54 del 1962 in tema di conferimenti obbligatori. Il giudice costituzionale, pur dichiarando fondata la questione di legittimità

¹⁴⁹Un argomento simile è presente ancora una volta nella sentenza 12 del 1970 in cui la Corte giudica della nuova legge n. 507 del 1965, nella parte in cui vieta «l'uso nei luoghi pubblici o aperti al pubblico [...] degli apparecchi o congegni automatici e semiautomatici da giuoco e considerava tali quelli che possono dar luogo a scommesse o consentono la vincita di un qualsiasi premio in denaro o in natura anche sotto forma di consumazione o di ripetizione di partita». Al giudice remittente che lamentava come la norma si poneva in contrasto con la tutela prevista nell'art. 41 Cost., la Corte aveva contrapposto un giudizio di non fondatezza che si basava sulla difesa degli stessi interessi tutelati nella sentenza n. 125 del 1963. Per il giudice costituzionale l'uso di questi apparecchi non è mai soltanto fine a sé stesso, ma è anche indirizzato «al conseguimento di un risultato (che è sostanzialmente aleatorio) al quale è collegato un premio costituito dal diritto a continuare in quell'uso senza un nuovo o diverso corrispettivo». Tali giochi aleatori, anche se non di azzardo, finiscono per controllare la volontà del giocatore che è portata a concentrarsi esclusivamente sul premio connesso allo svolgimento della partita al punto da favorire «tendenze antisociali». Conclude pertanto la Corte che è «quanto mai opportuno o addirittura necessario che non venga favorito il giuoco aleatorio anche se non d'azzardo e che i cittadini ed in particolare i giovani non diano vita a situazioni o comportamenti (perdita di tempo e di denaro, dedizione all'ozio, vita in comune con persone disponibili anche per attività moralmente e socialmente riprovevoli, ecc.) non del tutto compatibili con il rispetto della stessa dignità umana».

costituzionale, essendo violata la riserva di legge dalle norme che «dispongono l'obbligo del deposito dell'essenza del bergamotto» e che ne vietano la vendita se non tramite il consorzio provinciale di Reggio Calabria, sottolinea che gli «interessi della produzione» di un tale prodotto, avendo «apprezzabili riflessi sull'economia generale», giustificerebbero le limitazioni alla libertà dei produttori in nome dell'utilità sociale.

Gli interessi della produzione agricola che consentono l'imposizione di limiti alla libera iniziativa privata e che sono ricondotti a particolari motivi di utilità sociale sono molteplici: da quello per il «miglioramento genetico del bestiame bovino» (sentenza n. 4 del 1962) che giustifica il divieto di tenere bovini maschi adulti privi dell'approvazione per la riproduzione, a quello per la «prevenzione della diffusione di malattie nelle piante» (sentenza n. 24 del 1967), che impone l'autorizzazione prefettizia per l'impianto di vivai e per il commercio di piante e semi.

In alcune circostanze, l'interesse per la produzione si combina con la tutela del contraente più debole, già presente nelle sentenze sopra richiamate, ed entrambi vengono ricondotti dalla Corte al limite dell'utilità sociale. È il caso delle pronunce (ordinanza n. 87 del 1964; sentenza n. 66 del 1965) con cui la Corte ha giudicato della legittimità costituzionale della legge 12 giugno 1962, n. 567, che demanda a speciali Commissioni tecniche il compito di determinare la misura annua minima e massima dei canoni cui le parti sono tenute ad adeguarsi nei contratti di affitto di fondi rustici. La Corte ribadisce che i fini che hanno ispirato la legge impugnata rispondono all'utilità sociale, poiché essa ha limitato la libertà contrattuale in vista, da una parte, di «un'equa remunerazione per il lavoro dell'affittuario e della sua famiglia» e, dall'altra, «la buona conduzione dei fondi», finalità che non può essere separata dalla qualità della vita dei lavoratori.

Secondo un ulteriore filone giurisprudenziale che potremmo ricondurre a questo ultimo orientamento, sono gli interessi del consumatore che costituiscono motivi di utilità sociale. Un tema messo bene in luce nella sentenza n. 200 del 1975, in cui la Corte è chiamata a giudicare delle disposizioni del d.l. 24 luglio 1973, n. 427, convertito con modificazioni nella legge 4 agosto 1973, n. 496, che prevedono il blocco dei prezzi per beni di largo consumo per un periodo di quattro mesi. La Corte, più volte chiamata a valutare il presunto contrasto fra questa misura e l'art. 41 Cost. (ad esempio nella sentenza n. 29 del 1957), ritiene anche in questo caso che non vi sia alcuna violazione dell'articolo in parola. Ciò che distingue questa dalle altre decisioni simili e la rende particolarmente interessante è la natura dei soggetti coinvolti nella valutazione dell'utilità sociale. Le disposizioni volte a impedire aumenti di prezzo non sono giustificate sulla base degli interessi della produzione o dei contraenti più deboli, ma a partire da quelli dei consumatori. Il giudice costituzionale ritiene infatti che il blocco dei prezzi, che troverà applicazione in un tempo breve e definito, sia coerente con il limite negativo dell'utilità sociale poiché risponde agli interessi del

consumatore che altrimenti, in assenza della previsione legislativa, sarebbe stato travolto dalla «spinta inflazionistica».

A queste considerazioni, si affianca una precisazione importante nella quale, per la prima volta, è reso esplicito il bilanciamento fra gli interessi dell'imprenditore e i fini sociali che deve caratterizzare il sindacato della Corte. L'idea è che la libertà dell'imprenditore può essere limitata perché, secondo quanto risulta dalla ricostruzione operata dal giudice costituzionale, il margine di guadagno previsto per l'imprenditore rimarrebbe comunque alto, essendo i prezzi determinati «liberamente ... in base alle leggi di mercato». Se questa condizione non fosse stata rispettata, il blocco dei prezzi sarebbe stato tale da non lasciare all'operatore un «ragionevole margine di utile», eliminando in questo modo «la convenienza a iniziare e proseguire il suo lavoro». Ma non essendo questo il caso, il sacrificio «imposto» è «ragionevole» e «tollerabile».

Un secondo filone, che si apre con la sentenza n. 50 del 1957, identifica un aspetto cruciale dell'utilità sociale nella norma dell'art. 11 del R.D.L. 14 novembre 1926 che prevede come delitto, punibile con la reclusione fino a tre mesi e con la multa fino a lire 5.000, l'esportazione di merce di cui sia vietata l'esportazione. Per il giudice delle leggi l'utilità sociale impone la compressione dell'iniziativa economica privata attraverso divieti di esportazione che sono ritenuti indispensabili per la difesa di una economia ancora in difficoltà a seguito del conflitto bellico. Questi divieti – sostiene il giudice delle leggi - «vanno inquadrati nelle norme che regolano il commercio con l'estero, norme che costituiscono un sistema di delimitazioni e di controllo indispensabili alla difesa della economia e della finanza dello Stato, e tali che senza di essi la disciplina dei rapporti economici e finanziari ne sarebbe sovvertita».

Allo stesso filone, appartengono anche quelle sentenze che riguardano norme che regolano il prezzo delle merci e ne vietano la vendita ad un prezzo superiore a quello fissato. Secondo la Corte, tale normativa collegata alla disciplina che nel 1944 istituì il comitato interministeriale ed i comitati provinciali per la coordinazione e la disciplina dei prezzi, era perfettamente coerente con l'utilità sociale, avendo da un lato il compito di adeguare i prezzi alle esigenze post-belliche, «attraverso la rivalutazione dei fattori della produzione», e dall'altro «di avviare, col sistema del blocco elastico dei prezzi, il mercato verso il libero scambio, pur nei limiti posti dalla Costituzione alla vita economica privata per fini sociali»¹⁵⁰.

Meritano infine di essere ricordate le sentenze n. 25 del 1968 e n. 65 del 1972 nelle quali l'utilità sociale, che il giudice costituzionale chiama ora indistintamente «interesse generale» o «interesse pubblico», coincide con la tutela il diritto d'autore.

¹⁵⁰Si veda per tutte la sentenza n. 103 del 1957.

Nella decisione del 1972, in particolare, il giudice costituzionale è chiamato a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633, che conferisce l'esclusiva intermediazione della tutela del diritto d'autore alla SIAE. Secondo il giudice remittente, l'articolo censurato conferirebbe alla SIAE una «incontrollata ed incontrollabile potestà [...] nella determinazione delle tariffe» che porrebbe alla libertà d'iniziativa privata di coloro che intendono eseguire le opere protette limiti non giustificati da ragioni di utilità sociale e quindi in contrasto con l'art. 41 della Costituzione. Dopo aver premesso che la SIAE non dà vita ad alcun monopolio, poiché l'esclusiva dell'attività di intermediario non preclude all'autore che lo desideri «la protezione e l'esercizio diretto dei propri diritti», il giudice costituzionale osserva come la posizione della SIAE «trova piena e razionale giustificazione nella esigenza di interesse generale di adeguata protezione del diritto d'autore». Contro questa giustificazione, i rilievi mossi dal giudice remittente sono privi di fondamento. Risulta infatti ingiustificata l'accusa che l'operato della SIAE non sia soggetto ad alcun controllo. L'Ente è infatti soggetto a vigilanza governativa (art. 182) e i suoi atti sono sottoponibili al controllo giurisdizionale. La Corte conclude pertanto che laddove il titolare della sala da ballo non utilizzi le normali vie giurisdizionali o, avendole perseguite dovesse soccombere in giudizio, non potrebbe continuare la sua attività «senza ledere il diritto dell'autore» e quindi non potrebbe recriminare che «sia lesa la sua libertà di iniziativa privata». La Corte ritiene quindi la questione infondata.

Un ultimo importante filone giurisprudenziale che è rilevante ai fini di questa indagine riguarda le sentenze degli anni Ottanta sui contratti di mezzadria. Si tratta di un gruppo di pronunce che hanno ad oggetto diverse disposizioni della legge 3 maggio 1982, n. 203, sui contratti agrari (Norme sui contratti agrari), che avevano lo scopo di tutelare gli interessi del lavoratore agricolo a fronte di una cattiva gestione dei fondi da parte dei proprietari. Come fu osservato da Leopoldo Elia, redattore di una delle più significative fra queste sentenze, la mezzadria, che il codice civile aveva qualificato come contratto associativo e che era divenuto la base dell'impresa agricola, si era progressivamente rivelato uno strumento inadeguato a svolgere questa funzione. Nella prassi l'istituto era infatti caratterizzato da una endemica «inerzia» del proprietario che tendeva a trascurare le proprie responsabilità in modo da pregiudicare sia il razionale sfruttamento del suolo sia i rapporti sociali con gli operatori agricoli. A seguito di questa situazione, il legislatore aveva dapprima, con la legge n. 756 del 1964, imposto il divieto di stipulare nuovi contratti di mezzadria e successivamente, con la legge in oggetto, aveva ribadito tale divieto prevedendo inoltre la trasformazione dei contratti di mezzadria ancora in essere in contratti di affitto.

Fatto questo richiamo alle circostanze e agli scopi generali della legge n. 203, possiamo affrontare il tema più specifico di quale significato l'utilità sociale assuma in questo contesto. A tale

scopo, può essere utile esaminare la sentenza n. 138 del 1984 che riunisce in sé le diverse linee della giurisprudenza costituzionale in tema di mezzadria. In questa decisione la questione della legittimità dell'articolo 25 della legge n. 203, che prevede che «la conversione in affitto dei singoli contratti associativi in corso» possa essere condotta attraverso un mero atto unilaterale compiuto dal mezzadro, era stata sollevata prospettando il contrasto con molteplici articoli della Costituzione. Ritenendo riassorbiti i vari parametri nell'art. 41 Cost., la Corte ribadisce che la libertà di iniziativa economica soggiace ai limiti imposti da ragioni di utilità sociale che in questo particolare contesto, che si riferisce evidentemente alla proprietà fondiaria, vanno ricondotti a interessi esplicitamente previsti dall'art. 44 Cost., e precisamente a finalità che hanno quale obiettivo il «conseguimento del razionale sfruttamento dei suoli» e «l'instaurazione di equi rapporti sociali». Identificate così le ragioni di utilità sociale, la questione posta dal giudice costituzionale è la seguente: possono tali limitazioni spingersi fino al punto da «mutare, in aperto contrasto con la libera volontà delle parti, la natura e la causa di un contratto»? La risposta della Corte è certamente affermativa nel caso in cui i concedenti sono dichiarati «assenteisti», ma il cambiamento è illegittimo nei casi in cui questa condizione non si applichi.

Anche se la Corte non ritiene legittima una indiscriminata conversione automatica dei contratti, è chiaro che ragioni di utilità sociale, identificate con la tutela degli interessi dei contadini e con il mantenimento di equi rapporti sociali nel settore della agricoltura possono giustificare il cambiamento della natura dei contratti liberalmente accettati dalle parti.

6. La tutela della concorrenza. Primi cenni di una complessa vicenda

Ad eccezione della sentenza n. 223 del 1982, il tema della tutela della concorrenza è pressoché assente nella prima fase della giurisprudenza costituzionale. Nonostante rappresenti un caso isolato, il modo originale in cui questa decisione ne ha tratteggiato i confini ha suscitato un particolare interesse in dottrina¹⁵¹. La sentenza 223 delinea infatti una giustificazione della tutela della concorrenza che si richiama a interessi che sono in qualche modo esterni a quelli squisitamente economici o che, più precisamente, non riguardano direttamente la salvaguardia dell'autonomia e della libertà del mercato. Si tratta di una impostazione che la Corte lascerà cadere

¹⁵¹Si veda G. FLORIDIA, *I patti di non concorrenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. Comm.*, 1983, 1, 811 ss.; R. PARDOLESI, *Nota senza titolo*, in *Foro it.*, 1983, 1, 13 ss.

nella sua successiva giurisprudenza anche se, a giudizio di alcuni, non abbandonerà mai del tutto, tanto da poterla riproporre, in qualche misura, nella sua giurisprudenza più recente.

Nonostante la sua momentanea apparizione è bene dunque spendere qualche parola su questa sentenza e in particolare sull'aspetto che sembra qualificare la iniziale impostazione della Corte sulla concorrenza. Questo riguarda quelle che possono essere considerate le ragioni a favore della sua tutela, vale a dire il rispetto della libertà di iniziativa di tutti gli imprenditori e il vantaggio materiale ed economico dei consumatori.

Prima di esaminare più nel dettaglio questi aspetti, è opportuno richiamare brevemente la questione oggetto della sentenza in esame. La Corte era stata chiamata a giudicare della conformità dell'articolo 2596 del codice civile all'art. 41 Cost. L'articolo censurato prevedeva che il patto che limita la concorrenza deve, da una parte «essere provato per iscritto» e, dall'altra, essere «circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività e non può eccedere la durata di cinque anni». Si trattava dunque per la Corte di decidere se una limitazione alla iniziativa economica privata, liberamente scelta dalle parti e circoscritta nello spazio e nel tempo fosse in contrasto con la tutela della concorrenza.

Secondo il giudice costituzionale, la questione non è fondata. La libertà di concorrenza comprende infatti «anche la possibilità di autolimitazione mediante accordi, la quale non turba necessariamente il gioco della libera concorrenza, anzi talvolta può agevolarlo (come nel caso di accordi intesi ad evitare l'emarginazione di imprese più deboli e la conseguente formazione di posizioni di monopolio o di quasi monopolio ovvero di oligopolio, da parte delle imprese più forti)».

Al di là dell'esito della decisione è interessante menzionare quelle che per la Corte sono le finalità costituzionalmente legittime a favore della tutela della concorrenza. Come abbiamo osservato, queste sono essenzialmente due: «la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori» e il miglioramento della qualità dei prodotti assieme al contenimento dei prezzi. La Corte non intende difendere la concorrenza come valore oggettivo, nel senso che la Costituzione prescriverebbe di massimizzare la concorrenza nei mercati. Al contrario, ciò che sembra emergere dalla motivazione del giudice delle leggi è che l'articolo 41 prevede la garanzia costituzionale della libertà di concorrenza come situazione soggettiva, nel senso che tutti sono liberi di avviare un'attività produttiva o commerciale, facendo concorrenza a coloro che già sono sul mercato, e che ciò giova ai consumatori perché migliora la qualità e il prezzo dei prodotti.

7. La riserva di legge relativa implicita nel secondo comma dell'art. 41 Cost.

La giurisprudenza costituzionale degli anni Sessanta del secolo scorso comincia anche a interrogarsi circa la possibilità che la riserva di legge, esplicitamente prevista nel terzo comma dell'articolo 41 Cost., sia presente in modo implicito anche nel secondo comma. Non è raro trovare sentenze nelle quali il giudice costituzionale, pur avendo considerato le norme impugnate legittime sotto il profilo sostanziale, dal momento che i vincoli imposti all'iniziativa economica sono coerenti con il limite dell'utilità sociale, le ritenga illegittime dal punto di vista formale poiché il legislatore non ha delimitato in modo adeguato il potere attribuito all'amministrazione.

Tale orientamento non è che un'ulteriore espressione di quella impostazione generale, più volte richiamata dalla Corte, secondo la quale l'articolo 41 Cost. costituisce, nelle sue diverse funzioni, un sistema normativo. In modo organico con quanto previsto per il vincolo positivo dei fini sociali, anche il limite negativo dell'utilità sociale è interpretato dal giudice costituzionale come un limite che debba essere imposto dal legislatore rispettando la riserva relativa di legge. Tale istituto non esige che l'intera disciplina venga regolata dal Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente che questo determini «i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l'esercizio tanto dell'attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidate al Governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale»¹⁵². Le determinazioni programmatiche della legge possono naturalmente subire un ampio margine di variazione, sia in relazione «alla natura dell'attività economica» sia a seconda della «finalità sociale che si tende a perseguire»¹⁵³. La Corte ammette la possibilità che in alcuni casi tali determinazioni, criteri o finalità possano avere una complessità e articolazione assai minore che in altri. Tuttavia, la loro totale mancanza prova che le norme impugnate non rispettano il vincolo formale posto dalla Costituzione.

Questo orientamento emerge a partire dalla sentenza n. 4 del 1962¹⁵⁴, in cui il giudice costituzionale afferma che il secondo comma dell'art. 41 Cost. contiene una riserva di legge relativa implicita. Vi sono due ordini di ragioni da considerare. Da una parte, ciò si evince dai «principi generali informativi dell'ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura»; dall'altra, l'imposizione di un limite di questo tipo è giustificata «avendo presente il

¹⁵² Sul punto, si veda la sentenza n. 54 del 1962.

¹⁵³ Si veda ancora la sentenza n. 54 del 1962.

¹⁵⁴ Anche se non esplicitamente formulato, questo orientamento era già presente nelle sentenze nn. 50 e 103 del 1957 e n. 52 del 1958.

quadro complessivo degli interventi statali nell'economia» in modo che esso risulti essere armonico con quella rappresentazione, e ciò deve «competere al Parlamento, quale organo da cui emana l'indirizzo politico generale dello Stato»¹⁵⁵.

Sulla base di questo orientamento, la Corte afferma ad esempio l'incostituzionalità delle norme impugnate della legge 29 giugno 1929, n. 1366, sulle restrizioni al diritto di tenere bovini idonei alla riproduzione quando ne sia stata accertata la loro idoneità alla procreazione. A parere del giudice delle leggi, nonostante tali norme garantiscano la soddisfazione degli interessi sociali collegati alla massima utilizzazione del bestiame, esse non soddisfano il requisito formale della riserva di legge, limitandosi a disporre il rinvio a regolamenti ministeriali «per la determinazione delle condizioni e procedure degli interventi rivolti a circoscrivere l'autonomia dei singoli imprenditori agricoli», senza però «specificare sia pure genericamente criteri idonei a dirigere l'attività della pubblica Amministrazione». In modo simile, con la sentenza n. 5 del 1962, la Corte dichiara illegittime le norme del decreto legislativo 30 maggio 1947, n. 439, ratificato con legge 11 febbraio 1952, n. 69, recante «norme per il conferimento del grano, dell'orzo, della segale, del granoturco e del risone ai granai del popolo», poiché nonostante esprima complessivamente una finalità di ordine sociale, consistente nella tutela di certe derrate, questa disciplina rimette poi i criteri per la determinazione dei prezzi del risone alla «discrezionalità assoluta dell'autorità amministrativa»¹⁵⁶.

In altri casi, come abbiamo già messo in evidenza nelle pagine precedenti, la Corte utilizza la clausola utilità sociale riferendosi ai fini sociali previsti nel comma 3 dell'art. 41 Cost. Diversamente dalle sentenze esaminate, queste pronunce non fanno quindi riferimento alla riserva implicita, ma a quella esplicitamente prevista nel comma 3. La pronuncia n. 39 del 1963 dichiara l'incostituzionalità dell'art. 253 del codice postale (approvato con R.D. 27 febbraio 1936, n. 645) in quanto la potestà conferita dal legislatore alla pubblica Amministrazione di rilasciare una licenza per coloro che «intendono costruire, riparare, commerciare apparecchi elettronici», pur essendo conforme ai limiti che il terzo comma dell'articolo 41 Cost. impone agli operatori economici, avendo le telecomunicazioni una chiara «rilevanza sociale ed economica», non è tuttavia contenuta entro limiti che ne circoscrivano la discrezionalità. La disposizione impugnata infatti, sottolinea ancora il giudice delle leggi, dispone soltanto che «chiunque intenda costruire o commerciare materiale radioelettrico di qualsiasi specie, ovvero eserciti il montaggio o la riparazione di

¹⁵⁵ Come si vedrà questa prospettiva verrà ripresa dalla Corte nel riparto di competenze tra Stato e Regioni e quando elaborerà il criterio della tutela sistemica degli interessi che spetta al legislatore.

¹⁵⁶ A conferma che vi è una giurisprudenza costituzionale consolidata che ha riconosciuto la presenza di una riserva di legge relativa nell' art. 41, comma 2, Cost., si veda la sentenza n. 40 del 1964 sui limiti minimi e massimi entro cui deve essere contenuta la misura dei canoni annuali di affitto dei fondi rustici, il cui ragionamento è ripreso nella sentenza n. 87 del 1964.

apparecchi radioelettrici o di parti di essi» deve essere in possesso di una speciale licenza rilasciata dal Ministero delle poste e delle telecomunicazioni. Tuttavia, la disciplina impugnata non contiene alcun accenno «alle ragioni sociali, alle finalità, o alle condizioni del rilascio di tale licenza», né fa riferimento «ai requisiti necessari per lo svolgimento dell'attività di radiotecnico». Pertanto l'articolo censurato, pur soddisfacendo il requisito sostanziale stabilito dal'41 Cost., non rispetta quello formale della riserva di legge ed è viziato da incostituzionalità¹⁵⁷.

Considerando il numero consistente di pronunce nelle quali “fini sociali” e “utilità sociale” sono utilizzati come fungibili, non si può dubitare che questa situazione non sia casuale ma che sia invece il frutto di una ben precisa scelta della Corte motivata dall'assunto, più volte richiamato, che l'art 41 Cost. costituisce un sistema. Un complesso di norme nelle quali la natura della libertà di iniziativa economica, difesa nel primo comma, va ricostruita in riferimento agli altri due commi e dove, i limiti negativi ispirati alla utilità sociale sono in molti casi alla base di indirizzi positivi che hanno lo scopo di promuoverla. Questa stessa premessa generale continua a essere operante nella giurisprudenza costituzionale degli anni Settanta del secolo scorso, nelle pronunce in cui ancora una volta il tema della riserva di legge si accompagna alla fungibilità di utilità sociale e fini sociali.

Nella decisione n. 35 del 1971, ad esempio, la legge 7 luglio 1959, n. 490, che autorizzava i Ministri per l'agricoltura e per l'industria a imporre agli operatori privati acquisti obbligatori di bietole a prezzi d'imperio e secondo condizioni rimesse in toto alle determinazioni dei Ministri, viene a porsi in contrasto con l'art. 41 Cost. Il giudice costituzionale rileva che la legge impugnata consta di disposizioni che costituiscono un «programma» che ha il fine di coordinare l'esercizio della bieticoltura e dell'industria dello zucchero con le esigenze di sviluppo economico e sociale delle zone agricole in modo da promuovere «l'utilità» e il «bene sociale». Ancora una volta, la Corte volutamente non distingue fra il secondo e il terzo comma dell'articolo 41 Cost., considerando l'utilità sociale un limite positivo all'iniziativa economica che deve essere sottoposto a una riserva di legge.

¹⁵⁷ Seguendo un ragionamento analogo, la Corte denuncia l'incostituzionalità della disciplina della produzione, trasformazione e commercio della canapa (norme contenute nelle leggi 2 aprile 1936, n. 613, e della legge 18 gennaio 1937, n. 243, D.L. Lgt. 17 settembre 1944, n. 213; legge 30 giugno 1952, n. 813; D.P.R. 17 novembre 1953, n. 842), in quanto nulla è stabilito circa i criteri di concessione delle licenze di coltivazione delle sementi (vedi anche la sentenza n. 46 del 1963). Ritiene la Corte che questa disciplina così penetrante sulla produzione, trasformazione e commercio della canapa, non osservi la riserva di legge posta dal terzo comma dell'art. 41 Cost. Le disposizioni legislative esaminate stabiliscono, infatti, una completa «programmazione» dell'intero settore produttivo della canapa, lasciando alla discrezionalità dell'ente pubblico che quel settore controlla, «di stabilire in ciascuna fase della coltivazione, della trasformazione e del commercio del prodotto limitazioni e controlli rigorosi dell'attività economica privata».

8. Il controllo sulla congruità dei mezzi con i fini

Volendo ora esaminare le caratteristiche del sindacato della Corte, è opportuno prendere le mosse dall'esame dei limiti che il giudice costituzionale pone al suo stesso operato quando è chiamato a giudicare della legittimità costituzionale di previsioni legislative che invocano come parametro l'art. 41 Cost, e in particolare l'utilità sociale.

Ad essere esclusa in modo programmatico è la possibilità di operare una valutazione dei fini sociali che il legislatore intende perseguire con la disciplina censurata. Il giudice costituzionale dovrà infatti limitarsi a considerare la relazione fra mezzi e fini, ed esaminare se questa non sia stata pregiudicata da un ragionamento contraddittorio o se i mezzi indicati siano inadeguati o sproporzionati agli obiettivi da raggiungere. Dall'esame di queste prime sentenze, la Corte sembra dunque riservare per sé un tipo di controllo che potrebbe essere assimilato a quello di ragionevolezza.

Utilizzare esclusivamente questa categoria, per quanto possa essere utile a tratteggiare le linee essenziali del tipo di controllo che la Corte esercita sull'utilità sociale, non consente ancora di elaborare un modello esplicativo adeguato per questo sindacato. In particolare, sussumere il giudizio della Corte sotto il modello di ragionevolezza lascia sullo sfondo il modo peculiare in cui questa interviene nella relazione fra i fini sociali delle previsioni legislative e gli interessi costituzionali di volta in volta ricondotti alla clausola utilità sociale. A questo scopo è opportuno esaminare invece le motivazioni contenute in alcune pronunce esemplari.

Oltre alla già citata sentenza n. 21 del 1964 sulla chiusura notturna degli stabilimenti di panificazione, la Corte ritorna sulla natura del suo sindacato nella pronuncia n. 137 del 1971 in cui è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge 4 luglio 1967, n. 580, sulla disciplina della confezione delle paste alimentari.

La questione sottoposta alla Corte investe diversi articoli della legge 4 luglio 1967, n. 580, nella parte in cui dispongono che le paste alimentari possono essere prodotte soltanto con la semola di grano duro e vietano la vendita di paste aventi caratteristiche differenti da quelle prescritte. Nell'ordinanza di remissione, il giudice *a quo* aveva sostenuto che tale divieto, in modo particolare quello di produrre paste di segala, non era giustificato da alcun motivo di utilità sociale poiché tale tipo di cereale ha proprietà dietetiche che sono, ad esempio, indispensabili nella cura dell'obesità e del diabete. Le norme censurate contrasterebbero dunque con il secondo comma dell'art. 41 Cost. Secondo il giudice remittente, in sostanza, il legislatore avrebbe dovuto incoraggiare e non vietare la produzione di questo cereale.

Prima di esaminare la questione, la Corte introduce quella che può essere letto come un controllo per linee esterne o come una prima raffigurazione del nascente criterio di ragionevolezza. Il giudice costituzionale afferma infatti che «ha certamente il potere di giudicare in merito alla utilità sociale [...]», ma «tale potere concerne solo gli aspetti logici del problema e cioè la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo».

L'esame della motivazione consente di mettere in luce alcuni aspetti interessanti di questa impostazione generale. In primo luogo, va precisato il significato di fine. Contrariamente a quanto detto nella parte della motivazione sopra riportata, qualche riga più avanti il giudice costituzionale chiarisce che «fine» non identifica l'utilità sociale *tout court*, ma la particolare interpretazione di utilità sociale data dal legislatore. Nel caso di specie, il giudice delle leggi dichiara che le disposizioni censurate hanno due finalità: l'interesse per la produzione granaria e la tutela della salute dei consumatori. Soffermiamoci sul secondo fine, a cui la pronuncia attribuisce particolare rilievo. Richiamando la sua giurisprudenza, la Corte ribadisce che non vi può essere alcun dubbio che la salute sia un motivo di utilità sociale. Si tratta dunque di verificare se i mezzi indicati siano adeguati alla protezione dell'interesse costituzionale della salute.

È interessante notare che dal momento che sia la pasta di grano duro sia quella di segale su cui grava il divieto hanno entrambe proprietà salutistiche, il giudice costituzionale per poter valutare l'efficacia dei mezzi non potrà non valutare anche i fini della legge, cioè la specifica interpretazione che il legislatore ha dato del bene salute. In questa come in altre sentenze, l'operato della Corte sembra quindi attraversato da un'evidente tensione. Nonostante la Corte dichiarò esplicitamente di non poter valutare i fini, è poi inevitabilmente portata a farlo per poter compiere adeguatamente la sua indagine sui mezzi.

Si tratta dunque di mettere a confronto la concezione della salute come tutela di una particolare tipologia di malati, gli obesi e i diabetici, con quella che invece vuole garantire il fabbisogno calorico medio della maggioranza della popolazione. Coerentemente con la sua giurisprudenza passata, la Corte opera una scelta di tipo utilitaristico: i fini di utilità sociale coinvolgono la protezione di interessi della maggioranza della popolazione e non c'è alcun dubbio che in questa ottica la produzione e la vendita di un prodotto che ha «maggiore potere nutritivo» sia da preferire a quello che ne ha uno minore, anche se ciò favorisce alcuni particolari pazienti.

Come in altre pronunce, il giudice costituzionale giustifica la sua decisione utilizzando un criterio quantitativo. In questo caso, tuttavia, per ragioni che hanno a che fare con il modo in cui la stessa Costituzione tutela la salute, l'operazione appare meno convincente. L'articolo 32, infatti, pur prevedendo nel suo secondo comma la possibilità che il diritto individuale di rifiutare trattamenti

sanitari debba cedere quando sia minacciato l'interesse alla salute della collettività, non prevede invece che il diritto alle cure del singolo debba cedere di fronte a quello di molti. In altri termini, se il diritto alla salute può essere sacrificato per tutelare la salute di molti, la salvaguardia della salute intesa come integrità psicofisica non può ammettere un tale bilanciamento.

Si tratta di un caso esemplare. La decisione nella quale, più esplicitamente che in altre, la Corte dichiara di voler limitare il suo potere di esaminare l'utilità ad un sindacato che riguarda la coerenza logica fra mezzi e fini, mostra come questo vincolo sia in effetti difficilmente rispettabile al punto che il controllo finisce per diventare assai penetrante fino a coinvolgere il bilanciamento fra interessi fondamentali come quelli interni al bene salute.

La Corte ritorna sul punto nella sentenza n. 20 del 1980. Si tratta di una decisione significativa poiché il giudice costituzionale, pur richiamando esplicitamente il tipo di sindacato avallato con la sentenza n. 137 del 1971 sopra discussa, ne dà ora una interpretazione più stringente che la porta ad arrestarsi di fronte alla volontà del legislatore. Cambiamento che è tanto più sorprendente quanto più si tenga conto che il *thema decidendum* è pressoché identico a quello della sentenza n. 137. La Corte è chiamata infatti a decidere se l'articolo 29 della legge 580 del 1967, che vieta di produrre e di mettere in commercio paste integrali di grano duro, contrasti con l'articolo 41 Cost.

Questa volta, al fine di poter offrire una valutazione scientificamente informata delle motivazioni del legislatore, il giudice costituzionale, a integrazione dell'esame dei lavori preparatori della legge censurata, richiede ai Ministeri della Sanità e dell'Agricoltura e Foreste ogni utile elemento in loro possesso.

Le informazioni rese dal Ministero della Sanità mettono in luce un primo importante elemento di distinzione rispetto alla sentenza n. 137. Diversamente da quanto era emerso nella motivazione della Corte rispetto alle proprietà della pasta di segale, a quella integrale sono attribuite qualità che riguardano tutta la popolazione e non soltanto una sua parte. Il Ministero riferisce che «sulla base delle più moderne acquisizioni della scienza dell'alimentazione» la fibra presente nei cereali «esplica un'utile azione per la prevenzione di alcune malattie metaboliche e dell'apparato digerente e pertanto è auspicabile che venga messa a disposizione dei consumatori [...]». In questo modo veniva dunque fortemente ridimensionato il peso dell'argomento utilizzato nella sentenza 137 con il quale la Corte aveva motivato la sua volontà di arrestarsi di fronte alle intenzioni del legislatore. Se l'assunzione di quel tipo di pasta promuove la salute di tutti, non è possibile giustificare la norma che ne vieta la commercializzazione a partire dall'utilità sociale.

Come se ciò non bastasse, il Ministero dell'Agricoltura e Foreste presenta un ulteriore parere che sembra fatto apposta per confutare il secondo argomento utilizzato dal giudice nella

richiamata sentenza 137. Come già emerso in quella pronuncia, il Ministero dell'Agricoltura riconosce che l'esclusivo utilizzo del grano duro nella produzione delle paste secche dipende in primo luogo dall'esigenza di sostenere la «cultura del grano duro», che in alcune aree della penisola rappresenta l'unico prodotto coltivabile. Il divieto sarebbe dunque una misura necessaria a questo fine sociale: l'imposizione che impedisce di utilizzare nella sua interezza lo sfarinato sarebbe funzionale a produrre un maggiore consumo di grano per ogni quantità di pasta e a promuovere in questo modo la domanda del prodotto. Osserva il Ministero che questo ragionamento poggia su una premessa falsa. La produzione di grano duro, come risulta da dati pubblicati dall'Istat, non è infatti sufficiente a soddisfare la richiesta nazionale di produzione della pasta che impone infatti all'Italia una crescente importazione di grano duro. L'utilizzo di sfarinati integrali, conclude dunque il Ministero dell'agricoltura, lungi dal disincentivare la produzione di grano duro avrebbe semmai l'unico effetto di diminuirne l'importazione.

A fronte delle informazioni rese dai due Ministeri, è chiaro che la disposizione impugnata non solo non ha alcun effetto positivo sulla salute, come invece poteva averlo il divieto sulla produzione di pasta di segale, ma non è neppure in alcun modo connessa alla protezione di una cultura di interesse nazionale. In questo caso, diversamente da quanto il giudice costituzionale aveva sostenuto nella 137 del 1971, non vi è alcun dubbio che i nuovi dati sulla produzione del grano duro e le nuove scoperte scientifiche sugli effetti positivi della farina integrale sulla salute indeboliscono gravemente il richiamo all'utilità sociale quale giustificazione alla compressione della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore agricolo.

Sorprendentemente, anche in questo caso, la Corte dichiara tuttavia non fondata la questione di legittimità costituzionale motivando come i nuovi elementi emersi dal coinvolgimento dei Ministeri potessero essere valutati soltanto dal legislatore e mai dalla Corte. Sotto questo profilo, la sentenza 20 del 1980 si pone in continuità con la impostazione inaugurata dalla 137 del 1971 circa la natura del sindacato della Corte in merito all'utilità sociale. Ma al di là di questa somiglianza è opportuno non trascurare invece un evidente irrigidimento della Corte nell'interpretare la sua funzione, in modo particolare, la sua professata disposizione a rispettare la discrezionalità del legislatore. Mentre infatti nella prima sentenza i dati scientifici sugli effetti benefici della segala riguardavano soltanto una minoranza della popolazione, e la Corte aveva avuto buon gioco nel sostenere che ciò non potesse mettere in discussione la ragionevolezza della legge impugnata, quelli prodotti dai Ministeri non hanno questo limite e la loro portata è tale che, stando allo spirito della stessa motivazione espressa nella 137, la relazione logica mezzi fini disegnata dal legislatore dovrebbe essere messa in crisi.

9. Conclusioni: l'utilità sociale nella prima fase della giurisprudenza costituzionale

L'esame della giurisprudenza costituzionale che ha come parametro l'art. 41 Cost. fin qui condotto, pur nella molteplicità dei temi e delle materie trattate, presenta alcuni temi ricorrenti.

In primo luogo, non sembrano esserci dubbi sul fatto che fino agli anni Ottanta la clausola utilità sociale è stata interpretata alla luce di quella lettura dell'economia mista che nelle pagine iniziali di questo capitolo abbiamo definito "democratico sociale". In contrasto con il monismo assiologico delle concezioni neoliberali o ordoliberali, le pronunce esaminate mostrano che gli interessi del mercato sono soltanto una delle molteplici considerazioni che possono giustificare l'intervento Statale nell'economia. Più precisamente, sono spesso proprio gli interessi esterni al mercato che secondo la Corte possono motivare l'imposizione di limiti all'attività economica privata o la stesura di programmi che ne finalizzano alcuni settori particolari. Inoltre, contro la tesi neoliberale che la misura dell'intervento statale (e quindi della spesa pubblica) deve mantenersi a livelli minimi, peraltro ricavabili dalla stessa Costituzione, questa giurisprudenza afferma che non vi è alcun limite quantitativo da rispettare e che le scelte in materia debbano essere rimesse interamente alla discrezionalità del legislatore.

In secondo luogo, in molte decisioni esaminate, come ad esempio quelle che riguardano la tutela degli interessi del contraente più debole o di coloro che sono esclusi dal godimento di beni riservati a pochi, la Corte definisce socialmente utili quelle misure che pongono rimedio alle disuguaglianze causate da processi spontanei intrinsecamente legati al libero mercato. L'esame di questa giurisprudenza offre dunque un sostegno alla tesi dottrina che riconduce il significato del sintagma utilità sociale nell'art. 41 comma 2 Cost. all'area semantica delineata dall'aggettivo "sociale" contenuto negli articoli 2 e 3 Cost.

Su questo tema molto è stato scritto e una discussione anche solo delle linee essenziali del dibattito esulerebbe dagli scopi di questo lavoro. Detto ciò, può essere opportuno richiamare la tesi di Crisafulli sul significato "sociale" delle Costituzioni democratiche¹⁵⁸. Seguendo la sua analisi, ogni testo costituzionale, sia che riguardi le Costituzioni liberali sia le Costituzioni democratiche *lunghe*, ha carattere inevitabilmente sociale poiché regola i rapporti fra «governanti e governati». Tuttavia, precisa Crisafulli, le Costituzioni democratiche si differenziano da quelle liberali poiché danno a questo concetto un significato ulteriore che rimanda alla volontà di regolare i rapporti sociali «secondo un indirizzo interventista, anziché secondo un indirizzo puramente

158Si veda V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale* (1950), in V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, ora in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015.

astensionistico»¹⁵⁹. In altri termini, «l'ordinamento costituzionale [...] estende la propria competenza a regolare anche il sistema di relazioni sociali che di fatto condizionano la libertà dei cittadini e quindi interviene attivamente per modificare, limitare ed orientare in un certo senso l'influenza di tale sistema»¹⁶⁰. Seguendo questa analisi, Omar Chessa ha recentemente affermato che il significato del sintagma utilità sociale è intellegibile soltanto alla luce di questo sfondo valoriale¹⁶¹. Più in generale, Chessa ha sostenuto come non sia plausibile ipotizzare che il termine «sociale» utilizzato nelle diverse espressioni quali «utilità sociale», «fini sociali» (rispettivamente limite negativo e positivo all'iniziativa economica privata, art. 41 Cost.), «funzione *sociale* (della proprietà)» (artt. 41, 42 Cost.), «equi rapporti *sociali*», «funzione *sociale* della cooperazione» e di «elevazione economica e *sociale* del lavoro» (artt. 44, 45, 46 Cost.) abbia un significato alternativo a quello che secondo l'analisi crisafulliana deve essere attribuito a alle espressioni «solidarietà economica e *sociale*» (art. 2), «condizioni personali e *sociali*», «ostacoli di ordine economico e *sociale*», «effettiva partecipazione (...) all'organizzazione politica, economica e *sociale*» contenute negli articoli 2 e 3 Cost.¹⁶².

L'analisi della giurisprudenza costituzionale fin qui condotta offre un argomento plausibile a favore della tesi di Chessa. Ciò è vero almeno in due sensi. Non soltanto *alcune* sentenze interpretano l'utilità sociale sociale come uno strumento inteso a redistribuire beni e opportunità a coloro che ne sono esclusi, ma anche perché *nessuna* sentenza fino agli anni Ottanta offre un sostegno alla tesi contraria che interpreta il significato sociale della Costituzione nell'ottica ordoliberalale.

E' importante non dimenticare infatti che anche questo orientamento teorico ha difeso una propria concezione della «economia sociale e di mercato» (*soziale Marktwirtschaft*)¹⁶³ che va però in tutt'altra direzione rispetto a quella indicata dall'articolo 3, comma 2, Cost. In questa ottica l'intervento pubblico è necessario non tanto per correggere la logica di mercato, ma al contrario per rendere le regole della concorrenza più efficaci. Tali interventi hanno una funzione "sociale" poiché soltanto una distribuzione di beni che rispetta la logica di mercato può assicurare il progresso della società e il benessere dei consumatori attraverso la soddisfazione delle loro preferenze¹⁶⁴. In questo modo, la dottrina ordoliberalale esprime un ben preciso ordine lessicale fra efficienza economica, garantita dal rispetto della concorrenza, ed equità sociale. Un rapporto di subordinazione che finisce per essere ostile non solo alle politiche economiche a favore del pieno impiego, ma anche ad ogni

159 *Ibidem*, 251.

160 *Ibidem*, 252.

161 O. CHESSA, *op. cit.*, 16.

162 *Ibidem*.

163 Vedi O. CHESSA, *op. cit.*, 20.

164 *Ibidem*.

forma di tutela sociale dei lavoratori mediante norme che redistribuiscono la ricchezza e il peso fiscale¹⁶⁵. In contrasto con questo indirizzo, la giurisprudenza costituzionale esaminata ha mostrato come la Corte ritiene invece ispirate all'utilità sociale le previsioni legislative che fondono il rispetto per la libertà dell'imprenditore con valori come la tutela della salute o rispetto del principio lavorista che sono esterni al mercato concorrenziale¹⁶⁶.

Un'ultima considerazione deve essere spesa infine sul modo in l'utilità sociale si identifica con la tutela del lavoro. Abbiamo messo in luce come in diverse sentenze il principio lavorista sia considerato dalla Corte un fine di utilità sociale. È bene ora chiarire il senso in cui ciò sia vero.

La Corte precisa a riguardo che la realizzazione dell'utilità sociale intesa come tutela del lavoro non può giustificare limiti all'iniziativa economica privata tali da produrre il risultato della piena occupazione e che questa può essere eventualmente raggiunta soltanto indirettamente, attraverso misure che incidano sull'equilibrio fra domanda e offerta. Inoltre, il lavoro è socialmente utile quando non è semplicemente uno strumento per la liberazione dal bisogno materiale, ma quando per così dire esprime la sua valenza di principio architettonico della Costituzione. Quando cioè il lavoro permette al lavoratore di realizzare la sua personalità e di vivere pienamente la dimensione politica della cittadinanza. In questo modo la limitazione della libertà del mercato operata dal legislatore permette secondo la Corte di realizzare una libertà più alta, quella che consente all'individuo di affrancarsi dal bisogno, di vivere una vita familiare dignitosa e di poter esprimere le proprie scelte in modo autonomo, informato e consapevole attraverso la partecipazione attiva al dibattito pubblico. Una superiore libertà che è evidentemente connessa al riconoscimento della uguaglianza iniziale di tutti gli esseri umani e che può realizzarsi, dinamicamente, soltanto attraverso quella concezione dell'attività lavorativa prevista nella Costituzione che è la precondizione per il raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale di tutti i cittadini.

165 Si veda O. CHESSA, *op. cit.*, 22

166 Si veda ancora O. CHESSA, *ibidem*.

Capitolo terzo

TUTELA DELLA CONCORRENZA E UTILITÀ SOCIALE: TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: *1. Mercato e principio della tutela della concorrenza. Lo sfondo dottrinale della giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta; 2. La seconda fase della giurisprudenza costituzionale (1990); 3. L'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione; 4. La nozione di concorrenza nella giurisprudenza della Corte e nel diritto dell'Unione; 5. Il riparto di competenza tra Stato e Regioni; 6. Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione; 7. Libertà di iniziativa economica, Antitrust e Corte costituzionale: problemi di accesso al giudizio in via incidentale; 8. Tutela della concorrenza, liberalizzazioni e utilità sociale; 9. L' utilità sociale identifica valori esterni al mercato; 10. La vicenda della liberalizzazione degli orari di apertura e chiusura dei negozi.*

1. Mercato e principio della tutela della concorrenza. Lo sfondo dottrinale della giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta

Nel capitolo precedente si è illustrato il significato che la Corte costituzionale attribuisce alla clausola utilità sociale fino alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso. Ora l'indagine si soffermerà sulla seconda fase della giurisprudenza costituzionale, nella quale il sintagma subisce una torsione interpretativa che riconduce il suo significato alla tutela della concorrenza. A questo scopo è opportuno svolgere alcune considerazioni generali sulle nozioni che saranno utilizzate e sulle diverse posizioni dottrinarie in materia.

Il concetto giuridico di concorrenza presuppone quello di mercato, poiché ciò che la concorrenza auspica è appunto una certa configurazione del mercato che è orientata a massimizzare la concorrenza fra gli operatori. È dunque opportuno esaminare sia pur brevemente cosa sia il mercato, quale sia la natura della sua relazione con il diritto e se e in che misura il questo abbia un rilievo per il diritto costituzionale.

Sulla prima questione, è d'obbligo il richiamo all'analisi di Natalino Irti secondo cui il mercato coincide con l'ordine giuridico che lo costituisce. Irti è critico del cosiddetto indirizzo naturalistico che «attribuisce all'economia la capacità di esprimere sue proprie regole [...] indipendenti dalle leggi giuridiche volute dagli uomini»¹⁶⁷. Secondo questa impostazione l'economia sarebbe governata da «leggi di natura, suscettibili di essere accertate come un che di esterno e oggettivo»¹⁶⁸ e le cui proposizioni godono di una «verità sperimentale» che è sottratta alla contingenza delle volontà politiche. In contrasto con il naturalismo, Irti sostiene che qualsiasi economia si trova nella «necessità logica di postulare forme e istituti giuridici», come ad esempio la proprietà privata, la tutela degli accordi, o la garanzia giudiziale dei diritti¹⁶⁹. Il diritto quindi non si limiterebbe a regolare dall'esterno gli scambi commerciali, ma sarebbe piuttosto la sua condizione di possibilità. Irti attacca poi i presupposti stessi del naturalismo liberalista offrendone una spiegazione che va nella direzione esattamente opposta a quella originaria. In questo senso, gli accordi commerciali, generalmente considerati la prova della indipendenza dell'economia dal diritto, sono considerati invece come un caso emblematico di pratiche che non potrebbero esistere senza l'esistenza di norme giuridiche capaci di «renderli vincolanti e di munirli di garanzie coercitive»¹⁷⁰.

Questa dottrina presenta tuttavia alcuni punti critici. Secondo alcuni, la tesi non terrebbe sufficientemente conto del fatto che oltre agli ordini sociali «costruiti» vi sono gli ordini sociali «spontanei»¹⁷¹. In questo modo, Irti finirebbe per postulare che la legge, e più precisamente la decisione politica che la sostiene, è ciò che stabilisce i fini dell'azione umana. Al contrario, sostengono i suoi critici, sarebbero proprio i bisogni e le preferenze individuali, assieme alle interazioni sociali che ciascuno costruisce con gli altri membri della comunità, a identificare gli scopi dell'agire che sono alla base degli scambi commerciali. Questi elementi preesistono alla volontà del legislatore e non vengono da essa creati. Inoltre, la legge non soltanto non sarebbe la condizione costitutiva del mercato ma, in alcuni casi non sarebbe neppure necessaria per stabilizzarlo e farlo prosperare. Secondo Mario Draghi, ad esempio, che riprende una tesi di Luigi Einaudi, esistono molteplici mercati «senza regole giuridiche» ma non per questo poco efficienti o incapaci di imporre il rispetto delle loro regole. In contrasto con l'ipotesi costruttivista, questa forma di naturalismo sostiene come il mercato sia «anche una realtà pregiuridica» e sia quindi poco

¹⁶⁷ Si veda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, II ed., Roma-Bari, 2004; in forma più concisa vedi N. IRTI, *Introduzione. Diritto e mercato*, in Aa.Vv., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, VII. Vedi anche O. CHESSA, *op. cit.*, 117 ss.

¹⁶⁸ N. IRTI, *Introduzione. Diritto e mercato*, cit., VIII.

¹⁶⁹ N. IRTI, *op. cit.*, X-XI.

¹⁷⁰ N. IRTI, *op. cit.*, XI.

¹⁷¹ Si veda M. DRAGHI, *Intervento*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., 83 ss.

plausibile la tesi che anche quando il mercato sembra svilupparsi in modo spontaneo, questo sarebbe in realtà un fenomeno da ricondursi ad una ben precisa scelta politica¹⁷².

Le due posizioni ora esaminate, che sostengono due visioni contrastanti del rapporto fra mercato e diritto, sono accomunate da un monismo metodologico di fondo: l'idea che vi sia qualcosa, le leggi naturali o il diritto, che abbia una priorità logico temporale su altri fattori e che ciò sia sufficiente a fondare il mercato. Un orientamento che suscita non poche perplessità connesse alla natura stessa del fenomeno che si vuole spiegare¹⁷³. Il mercato può essere infatti definito come una pratica di scambio volontario che consiste nell'offrire beni con l'aspettativa di riceverne altri¹⁷⁴. Così caratterizzata, questa pratica è intellegibile a patto di riconoscere effettivi, cioè operanti alcuni fattori. Da una parte, come sottolineano i naturalisti, non vi sarebbe mercato se non ci fosse una propensione allo scambio e un insieme di preferenze e di bisogni da soddisfare. Dall'altra, questa pratica non avrebbe potuto prendere piede se non vi fosse una fiducia condivisa sul fatto che ciascun agente rispetta un qualche, sia pur primitivo, principio di reciprocità¹⁷⁵.

Seguendo questa terza linea, come è stato chiaro a più di un interprete, il commercio viene ad essere una forma di interazione sociale intrinsecamente connotata di «giuridicità»¹⁷⁶. Certamente, come ha sostenuto recentemente Chessa, la reciprocità non può essere considerata un principio che deriva la sua validità «dagli atti politici di legislazione positiva». Tuttavia, esso è fondamento del «nostro dovere di obbedire al diritto vigente» e pertanto «già parte integrante di questo»¹⁷⁷. Il mercato dunque, anche se non richiede l'esistenza di norme di diritto positivo, può prendere piede e stabilizzarsi solo all'interno di un quadro normativo in cui sono presenti principi metagiuridici vincolanti per tutti. Ciò non significa evidentemente affermare l'esistenza di una priorità logica del diritto sul mercato, ma stabilire piuttosto una relazione di reciproca implicazione: da una parte la pratica dello scambio esiste in quanto è percepita come vincolante alla luce della reciprocità; dall'altra, tale principio è intellegibile solo ipotizzando una volontà di entrare in relazione che prevede lo scambio di beni¹⁷⁸.

¹⁷²Si veda M. DRAGHI, *ibidem*. Vedi anche O. CHESSA, *op. cit.*, 118 ss.

¹⁷³Vedi ancora O. CHESSA, *op. cit.*, 119 ss.

¹⁷⁴ Questa definizione di mercato si ispira ad A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1976, trad. it. *La ricchezza delle nazioni*, Torino-Novara, 2013; vedi inoltre O. CHESSA, *ibidem*.

¹⁷⁵Vedi O. CHESSA, *op. cit.*, 120.

¹⁷⁶Vedi O. CHESSA, *op. cit.*, 119.

¹⁷⁷ Per una articolata difesa di questa posizione, si veda O. CHESSA, *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, in *Diritto & Questioni pubbliche* (www.dirittoequestionipubbliche.it), n. 10, 2010, 114 ss.; si veda inoltre dello stesso autore, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 561 ss.

¹⁷⁸ Su questo punto si veda ancora O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 120 ss. Chessa propone una concezione di reciprocità che si ispira a quella difesa da John Rawls. Si veda J. RAWLS, *Political Liberalism* (1993), trad. it. *Liberalismo politico*, Milano, 1999, 58-67, 183-214.

Fatte queste prime considerazioni generali, si tratta ora di verificare se e in che misura il legame fra mercato e diritto abbia una tutela costituzionale. A questa domanda non può che risponderci in modo affermativo. Come è stato in più occasioni ribadito in dottrina, l'esistenza e la tutela del mercato è chiaramente sottintesa nella difesa della proprietà e dell'iniziativa economica privata. L'articolo 42 comprende infatti non solo il diritto di godere di un oggetto, ma prevedendo che il legislatore ne indichi «i modi di acquisto», di fatto assume che vi debbano essere delle norme positive che prevedano la possibilità di scambiare beni ¹⁷⁹. L'articolo 41 poi, come è stato ampiamente mostrato nelle sezioni precedenti, riguarda espressamente la produzione di oggetti che sono destinati al commercio.

Una volta affrontate le due questioni preliminari, vale a dire il rapporto fra mercato e normatività e quello fra economia di mercato e Costituzione, dobbiamo esaminare il tema principale che abbiamo finora lasciato sullo sfondo, se cioè la tutela della concorrenza abbia un fondamento costituzionale prima dell'entrata in vigore della legge n 3 del 2001.

Diverse sono state le linee argomentative che hanno cercato di percorrere l'argomento del fondamento implicito attraverso una interpretazione neoliberale dell'articolo 41 Cost. Questi indirizzi sono riconducibili a due differenti ipotesi. La prima, attribuibile a Giuliano Amato, ha sostenuto che sebbene la tutela della concorrenza non fosse un tema presente nell'orizzonte valoriale dei costituenti, essa doveva in qualche modo essere posta al centro di una nuova interpretazione del testo costituzionale resasi necessaria dalla sempre maggiore penetrazione del diritto dell'Unione¹⁸⁰. La seconda linea, difesa da Alessandro Pace, sostiene invece che il principio di concorrenza sarebbe implicito già nella originaria formulazione dell'articolo 41 Cost. In particolare, vi sarebbero due diversi aspetti che lo chiamerebbero in causa. Da una parte, la affermazione della libertà di iniziativa privata contenuta nel primo comma sarebbe un primo chiaro riferimento al fatto che questa riguarda tutti e non solo alcuni. Dall'altra, il limite della libertà altrui previsto nel secondo comma farebbe riferimento, accanto ad altre accezioni di libertà, anche e soprattutto a quella economica¹⁸¹.

Questa lettura è sembrata ad alcuni poco convincente. Si è obiettato che l'articolo 41 Cost. distingue fra «iniziativa» economica e il suo «svolgimento»¹⁸². La prima attività, che è identificata

¹⁷⁹Vedi O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 121.

¹⁸⁰Vedi sul punto G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *La costituzione economica*, Atti del convegno di Ferrara dell'11-12 ottobre 1991, Padova, 1997, 18 ss. Vedi anche G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. Soc.*, 2010, 343.

¹⁸¹A. PACE 1997, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *La costituzione economica*, cit., 178. L'argomento era anche in G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in Aa.Vv., *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, 1990, 65.

¹⁸²La letteratura sul tema è molto ampia. Si veda almeno, C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto*

con «l'atto di destinazione del capitale al settore del mercato prescelto per fini produttivi», è libera: il privato non può essere obbligato dalla legge ad investire il suo capitale in un determinato settore¹⁸³. Per ciò che riguarda invece il suo “svolgimento”, la situazione muta radicalmente. In questo caso, qualora l'attività in questione entri in conflitto con motivi utilità sociale, sicurezza, dignità e libertà umana, il legislatore potrebbe decidere di comprimere la libertà dell'imprenditore o riservare a sé una particolare attività produttiva estromettendola dallo spazio del mercato concorrenziale¹⁸⁴.

Sullo sfondo di questa distinzione, Massimo Luciani e Omar Chessa hanno concluso che l'articolo 41 Cost. non possa contenere il principio della tutela della concorrenza. Quest'ultimo prescrive infatti «la massima estensione dei mercati concorrenziali» e quindi, contrariamente a quanto previsto nei commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., la eventuale «rimozione delle barriere d'ingresso agli operatori privati»¹⁸⁵. Ciò naturalmente non esclude la possibilità che vi siano casi particolari in cui il legislatore possa considerare il principio concorrenziale come il miglior mezzo possibile per garantire a tutti l'eguale godimento delle libertà economiche¹⁸⁶. Tuttavia, ancora una volta, ciò non prova che la concorrenza sia un fine garantito dal 41 Cost. Da una parte, questa sarebbe soltanto un mero mezzo connesso soltanto contingentemente con fini di altra natura. Dall'altra, come è stato osservato in precedenza, un ordinamento che prevede la eguale libertà economica non equivale in alcun modo ad un regime concorrenziale.

Possiamo quindi concludere che la concorrenza non ha alcuno spazio nella Costituzione prima della Riforma del titolo V? Si tratta evidentemente di una tesi estrema che non può essere accettata senza condizioni. Che la concorrenza non sia un fine non significa come si è appena osservato che non sia un mezzo. Per quale fine? Ancora una volta può esserci di aiuto la giurisprudenza costituzionale. La sentenza n. 223 del 1982 aveva infatti chiaramente indicato la tutela della concorrenza come un importante strumento dell'utilità sociale, capace nel caso specifico, di tutelare il benessere dei consumatori.

Si tratta però, ed è bene ribadirlo, di un legame strumentale soltanto contingente e in alcun modo necessario. In altri termini secondo quanto la stessa Corte lascia intendere la tutela della

pubblico, Napoli, 1959; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971; F. GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, cit.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, II, 1982, 457 ss.

¹⁸³ Per questo argomento, si veda almeno M. LUCIANI, *op. cit.*, 15 ss. Vedi anche A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 594 e O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 126.

¹⁸⁴ Si veda M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, *op. cit.*, 46. Si veda anche G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2012, 656.

¹⁸⁵ Vedi O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 127. Vedi anche M. LUCIANI, *ibidem*.

¹⁸⁶ Vedi O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 127, 128.

concorrenza non garantisce di per sé il più ampio benessere di tutti i cittadini. L'idea è piuttosto che l'economia di mercato può produrre conseguenze che contrastano con l'utilità sociale e che in alcuni casi lo strumento migliore per correggerle è attraverso politiche che favoriscono una maggiore concorrenza in un determinato settore produttivo. Si tratta tuttavia di uno fra i tanti possibili mezzi per promuovere il benessere della collettività, tanto che in circostanze diverse altri motivi di utilità sociale potrebbero legittimare la compressione della stessa concorrenza.

Seguendo questa linea è opportuno accennare a due ulteriori profili del possibile rapporto fra concorrenza e utilità sociale che saranno sviluppati più avanti in questo lavoro. Si tratta di osservazioni che mostrano quanto il carattere strumentale della tutela della concorrenza, anche nei casi in cui sembra condurre alla promozione dell'utilità sociale, sia aperto ad interpretazioni contrastanti.

Può essere opportuno a questo proposito ripartire dall'esame della sentenza n. 223 del 1982. Esaminando questo pronuncia era emerso il fatto che il principio concorrenziale permette in alcuni casi di ridurre le disuguaglianze. A ciò si potrebbe aggiungere che una società molto competitiva, anche se attraversata da disparità, è comunque migliore di una società meno competitiva con lo stesso tasso di disuguaglianza sociale. Nel primo modello di società, infatti, le disuguaglianze non sono un prodotto casuale, ma sono invece l'esito di capacità e di merito. Questa considerazione, apparentemente inattaccabile, suscita tuttavia alcune perplessità proprio alla luce di quella nozione di utilità sociale che ha nell'articolo 3 Cost. la sua principale chiave ermeneutica. In primo luogo, la concorrenza fa riferimento soltanto ad un aspetto dell'attività umana che riguarda la sua propensione a competere per accaparrarsi beni. Il pieno sviluppo della persona auspicato nell'art. 3 coinvolge invece ambiti che riguardano l'essere umano nella sua totalità e che non sono in alcun modo riducibili alla sfera economica. Ciò significa che la concorrenza, anche quando è strumento di utilità sociale, attiene solo alcuni aspetti parziali del più generale progetto trasformativo espresso da questa nozione. In secondo luogo, a conferma dello scarto fra le due nozioni vi è poi il diverso modo in cui queste promuovono le capacità umane. La tutela della concorrenza si limiterà a valorizzare il contributo di coloro che possiedono già i talenti e la determinazione necessarie per l'ascesa sociale, ma non farà nulla per creare le condizioni affinché le capacità possano nascere dove non ci sono ancora. Il progetto di trasformazione della società che si riflette nella clausola "utilità sociale" ha invece proprio questa seconda ambizione¹⁸⁷.

In conclusione, l'esame della dottrina precedente alla legge n. 3 del 2001, ha messo in luce due posizioni chiaramente distinte in merito alla possibilità di ancorare il principio della tutela della

¹⁸⁷Un argomento simile è formulato da O. CHESSA, *op. cit.*, 128 ss. Questo orientamento generale si trova anche in M. J. SANDEL, *Justice. What's the right thing to do?* (2009), trad. it. *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano, 2010.

concorrenza nel 41 Cost. Abbiamo cercato di mostrare come il primo filone non tenga sufficientemente conto di alcune caratteristiche peculiari dell'articolo in parola e per questo appaia meno plausibile del secondo. Non resta che esaminare ora quale sia stata la posizione della Corte costituzionale su tale delicata questione.

2. La seconda fase della giurisprudenza costituzionale (1990)

Passando all'esame del posto che il principio di libera concorrenza ha avuto nella giurisprudenza costituzionale, si deve osservare che le pronunce in materia non sono molto numerose¹⁸⁸. Un fatto che potrebbe indicare una non ancora piena fiducia del giudice costituzionale rispetto alla tesi che l'art. 41 Cost. possa essere interpretato come una norma di tutela della libertà di concorrenza.

Le decisioni più interessanti sono quelle nelle quali la Corte si è pronunciata sulla legittimità di diverse discipline di settore.

Particolarmente significativa è la sentenza n. 241 del 1990, nella quale il giudice costituzionale è chiamato a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio). Secondo il giudice remittente, la disposizione, assegnando alla Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.) una posizione dominante sul mercato e non prevedendo adeguati strumenti giuridici di tutela contro l'abuso di tale posizione, si poneva in contrasto con il principio di parità di trattamento sancito dall'art. 3 Cost. e con l'esigenza di coordinamento dell'attività economica pubblica a fini sociali di cui all'art. 41, terzo comma, Cost.

La Corte riprende il binomio fra tutela della concorrenza e utilità sociale, adombrato nella sentenza n. 223 del 1982, inserendolo però in un contesto caratterizzato da una maggiore assertività che dissolve alcune cautele che caratterizzavano la pronuncia precedente.

Secondo il giudice costituzionale, un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare il loro esercizio abusivo finisce inevitabilmente per eludere qualsiasi vincolo e interesse sociale. Come osserva infatti la Corte, in un quadro normativo come quello che garantisce la SIAE, «l'utilità ed i fini sociali sono pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza – che pure è

¹⁸⁸Per una attenta analisi di questa giurisprudenza si veda M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a 10 anni dalla legge*, Atti del convegno 9-10 ottobre 2000, Roma, 2000.

valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori [...] – ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale». La Corte aggiunge che una disciplina normativa di questo tipo ostacola inoltre «il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie».

Più esplicitamente che nella sentenza n. 223 del 1982, la Corte ora asserisce in modo perentorio che il principio concorrenziale è «un valore basilare della Costituzione». Inoltre, pur dichiarandolo strumentale alla protezione degli interessi del consumatore, finisce per espungere da questo nesso l'elemento di contingenza caratteristico dell'impostazione «democratico sociale»¹⁸⁹.

La Corte torna ancora a pronunciarsi sul valore ordoliberalista della concorrenza nella sentenza n. 443 del 1997, la nota sentenza sulla pasta¹⁹⁰.

Modificando la sua precedente giurisprudenza, il giudice costituzionale dichiara l'illegittimità della disciplina che vietava la produzione delle paste alimentari di grano tenero. Tale divieto aveva determinato una situazione che aveva prodotto una significativa discriminazione contro i produttori nazionali rispetto a quelli stranieri, che in forza delle norme di derivazione europea potevano esportare in Italia la pasta di qualità inferiore, prodotta nel loro Paese.

Come è stato osservato, anche in questo caso, la *ratio decidendi* non riguarda tanto la violazione dell'articolo 3 Cost., quanto una nuova sensibilità della Corte verso i principi di concorrenza.

Più precisamente, ciò che ora è considerato incompatibile con l'articolo 41 Cost., è la compressione della libertà del mercato attraverso previsioni legislative che vietino la produzione di merci di qualità mediocre, quando la sua produzione non costituisca una minaccia per la salute o per altri interessi costituzionalmente garantiti¹⁹¹.

¹⁸⁹A commento di tale decisione, v. L. NIVARRA, *Esclusiva SIAE e obbligo di contrarre: una disciplina in cerca d'autore?*, in *Foro it.*, 1990, I, 2402 ss.; A. PACE, *Sulla rilevanza della questione di legittimità cost. dell'art. 180 l.n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà d'impresa*, in *Giur. cost.*, 1990, 1482 ss.

¹⁹⁰Su tale decisione, cfr. C. TRIPODINA, *Libera circolazione delle merci nel mercato comunitario e tutela delle tradizioni alimentari dei paesi membri: un caso di discriminazione a rovescio*, in *Giur. it.*, 1998, 2093 ss. E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni a rovescio*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996, 351 ss.

¹⁹¹Per questa lettura della sentenza in esame, si veda M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica*, cit., 91 ss.

Nello stesso senso sembra potersi leggere anche la sentenza n. 362 del 1998 in materia di agenzie di viaggio, nella quale la Corte ha interpretato secondo criteri filoconcorrenziali le norme della legge-quadro statale in materia di agenzie di viaggio.

La questione sottoposta alla Corte riguardava alcune disposizioni della legge della Regione Lombardia 6 settembre 1996, n. 27 (Disciplina dell'attività e dei servizi concernenti viaggi e soggiorni. Ordinamento amministrativo delle agenzie di viaggio e turismo e delega alle Province) che imponevano una serie di obblighi alle agenzie di viaggio, ponendosi così in contrasto con gli articoli 3, 41, 117 e 120 Cost.

In particolare, secondo il giudice remittente, tutte le disposizioni censurate erano illegittime per violazione: dell'articolo 117 Cost., come attuato dall'articolo 9 della legge 17 maggio 1983, n. 217 (Legge quadro per il turismo e interventi per il potenziamento e la qualificazione dell'offerta turistica), in quanto contrastanti con il principio fondamentale della materia, secondo il quale l'agenzia di viaggio e turismo costituisce un'impresa destinata ad essere considerata unitariamente; b) dell'articolo 41 Cost., in quanto limitavano il nucleo essenziale della libertà di iniziativa economica; c) dell'articolo 120 Cost., in quanto in modo irragionevole assoggettavano alla medesima disciplina agenzie già autorizzate da altre Regioni che intendevano operare nel territorio della Regione Lombardia.

Nel dichiarare fondate le censure, la Corte sottolinea che dalla definizione delle agenzie di viaggio e turismo- contenuta nell'articolo 9 della legge 17 marzo 1983, n. 217, che funge da principio al quale la legislazione regionale, in forza dell'articolo 117 della Costituzione, è vincolata ad attenersi-«emerge una configurazione unitaria delle agenzie. Queste sono definite, testualmente, imprese, termine dotato di una attitudine qualificatoria non equivoca, che rimanda, per l'ovvia esigenza di lettura sistematica della disposizione, alla nozione di impresa desumibile dagli articoli 2082 e 2555 del codice civile, riguardanti, rispettivamente, l'imprenditore e l'azienda: il primo è colui che esercita professionalmente una attività economica per la produzione o lo scambio di beni o servizi; la seconda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. Le filiali, le sedi secondarie, o le altre articolazioni territoriali della attività produttiva (uffici, punti vendita, ecc.) non costituiscono, nel nostro ordinamento, entità separate dall'azienda, né centro autonomo di imputazione di interessi economici distinti da quelli che fanno capo all'imprenditore»¹⁹².

Poste queste premesse, il giudice costituzionale osserva che «in base all'articolo 41 della Costituzione, la decisione se mantenere l'attività di impresa circoscritta all'ambito territoriale in cui è sorta o se estenderla ed articolarla in un territorio più vasto, all'interno di una stessa Regione o

¹⁹² Così, Corte cost., sentenza n. 362 del 1998.

anche oltre i confini di questa, è espressione della libertà organizzativa dell'imprenditore ed è affidata esclusivamente alle sue valutazioni»¹⁹³.

In questa prospettiva, la Corte sottolinea che «l'ordine di idee sotteso alla disciplina posta dalla legge quadro è che gli ampi margini di autonomia di organizzazione che l'art. 9, quarto comma, lascia alle agenzie turistiche, non collidano con l'esigenza di tutelare i consumatori o con altre preminenti istanze di pubblico interesse, e che, semmai, oneri ulteriori o limitazioni più pervasive, come quelli contenuti nel censurato articolo 14 della legge regionale, comportino un sacrificio inutile e comunque sproporzionato dell'interesse delle agenzie»¹⁹⁴.

Come mostrano queste sentenze, la giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta sembra maggiormente sensibile ai principi della dottrina ordoliberalista.

Aperto il varco alla tutela della concorrenza con la sentenza n. 223 del 1983, il passaggio successivo è stato quello di considerarla come un «valore costituzionale». In conseguenza di ciò l'interpretazione dell'art. 41 Cost. ha subito una evidente torsione che è stata segnata dalla progressiva perdita di rilevanza delle esigenze sociali previste nel secondo e terzo comma, sicuramente centrali nella prima fase della giurisprudenza costituzionale, e dalla progressiva importanza riconosciuta alla libertà di iniziativa economica prevista nel primo comma.

In questo orientamento, l'art. 41 è stato interpretato dalla Corte costituzionale come norma che permette l'affermarsi di una dimensione oggettiva della tutela della concorrenza che finisce per entrare in conflitto con la dimensione sociale della nostra Costituzione.

3. L'articolo 117, comma 2, lett. e), della Costituzione

Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, le decisioni della Corte nelle quali ricorre il sintagma utilità sociale sono nella maggior parte dei casi pronunce in cui le disposizioni legislative vengono censurate per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. L'articolo, come è noto, prevede la competenza statale in tema di «tutela della concorrenza» e introduce tale formula in modo espresso nel testo costituzionale.

Come già ricordato, secondo una parte della dottrina il principio della tutela della concorrenza poteva già essere ricavato implicitamente dall'art. 41 Cost., intendendo la libertà di iniziativa economica come comprensiva non solo della decisione iniziale di investimento, ma anche

¹⁹³ Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 362 del 1998.

¹⁹⁴ Così ancora Corte cost., sent. n. 362 del 1998.

dell'attività concorrenziale. In questa prospettiva, tale libertà è rivolta a garantire l'intera attività di impresa¹⁹⁵.

Una lettura questa che evidentemente finirebbe per ridurre la portata dell'intervento sul testo della Costituzione; la modifica costituzionale non avrebbe infatti aggiunto nulla, ma solo esplicitato qualcosa che poteva essere già desunto in via interpretativa.

Una simile prospettiva del resto sembra essere stata accolta nella legge istitutiva della Autorità Garante della concorrenza e del mercato, la legge n. 287 del 1990, che nel suo primo articolo si definisce «in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica», facendo in tal modo propria esattamente l'interpretazione dell'art. 41 Cost. che si è appena richiamata¹⁹⁶.

La stessa Corte costituzionale ha sottolineato come «la tutela della concorrenza prevista dall'art. 117, comma secondo, rappresenti un ulteriore presidio della libertà di iniziativa economica»¹⁹⁷. Anche questa affermazione, ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, sembra possa essere letta come espressiva di una ricostruzione che vede la tutela della concorrenza già

¹⁹⁵Cfr. § 1 di questo capitolo, per una ricostruzione delle diverse posizioni in dottrina v. anche R. NIRO, *Art. 41 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006.

¹⁹⁶ Per questa lettura dell'art. 1 della legge n. 287 del 1990, cfr. M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a 10 anni dalla legge*. Atti del convegno 9-10 ottobre 2000, Roma, 2000, 72 che parla di una interpretazione “filoconcorrenziale” dell'art. 41 Cost. ad opera della legge del 1990, che rappresenta una vera e propria svolta per l'ordinamento.

Secondo Libertini, in particolare, «non può certo essere sottovalutata la portata sistematica dell'interpretazione legislativa dell'art. 41 Cost, contenuta nella legge 287. I punti salienti di tale interpretazione sono i seguenti: a) L'art. 41 Cost. riconosce un diritto soggettivo di iniziativa economica. Tale soluzione è conforme all'orientamento prevalente, ma non scontata. Secondo alcuni, infatti, l'art. 41 riconoscerebbe uno stato di libertà economica, ma non un diritto soggettivo di iniziativa economica, e conterrebbe soltanto una “garanzia d'istituto”. b) Il diritto di iniziativa economica ha ad oggetto anche l'attività concorrenziale. Si riconosce così che per “iniziativa economica” non s'intende solo la decisione iniziale di investimento, ma tutta intera l'attività d'impresa. Anche questa interpretazione è conforme all'orientamento prevalente. La situazione protetta riguarda dunque anche la libertà di gestione dell'impresa (come organizzazione e combinazione dei fattori produttivi), la libertà contrattuale (sia sotto il profilo dello scambio che sotto quello dell'organizzazione dell'impresa), la libertà di azione concorrenziale (come libertà di competizione e di scelta dei mezzi concorrenziali), la libertà di abbandono del mercato. c) La concorrenza è rilevante non solo come oggetto della situazione soggettiva protetta, ma anche come situazione di fatto socialmente utile. Questo passaggio non è affatto scontato, perché in passato è prevalsa proprio l'opinione contraria, per la quale la concorrenza era sì un diritto dell'imprenditore, ma non rappresentava, per l'art. 41 Cost., un bene giuridico oggettivamente protetto. Con questa diversa impostazione, l'esercizio della libertà di iniziativa economica per finalità contrastanti con la dinamica concorrenziale è valutato come contrastante con l'utilità sociale. d) La libertà di iniziativa, e quindi anche la concorrenza, sono “tutelate e garantite”. Nel linguaggio costituzionale (v. ad es. art. 2 Cost.) il rafforzamento della protezione giuridica, che si esprime attraverso il principio di “garanzia” da parte dell'ordinamento, indica che una situazione è tutelata non solo nei confronti delle lesioni che possono provenire dai poteri pubblici, ma anche contro quelle che possono provenire dai poteri di fatto, presenti nella società».

¹⁹⁷ Cfr., Corte cost., sent. n. 67 del 2011.

implicita nell'art. 41 Cost., che appunto la nuova previsione costituzionale finisce solo per rafforzare ulteriormente.

Del resto, già in risalenti decisioni la Corte aveva affermato che la «libertà di concorrenza» costituisce manifestazione della libertà d'iniziativa economica privata¹⁹⁸, ampliando e articolando ulteriormente tale nozione in alcune importanti decisioni successive.

In particolare, nella già richiamata sentenza n. 223 del 1982, il giudice costituzionale ha sottolineato che alla garanzia della libertà di concorrenza può essere riconosciuta «una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi»¹⁹⁹.

In un secondo tempo, come si è già ricordato, nella sentenza n. 241 del 1990, la Corte ha affermato in modo molto chiaro che la concorrenza rappresenta un «valore basilare della libertà di iniziativa economica [...] funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori»²⁰⁰.

Alla luce di questa giurisprudenza e della successiva non può certo affermarsi che la garanzia che l'ordinamento appresta alla concorrenza sia una questione del tutto nuova.

La modifica costituzionale tuttavia aggiunge qualcosa: da un lato, come si è già osservato, rende esplicito questo compito per il legislatore e, dall'altro, è una norma sulla competenza volta a definire l'ampiezza della potestà legislativa riconosciuta rispettivamente allo Stato e alle Regioni²⁰¹.

4. La nozione di concorrenza nella giurisprudenza della Corte e nel diritto dell'Unione

L'articolo 117, secondo comma, lett. e) Cost. definisce la concorrenza una materia di competenza esclusiva statale.

Come per tutte le altre materie indicate nel nuovo testo dell'art. 117 Cost., tuttavia, questa attribuzione, più che chiudere le questioni in tema di riparto di competenza tra Stato e Regioni, ha aperto un ampio contenzioso di fronte alla Corte costituzionale che è stata chiamata a risolvere

¹⁹⁸ Cfr. Corte cost., sentt. n. 46 del 1963 e n. 97 del 1969.

¹⁹⁹ In questo senso Corte cost., sent., n. 223 del 1982 su cui v. la lettura proposta nel cap. II.

²⁰⁰ Cfr., la già richiamata, Corte cost., sent. n. 241 del 1990.

²⁰¹ Legge in questo modo la modifica costituzionale anche M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione italiana*, cit., 55 che sottolinea: «il solo effetto della revisione, pertanto, è stato quello di esplicitare ciò che parte della dottrina aveva ritenuto implicito, e cioè che la Costituzione già implicava la tutela della concorrenza (meglio: la sua possibilità, tutto dipendendo - come si è detto - dall'esistenza, di volta in volta, di una concreta connessione fra concorrenza e utilità sociale».

numerosi giudizi in via principale che avevano ad oggetto in primo luogo la “definizione” della materia.

Il giudice costituzionale ha finito in tal modo per dover svolgere un importante lavoro di identificazione e perimetrazione dell’ambito materiale affidato alla competenza esclusiva dello Stato, la cui ampiezza non può ormai essere compresa se non a partire dalla giurisprudenza costituzionale²⁰².

L’attività ricostruttiva della Corte si è articolata in più momenti, che possono essere individuati a) nell’opera di esatta definizione di cosa debba intendersi per “concorrenza” e di quali siano gli strumenti per realizzarla e tutelarla e b) nella successiva e progressiva definizione degli ambiti materiali che possono essere disciplinati rispettivamente dallo Stato e dalle Regioni.

Per quanto riguarda il primo profilo, *sub a*), nella giurisprudenza costituzionale emerge in modo molto chiaro che in un sistema euro-unitario l’unica nozione di concorrenza che può essere accolta e che può avere un qualche significato a livello interno è quella che riflette la definizione data a livello europeo.

La tutela della concorrenza rappresenta del resto uno dei principi cardine delle politiche dell’Unione, la cui esistenza è legata alla creazione di un mercato comune interno nel quale potessero essere garantite quattro libertà fondamentali: la libera circolazione delle persone; la libera circolazione dei servizi; la libera circolazione delle merci e la libera circolazione dei capitali. La stessa libertà di impresa è, peraltro, garantita dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, cui ormai è stato riconosciuto il medesimo valore giuridico dei Trattati.

In questo quadro, la concorrenza è funzionale a consentire una competizione paritaria delle imprese sui mercati di tutti gli Stati membri. I principi in materia sono previsti negli articoli da 101 a 109 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (ex articoli 81-89 del Trattato CE)²⁰³.

²⁰² Su tale giurisprudenza, oltre agli autori richiamati nei capitoli precedenti, cfr. F. ANGELINI, *Tutela della concorrenza*, in A. CELOTTO-R. BIFULCO (a cura di), *Le materie dell’art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015, 43 ss. e A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino, 2017.

²⁰³ Sulla nozione di concorrenza, cfr. M. LIBERTINI, G. FERRI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 192 ss. che ricordano come al livello europeo il quadro normativo sia profondamente mutato dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona «in particolare, scompare dall’art. 3 Trattato Ue l’indicazione della «concorrenza non falsata» come obiettivo fondamentale dell’Unione stessa. Esso viene sostituito con l’affermazione per cui l’Unione «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente». Com’è noto, la soppressione della concorrenza, fra gli obiettivi del Trattato, è stata chiesta ed ottenuta dalla Francia, sulla base dell’assunto per cui la concorrenza non può essere considerata un valore in sé, ma dev’essere tutelata solo se e in quanto costituisca uno strumento utile per ottenere risultati socialmente utili.

La nozione di concorrenza accolta dalla Corte è dunque quella che deriva dal diritto dell'Unione. Le pronunce nelle quali il giudice costituzionale ribadisce che «la nozione interna di concorrenza riflette quella posta dall'ordinamento comunitario» sono davvero molto numerose.²⁰⁴

Partendo da questa premessa, la Corte ritiene che tale nozione comprenda: «a) le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» [...] b) le disposizioni legislative «di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» [...] c) le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici»²⁰⁵.

Il primo tipo di interventi è riconducibile alle “misure antitrust”; il secondo, alle misure volte ad assicurare la concorrenza “nel mercato” e il terzo, a quelle azioni che rappresentano un'importante leva economica del Paese e sono dirette a realizzare la concorrenza “per il mercato”²⁰⁶. In tal modo, vengono perseguite «finalità di ampliamento dell'area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi».

Sulla base di questa ricostruzione, sono state ricomprese sotto l'etichetta della materia “tutela della concorrenza” «le misure volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati [...], ovvero a scongiurare pratiche abusive a danno dei consumatori [...], oppure a garantire la piena apertura del mercato [...], non quelle che «lo riducono o lo eliminano» [...]»²⁰⁷.

La tutela della concorrenza non è però scomparsa dalle norme dei trattati: è stata spostata in altre disposizioni, e precisamente fra quelle che determinano scopi e mezzi dei vari settori di intervento delle politiche comunitarie».

Per un'analisi recente delle politiche di concorrenza cfr. E. CANNIZZARO-L. PACE, *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, terza edizione, Torino, 2010, 294 ss.

²⁰⁴ In questo senso, cfr. *ex multis* Corte cost., sentt. n. 45 del 2010, n. 430 del 2007 e n. 12 del 2004.

²⁰⁵ In questi termini, Corte cost., sent. n. 45 del 2010.

²⁰⁶ Sulle misure antitrust, cfr. la sentenza n. 430 del 2007, sulle misure volte ad assicurare la concorrenza “nel mercato”; cfr. la sentenza n. 401 del 2007 e sulle misure volte a garantire la concorrenza “per il mercato” cfr. la sentenza n. 160 del 2009.

²⁰⁷ Ricostruisce in modo molto chiaro i vari momenti della giurisprudenza costituzionale in materia la nota sentenza n. 270 del 2010 sul c.d. Caso Alitalia sulla quale cfr. § 9.

5. Il riparto di competenza tra Stato e Regioni

Per quanto riguarda il secondo profilo, *sub b)*, ovvero il riparto di competenza tra Stato e Regioni, a partire dalla nota sentenza n. 14 del 2004 è affermazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale che la competenza esclusiva in tema di concorrenza attribuita allo Stato non può essere definita come una materia in senso stretto²⁰⁸.

Come la tutela dell'ambiente, anche la tutela della concorrenza più che una materia costituisce un fine da raggiungere. In questo senso, come l'ambiente, anche la tutela della concorrenza è stata ricostruita dalla Corte come una materia-valore o materia trasversale.

Accolta questa prospettiva, il giudice costituzionale osserva innanzitutto che l'esercizio della competenza statale, lungi dal rimanere confinato in un ben determinato ambito materiale, è in grado di incidere sulle competenze attribuite alle regioni con le quali finisce per interferire. Tali competenze possono essere sia concorrenti che residuali.

In secondo luogo, che «la tutela della concorrenza, dato il suo carattere di materia trasversale, non ha un ambito predefinito», ma si determina solo «con il concreto esercizio»²⁰⁹.

Sempre in quest'ottica, inoltre, la materia non ha un'estensione «certa» o delimitata, ma «corrisponde ai mercati di riferimento delle attività economiche incise dall'intervento» ed è in grado di avere effetto sia su materie di competenza concorrente che residuale delle regioni²¹⁰.

Secondo la Corte, l'attribuzione allo Stato di tale competenza è funzionale ad «assicurare una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale». Ciò rappresenta «un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali». La tutela della concorrenza deve essere, invece, unitaria, in quanto «per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia»²¹¹.

²⁰⁸ Su questa importante decisione, cfr. L.CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2004; R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it* 2004; F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in *www.forumcostituzionale.it*; BARBERO M., *Materie trasversali e federalismo fiscale: il caso della tutela della concorrenza - Brevi considerazioni critiche a margine di Corte Cost. 14/2004*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2004.

²⁰⁹ In questo senso, cfr., tra le molte, sent. n. 150 del 2011.

²¹⁰ In questo senso, cfr. sent. n. 299 del 2012, che richiama le precedenti decisioni n. 80 del 2006, n. 175 del 2005, n. 272 e n. 14 del 2004.

²¹¹ Così sent., n. 283 del 2009 che riprende e sviluppa quanto la Corte aveva già avuto modo di osservare nella sent. n. 443 del 2007.

La Corte chiarisce tuttavia che, per quanto esteso e pervasivo possa essere l'esercizio da parte dello Stato di tale potestà legislativa, esso comunque non dovrebbe giungere sino a spogliare le Regioni delle loro competenze. In materie come il commercio, che inevitabilmente vengono incise dalla potestà legislativa esclusiva esercitata in forza dell'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., per esempio, sono legittimi interventi delle Regioni che possano definirsi «proconcorrenziali», vale a dire interventi che hanno come fine quello di ampliare la scelta del consumatore e delle imprese.

Essi, tuttavia, possono avere solo effetti «marginali e indiretti» sulla concorrenza e non devono porsi in contrasto con le direttive statali²¹².

Dalla natura «trasversale» della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza deriva anche la possibilità per lo Stato di incidere sulle competenze delle Regioni a statuto speciale. Sempre in materia di commercio, la Corte ha chiarito per esempio che tale titolo competenziale «non è idoneo ad impedire il pieno esercizio della [...] competenza statale e che la disciplina statale della concorrenza costituisce un limite alla disciplina che le medesime Regioni possono adottare in [...] materie di loro competenza»²¹³.

Tale ricomposizione dei rapporti Stato-Regioni in materia non è stata tuttavia sempre seguita nella giurisprudenza costituzionale, che ha offerto diverse letture della competenza esclusiva statale e dei suoi rapporti con le competenze regionali. La Corte, infatti, ha finito per considerare in alcuni casi la tutela della concorrenza una «materia prevalente», o assorbente, mentre in altri, una materia trasversale in senso proprio, che lascia una qualche competenza alle Regioni²¹⁴.

Nel primo senso, si possono richiamare quelle decisioni nelle quali la Corte ha osservato che «l'art. 117, comma secondo, lettera e), Cost., attribuendo allo Stato, in via esclusiva, il compito di regolare la concorrenza, consente allo stesso, nell'ambito di tale competenza, di porre in essere una disciplina dettagliata»²¹⁵.

Nel secondo, quelle pronunce nelle quali la Corte ha affermato che «nell'ambito dell'esercizio della competenza statale in materia di tutela della concorrenza, l'illegittima invasione

²¹² In questo senso, tra le molte, cfr. sent. n. 45 del 2010 che richiama le affermazioni contenute nelle sentenze 431 del 2007 e 160 del 2009.

²¹³ Così, Corte cost., sent. n. 299 del 2012, che richiama analoghe decisioni relative alle competenze delle Regioni a statuto speciale nella materia trasversale tutela dell'ambiente e dell'ecosistema Corte cost., sent. n. 12 del 2009; n. 104 del 2008; n. 380 del 2007.

Su tale giurisprudenza centralistica v. le osservazioni critiche di G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, cit., 428, il quale sottolinea che la Corte ha come «bussola» la regola ferrea che la concorrenza necessita di una disciplina uniforme su tutto il territorio e tale assunzione la porta a non valutare mai la ragionevolezza di eventuali diversità.

²¹⁴ Su questo profilo Cfr. F. SAITTO, *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e Regioni*, in rivista AIC, 2012.

²¹⁵ In questo senso, cfr. Corte cost., sentt. nn. 148 del 2009, 411 e 320 del 2008 e 325 del 2010.

della sfera di competenza legislativa costituzionalmente garantita alle Regioni, frutto di un'eventuale dilatazione oltre misura dell'interpretazione delle materie trasversali, può essere evitata non tramite la distinzione tra norme di principio e norme di dettaglio, ma esclusivamente con la rigorosa verifica della effettiva funzionalità delle norme statali alla tutela della concorrenza. Quest'ultima infatti, per sua natura, non può tollerare, anche per aspetti non essenziali, differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia»²¹⁶.

6. Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione

Ben prima della modifica dell'art. 117 Cost., la cui interpretazione ha impegnato la Corte in questi anni, le questioni legate alla tutela della concorrenza sono state oggetto dell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) che, come si è già ricordato, è stata introdotta in Italia in attuazione delle previsioni dell'art. 41 della Costituzione, ma è anche strettamente legata al diritto dell'Unione²¹⁷.

L'art. 1 della legge n. 287 del 1990, infatti, prevede espressamente che «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

Inoltre, l'Antitrust (come è comunemente chiamata tale autorità), insieme alle altre autorità dell'Unione europea, fa parte della "rete UE delle autorità in materia di concorrenza", alle quali è riconosciuta la possibilità di applicare direttamente le norme CE in coordinamento con la Commissione europea.

Nell'ambito di questo circuito europeo, la legge italiana ha attribuito all'Autorità numerosi compiti. Essi si occupa di vigilanza contro gli abusi di posizione dominante, vigilanza di intese e/o cartelli che possono risultare lesivi o restrittivi per la concorrenza, controllo delle operazioni di concentrazione (fusione o take-over) che superano un certo valore, tutela del consumatore, per quanto riguarda le pratiche commerciali scorrette, le clausole vessatorie e la pubblicità ingannevole,

²¹⁶ Vedi ancora sent. n. 299 del 2012 che riprende le affermazioni della sentenza n. 443 del 1997.

²¹⁷ M. MANETTI, *Autorità indipendenti* (dir. cost.), *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997, 10, definisce l'Antitrust una autorità di derivazione comunitaria e ne mette in luce i problemi di legittimazione costituzionale che non possono venir meno in forza della legittimazione comunitaria.

valutazione e sanzione dei casi di conflitto d'interesse dei componenti del Governo e attività di *rating* di legalità.

Nell'esercizio di tali competenze, l'Antitrust può svolgere istruttorie o indagini conoscitive, che possono concludersi con una diffida o una sanzione amministrativa.

In caso di violazioni della normativa posta a tutela del consumatore, l'Autorità può irrogare sanzioni. In situazioni di necessità e urgenza, l'Autorità è inoltre competente ad adottare provvedimenti cautelari per tutelare interessi generali.

Questa complessa attività svolta dall'Authority è documentata con una relazione annuale al Presidente del Consiglio dei ministri, in cui si analizza l'applicazione della normativa sulla concorrenza in Italia.

Oltre alla relazione, l'Antitrust può svolgere un'attività consultiva in relazione alle norme regolatrici del mercato e può segnalare al Parlamento, al Governo e agli enti territoriali le situazioni che appaiano distorsive della concorrenza.

Si tratta insomma di una delle cd. autorità indipendenti, non previste in Costituzione, ma istituite dal legislatore con il dichiarato scopo di governare un settore sensibile nella tutela dei diritti²¹⁸.

Non è questa la sede per analizzarne in dettaglio le molteplici competenze, il modo in cui esse vengono esercitate, i poteri ad essa spettanti e l'evoluzione dell'ambito della sua attività.

Quest'ultimo profilo, in particolare, appare evidente in tanti settori, come, per esempio, la competenza riguardo alla tutela dei consumatori.

In quest'ambito, sin dal 1992 all'Antitrust è stato attribuito il compito di vigilare sulla cd. pubblicità ingannevole, funzione che nel 2005 ha portato al riconoscimento del potere di irrogare sanzioni pecuniarie.

Nel 2007, tale competenza è stata ulteriormente estesa fino a comprendere la vigilanza sulle pratiche commerciali scorrette e sulla qualità delle informazioni offerte ai consumatori. In questo caso all'Antitrust è stato attribuito il potere di comminare multe ed intervenire anche in via

²¹⁸ Sull'istituzione delle autorità indipendenti la dottrina è amplissima, cfr. per tutti, M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, ID. *Autorità indipendenti*, *Enc. giur.*, cit.; ID., *Le Autorità indipendenti*, Bari-Roma, 2007; R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina Antitrust*, Padova, 1994; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1997, 646 ss.; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 63 ss.; G. TESAURO e M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, 112 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.

cautelare. Ad essa è stato inoltre riconosciuto il compito di accertare la presenza di clausole vessatorie inserite nei contratti.

Infine, con l'entrata in vigore del d. lgs n. 21 del 2014, che ha recepito la direttiva 83/2011/UE sui diritti dei consumatori, l'Autorità ha assunto ulteriori compiti di vigilanza sul rispetto delle norme a tutela dei consumatori.

L'evoluzione dell'attività dell'Antitrust in questo settore, è speculare a quanto è avvenuto a livello del diritto comunitario rispetto alla tutela dei diritti dei consumatori²¹⁹. Il lungo percorso ha avuto inizio nel 1973 con l'approvazione della Carta europea sulla protezione dei consumatori. Un documento con il quale i paesi europei aderenti al Consiglio d'Europa si impegnavano a garantire una serie di diritti ai consumatori.

A tale impegno ha fatto seguito la risoluzione approvata dal Consiglio europeo del 14 aprile 1975, in cui erano enunciate politiche espressamente volte alla tutela del consumatore che dovevano tendere alla protezione dei suoi interessi, alla salute, alla sicurezza e alla sua informazione.

A questi primi interventi, sono seguiti l'Atto unico europeo, che ha modificato il Trattato di Roma inserendo l'art. 100 A), che contiene una espressa nozione di consumatore, e il Trattato di Maastricht, che ha introdotto l'art. 153 che costituisce la base per la politica dei consumatori. In particolare, tale articolo prevede un'articolata disciplina per promuovere gli interessi dei consumatori e assicurare a questi ultimi un livello elevato di protezione. A questo scopo, l'Unione 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.

Tali obiettivi vengo raggiunti mediante: «a) misure adottate a norma dell'articolo 114 nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri». Queste misure, tuttavia, non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose, che comunque devono essere compatibili con i trattati e devono essere notificate alla Commissione.

Le garanzie offerte dall'art. 153 TCE sono di fatto solo ribadite dalla pur molto importante Carta di Nizza, ora parte integrante dei Trattati, che all'art. 38 prevede espressamente che «nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».

Da questo lungo percorso emerge una figura di consumatore molto diversa da quella sottesa al Trattato di Roma del 1957, cui la risoluzione del 1975 voleva offrire una prima embrionale tutela. Come è stato osservato, «nell'originaria logica mercantile che caratterizzava i Trattati europei, la

²¹⁹ Ricostruisce in modo efficace le tappe di questo processo F. LOSURDO, *La tutela dei consumatori*, in S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Milano, 2008, 461 ss.

salvaguardia degli interessi del consumatore era semplicemente uno degli obbiettivi riflessi delle politiche *antitrust*²²⁰. In questa logica, la disciplina della concorrenza e la tutela del consumatore si implicavano reciprocamente²²¹.

Successivamente, anche se la stretta connessione tra garanzia della concorrenza e tutela dei consumatori rimane fondamentale, il consumatore diviene destinatario di una serie di diritti che, seppur in parte funzionali a un consumo libero e responsabile, lo rendono una figura più complessa. La tutela della salute, il diritto all'informazione, il diritto alla non discriminazione non possono essere tutelati solo indirettamente attraverso la garanzia della concorrenza. La protezione di questi beni impone comportamenti attivi sia da parte delle imprese che delle Autorità garanti presenti nei singoli Stati²²².

7. Libertà di iniziativa economica, Antitrust e Corte costituzionale: problemi di accesso al giudizio in via incidentale

Di recente, l'Agcm ha sollevato una questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte. E' stata la prima volta dall'entrata in vigore della legge istitutiva che il Collegio si è ritenuto "giudice *a quo*".

L'ordinanza di rimessione presentava diversi profili di interesse, sia ovviamente per quanto riguardava la legittimazione dell'Autorità a sollevare questione di legittimità costituzionale, sia per quanto atteneva più strettamente al merito.

Il Collegio ha censurato l'articolo 93-ter, comma 1-bis della legge 16 febbraio 1913 n. 89, come introdotto dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205 e l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in riferimento agli articoli 3, 41 e 117, comma 1, della Costituzione.

La questione era sorta nel corso dell'audizione del Consiglio notarile di Milano, che aveva sostenuto che, per effetto dell'articolo 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, che richiama l'articolo 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, le condotte oggetto di istruttoria dovevano essere sottratte al controllo dell'Antitrust, non dovendosi procedere ad alcuna valutazione circa la finalità da esse concretamente perseguita.

²²⁰ Così, F. LOSURDO, *op. cit.*, 468.

²²¹ Cfr. F. LOSURDO, *op. cit.*, 469 e, già prima, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 1954, 873 ss.

²²² Per un'analisi della figura del consumatore e dei suoi diritti, cfr. M. CERIONI, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2014.

Ritendo la questione rilevante e non manifestamente infondata, l'Autorità ha deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Pur in assenza di una espressa previsione in tal senso, il Collegio si è ritenuto legittimato a esercitare tale potere sulla base di una serie di motivazioni ampiamente illustrate nell'ordinanza.

L'Authority, in particolare, ha fatto leva su quell'indirizzo della giurisprudenza costituzionale secondo il quale è possibile riconoscere la legittimazione in tutti quei casi in cui vi sia un' «esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte»²²³.

La legittimazione sarebbe in tal caso funzionale a eliminare una zona franca dal controllo di legittimità costituzionale²²⁴.

L'ordinanza sottolineava, peraltro, come la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale poteva essere riconosciuta anche sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale più restrittivo che ritiene necessaria la sussistenza di entrambi i requisiti, soggettivo e oggettivo²²⁵, richiesti dalla legge n. 87 del 1953. Sotto il profilo soggettivo, infatti, l'Autorità è un organo che gode di una posizione indipendente. In primo luogo, perché l'art. 10 della legge istitutiva prevede che il Presidente e il Collegio siano nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e professionalità. In secondo luogo, in quanto è previsto un mandato lungo e non rinnovabile per i componenti. La modalità di scelta, i requisiti necessari, l'inamovibilità e il regime delle incompatibilità dovrebbero rafforzarne ulteriormente l'indipendenza.

Inoltre, sotto il profilo della tutela della concorrenza, l'Autorità «non sceglie (pondera) tra una pluralità di interessi concorrenti (a differenza della pubblica amministrazione in senso classico che, pur in modo imparziale, è tenuta a bilanciare contrapposti interessi pubblici e privati), ma si limita, al pari di un giudice, ad applicare la legge al caso concreto. L'agire dell'Autorità non è, infatti, caratterizzato da profili di vera e propria discrezionalità amministrativa, potendosi al più ravvisare una discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica»²²⁶.

²²³ Cfr. ordinanza dell'Agcm del maggio 2018 nella quale vengono richiamate le sentt. nn. 226 del 1976, 406 del 1989 e 384 del 1991.

²²⁴ Su tale profilo dell'ordinanza, v. la posizione critica espressa da P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca"* *Prmissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *Federalismi*, 12.9. 2018.

²²⁵ Sull'evoluzione di tale giurisprudenza, cfr. V. MARCENO'-G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012 e A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, Napoli, 2012.

²²⁶ Cfr., in questo senso l'ordinanza dell'Agcm.

In questa prospettiva, la funzione dell'Authority è assimilabile a quella giurisdizionale e presenta lo stesso grado di terzietà. Come i procedimenti giurisdizionali, inoltre, i procedimenti che si svolgono di fronte all'Autorità sono caratterizzati da un ampio e rigoroso contraddittorio. Elemento che appare fondamentale perché vi sia giurisdizione.

Secondo l'ordinanza di remissione, anche prendendo in considerazione i criteri elaborati dalla Corte Edu saremmo di fronte ad un organo che può essere considerato giudice. In particolare, esiste parità delle armi, diversamente dal procedimento che si svolge dinanzi alla CONSOB e che ha indotto la Corte EDU, nel caso Grande Stevens e altri contro Italia, a ritenerlo in contrasto con l'art. 6 della Convenzione²²⁷.

Sempre secondo le indicazioni di Strasburgo esiste anche, «un'adeguata separazione tra gli uffici che svolgono l'attività istruttoria e di formulazione delle contestazioni e l'organo competente ad assumere le decisioni (il Collegio). Secondo il Regolamento di organizzazione, infatti, gli uffici, cui spetta l'istruttoria dei casi e la formulazione delle ipotesi accusatorie o assolutorie, non dipendono dal Collegio, ma dal Segretario generale che sovrintende al loro funzionamento».

Alla luce di questa ricostruzione, dunque, secondo l'Authority la funzione che essa esercita in sede di applicazione della legge n. 287 del 1990 «presenta i connotati necessari per essere assimilata ad una funzione giurisdizionale, traducendosi in un'attività volta esclusivamente a garantire, in una posizione di neutralità e di imparzialità, la riconducibilità delle condotte delle imprese nell'ambito della legge, al solo fine di tutelare un diritto oggettivo (quello della concorrenza) avente rilevanza generale»²²⁸.

Per quanto riguarda il merito, il Collegio ritiene che «per effetto dell'articolo 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 viene[...] sacrificato il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 Cost., senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza»²²⁹.

In particolare, secondo l'autorità, le norme censurate sono in contrasto con l'art. 41 Cost. perché comprimono la libertà di iniziativa economica, di cui la tutela della concorrenza costituisce un profilo fondamentale, senza essere in alcun modo riconducibili a ragioni di utilità sociale. Tale clausola, infatti, come «i fini sociali», pur non dovendo «necessariamente risultare explicit[a] nelle

²²⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, causa Grande Stevens e altri c. Italia, sentenza 4 marzo 2014.

²²⁸ Cfr. ancora ordinanza Agcm. Molto critico nei confronti di tale ricostruzione delle funzioni esercitate dall'Antitrust e della loro assimilazione alla funzione giurisdizionale è S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 4. 7. 2018.

²²⁹ Così ancora ordinanza Agcm.

dichiarazioni del legislatore [...], dev[e] tuttavia essere bilanciata con la concorrenza, non dovendo essere arbitraria e perseguita mediante misure “palesamente incongrue” [...]».

In questa prospettiva, del resto, le disposizioni, per come interpretate dal Consiglio notarile, si porrebbero anche in contrasto con il diritto dell’Unione che impone un sistema che assicuri che la concorrenza non sia falsata, ritenendo ogni limite imposto legislativamente a tale principio una deroga eccezionale che può essere giustificata solo laddove rappresenti l’unica misura in grado di garantire gli interessi in gioco.

Secondo il Collegio, inoltre, la misura introdotta dall’articolo censurato sarebbe anche in contrasto con l’art. 3 Cost. in quanto sproporzionata rispetto alla finalità perseguita, perché imponendo una esenzione generale dal controllo, non permette una valutazione caso per caso dell’attività svolta dai singoli consigli notarili.

L’ultimo parametro invocato è l’art. 117, primo comma, Cost. che impone al legislatore statale e regionale il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario. Tali vincoli, secondo l’authority, non sarebbero rispettati dalle disposizioni censurate. Esse, infatti, impedendo l’applicazione delle regole in materia di concorrenza ad un intero segmento di attività sulla base di una valutazione effettuata *ex ante* si porrebbero in contrasto con l’art. 106, par. 2, TFUE, che consente deroghe alla concorrenza solo nel caso in cui esse siano necessarie per consentire lo svolgimento «della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, richiedendo che sia effettuato un test di proporzionalità»²³⁰.

Tale previsione impedisce che sia disposta una sottrazione al controllo di tipo generalizzato, ammettendo piuttosto la possibilità che sia effettuata una valutazione caso per caso.

Nella sentenza n. 13 del 2019, la Corte ha dichiarato la questione di legittimità costituzionale inammissibile, per carenza di legittimazione da parte dell’Agcm. La decisione era molto attesa, anche se il suo esito era, per molti versi, prevedibile.

La questione della legittimazione dell’Antitrust in dottrina non è del tutto nuova, in passato era stata evidenziata la necessità che *de iure condendo* all’Agcm dovesse essere riconosciuto l’accesso alla Corte costituzionale²³¹. Appariva discutibile, infatti, che il giudizio di legittimità costituzionale potesse essere introdotto individualmente da qualsiasi giudice, ma tale legittimazione fosse negata «ad autorità indipendenti che pure, nell’esercizio delle loro funzioni, sono costrette a rilevare l’esistenza di norme di legge lesive di quei beni di rilevanza costituzionale, che esse hanno il compito di curare»²³².

²³⁰ Cfr. ancora ordinanza Agcm.

²³¹ In questo senso, cfr. M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica*, cit., 99.

²³² Cfr., ancora, M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica*, cit., 99.

Una parte della dottrina, anzi, sembrava ritenere l'autorità già legittima a farlo²³³ o comunque auspicava che ne venisse riconosciuta la legittimazione nell'ambito dell'attività istruttoria, in quanto, l'Autorità «non svolge funzioni di amministrazione attiva, perseguendo interessi pubblici particolari, ma è investita di funzioni di controllo per l'obiettiva applicazione della legge, che esercita in posizione di indipendenza e neutralità a tutela dell'ordinamento»²³⁴. Sempre assumendo questa prospettiva, inoltre, «la possibilità di accedere alla Corte determinerebbe conseguenze di assoluto rilievo dal punto di vista della promozione e della tutela della concorrenza, nella misura in cui l'apprezzamento dei fini di utilità generale delle leggi che determinano limitazioni degli assetti competitivi dei mercati consentirebbe di incidere in radice sui fattori determinanti di tali distorsioni. Né, a tal fine, può essere sottovalutato il fatto che l'Autorità, in qualità di soggetto istituzionalmente preposto alla tutela della concorrenza e del mercato, ha la sensibilità, la competenza e le occasioni per effettuare un vaglio approfondito di quelle leggi nazionali che, spesso anteriori alla legge n. 287/90, appaiono manifestamente in contrasto con le norme e i principi costituzionali in materia di iniziativa e di attività economica»²³⁵.

Secondo un'altra posizione, al contrario, l'Antitrust è un'autorità amministrativa e non giurisdizionale. Tale qualificazione avrebbe anche un ancoraggio nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In una decisione del 2005, la Corte di Lussemburgo, pronunciandosi su richiesta dell'autorità antitrust greca, ha negato a quest'ultima la qualificazione di autorità giurisdizionale, e conseguentemente la legittimazione a sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 TCE²³⁶. Nella pronuncia, la Corte ha affermato il carattere amministrativo dell'Authority non tanto perché l'autorità greca è sottoposta al controllo ministeriale, ma soprattutto perché essa, come del resto le altre autorità antitrust è inserita nella rete di autorità coordinata dalla Commissione (che è un organo amministrativo ed ha il potere di avocare a sé singoli procedimenti).

Tale qualificazione, evidentemente, dovrebbe valere anche per l'autorità antitrust italiana, sebbene il Collegio nella sua ordinanza abbia sottolineato ampiamente il profilo dell'indipendenza di cui godrebbe l'authority.

²³³ Cfr. L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 328 ss., secondo la quale già *de iure condito*, dovrebbe riconoscersi all'Autorità garante la legittimazione ad attivare il giudizio dinanzi alla Corte costituzionale. In senso contrario, cfr. F. SALMONI, *L'Antitrust come «giudice a quo»*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI, Torino, 1997, 369 ss.

²³⁴ Così, L. CASSETTI, *La cultura del mercato*, cit., 329.

²³⁵ Così, G. AMATO, *Relazione annuale antitrust 1995*, 13 ss.

²³⁶ Per questa posizione, cfr. M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell'AGCM*, che richiama Corte di giustizia, Grande Sez., 31 maggio 2005, C-53/03, Syfait.

Non sono mancate, tuttavia, voci favorevoli alla possibilità di considerare l'Antitrust giudice solo «ai limitati fini» di proporre il giudizio in via incidentale davanti alla Corte, superando in tal modo le strettoie dell'accesso in via incidentale²³⁷.

Facendo leva sul requisito oggettivo della giurisdizione, vale a dire l'obiettiva applicazione della legge in posizione *super partes*, l'Antitrust potrebbe infatti essere ritenuta legittimata a sollevare questione in tutti quei casi in cui altrimenti sarebbe di fatto impossibile sindacare la legittimità costituzionale di una legge²³⁸.

Come si è già ricordato, la Corte ha risolto la questione nel senso dell'inaammissibilità. Secondo il giudice costituzionale, all'Antitrust non può essere riconosciuta la terzietà, indispensabile per ritenere un organo, non incardinato nella giurisdizione, “giudice a quo”.

I provvedimenti dell'Antitrust sono soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo. Inoltre, l'Agcm, in forza dell'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990, introdotto dall'art. 35, comma 1, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 si è anche vista riconosciuta la qualità di parte processuale ricorrente per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Sulla base di queste premesse, la Corte ritiene che l'Antitrust «al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale»²³⁹.

Questo carattere emerge «con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità garante (artt. 21, 22, 23 e 24 della legge antitrust e art. 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 [...]) e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli “impegni” e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge antitrust)»²⁴⁰.

Lo stesso contraddittorio di fronte all'Authority, seppur di particolare intensità, ha «natura verticale», il privato infatti «si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità»²⁴¹.

²³⁷ Cfr. L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi*, 4.7.2018.

²³⁹ Così, Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 8 del *Considerato in diritto*.

²⁴⁰ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 8 del *Considerato in diritto*.

²⁴¹ Così, nuovamente, Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 8 del *Considerato in diritto*.

Questa decisione di tipo processuale ha impedito alla Corte di pronunciarsi sul merito della questione, che presentava profili interessanti ai fini di questo lavoro.

In primo luogo, relativamente alla scelta del parametro invocato, che è l'art. 41 Cost. e non il 117, secondo comma, lett. e) Cost., che invece nelle decisioni più recenti rappresenta il "parametro della tutela della concorrenza". L'Agcm, infatti, fedele alla sua genesi, ha accolto la prospettiva che la concorrenza è inscritta nell'art. 41 Cost. Questa ricostruzione, avrebbe potuto consentire al giudice costituzionale di entrare nel merito della concorrenza in un giudizio in via incidentale, non limitandola decisione a una questione di mero riparto di competenze²⁴².

In secondo luogo, un altro aspetto interessante dell'ordinanza di remissione riguardava in modo più specifico il richiamo alla clausola dell'utilità sociale che l'Authority, correttamente, non risolve nella concorrenza, indicandola al contrario come un possibile limite a quest'ultima. Anche rispetto a questa qualificazione, la decisione della Corte avrebbe potuto essere di sicuro rilievo.

8. Tutela della concorrenza, liberalizzazioni e utilità sociale

Un profilo molto importante della disciplina della concorrenza riguarda il tema delle cd. liberalizzazioni. Possono essere definite tali quelle azioni che mirano «ad assicurare e a promuovere la concorrenza "nel mercato" e "per il mercato"»²⁴³.

Le liberalizzazioni, intese come razionalizzazione della regolazione, rappresentano uno strumento volto a promuovere la concorrenza e in grado di produrre effetti positivi per il circuito economico. Esse si realizzano attraverso una "ri-regolazione" di un determinato settore che sia in grado di aumentarne il livello di concorrenzialità, consentendo l'ingresso in quell'ambito al maggior numero di operatori, che siano capaci di competere impegnando al meglio le loro risorse.

La politica delle liberalizzazioni in Italia ha una lunga storia il cui atto iniziale può essere individuato nel primo decreto Bersani, il decreto legislativo n. 79 del 1999, con cui è stata recepita la direttiva comunitaria 96/92/CE, che ha introdotto le liberalizzazioni nel settore elettrico. A questo primo decreto sono seguiti il decreto Bersani-Visco e il decreto Bersani-bis, rispettivamente il decreto-legge n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, e il decreto-legge n. 7 del

²⁴² Sottolinea il fatto che la questione della concorrenza sia affrontata sempre nei giudizi in via di azione G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, cit., 427.

Si sofferma sull'importanza del merito della questione G. DI PLINIO, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, in *Federalismi.it*, 4.7.2018.

²⁴³ Per questa definizione, cfr., tra le molte decisioni, Corte cost., sent. n. 200 del 2012.

2007, convertito dalla n. 40 del 2007, che hanno liberalizzato ulteriori settori (licenze dei taxi, vendita di alcuni farmaci, tariffe ordini professionali, tariffe aeree, telefonia mobile).

Successivamente, la politica pro-concorrenziale è ripresa con il Governo Berlusconi e in particolare con la legge n. 148 del 2011, che ha convertito con modificazioni il decreto-legge n. 138 del 2011. L'articolo 3 di tale decreto-legge introduce il «principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», imponendo allo Stato e alle autonomie di adeguarsi entro un anno dall'entrata in vigore della legge di conversione²⁴⁴.

Dopo questa enunciazione, la disposizione individua una serie di eccezioni e limiti che possono in vario modo incidere sulla portata del principio generale. Si tratta, in particolare, del rispetto dei vincoli che derivano dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; del possibile contrasto con i principi fondamentali della Costituzione, o con i limiti espressamente previsti dall'art. 41 Cost., vale a dire la sicurezza, la libertà, la dignità umana e l'utilità sociale; oppure da disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale o infine da disposizioni che comportano effetti sulla finanza pubblica.

I successivi commi disegnano l'ambito dell'intervento normativo, qualificando il principio della liberalizzazione come «principio fondamentale per lo sviluppo economico» e l'attuazione della «piena tutela della concorrenza tra le imprese» e prevedendo conseguenze di carattere finanziario per le Regioni e gli enti locali in caso di mancato adeguamento. In particolare, secondo il comma 4, «l'adeguamento di Comuni, Province e Regioni all'obbligo di cui al comma 1 costituisce elemento di valutazione della virtuosità dei predetti enti ai sensi dell'art. 20, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111».²⁴⁵

I commi successivi (5-9) eliminano una serie di restrizioni all'accesso alle professioni, mentre i commi 10 e 11 disciplinano l'esercizio delle attività economiche e l'accesso alle medesime attraverso norme regolamentari. E' tuttavia consentito conservare alcune restrizioni per determinate attività, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, in presenza di ragioni di interesse generale, rispetto alle quali «a) la limitazione sia funzionale a ragioni di interesse pubblico, tra cui in particolare quelle connesse alla tutela della salute umana; b) la restrizione rappresenti un mezzo idoneo, indispensabile e, dal punto di vista del grado di interferenza nella libertà economica,

²⁴⁴ Il termine è stato successivamente rinviato al 30 settembre 2012, dall'art. 1, comma 4-bis, del decreto-legge n. 1 del 2012 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2012.

²⁴⁵ Il comma 4 è stato successivamente abrogato dall'articolo 30, comma 6, della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di stabilità 2012).

ragionevolmente proporzionato all'interesse pubblico cui è destinata; c) la restrizione non introduca una discriminazione diretta o indiretta basata sulla nazionalità o, nel caso di società, sulla sede legale dell'impresa»²⁴⁶. Si tratta, dunque, di un intervento molto significativo volto a stabilire un principio di carattere generale a livello legislativo²⁴⁷.

Sulla stessa linea si colloca il decreto-legge n. 1 del 2012, "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", approvato dal Governo Monti e convertito dalla legge n. 27 del 2012, che ha in comune con il precedente decreto l'attuazione del principio generale di liberalizzazione. In particolare, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1, che si proclama in attuazione dell'art. 41 della Costituzione e del principio di concorrenza garantito dal Trattato dell'Unione europea, sono abrogate «a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate

²⁴⁶ Cfr. art. 3, comma 11, del decreto-legge n. 138 del 2011.

²⁴⁷ E' interessante osservare che l'articolo si apre con un riferimento ad una futura modifica dell'art. 41 Cost. che non si è mai realizzata. Nel 2011, il Governo ha presentato un disegno di legge costituzionale che si proponeva, tra l'altro, di modificare l'art. 41 della Costituzione ("Modifica degli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione" AC 4144/A), allo scopo di eliminare alcune sue ambiguità di fondo.

In particolare, secondo l'art. 1 del disegno di legge costituzionale, il nuovo art. 41 sarebbe stato formulato in questi termini: «L'iniziativa e l'attività economica sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge.

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

La legge e i regolamenti disciplinano le attività economiche unicamente al fine di impedire la formazione di monopoli pubblici e privati.

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

La modifica costituzionale, chiarendo espressamente che sono libere sia l'iniziativa sia l'attività economica e sostituendo il terzo comma dell'attuale art. 41 Cost., avrebbe permesso, secondo quanto si legge nella relazione illustrativa, di evitare l'introduzione di singole e frammentarie disposizioni che «incidono pesantemente sul sistema economico» pur nell'ambito di un sistema misto che si è via via orientato verso una interpretazione liberista che ha affermato il primato della libertà di impresa.

Il disegno di legge costituzionale, che non ha concluso l'*iter* parlamentare, era stato molto criticato in dottrina. Le critiche si appuntavano su diversi profili. In particolare, da un lato, si sottolineava l'inutilità della modifica, in quanto il testo costituzionale era già stato letto nel senso di permettere il libero mercato e la tutela della concorrenza, dall'altro, secondo un'altra prospettiva, si riteneva che tale modifica costituzionale non fosse convincente perché confondeva l'iniziativa economica privata e il suo svolgimento, sottoponendole agli stessi limiti.

e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti».

Al secondo comma, è previsto che «le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica».

Come emerge dalla lettura dei due commi, si tratta di un ulteriore e deciso passo in avanti nell'ambito delle liberalizzazioni, che si muove nel solco del precedente intervento, disegnando un percorso “a tutto tondo”.

Il più recente tassello della politica di liberalizzazione si ritrova nella legge n. 124 del 2017, la prima legge annuale sulla concorrenza. Questa è stata approvata molti anni dopo che era stato previsto uno strumento a carattere periodico che avesse il compito «di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori»²⁴⁸.

In particolare, l'articolo 47 della legge n. 99 del 2009 prevedeva che «entro sessanta giorni dalla data di trasmissione al Governo della relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'articolo 23 della legge 10 ottobre 1990, n. 287[...], il Governo, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, tenendo conto anche delle segnalazioni eventualmente trasmesse agli stessi fini di cui al comma 1 del presente articolo dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, presenta alle Camere il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza».

²⁴⁸ Cfr. art. 47, comma 1, legge n. 99 del 2009. Su tale previsione cfr. F. FLORA', *La nascita della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, 614 ss.; R. CIFARELLI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *amministrazione in cammino*, 2009.

Il disegno di legge deve contenere in distinte sezioni: «a) norme di immediata applicazione, al fine, anche in relazione ai pareri e alle segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi ai sensi degli articoli 21, 22 e 23 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché alle indicazioni contenute nelle relazioni annuali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e delle altre autorità amministrative indipendenti, di rimuovere gli ostacoli all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche con riferimento alle funzioni pubbliche e ai costi regolatori condizionanti l'esercizio delle attività economiche private, nonché di garantire la tutela dei consumatori; b) una o più deleghe al Governo per l'emanazione di decreti legislativi, da adottare non oltre centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge, ai fini di cui al comma 1; c) l'autorizzazione all'adozione di regolamenti, decreti ministeriali e altri atti, ai fini di cui al comma 1; d) disposizioni recanti i principi fondamentali nel rispetto dei quali le regioni e le province autonome esercitano le proprie competenze normative, quando vengano in rilievo profili attinenti alla tutela della concorrenza, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione; e) norme integrative o correttive di disposizioni contenute in precedenti leggi per il mercato e la concorrenza, con esplicita indicazione delle norme da modificare o abrogare».

Al Governo viene anche imposto l'obbligo di allegare al disegno di legge una relazione di accompagnamento che evidenzi: «a) lo stato di conformità dell'ordinamento interno ai principi comunitari in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché alle politiche europee in materia di concorrenza; b) lo stato di attuazione degli interventi previsti nelle precedenti leggi per il mercato e la concorrenza, indicando gli effetti che ne sono derivati per i cittadini, le imprese e la pubblica amministrazione; c) l'elenco delle segnalazioni e dei pareri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, indicando gli ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito».

Dopo ben otto anni dalla sua introduzione come “legge periodica” nell'ordinamento, la legge ha visto finalmente la luce.

Nel suo primo articolo, l'intervento normativo si proclama «in applicazione dei principi del diritto dell'Unione europea in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché delle politiche europee in materia di concorrenza».

Come ricorda un *dossier* del servizio studi della Camera, l'urgenza di una tempestiva attuazione delle riforme, a partire dalle semplificazioni e dalle liberalizzazioni, era stata sottolineata dalla stessa Unione europea nelle Raccomandazioni del Consiglio di luglio 2016 sul Programma

nazionale di riforma 2016 dell'Italia²⁴⁹. In quell'occasione, era stata raccomandata anche l'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, come previsto dalla legge del 2009.

Nella sua Relazione annuale del 2018, l'Antitrust ha sottolineato che la nuova legge, pur presentando qualche ombra, «può essere considerata, nel complesso, un passo avanti per la diffusione di una regolazione pro-concorrenziale all'interno dell'economia nazionale»²⁵⁰.

La giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di occuparsi del tema delle liberalizzazioni in numerose decisioni, che si sono susseguite nel tempo e hanno esaminato i principali interventi legislativi volti, come si è visto, alla più ampia liberalizzazione di interi ambiti del mercato²⁵¹.

In questa prospettiva, si possono richiamare la sentenza n. 200 del 2012, che ha preso in esame il regime introdotto con il decreto-legge n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 148 dello stesso anno o la sentenza n. 8 del 2013, che ha dichiarato non fondate alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 1 del successivo decreto-legge n. 1 del 2012.

In queste decisioni, la Corte afferma che il principio generale di liberalizzazione, introdotto dal legislatore, non si pone in contrasto con i principi costituzionali, in quanto esso può esplicarsi solo nei limiti, espressamente richiamati negli atti legislativi, indicati dall'art. 41 Cost.

Lo Stato ha determinato tale principio nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di “tutela della concorrenza”, materia trasversale dal contenuto complesso nella quale rientrano gli interventi di liberalizzazione.

Secondo il giudice costituzionale, peraltro, il legislatore ha introdotto un principio diretto all'intero sistema delle autonomie, sulla base della considerazione che «affinché l'obiettivo perseguito dal legislatore possa ottenere gli effetti sperati, in termini di snellimento degli oneri gravanti sull'esercizio dell'iniziativa economica, occorre che l'azione di tutte le pubbliche amministrazioni – centrali, regionali e locali – sia improntata ai medesimi principi, per evitare che le riforme introdotte ad un determinato livello di governo siano, nei fatti, vanificate dal diverso orientamento dell'uno o dell'altro degli ulteriori enti che compongono l'articolato sistema delle

²⁴⁹ Cfr. SERVIZIO STUDI - Dossier n. 494.

²⁵⁰ Cfr. G. PITRUZZELLA, *Relazione annuale antitrust*, 2017, 14. Sulla prima legge annuale sulla concorrenza cfr. M. LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in *Federalismi* 2015 25.2.2015; R. CIFARELLI, *Il declino delle leggi “a cadenza annuale” nel processo legislativo italiano: spunti di riflessione a partire dalla prima legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Astrid rassegna*, 2017.

²⁵¹ Su questa giurisprudenza e in particolare sulla sent. n. 430 del 2007, i cui principi sono quasi costantemente ribaditi nella giurisprudenza successiva, cfr. L. CASSETTI, *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla “prevalenza” della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, *Federalismi*, 30.4.2008.

autonomie»²⁵². Per tale ragione, pur dettando un principio in grado di avere effetto sull'intero sistema delle autonomie, il legislatore statale non ha invaso le competenze spettanti alle Regioni, in quanto, lo Stato si è limitato a dettare un principio senza adottare una disciplina dettagliata, che rimane dunque appannaggio delle singole regioni.

Nel motivare le sue decisioni, la Corte sottolinea in modo molto chiaro che non vi è dubbio che «l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti [...] – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale»²⁵³.

In queste sentenze, il sintagma utilità sociale, viene richiamato quasi a mo' di formula di chiusura che, tuttavia, presenta un'innegabile cifra di carattere economico. La clausola, infatti, chiude un elenco nel quale sono presi in considerazione in primo luogo gli interessi degli operatori economici, poi quelli dei consumatori e infine quelli dei lavoratori. Non sfugge, inoltre, che, nella prospettiva accolta dalla Corte, nonostante l'ampia motivazione tutta tesa a verificare che il legislatore, stabilendo il principio generale delle liberalizzazioni, si sia mantenuto nell'ambito dei paletti fissati nell'art. 41 Cost., le liberalizzazioni sono considerate per sé stesse misure di utilità sociale. Tale conclusione appare evidente quando la Corte sottolinea che l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, che se è intrusiva, non necessaria e sproporzionata, «genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale». In questo modo, il giudice costituzionale ha di fatto reso privo di significato il limite dell'utilità sociale. Esso non può costituire un valido argine alle liberalizzazioni perché, al contrario, le liberalizzazioni realizzano l'utilità sociale.

L'ottica prescelta è in linea con un'idea recente, secondo la quale, la riduzione degli oneri amministrativi, che recano un danno economico, rappresenterebbe l'ultima fase della politica di semplificazione che si è avuta in Italia a partire dagli anni novanta del secolo scorso. Nell'ambito di questa ricostruzione, liberalizzare equivale a semplificare. Una semplificazione che, evidentemente, non è esclusivamente declinabile in termini di riduzione dello stock normativo²⁵⁴. Nelle due

²⁵² Cfr. Corte cost., sent. n. 200 del 2012.

²⁵³ Cfr., negli stessi termini, Corte cost., sentt. nn. 200 del 2012 e 8 del 2013.

²⁵⁴ Per queste riflessioni, cfr. quella A. SIMONCINI e E. LONGO, *L'ultima stagione della semplificazione: la riduzione degli oneri amministrativi*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1/2013.

decisioni, dunque, la Corte presta un'«attenzione “tecnica” all'impatto economico della regolazione»²⁵⁵.

9. L' utilità sociale identifica valori esterni al mercato

Di tutt'altro segno per quanto riguarda l'utilità sociale, sembrano essere invece le decisioni che si sono occupate della vendita di medicinali da banco nelle parafarmacie, dei giochi pubblici e del cd. caso Alitalia. Si tratta di tre importanti sentenze che appaiono rilevanti anche perché le questioni di legittimità costituzionale decise dalla Corte sono sorte in via incidentale e il parametro invocato non è, come ormai accade in quasi tutte le decisioni del più recente periodo, l'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione bensì l'art. 41.

Nella prima pronuncia, la sentenza n. 216 del 2014, la disposizione sulla quale è chiamata a pronunciarsi la Corte è l'art. 5, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

Tale articolo, nella parte in cui non consente alle parafarmacie la vendita di medicinali di fascia C soggetti a prescrizione medica, si porrebbe in contrasto con gli articoli 3 e 41 della Costituzione. In particolare, secondo il giudice remittente, la disposizione porrebbe un ingiustificato limite alla libertà di iniziativa economica, perché la restrizione, da un lato, non sarebbe funzionale a salvaguardare la libertà, la sicurezza, la dignità e l'utilità sociale, e, dall'altro, avrebbe l'effetto di non consentire una dinamica dei prezzi da cui potrebbero trarre beneficio i consumatori.

La Corte rigetta la questione sottoposta motivando la sua decisione in ragione della «complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci» che non permette di prendere in considerazione solo uno dei molteplici interessi in gioco, rispetto ai quali invece spetta al legislatore trovare un punto di equilibrio.

Il giudice costituzionale inquadra la disciplina delle farmacie nell'ambito della competenza statale in materia di tutela della salute cui la distribuzione dei farmaci è strettamente funzionale.

A questo scopo, il legislatore ha previsto, innanzitutto, una pianificazione del territorio, per evitare al contempo una concentrazione di farmacie nelle zone con un maggior numero di abitanti e ricche del paese e una presenza inesistente in quelle meno popolate.

²⁵⁵ Così, ancora A. SIMONCINI e E. LONGO, *op. ult. cit.*, 22.

Inoltre, sempre in vista della uniforme garanzia della tutela della salute, sono stabiliti precisi obblighi a carico dei farmacisti.

Infine, i farmaci sono stati divisi in tre classi dall'art. 8, comma 10, della legge 24 dicembre 1993, n. 537: la fascia A, che contiene i farmaci di maggiore rilevanza terapeutica; la fascia B, successivamente soppressa, e la fascia C, che contiene i farmaci di minore interesse terapeutico. I farmaci di fascia A sono a carico del Servizio sanitario nazionale, con la partecipazione dell'assistito per una quota fissa detta ticket, mentre quelli di fascia C sono completamente a carico dell'assistito.

La politica di liberalizzazione ha interessato anche questo settore, e, dunque, contemperando i vari interessi, dal 2011 il legislatore ha ulteriormente ampliato la vendita dei farmaci di fascia C anche alle parafarmacie, ma ha riservato ancora alle sole farmacie la dispensa di quei medicinali di fascia C per i quali è necessaria la prescrizione medica²⁵⁶.

Secondo il giudice costituzionale, tale parziale apertura non può essere definita irragionevole e, dunque, non contrasta con l'art. 3 Cost., in quanto le parafarmacie e le farmacie non possono essere completamente assimilate. Queste ultime, infatti, offrono ancora maggiori garanzie per la salute dei cittadini che rendono legittima la riserva in loro favore della vendita dei farmaci con prescrizione anche se i farmacisti che esercitano nelle parafarmacie sono muniti dello stesso titolo di studio, perché comunque solo per le farmacie sono previsti obblighi più incisivi.

Tale regime di parziale liberalizzazione non è, secondo la Corte, neppure in contrasto con la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. In quanto, «l'incondizionata liberalizzazione di quella categoria di farmaci inciderebbe, con effetti che non sono tutti prevedibili, sulla distribuzione territoriale delle parafarmacie le quali, non essendo inserite nel sistema di pianificazione sopra richiamato, potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini»²⁵⁷.

È interessante osservare che, per puntellare la sua argomentazione, la Corte richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di libertà di stabilimento, anche se il remittente non aveva censurato l'articolo per violazione indiretta dell'art. 117, primo comma, Cost.

In particolare il giudice costituzionale richiama la sentenza 5 dicembre 2013 in cause riunite C-159, 160 e 161/12, Venturini, con la quale la Corte del Lussemburgo ha risolto una questione simile a quella sottoposta al giudizio di legittimità costituzionale, affermando che l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che garantisce la libertà di stabilimento,

²⁵⁶ Sul rapporto tra liberalizzazioni e vendita dei farmaci da banco, v. ora, ampiamente, P. LOGROSCINO e M. SALERNO, *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, in *Federalismi*, 3.4.2019.

²⁵⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 216 del 2014.

«deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che non consente a un farmacista, abilitato e iscritto all'ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella pianta organica, di distribuire al dettaglio, in una parafarmacia, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente»²⁵⁸.

La decisione che ha risolto il caso Venturini non è tuttavia la sola nella quale, come ricorda la Corte costituzionale, la Corte del Lussemburgo ha osservato che l'art. 49 TFUE può trovare un limite nella disciplina fissata dai singoli Stati membri a tutela della salute e della vita delle persone, beni ai quali lo stesso Trattato riconosce una posizione preminente e che tuttavia possono essere protetti in modo diverso. Tale circostanza impone che agli Stati venga riconosciuto un margine di discrezionalità idoneo a permettere ad essi «di derogare all'ampia nozione di libertà di stabilimento e, di conseguenza, di libertà di impresa»²⁵⁹.

In questa decisione, la Corte costituzionale non chiama direttamente in causa l'utilità sociale, ma sembra evidente che la tutela della salute possa essere sussunta in questa formula, come del resto il giudice costituzionale ha fatto in molte decisioni soprattutto della giurisprudenza del primo periodo.

La pronuncia, inoltre, apre ad una visione della concorrenza diversa rispetto a quella che la ritiene un valore al quale tutto soggiace e, aspetto forse ancora più qualificante, richiama una giurisprudenza della Corte del Lussemburgo che sembra muoversi nella stessa direzione quando ad essere chiamata in causa è la libertà di stabilimento e dunque la libertà di impresa.

Nello stesso senso sembra possa essere letta la decisione n. 56 del 2015 in materia di giochi pubblici nella quale, al contrario della precedente, la clausola dell'utilità sociale viene espressamente menzionata dal giudice costituzionale.

La Corte è chiamata a giudicare la legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 79, della legge 13 dicembre 2010, n. 220 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2011), nonché dei commi 77 e 78 del medesimo art. 1, in quanto richiamati dal comma 79. La disposizione censurata ha previsto una serie di obblighi e requisiti sia a carico delle concessioni già in essere sia relativamente a quelle che devono ancora essere costituite, ponendosi così in contrasto con diversi parametri costituzionali.

²⁵⁸ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 5 dicembre 2013 in cause riunite C-159, 160 e 161/12, Venturini.

²⁵⁹ Cfr., Corte cost., sent. n. 216 del 2014, punto 7.2 del *Considerato in diritto*. La Corte richiama in particolare le sentenze 1 giugno 2010, in cause riunite C-570/07 e C-571/07, Blanco Perez e Chao Gomez, punti 70 e 71; e 13 febbraio 2014, in causa C-367/12, Sokoll-Seebacher, punti 24-25.

Secondo il remittente essa violerebbe, in particolare, l'articolo 3, in quanto impone al concessionario al quale sono già stati consentiti l'esercizio e la raccolta non a distanza dei giochi pubblici di integrare la convenzione che accede alla concessione con nuovi requisiti e obblighi, incidendo irragionevolmente sul suo legittimo affidamento; l'art. 41, primo comma, Cost., perché imporrebbe al concessionario requisiti e obblighi aggiuntivi, limitando la sua libertà di iniziativa economica; l'art. 42, terzo comma, Cost., perché non prevede un indennizzo per il concessionario che ha ottenuto di proseguire il rapporto dietro un esborso non irrilevante di somme di denaro.

La Corte ritiene la questione non fondata relativamente ai tre parametri, con una articolata motivazione della quale in questa sede è interessante prendere in esame in particolare gli argomenti utilizzati per motivare l'infondatezza relativamente agli articoli 3 e 41 Cost.

Per quanto riguarda la violazione dell'art. 3 Cost., la Corte osserva che non può sussistere un legittimo affidamento relativamente a rapporti di concessione di un servizio pubblico, rispetto ai quali, al contrario, la possibilità che vi sia un intervento da parte del legislatore è, in qualche modo, connaturata al rapporto. Nel caso specifico della concessione dei giochi, peraltro, tale attività è ancora più giustificata in ragione dei valori e degli interessi coinvolti che «appaiono meritevoli di speciale e continua attenzione da parte del legislatore».

Anche in questo caso, il giudice costituzionale richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia. Nella sentenza 30 giugno 2011, in causa C-212/08 *Zeturf Ltdc. Premier ministre*, proprio in materia di giochi, la Corte del Lussemburgo, infatti, ha ritenuto legittime restrizioni all'attività dei privati poste in essere dallo Stato per motivi di interesse generale, che appaiano proporzionate agli scopi da raggiungere. In particolare, secondo la Corte di giustizia, l'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che: «a) uno Stato membro che intenda assicurare un livello di tutela dei consumatori particolarmente elevato nel settore dei giochi di azzardo può legittimamente ritenere che solo la concessione di diritti esclusivi ad un organismo unico soggetto ad uno stretto controllo da parte delle autorità pubbliche sia atta a consentire di padroneggiare i rischi connessi a tale settore e di perseguire l'obiettivo di prevenire l'induzione a spese eccessive collegate al gioco e di lotta alla dipendenza dal gioco in modo sufficientemente efficace» [...]²⁶⁰.

²⁶⁰ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 30 giugno 2011, in causa C-212/08, punto 72 che prosegue affermando che «b) spetta al giudice del rinvio verificare che:

–le autorità nazionali, al momento dei fatti di cui alla causa principale, mirassero realmente a garantire un simile livello di tutela particolarmente elevato e che, rispetto a tale livello di tutela perseguito, l'instaurazione di un monopolio potesse effettivamente considerarsi necessaria, e che

–i controlli statali, cui le attività dell'organismo beneficiante dei diritti esclusivi sono in linea di principio soggette, siano effettivamente attuati in modo coerente e sistematico allo scopo di conseguire gli obiettivi fissati per tale organismo;

c) per essere coerente con gli obiettivi di lotta alla criminalità nonché di riduzione delle occasioni di gioco, una normativa nazionale che instaura un monopolio in materia di giochi di azzardo deve:

Per quanto riguarda la violazione dell'art. 41 Cost., che il giudice remittente ritiene sussistere perché gli obblighi imposti impedirebbero il libero esercizio della attività di impresa, la Corte costituzionale ritiene infondata la questione, facendo leva sulla clausola dell'utilità sociale. A questo scopo, il giudice costituzionale richiama la giurisprudenza pregressa, sottolineando che non può essere configurabile una lesione della libertà di iniziativa economica quando l'intervento del legislatore è volto a salvaguardare l'utilità sociale. In questa prospettiva, il limite è legittimo nella misura in cui risulti proporzionale all'interesse da tutelare e non arbitrario²⁶¹.

Si tratta di una giurisprudenza che può dirsi ampiamente consolidata, che il giudice delle leggi sottolinea debba valere a maggior ragione rispetto alla disciplina legislativa di un'attività economica considerata quale pubblico servizio. Tale attività «è pur sempre espressione del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 Cost., con la particolarità che al regime di ogni servizio pubblico è connaturale l'imposizione di controlli e programmi per l'indirizzo dell'attività economica a fini sociali, sicché in tali ipotesi «[...] la individuazione da parte del legislatore dell'utilità sociale può sostanziarsi di valutazioni attinenti alla situazione del mercato» e «può dar luogo ad interventi legislativi tali da condizionare in qualche modo le scelte organizzative delle imprese» [...], anche se non può arrivare fino a condizionare «le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta sacrificandone le opzioni di fondo»²⁶².

Nel caso di specie, dunque, i limiti imposti all'attività del concessionario sono funzionali a governare un settore che presenta profili di delicatezza, temperando, in modo da garantire l'utilità sociale, gli interessi privati con «i prevalenti interessi pubblici coinvolti»²⁶³.

In entrambe le decisioni, alla clausola utilità sociale vengono ricondotti una pluralità di interessi che non rientrano nella sfera economica, ma hanno a che fare, più in generale, con la tutela della salute, la protezione nei confronti del gioco sia degli adulti che dei minori e il contrasto alla criminalità organizzata.

Nella sentenza sui giochi pubblici, la Corte non si esprime in termini così perentori contro il gioco come aveva fatto nelle sue prime decisioni in materia. Il giudice costituzionale non sottolinea, come aveva fatto per esempio nella sentenza n. 125 del 1963, che «le macchine automatiche da gioco sono contrarie all'utilità sociale poiché creano le condizioni per uno «sterile impiego

–essere fondata sul riconoscimento che le attività criminali e fraudolente connesse ai giochi e la dipendenza dal gioco costituiscono un problema nel territorio dello Stato membro interessato al quale un'espansione delle attività autorizzate e regolamentate sarebbe idonea a porre rimedio, e

–consentire unicamente la realizzazione di una pubblicità contenuta e strettamente limitata a quanto necessario al fine di canalizzare i consumatori verso le reti di gioco controllate».

²⁶¹ Delle numerosissime decisioni in tal senso, la Corte ricorda le sentenze n. 247 e n. 152 del 2010 e la n. 167 del 2009.

²⁶² Per tutte le citazioni tra virgolette, cfr. Corte cost., sent. n. 56 del 2015.

²⁶³ Così ancora, Corte cost., sent. n. 56 del 2015.

dell'autonomia individuale» che arreca «offesa alla dignità umana»²⁶⁴ e, tuttavia, sottoscrive ancora una volta l'idea che in questo delicato settore la libertà di iniziativa economica può subire limiti penetranti per realizzare l'utilità sociale.

Entrambe le decisioni, inoltre, richiamano *ad adiuvandum*, pronunce della Corte di giustizia che, pur muovendosi all'interno di una logica di mercato, sembrano riconoscere un margine di discrezionalità agli Stati nell'adozione di misure limitative della libertà di iniziativa economica e, dunque, misure idonee a limitare la libertà di stabilimento, che siano necessarie a salvaguardare interessi costituzionalmente rilevanti²⁶⁵.

La terza pronuncia che merita di essere richiamata è la nota sentenza n. 270 del 2010, che la Corte ha reso nel cd. caso Alitalia.

²⁶⁴ Così, Corte cost., sent. n. 125 del 1963. Sulla quale cfr. il secondo capitolo.

²⁶⁵ E' interessante osservare che, successivamente alla pronuncia della Corte del 2015, nell'ambito del medesimo procedimento, il Consiglio di Stato, con ordinanza del 4 febbraio 2016, ha sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, sull'interpretazione degli articoli 26, 49, 56, 63 e 267 TFUE, dell'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché del principio generale della tutela del legittimo affidamento.

Nella pronuncia del 20 dicembre 2017 in C-322/16, la Corte di giustizia ha chiarito preliminarmente «che un giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo, previsti dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale. Infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata dal suddetto diritto, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di permettergli di stabilire se una norma nazionale sia compatibile o no con quest'ultimo[...]» e ha osservato inoltre che «la disciplina dei giochi d'azzardo rientra nei settori in cui sussistono tra gli Stati membri divergenze considerevoli di ordine morale, religioso e culturale. In assenza di un'armonizzazione in materia a livello dell'Unione, gli Stati membri godono di un ampio potere discrezionale per quanto riguarda la scelta del livello di tutela dei consumatori e dell'ordine sociale che essi considerano più appropriato (sentenza dell'8 settembre 2016, Politanò, C-225/15, EU:C:2016:645, punto 39 e la giurisprudenza ivi citata).

40 Gli Stati membri sono conseguentemente liberi di fissare gli obiettivi della loro politica in materia di giochi d'azzardo e, eventualmente, di definire con precisione il livello di tutela perseguito. Tuttavia, le restrizioni che gli Stati membri impongono devono soddisfare le condizioni che risultano dalla giurisprudenza della Corte per quanto riguarda segnatamente la loro giustificazione sulla base di motivi imperativi di interesse generale e la loro proporzionalità (sentenza dell'8 settembre 2016, Politanò, C-225/15, EU:C:2016:645, punto 40 e la giurisprudenza ivi citata).

41 Nel caso di specie, risulta dal tenore delle disposizioni nazionali in discussione nel procedimento principale che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 43 delle sue conclusioni, l'obiettivo di tali disposizioni è di migliorare la solidità economica e finanziaria dei concessionari, di accrescere la loro onorabilità e la loro affidabilità, nonché di lottare contro la criminalità.

42 Tenuto conto della particolarità della situazione correlata ai giochi d'azzardo, simili obiettivi sono idonei a costituire motivi imperativi di interesse generale atti a giustificare eventuali restrizioni alle libertà fondamentali, quali quelle controverse nel procedimento principale (v., in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2016, Politanò, C-225/15, EU:C:2016:645, punti 42 e 43)».

La sentenza della Corte di giustizia è interessante anche per la questione della “doppia pregiudizialità” sulla quale cfr. la nota sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017 e la più recente sent. n. 63 del 2019.

Come si è già ricordato, anche questa decisione è adottata in un giudizio in via incidentale nel quale i parametri invocati sono gli articoli 3 e 41 Cost.

La questione di costituzionalità sottoposta alla Corte riguarda l'art. 4, comma 4-*quinquies*, del decreto-legge n. 347 del 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 39 del 2004, introdotto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 134 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2008.

La disposizione è censurata dai giudici remittenti nella parte in cui, autorizzando un'operazione di concentrazione in deroga al procedimento prescritto dalla legge n. 287 del 1990, determinerebbe una compressione della libertà di concorrenza in assenza di ragionevoli giustificazioni, ponendosi così in contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost.

La Corte dichiara non fondata la questione con un'ampia motivazione nella quale richiama la sua giurisprudenza in materia di limiti all'iniziativa economica privata di cui «la libertà di concorrenza» costituisce una «manifestazione»²⁶⁶. Il giudice costituzionale si sofferma in particolare sulle clausole utilità sociale e fini sociali, presenti nel secondo e nel terzo comma dell'art. 41 Cost, e sottolinea come, sin dalle pronunce più risalenti, nell'interpretare tali clausole sia presente la ricorrente affermazione per cui «le ragioni ad esse riconducibili «non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore» [...], cosicché «il giudizio in ordine «all'utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo» [...]. La Corte rileva, inoltre, come nella giurisprudenza successiva sia emerso che «le esigenze di «utilità sociale» devono essere bilanciate con la concorrenza [...], non devono essere arbitrarie e non devono essere «perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue». Il giudice costituzionale ricorda ancora che a tali clausole «sono stati ricondotti anche interessi qualificati in vario modo e collegati alla sfera economica, quali, in particolare, quelli attinenti alla esigenza di protezione di una data produzione [...], ovvero a quella «di salvaguardare l'equilibrio di mercato tra domanda ed offerta» in un determinato settore [...], oppure strumentali a garantire i valori della concorrenzialità e competitività delle imprese [...] o anche «l'esigenza di interesse generale di riconoscimento e valorizzazione del ruolo» di imprese di determinate dimensioni [...]. In definitiva, è stato rilevato, nella sostanza, che la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono «dall'ordinamento una protezione assoluta» e possono, quindi, subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario «a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi

²⁶⁶ Così, Corte cost., sent n. 270 del 2010.

costituzionalmente rilevanti»²⁶⁷. Secondo il giudice costituzionale, inoltre, è chiaro che l'art. 41 Cost., «stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito»²⁶⁸.

In questa prospettiva, molto interessante si rivela l'argomento cardine con cui la Corte rigetta la questione: «all'interno delle figure tipizzate dal diritto *antitrust*, le concentrazioni fruiscono[...] di una disciplina complessivamente più flessibile, vuoi in quanto sottoposte ad un controllo ordinariamente, ma non necessariamente, preventivo, vuoi in quanto possono essere, in alcuni casi eccezionali, suscettibili di una valutazione che può adeguatamente tenere conto dell'esigenza di tutelare preminenti interessi generali diversi da quelli collegati all'obiettivo di garantire un assetto competitivo del mercato. L'attenzione per questi interessi diversi si può tradurre in un potere di valutazione, in sostanza di regolazione generale, comunque non tecnica, demandato normalmente all'autorità politica, eventualmente in aggiunta o in sostituzione dell'Autorità indipendente preposta al controllo *antitrust*»²⁶⁹.

Come osserva la Corte, tale contemperamento degli interessi risulta nel caso di specie effettuato dal legislatore. Dai lavori preparatori emerge, infatti, che l'intervento mirava «a garantire la continuità del trasporto aereo su tutte le rotte nazionali, anche su quelle economicamente non convenienti, a evitare la dissoluzione di un'impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale»²⁷⁰.

Tali interessi secondo il giudice costituzionale, «*sebbene attengano, prevalentemente, alla sfera economica*, [...] in considerazione della gravità della congiuntura economica e della peculiarità del settore di riferimento, sono riconducibili alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali» (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente»²⁷¹.

²⁶⁷ Per tutte le citazioni tra virgolette, cfr. ancora Corte cost., sent. n. 270 del 2010.

²⁶⁸ In questi termini, ancora Corte cost., sent. n. 270 del 2010.

²⁶⁹ Così, Corte cost., sent. n. 270 del 2010, la Corte precisa ancora che «la funzione di garanzia a questa spettante rimane, beninteso, anche in questa ipotesi inalterata quanto al controllo *ex post* degli esiti della concentrazione, in particolare rispetto al divieto di abuso di posizione dominante».

²⁷⁰ Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 270 del 2010.

²⁷¹ Ancora, Corte cost., sent. n. 270 del 2010.

Queste affermazioni della Corte sono molto interessanti. Esse sembrano il portato di una ricostruzione dell'utilità sociale, assunta dal giudice costituzionale e prima ancora dal legislatore, che parte da una prospettiva diversa, più ampia di quella del più recente passato.

In quest'ottica, la clausola non si identifica nella garanzia della concorrenza, ma si apre a contenuti diversi e ulteriori, come la tutela del lavoro e la conservazione di una impresa di valore strategico per l'economia nazionale. Sembra davvero significativo che il giudice costituzionale rilevi che la scelta legislativa è riconducibile a ragioni di utilità sociale sebbene gli interessi garantiti *attengano, prevalentemente, alla sfera economica*. Da questa affermazione, si potrebbe desumere *a contrario* che, secondo il giudice costituzionale, la clausola dell'utilità sociale ha un contenuto semantico più ricco, che non si identifica con interessi meramente economici, anche quando questi sono intesi nel senso più ampio fino a ricomprendere anche la tutela del lavoro.

Si tratta senza dubbio di una presa di posizione molto importante, anche alla luce della pregressa giurisprudenza costituzionale che, come si è cercato di evidenziare, sembra andare in tutt'altra direzione²⁷².

10. La vicenda della liberalizzazione degli orari di apertura e chiusura dei negozi

L'ampia politica di liberalizzazione ha interessato anche gli orari di apertura e chiusura dei negozi, sia relativamente alle fasce orarie all'interno della giornata sia relativamente all'apertura nei periodi normalmente considerati festivi.

La vigente disciplina è il frutto di alcuni interventi normativi che si sono susseguiti a breve distanza di tempo.

In una prima fase, la disciplina degli orari degli esercizi commerciali è stata introdotta nell'art. 3, comma 1, del decreto-legge n. 223 del 2006 dall'art. 35, comma 6, del decreto-legge n. 98 del 2011. L'articolo 3 del decreto-legge del 2006, come si è già ricordato, realizzava un'ampia opera di liberalizzazione in numerosi settori. L'art. 35 del decreto-legge del 2011, proseguendo nel solco di garantire sempre maggiori possibilità ai consumatori, garantendo al contempo un livello minimo ed uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale, ha eliminato in via sperimentale i limiti alla disciplina degli orari e della chiusura

²⁷² Si sofferma su questa importante decisione anche M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del Decreto Alitalia*, in *Giur. cost.*, 2010, che, condividendone gli esiti, ne mette in evidenza anche il legame con il nuovo testo dell'art. 3 del Trattato di Lisbona.

domenicale o festiva degli esercizi commerciali per gli esercizi ubicati nei comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte.

Successivamente, l'articolo 31, comma 1, del decreto-legge n. 201 del 2011 ha reso stabile la liberalizzazione, ponendo fine alla fase sperimentale. La liberalizzazione degli orari di apertura e chiusura degli orari dei negozi durante il giorno e nei festivi è divenuta in tal modo la regola generale applicabile a tutti gli esercizi commerciali a prescindere dal luogo nel quale si trovano²⁷³.

Questo ulteriore intervento normativo ha avuto l'effetto di eliminare completamente per le attività commerciali i limiti relativi a orari o a giornate di apertura e chiusura da rispettare, cosicché ora tutto è rimesso al libero apprezzamento dell'esercente.

La nuova disciplina ha posto diverse questioni problematiche, aprendo un dibattito nell'opinione pubblica- consapevole degli indubitabili benefici per i consumatori, ma anche della concezione della vita e del tempo che essa veicola- ed è stata oggetto di contestazione da parte degli enti territoriali, che hanno rivendicato le loro competenze in materia di commercio, anche in ragione delle singole specificità territoriali.

Lasciando per il momento da parte il dibattito che ha interessato l'opinione pubblica, è interessante ancora una volta prendere in esame il contenzioso che si è avuto dinanzi alla Corte costituzionale.

Il giudice costituzionale si è occupato in numerose occasioni della questione, tuttavia, la sentenza che appare il vero e proprio *leading case* in materia è la sentenza n. 299 del 2012. Con questa decisione, la Corte risolve le questioni di legittimità costituzionale sollevate da diverse Regioni nei confronti dell'art. 31 del decreto-legge n. 201 del 2011. Secondo le ricorrenti, la disposizione censurata violerebbe gli articoli 3, 117, primo, secondo e terzo comma, l'art. 118 Cost. e il principio di leale cooperazione.

Lasciando da parte le censure nei confronti degli altri parametri, che in questa sede non rilevano, l'articolo 3 Cost. sarebbe violato in quanto la disciplina introdotta produrrebbe una disparità di trattamento tra grande distribuzione e piccoli commercianti. L'articolo 117 Cost. sarebbe invece violato sotto molteplici profili. Innanzitutto, perché lo Stato avrebbe esercitato una competenza che non gli appartiene, in quanto gli orari di apertura e chiusura dei negozi rientrano

²⁷³ In particolare, l'art. 31, comma 1, del decreto-legge n. 201 del 2011 ha modificato la lettera d-bis) dell'art. 3, comma 1, del decreto-legge 14 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 – lettera introdotta dall'art. 35, comma 6, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 – eliminando dal precedente testo le parole «in via sperimentale» e «dell'esercizio ubicato nei comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte».

nell'ambito della materia commercio, che appartiene alla competenza residuale delle Regioni. In secondo luogo, in quanto, anche qualora la disciplina fosse riconducibile nell'ambito della materia di competenza esclusiva statale "tutela della concorrenza", lo Stato avrebbe comunque violato indirettamente l'art. 117, primo comma, Cost. in quanto si sarebbe posto in contrasto con la direttiva servizi, la Direttiva 2006/123/CE. Tale direttiva, infatti, pur ponendo l'obiettivo pro-concorrenziale della liberalizzazione nel maggior numero di settori, prevede la possibilità per i singoli Stati membri di fissare limiti per motivi imperativi di interesse generale, motivi che dovrebbero essere ravvisati nel caso di specie.

La Corte ritiene entrambe le questioni non fondate.

Secondo i giudici costituzionali, infatti, la disciplina introdotta dall'articolo 31 del decreto-legge del 2011 rientra nella potestà esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, in quanto la determinazione degli orari di apertura e chiusura dei negozi rappresenta un aspetto della concorrenza in senso "dinamico". Questo particolare profilo della concorrenza consente un intervento statale, pure in un ambito che, se considerato in modo "statico", rientrerebbe nella competenza residuale delle Regioni²⁷⁴. La disposizione censurata, infatti, realizza un intervento di liberalizzazione favorendo «a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all'ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore.

Si tratta, dunque, di misure coerenti con l'obiettivo di promuovere la concorrenza, risultando proporzionate allo scopo di garantire l'assetto concorrenziale nel mercato di riferimento relativo alla distribuzione commerciale»²⁷⁵.

Secondo la Corte, peraltro, lo Stato ha esercitato la sua competenza in modo da non compromettere interventi da parte delle singole Regioni.

La Corte ritiene non fondata anche la censura mossa in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto con quanto previsto dalla direttiva servizi, che consente eccezioni alla politica di liberalizzazione per motivi imperativi di interesse generale. La liberalizzazione dell'orario degli esercizi commerciali così come delle giornate di apertura, infatti, «non determina alcuna deroga rispetto agli obblighi e alle prescrizioni cui tali esercizi sono tenuti in base alla legislazione posta a tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti quali l'ambiente, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la salute e la quiete pubblica»²⁷⁶. Il giudice costituzionale precisa che, per esempio, sarà possibile vietare la vendita di alcolici in determinati orari, disporre la chiusura di negozi per ragioni di ordine pubblico, far valere le norme e le previsioni contenute nei

²⁷⁴ La Corte richiama come precedenti le sentenze n. 288 e n. 247 del 2010 e l'ordinanza n. 199 del 2006.

²⁷⁵ Cfr. in questi termini Corte cost., sent. n. 299 del 2012, punto 6.1 del Considerato in diritto.

²⁷⁶ Così ancora Corte cost., sent. n. 299 del 2012, punto 10 del Considerato in diritto.

contratti collettivi a tutela dei lavoratori per quanto riguarda gli orari di lavoro, il riposo settimanale, il lavoro notturno.

Di questa decisione colpiscono almeno due profili.

In primo luogo, la Corte legittima un intervento di liberalizzazione che di fatto non lascia alcuno spazio di manovra alle Regioni e che, più che avere la veste di una ri-regolazione della materia, meno invasiva, come secondo la giurisprudenza costituzionale dovrebbe essere una misura di liberalizzazione, appare una de-regolazione totale. L'operazione, peraltro, non riesce nemmeno a raggiungere l'obiettivo di assicurare un livello minimo e uniforme di accessibilità ai servizi da parte dei consumatori, lasciando al contrario liberi gli esercenti di aprire e chiudere quando vogliono.

In secondo luogo, sembra che la politica di liberalizzazione realizzata in Italia sia molto più pervasiva di quanto lo stesso diritto dell'Unione imporrebbe ai singoli Stati membri²⁷⁷. È singolare, infatti, che le Regioni pongano la questione di una indiretta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. per la non conformità della legislazione italiana alle previsioni di una direttiva dell'Unione.

Si tratta di un profilo interessante per riflettere su cosa si intenda per utilità sociale, una nozione che non sembra coincidere integralmente con i pur rilevanti interessi costituzionali che la disposizione del decreto-legge individua, coprendo un ambito ben più vasto, rispetto al quale la tutela della salute, i diritti dei lavoratori e l'ambiente non rappresentano che una minima parte.

La giurisprudenza in materia appare ampiamente consolidata, come dimostrano sia le decisioni precedenti al 2012- in cui la Corte censurava gli interventi delle Regioni volti a limitare gli orari di apertura e chiusura, mentre salvava quelli che, anticipando le misure di liberalizzazione statali, miravano ad eliminare i limiti di orario per gli esercizi commerciali- sia quelle successive, come la recente sentenza n. 98 del 2017. Decisione in cui la Corte, muovendosi perfettamente nel solco tracciato dalla sentenza n. 299 del 2012, ribadisce il valore del principio generale della liberalizzazione e dichiara l'illegittimità costituzionale di un articolo di una legge della Regione Friuli-Venezia Giulia che reintroduceva l'obbligo di chiusura in alcune giornate festive: 1° gennaio, Pasqua, lunedì dell'Angelo, 25 aprile, 1° maggio, 2 giugno, 15 agosto, 1° novembre, 25 e 26 dicembre.

Nell'opinione pubblica, invece, il dibattito è ancora aperto.

Ai fautori della liberalizzazione si contrappongono coloro che ritengono che questa totale deregolamentazione incida sulla possibilità per i cittadini di intessere relazioni affettive con gli altri, sul diritto al riposo, sull'uso del tempo libero, insomma sulla concezione stessa della vita, che si risolverebbe nel consumo.

Il dibattito non è nuovo. Altri paesi si sono già trovati ad affrontare simili questioni.

²⁷⁷ Per entrambi questi profili, cfr. V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in rivista AIC, 2012.

E' nota a questo proposito la posizione espressa dal Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza n. 134 del 2009 sull'apertura dei negozi nelle domeniche di avvento disposta dal Land di Berlino²⁷⁸. La Corte, chiamata a risolvere la questione sollevata dalle chiese avventiste, dichiara l'illegittimità della previsione con una motivazione molto interessante. Secondo il giudice costituzionale, la disciplina della chiusura degli esercizi commerciali la domenica e nei festivi non è volta solo a promuovere e proteggere l'esercizio della libertà di religione, direttamente garantito dall'art. 139 G.G. In una società secolarizzata, tali limiti all'iniziativa economica privata assolvono al diverso compito di permettere il riposo che rappresenta la base per ricrearsi e per avere una vita sociale, con il risultato per ciascun individuo di sviluppare la propria personalità.

In questa prospettiva, il principio che il lavoro cessi nelle domeniche e nei festivi è funzionale a che l'individuo si dedichi alla contemplazione, al riposo, al divertimento, ma anche ad una vita interiore. Rispetto a questi interessi, le aspettative meramente economiche dei venditori e dei consumatori devono essere considerate recessive. Si tratta evidentemente di una posizione forte, volta a tutelare e a promuovere una forma di cittadinanza molto diversa da quella che risolve il cittadino nel consumatore.

Le affermazioni della Corte tedesca, peraltro, riecheggiano in qualche modo quelle espresse dalla Corte suprema degli Stati Uniti rispetto alle cosiddette *blue laws* o *Sunday closing laws* negli Stati Uniti. Tali leggi impongono in singoli Stati la chiusura degli esercizi commerciali la domenica o in altri giorni festivi e il divieto di vendere determinati prodotti in alcuni giorni della settimana, per motivi religiosi.

La Corte Suprema, più volte chiamata a valutarne la legittimità, ha salvato questo tipo di leggi, utilizzando l'argomento che esse, sebbene siano state adottate per motivi religiosi, in una società secolarizzata assolvono ormai a funzioni diverse, quali quelle di garantire agli individui il riposo e la possibilità di coltivare stabili relazioni sociali. Come ha sottolineato il Chief Justice Earl Warren, nella celebre sentenza *McGowan vs. Maryland*, si tratta di un diritto al riposo privo ormai di qualsiasi caratterizzazione religiosa²⁷⁹.

La questione dei limiti all'apertura dei negozi si è posta recentemente anche nel Regno Unito e in Italia. Nel Regno Unito, la materia è disciplinata dal *Trading Sunday Act* del 1994, che distingue i negozi in relazione alla grandezza, prevedendo che, dal lunedì al sabato, tutti i negozi, indipendentemente dalla loro grandezza possono rimanere aperti quanto vogliono. La domenica, al

²⁷⁸ A commento di questa decisione, cfr. N. PETERSEN, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge, 2017, 179 ss. Sul punto v. anche V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, cit., 3.

²⁷⁹ Su tali leggi, cfr. J. M. SHAMAN, *Equality and Liberty in the Golden Age of State Constitutional Law*, e, tra le molte, la nota Corte suprema USA, 29 maggio 1961, *McGowan vs. Maryland*.

contrario, i negozi di grandi dimensioni possono aprire solo per sei ore, tra le 10 del mattino e le 6 del pomeriggio, mentre non ci sono restrizioni per tutti gli altri negozi. I grandi esercizi commerciali, inoltre, devono chiudere la domenica di Pasqua e il giorno di Natale²⁸⁰. Sono peraltro previste una serie di regole che tutelano i lavoratori.

Nel 2015, il Governo ha indetto una consultazione popolare per aprire un dibattito sulla questione, i cui esiti non si sono ancora tradotti in una proposta di modifica della legislazione²⁸¹.

Il Governo propone di attribuire ai singoli contesti locali la definizione degli orari degli esercizi commerciali senza che questi siano fissati in modo eguale per tutti. Questa scelta è volta a consentire maggiore flessibilità agli imprenditori, offrire ai lavoratori la possibilità di lavorare la domenica- proteggendo coloro che non vogliono farlo- offrire l'opportunità ai consumatori di effettuare acquisti quando preferiscono, avvantaggiando in tal modo anche le famiglie di lavoratori che non possono fare shopping negli altri giorni lavorativi della settimana. Assicurare, in altri termini, che le aperture e le chiusure riflettano l'assetto del mercato locale e le abitudini della popolazione.

Il modo in cui è stata predisposta la consultazione rende evidente la complessità della scelta. Non esiste infatti una contrapposizione netta tra lavoratori e consumatori. La categoria dei consumatori è composta anche dai lavoratori, quando questi diventano degli acquirenti che, lavorando durante la settimana, potrebbero giovare dell'apertura domenicale²⁸².

Di tutt'altro segno è la vicenda italiana. Dopo anni di politica di ampia liberalizzazione, è stato presentato un disegno di legge per imporre la chiusura dei negozi la domenica e nei festivi. Si tratta del cosiddetto disegno di legge Saltamartini e altri (A.C. 457) "Modifiche all'articolo 3 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, in materia di disciplina degli orari di apertura degli esercizi commerciali", presentato alla Camera il 3 aprile 2018. Più precisamente il disegno di legge, che si compone di due articoli, prevede all'articolo 1, comma 4, che «le regioni, d'intesa con gli enti locali e sentito il parere delle organizzazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello regionale, adottano un piano per la regolazione degli orari di apertura e di chiusura degli esercizi commerciali di cui al comma 1 che prevede l'obbligo della chiusura domenicale e festiva dell'esercizio e, al comma 4-bis, che «nel piano adottato ai sensi del comma 4 sono individuati i giorni e le zone del territorio nei quali gli

²⁸⁰ La previsione è contenuta nel *Christmas Day Trading Act 2004*.

²⁸¹ Cfr. Department for Business Innovation & Skills and the Department for Communities and Local Government, 'Sunday Trading – Consultation on devolving Sunday trading rules', August 2015.

²⁸² Sui conflitti tra consumatori e lavoratori, soggetti che peraltro possono appartenere a più di una di queste classi cfr. F. MODUGNO, *I diritti del «consumatore»: una nuova generazione di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Napoli, 2008, 1449 e M. CERIONI, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., 133 ss.

esercenti possono derogare all'obbligo di chiusura domenicale e festiva. Tali giorni comprendono le domeniche del mese di dicembre, nonché ulteriori quattro domeniche o festività nel corso degli altri mesi dell'anno.

Secondo il comma *4-ter.*, tuttavia, tali disposizioni «non si applicano ai piccoli esercizi commerciali ubicati nelle località turistiche e nei piccoli comuni montani, nonché alle attività commerciali balneari e alle attività connesse, per i quali l'orario di apertura e chiusura non è soggetto ad alcun obbligo».

La relazione illustrativa si sofferma sulle ragioni economiche dell'intervento legislativo, che vengono individuate nel mancato effetto positivo delle liberalizzazioni, ma anche sui benefici per i cittadini (che ormai vengono definiti consumatori anche quando i beni da tutelare non sono beni di consumo), che potrebbero impegnarsi in attività diverse dallo shopping.

La proposta di legge rappresenta una profonda inversione di tendenza rispetto alle misure di liberalizzazione introdotte in questi anni, che, tuttavia, qualora venisse approvata, potrebbe essere dichiarata incostituzionale dalla Corte, fedele alla consolidata giurisprudenza che si è richiamata nelle pagine precedenti.

Appare molto difficile, comunque, che una questione simile approdi alla Corte. Non sembra, infatti, che le Regioni possano avere interesse ad impugnare in via principale una legge che attribuisce loro nuovamente una competenza in questo ambito. Anche se, come si evince dalla proposta di legge, si tratterebbe comunque di una competenza fortemente limitata dalle scelte compiute dal legislatore statale.

Maggiore probabilità di giungere di fronte al giudice costituzionale potrebbe avere, forse, una questione di costituzionalità prospettata in via incidentale. Un aspetto problematico riguarda, infatti, la scelta dei giorni nei quali interrompere l'attività lavorativa.

Le *Sunday closing laws* venivano censurate, tra l'altro, per l'opzione operata dal legislatore che imponeva la chiusura in giorni evidentemente riconducibili alla pratica religiosa di alcune religioni e non di altre. La questione si sposterebbe allora dall'imposizione dell'obbligo alla scelta dei giorni nei quali imporre tali chiusure, perché il modo di determinarli potrebbe porsi in contrasto con la libertà riconosciuta a ciascun individuo di professare liberamente la propria fede.

Di fronte a un simile argomento, la Corte potrebbe forse recuperare la clausola dell'utilità sociale che, in una società secolarizzata, potrebbe consentire di considerare questi giorni a beneficio del riposo della comunità, a prescindere dal credo religioso dei singoli²⁸³.

²⁸³ Sul complesso tema della individuazione dei giorni destinati al riposo, cfr. T. TREU, *Art. 36-37*, in *Commentario della Costituzione*, cit., I; 119 ss.; S. PANUNZIO, *Sul significato del diritto al riposo settimanale ex art. 36, ultimo comma, della Costituzione secondo l'orientamento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 2057 ss.; N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso*

Osservazioni conclusive

In questo lavoro si è cercato di offrire un contributo all'analisi del sintagma utilità sociale, espressamente previsto in Costituzione, alla luce dei cambiamenti che dal 1948 a oggi hanno investito il mondo che ci circonda e la sua economia di mercato.

La ricerca era mossa dall'intento di verificare l'attualità della clausola e la sua funzione nel nostro ordinamento.

Rispetto al dibattito che si svolse in Assemblea costituente, si sono verificate profonde trasformazioni che derivano, tra l'altro, dall'appartenenza dell'Italia prima alla Comunità europea e poi all'Unione e dall'adesione ai valori di cui essa è portatrice.

Molti si sono chiesti se l'intero articolo 41 della Costituzione abbia ancora un valore o se esso non sia piuttosto consegnato ad uno "stato di quiescenza"²⁸⁴.

Tesi che appare suggestiva anche per quanto riguarda l'utilità sociale, il suo significato e il suo contenuto semantico.

Nel dibattito costituente, essa fu concepita come un principio-valvola in grado di permettere all'ordinamento di evolversi insieme alla società. Si potrebbe essere tentati di pensare, dunque, che proprio la struttura di clausola generale porti il sintagma ad aprirsi a qualsiasi contenuto.

Come abbiamo mostrato nel primo capitolo, tuttavia, tale prospettiva non può essere accolta in toto perché i Costituenti avevano bene in mente che il sintagma utilità sociale fa riferimento all'interesse della società nel suo complesso, un interesse che non è riducibile al solo benessere economico.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale, al contrario, ha mostrato che questo pregnante orizzonte di senso sembra progressivamente essersi smarrito.

Nelle prime decisioni, la Corte, giudicando la conformità delle scelte legislative al dettato costituzionale, riconduceva nell'alveo dell'utilità sociale una molteplicità di interessi, spesso già costituzionalmente garantiti, ma pur sempre attinenti alla sfera del sociale. Nelle fasi successive, invece, il giudice costituzionale ha interpretato l'utilità sociale come "sinonimo" di mercato e di libera concorrenza.

costituzionale, Bologna, 2006; S. COGLIEVINA, *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 376 ss.; R.G. RODIO, *Il diritto al riposo settimanale come elemento di inclusione sociale: alcune considerazioni di diritto costituzionale italiano ed europeo*, in *Diritto e Religioni*, 2017, 209 ss.

²⁸⁴ Cfr., in questo senso, R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario della Costituzione*, cit., 862.

Soprattutto negli anni Novanta, l'utilità sociale ha finito per essere identificata con la tutela della concorrenza, che peraltro si è snaturata fino a essere del tutto sovrapposta alla libertà di impresa, così che ogni limite a essa è stato inteso, in quanto tale, come un limite alla concorrenza²⁸⁵.

In questi anni, la giurisprudenza costituzionale, come la legislazione, è dominata dal valore del mercato. Il mercato si trasforma da strumento in valore da preservare. Il mercato in sé diventa un bene che deve essere tutelato.

Tale visione si è parzialmente attenuata negli anni più recenti, ma non sembra affatto recessiva.

In questa nuova fase, il sintagma utilità sociale viene richiamato quasi come una clausola di chiusura, riassuntiva di una pluralità di interessi tutti riconducibili alla sfera economica.

Tale prospettiva è evidente soprattutto in quelle decisioni in cui il giudice costituzionale, giudicando le politiche di liberalizzazione, sottolinea che una regolazione eccessiva va «a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale»²⁸⁶.

In tal modo la Corte avalla l'idea che gli interventi del legislatore sono riconducibili all'utilità sociale quando sono funzionali a garantire il mercato e la tutela dei consumatori.

Il legame tra tutela dei consumatori e utilità sociale invero non è nuovo. Secondo diverse ricostruzioni, infatti, i diritti dei consumatori- non menzionati espressamente in Costituzione- potrebbero trovare un fondamento costituzionale in una lettura estensiva del secondo e del terzo comma dell'art. 41 Cost. A questo scopo si presterebbero sia le formule «sicurezza (comprensiva della salute), libertà (espressiva anche della necessaria possibilità di orientarsi consapevolmente nei confronti di beni e servizi e di messaggi pubblicitari) e comprensivamente dignità delle persone»²⁸⁷ sia l'«utilità sociale»²⁸⁸.

²⁸⁵ Così, G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, cit., 430.

²⁸⁶ Cfr., negli stessi termini, Corte cost., sentt. nn. 200 del 2012 e 8 del 2013.

²⁸⁷ V. ONIDA, *Regioni ed enti locali per la tutela dei consumatori*, in *Le Regioni*, 1983, 364. A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *www.costituzionalismo.it*, 2010.

²⁸⁸ In questo senso, v. le osservazioni di G. ALPA, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. Disc. priv.*, III, Torino, 1988 e G. B. FERRI, *In tema di tutela del consumatore*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona umana*, Bari, 1974, 286, ma anche F. MODUGNO, *I diritti del consumatore*, cit., 1417, il quale in particolare, pur sottolineando che i diritti del consumatore sono come tutti i cd. nuovi diritti, diritti trasversali, impliciti, in altre parole non sono altro che aspetti o se si vuole sviluppi di diritti già esistenti ed esplicitamente riconosciuti, osserva che comunque essi sono «specificamente esplicativi dell'utilità sociale e degli altri valori della sicurezza, della libertà e della dignità umana, come diritti costituzionalmente-seppure in via indiretta-riconosciuti e garantiti sulla base dell'art. 41, 2°co., Cost., in una posizione [...] preminente rispetto alla libertà di iniziativa economica privata-che pure costituisce un diritto-valore costituzionale». In particolare, la formula dell' «utilità sociale», nel suo dispiegarsi diacronico, proprio in virtù della sua ampiezza semantica, può riempirsi di contenuti con riferimento ad altri diritti-valori direttamente riconosciuti e tutelati, cioè a quei valori che la Costituzione protegge con norme specifiche in materia di libertà personale, sindacale, di espressione e di informazione, di insegnamento; di diritto alla

L'ampio contenuto semantico attribuibile a tale ultimo sintagma ha permesso, in particolare, alla *libertà di concorrenza* di assurgere «a “naturale” espressione (giuridicamente prescritta) dello svolgimento della libertà di iniziativa economica» e al «suo oggetto-*la concorrenza*- a bene da tutelare in quanto ritenuto in grado- a torto o a ragione- di determinare una crescita del tenore di vita collettivo»²⁸⁹.

Anche grazie a questa via, sulla scena entra a pieno titolo la categoria dei consumatori. Una figura che, col tempo, anche alla luce del diritto comunitario prima, e dell'Unione poi, ha subito una profonda trasformazione.

I consumatori attuali non sono più i soggetti i cui interessi potevano essere tutelati di riflesso. Il consumatore è ormai una figura complessa che non può essere ricondotta semplicemente a colui che compie delle libere scelte in termini di consumo, ma è portatore di una serie di diritti. Si pensi, per esemplificare, al diritto alla tutela della salute e della sicurezza, al diritto all'informazione, all'educazione, alla rappresentanza e alla tutela degli interessi economici.

L'ampiezza dei diritti riconosciuti ai consumatori non può tuttavia far dimenticare che nell'ordinamento europeo il consumatore rappresenta un soggetto privilegiato per quanto riguarda la tutela dei diritti proprio in quanto tale. I suoi diritti sono tutelati, o possono essere tutelati, più intensamente nel momento in cui sono legati ad un rapporto di consumo²⁹⁰. I diritti, attraverso un processo circolare, derivano dal mercato e ritornano al mercato, servono in qualche modo a temperarne gli effetti.

Per il diritto dell'Unione, il cittadino ideale è il consumatore capace di muoversi nell'intero mercato interno²⁹¹.

Nelle scelte legislative volte alla tutela dei consumatori, sottoscritte spesso dalla stessa giurisprudenza costituzionale, è evidente che i *cives* scompaiono, come del tutto assente è il progetto di vita iscritto nell'art. 3, secondo comma, Cost. cui, secondo una lettura che sembra da condividere, le previsioni dell'art. 41 Cost. erano funzionali. L'utilità di cui esso fa menzione,

salute, al salario “sufficiente”, all'assistenza e previdenza; di tutela del paesaggio” [...] e che sono valori quasi tutti rintracciabili in un'analisi perfino superficiale dei contenuti dei diritti dei consumatori». Per un'ampia ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali che individuano un fondamento costituzionale per i diritti dei consumatori v. M. CERIONI, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., 189 ss.

²⁸⁹ Per le citazioni tra virgolette, cfr., ancora, F. MODUGNO, *I diritti del consumatore*, cit., 1421.

²⁹⁰ In questo senso F. LOSURDO; *La tutela dei consumatori*, in S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Milano, 2008, 474.

²⁹¹ Così, N. REICH, *Il consumatore come cittadino-il cittadino come consumatore: riflessi sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione Europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 355.

anche se può servire a fornire un ancoraggio costituzionale ai diritti dei consumatori, è infatti, come si è cercato di mostrare, un concetto più ricco ed è «imputabile alla società nel suo complesso»²⁹².

Sussiste una significativa differenza tra sostenere che il limite dell'utilità sociale può essere considerato il referente costituzionale cui ricondurre i diritti dei consumatori e ritenere che l'utilità sociale *si risolve interamente* nella tutela e nella garanzia dei diritti di questi ultimi.

In questa prospettiva, è stato osservato che la categoria dei consumatori non si contrappone solo a quella dei produttori e dei professionisti, ma anche ad «una categoria più vasta – quella dei “cittadini” – che viene sostituita dalla categoria privilegiata dei consumatori; ed un'altra categoria che invece viene esclusa dai benefici, quella dei non abbienti, dei “non-consumatori”»²⁹³.

Questo modo di prendere in considerazione la parte per il tutto, che si realizza anche mediante «l'identificazione della categoria dei “consumatori e utenti” come titolare di diritti fondamentali» ha come conseguenza l'«affermazione del mercato come ambito privilegiato dell'analisi e dell'organizzazione sociale». In tal modo, «come il mercato è diventato lo spazio oggettivo entro il quale la politica può muoversi (legittimamente se ne rispetta i principi), il movimento dei consumatori è diventata l'élite dell'informe e generico aggregato dei cittadini, élite che, sola, si ritiene legittimata a rivendicare diritti nel mercato e ad agire in esso»²⁹⁴. Nel più recente periodo, il pericolo di una sostituzione dei cittadini con i consumatori emerge così in tutta evidenza, facendo intravedere la ben più profonda e pericolosa sostituzione della politica con il mercato²⁹⁵.

Sono pochi i casi in cui il legislatore utilizza il limite dell'utilità sociale per far valere interessi che non sono riferibili esclusivamente ai consumatori in quanto tali, ponendo in rilievo altri interessi quali la tutela del lavoro, il diritto alla salute, la lotta alla criminalità organizzata.

In questo senso meritano di essere ricordate le scelte legislative relative alla vendita di farmaci nelle parafarmacie, ai giochi pubblici e quelle relative alla nota vicenda Alitalia. In quest'ultimo caso in particolare, le ragioni di utilità sociale, che giustificano l'intervento del legislatore, sono individuate in una pluralità di interessi, quali l'intento di garantire la continuità del trasporto aereo su tutto il territorio, evitare la dissoluzione di un'impresa di rilevanti dimensioni, tutelare i livelli occupazionali, nonché rispondere a esigenze dell'economia nazionale. Interessi sicuramente riconducibili alla sfera economica, ma che tuttavia non si risolvono in questa.

Sorprende, invece, che il legislatore, con l'avallo della giurisprudenza costituzionale, abbia compiuto spesso scelte che non sembrerebbero nemmeno imposte dal diritto dell'Unione, esemplare

²⁹² Così, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 48, ma già A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 192.

²⁹³ Così, R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, in G. COCCO (a cura di), Milano, 2010, 95 ss.

²⁹⁴ Così, ancora R. BIN, *op.ult. cit.*, 98.

²⁹⁵ Per questa prospettiva, cfr. ancora R. BIN, *op. ult. cit.*, 105.

in questo senso è la vicenda della liberalizzazione degli orari di apertura e chiusura dei negozi, alla quale le Regioni hanno tentato di opporsi, rivendicando la loro competenza in materia di commercio e lo stesso diritto dell'Unione.

La liberalizzazione generalizzata poteva, infatti, essere evitata facendo leva sulla clausola, presente nella direttiva servizi, dei «motivi imperativi di interesse generale». Come ricorda la stessa direttiva, tale nozione è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia e potrebbe ulteriormente evolvere. Essa copre i motivi più diversi: «l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica [...], il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria»²⁹⁶.

Alla luce di una previsione tanto elastica, non sembra dubitabile che il legislatore italiano avrebbe potuto compiere scelte diverse.

Pur senza mettere in dubbio la bontà della tesi che «è principio identificante delle democrazie che l'eguaglianza fra i cittadini sia assicurata in primo luogo ai fini dell'influenza di ciascuno sul processo politico, cosicché le concentrazioni di potere privato devono essere evitate, non solo per la distorsione che possono indurre nei meccanismi economici, ma anche per l'influenza soverchiante che possono esercitare sulle istituzioni»²⁹⁷, non si può consentire che la clausola dell'utilità sociale sia completamente attratta nella sfera economica.

La torsione che essa ha subito, fino ad arrivare addirittura a fornire la giustificazione della disciplina prevista a tutela della concorrenza, era davvero inimmaginabile per i padri costituenti, dalla sua genesi deriva al contrario che a essa vada riconosciuto un nucleo intangibile e imprescindibile che non può essere snaturato fino a permetterle di aprirsi a qualsiasi contenuto.

In dottrina è stata avanzata la tesi che il principio dell'utilità sociale abbia una posizione - potremmo «dire - pivotale (quale regolatore fondamentale dei rapporti fra politica ed economia)

²⁹⁶ Cfr. direttiva 2006/123 CE.

²⁹⁷ Così G. AMATO, *Relazione annuale antitrust*, 1995, 35.

nell'edificio costituzionale che lo colloca al livello di quei principi fondamentali che[...] si sottraggono alla revisione».²⁹⁸ In questa prospettiva, sempre secondo questa ricostruzione, «non ha nemmeno senso chiedersi se la concorrenza abbia nell'ordinamento comunitario una posizione diversa da quella occupata in quello italiano e se sì quale sia. Nemmeno la valvola dell'art. 11 Cost., infatti, consente l'immissione nel nostro ordinamento di valori che aspirano a collocarsi nell'inalterabile dimensione della fundamentalità»²⁹⁹.

La tesi è suggestiva e tuttavia il rimedio proposto appare configurabile come un'*extrema ratio*, come è nella logica della teoria dei contro-limiti, e non come una prospettiva che possa guidare il legislatore nel momento di dare attuazione ai principi costituzionali.

Senza arrivare a utilizzare il principio della utilità sociale come contro –limite all'ingresso del diritto dell'Unione, si potrebbe provare a valorizzare il limite previsto dall'art. 41 Cost. rimanendo nella cornice europea.

La vicenda italiana delle liberalizzazioni sembra, come si è visto, offrire spunti in questa direzione. Non vi è dubbio che l'integrazione europea abbia imposto una forte riduzione dei margini di manovra per i singoli Stati membri, il legislatore italiano, tuttavia, negli interventi di liberalizzazione che si sono avuti nel corso degli ultimi decenni, ha finito con l'adottare politiche più pervasive e maggiormente volte al fine ultimo di garantire un mercato concorrenziale di quelle imposte dalla stessa Unione³⁰⁰.

E' interessante osservare peraltro che l' art. 3 del Trattato sull'Unione europea, nella nuova formulazione introdotta dal Trattato di Lisbona, prevede che l'Unione si basa «su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale»³⁰¹.

Tale formula indica «un concetto che non si identifica più in modo esclusivo con il mercato e la concorrenza, ma si estende alle finalità sociali»³⁰². Essa sta ad indicare che la politica in tema di concorrenza dovrà tenere conto anche di finalità sociali quali il lavoro, l'ambiente e la salute.

Nonostante l'importante affermazione di principio, non vi è dubbio che, a livello europeo, comporre esigenze di mercato e valori sociali appare ancora un obiettivo difficile da raggiungere³⁰³.

²⁹⁸ Così, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 54.

²⁹⁹ Così, ancora, M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 55.

³⁰⁰ Questa lettura ricorda molto da vicino la ben più grave e discussa vicenda dell'inserimento del pareggio di bilancio in Costituzione, con la legge di revisione costituzionale n. 1 del 2012, che peraltro fu approvata in tempi insolitamente rapidi.

³⁰¹ Sul nuovo testo, cfr., le osservazioni critiche di R. DICKMANN, *L'articolo 3 del Trattato sull'Unione e la politica economica europea*, in *Federalismi.*, 29.5.2013 e quanto si è detto nel cap. III.

³⁰² Così F. GALLO, *L'Europa sociale e l'Europa fiscale dopo il trattato di Lisbona*, in www.fondazionetorvergataeconomia.it.

³⁰³ Per queste osservazioni, cfr. ancora F. GALLO, *op. ult. cit.*, 6.

In questo senso, appaiono certamente significative sentenze come quelle adottate nei casi Viking e Laval del 2007, nelle quali la Corte di giustizia afferma che «l'Unione non ha soltanto una finalità economica, ma anche una finalità sociale» e che «i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale»³⁰⁴; e forse ancor di più decisioni come quella resa nel 2013 nel caso Sky-Osterreich.

In questa decisione, la Corte ha sottolineato che «la libertà di impresa non costituisce una prerogativa assoluta, bensì deve essere presa in considerazione rispetto alla sua funzione nella società». Per questa ragione, secondo il giudice di Lussemburgo, «tenuto conto, da un lato, dell'importanza che rivestono la salvaguardia della libertà fondamentale di ricevere informazioni, la libertà, nonché il pluralismo dei media garantiti dall'articolo 11 della Carta e, dall'altro, della salvaguardia della libertà di impresa riconosciuta dall'articolo 16 della Carta stessa, legittimamente il legislatore dell'Unione ha potuto adottare norme, del genere di quelle previste dall'articolo 15 della direttiva 2010/13, che comportano limitazioni alla libertà di impresa, privilegiando, con riguardo alla necessaria ponderazione dei diritti e degli interessi in gioco, l'accesso del pubblico all'informazione rispetto alla libertà contrattuale»³⁰⁵.

Alla luce anche di questa nuova direttrice che, seppur lentamente e con fatica, sembra profilarsi nelle scelte dell'Unione, appare davvero paradossale che il legislatore italiano non riesca a valorizzare appieno il denso e profondo orizzonte di senso di cui la clausola dell'utilità sociale è portatrice.

³⁰⁴ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 dicembre 2007, in causa C- 438/05, Viking e 18 dicembre 2007, in causa C-341/05, Laval. Su questa giurisprudenza, cfr. Corte costituzionale, Dossier “*Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche in Europa. Un’analisi di alcuni importanti casi giurisprudenziali*” (a cura di B. Brancati), 2015.

³⁰⁵ Così Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 gennaio 2013, in causa C-283/11, Sky Osterreich. Per una lettura critica di tali decisioni v., tuttavia, M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia bilancia il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, XXII, 2008, 389 ss.

Bibliografia

AA. VV. *Wealth and Virtue: The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*, a cura di I. Hont e M. Ignatieff, Cambridge, 1983.

AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999.

AA.VV., *Politiche antitrust: ieri, oggi e domani: Atti del convegno del 27 maggio 2016 Università cattolica del Sacro cuore Milano*, Torino, 2017.

Alpa G., *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1988.

Amato G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997.

Amato G., *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2017, 425 ss.

Amato G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992.

Amato G., *Relazione annuale antitrust*, 1995.

Amato G., *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?* in *Mercato, concorrenza regole*, 2009.

Angelini F., *Tutela della concorrenza*, in A. Celotto-R. Bifulco (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015.

Argentati A., *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino, 2017.

Ascarelli T., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 1954-

Baldassarre A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

Ballestrero M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia bilancia il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, XXII, 2008.

Barbera A., *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968.

Barbero M., *Materie trasversali e federalismo fiscale: il caso della tutela della concorrenza - Brevi considerazioni critiche a margine di Corte Cost. 14/2004*, in www.amministrazioneincammino.it, 2004.

Belvedere A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988.

Bin R., *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, relazione al Convegno *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma (AGCM) 10 maggio 2018, *paper*.

Bin R., *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, in G. COCCO (a cura di), Milano, 2010.

Bognetti G., *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1983.

Cannizzaro E., *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni a rovescio*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996, 351 ss.

Cannizzaro E. -Pace L., *Le politiche di concorrenza*, in G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale, terza edizione*, Torino, 2010.

Caranta R., *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *www.forumquadernicostituzionali*, 2004.

Carnevale P., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca"* *Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *www.federalismi.it*, 12.9. 2018.

Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2011.

Cassetti L., *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *www.federalismi.it* 2018.

Cassetti L., *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *federalismi*, 4.3.2004.

Cassetti L., *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997.

Cassetti L., *La Corte costituzionale "salva" le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, 2008.

Cavaleri P., *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova, 1978.

Cerioni M., *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2014.

Cheli E., *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960.

Chessa O., *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 16-23.

Cifarelli R., *Osservazioni a prima lettura sulla legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *amministrazione in cammino*, 2009.

Cifarelli R., *Il declino delle leggi "a cadenza annuale" nel processo legislativo italiano: spunti di riflessione a partire dalla prima legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Astrid rassegna*, 2017.

- Cintioli F., *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *federalismi.it*, 2012.
- Coglievina S., *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, *Riv. it. dir. lav.*, 2008.
- Colaiani N., *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006.
- Corso G., *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 2002.
- Crisafulli V., *Costituzione e protezione sociale (1950)*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, ora in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015.
- Cuniberti M., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007;
- Denozza F., *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009.
- De Benedetto M., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000.
- De Benedetto M., *Il decreto "salva italia". Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012.
- Degrassi L., «*Orari e giorni di apertura degli esercizi commerciali: il controverso lato dinamico-promozionale della «tutela della concorrenza, in forumcostituzionale»*», 2013.
- Dickmann R., *L'articolo 3 del Trattato sull'Unione e la politica economica europea*, in *www.federalismi.it*, 29. 5. 2013.
- Di Plinio G., *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, in *www.federalismi.it*, 2018.
- Dogliani M., *Il "posto" del diritto costituzionale*, in *Giur Cost.*, 1993.
- Dogliani M.- Giorgi C., *Art. 3*, Roma, 2017.
- Elster J., *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, 2005
- English K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.
- Esposito C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962.
- Fabiani E., *Clausole generali*, in *Enc. dir.*, annali, 2012.
- Ferri G. B., *In tema di tutela del consumatore*, in N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona umana*, Bari, 1974.
- Fioravanti M., *Art. 2*, Roma, 2017.

- Florà F., *La nascita della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009.
- Florida G., *I patti di non concorrenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. comm.*, 1983.
- Fois S., *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1958.
- Gallo F., *L'Europa sociale e l'Europa fiscale dopo il trattato di Lisbona*, in www.fondazionetorvergataeconomia.it.
- Galgano F., *Art. 41*, in *Branca Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982.
- Grasso G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.
- Grillo M., *Il mercato tra efficienza e libertà: una riflessione su sintesi post-Chicago e finalità dell'antitrust*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, III, Napoli, 2014.
- Guarino G., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992.
- Guarnier T., *Libertà di iniziativa privata e libera concorrenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *rivista AIC*, 2016.
- Guastini G., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale a cura di A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni*, Milano, 2004.
- Haakonssen K., *The Science of Legislator: the Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge, 1981.
- Hobbes, T., *De homine*, 1658, trad. it. di A. Pacchi, Bari, Laterza, 1970.
- Hume D., *Treatise of Human Nature*, 1739-1740, trad. it. di A. Carlini, E. Lecaldano, E. Mistretta, con il titolo *Trattato sulla natura umana*, in *Opere filosofiche*, a cura di E. Lecaldano, vol. I, Roma-Bari, 1987.
- Hume D., *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, trad. it. *Ricerca sui principi della morale*, in *Opere filosofiche*, cit., vol. II, Roma-Bari, 1987.
- Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009.
- Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.
- Lecaldano E., *Introduzione alla Teoria dei Sentimenti morali*, Milano.
- Lecaldano, E., *Introduzione a Adam Smith, Teoria dei sentimenti morali*, Milano, 2009.
- Libertini M., Ferri G., *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010.
- Libertini M., *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2014.

- Libertini M., *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in *federalismi.it*, 4/2015.
- Libertini M., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del Decreto Alitalia*, in *Giur. cost.*, 2010.
- Libertini M., *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a 10 anni dalla legge*. Atti del convegno 9-10 ottobre 2000, Roma, 2000.
- Logroscino P. e Salerno M., *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, in *Federalismi.it*, 3.4.2019.
- Losurdo F., *La tutela dei consumatori*, in S. Mangiameli, *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Milano, 2008.
- Luciani M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, *Enc. dir.*, IX, Milano, 2016.
- Luciani M., *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, 2010.
- Luciani M., *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, in *Interpretazione costituzionale* a cura di G. AZZARITI, Torino, Giappichelli, 2005, 45 ss
- Luciani M., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1993.
- Luciani M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, 1983.
- Luciani M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno della Associazione dei costituzionalisti, Torino, 2011, in *www.rivistaaic.it*.
- Luther J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997.
- Luzzati C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.
- Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Profili costituzionali*, Milano, 1999.
- Manetti M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.
- Manetti M., *Autorità indipendenti*, *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997.
- Manetti M., *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007.
- Marceno' V.-Zagrebelsky G., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012
- Martines T., *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969.
- Martines T., *Concetti indeterminati e attività interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV. *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969.

- Massa Pinto I., *L'innocenza della Costituzione e la sua difesa minima: in margine al dibattito sulla proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione*, in www.costituzionalismo.it 15.07.2010.
- Mazziotti M., *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956.
- Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.
- Modugno F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008.
- Modugno F., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2010.
- Modugno F., *I diritti del «consumatore»: una nuova generazione di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Napoli, 2008.
- Morbidelli G., *Iniziativa economia privata*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989.
- Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- Mortati C., *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca (continuato da Pizzorusso), Bologna-Roma, 1975.
- Nania R., *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, 2012.
- Nania R., *Libertà economiche e libertà di impresa*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001.
- Niccolai S., *Sull'utilizzo del principio dell'utilità sociale in una sentenza sulla pianificazione*, in *Giur. cost.*, 1991.
- Niccolai S., *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1997.
- Ninatti S., *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Torino, 2006.
- Niro R., *Art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006.
- Niro R., *Profili costituzionali della disciplina Antitrust*, Padova, 1994.
- Nivarra L., *Esclusiva SIAE e obbligo di contrarre: una disciplina in cerca d'autore?*, in *Foro it.*, 1990.
- Onida V., *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *rivista AIC*, 2012
- Oppo G., *L'iniziativa economica*, in *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990.
- Pace A., *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà di impresa*, in *Giur. cost.*, 1990.
- Pace A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 1993.

- Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, II, 1992.
- Pace A., *Gli aiuti di stato sono forme di tutela della concorrenza?* in *Giur. cost.*, 2004.
- Pace A., *I diritti del consumatore. una nuova generazione di diritti?*, in www.costituzionalismo.it 2010.
- Paladin L., *Il sindacato della Corte costituzionale sulla "utilità" delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1964.
- Paladin L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento I, Milano, 1997.
- Panunzio S., *Sul significato del diritto al riposo settimanale ex art. 36, ultimo comma, della Costituzione secondo l'orientamento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971.
- Pardolesi R., nota senza titolo, in *Foro it.*, 1983.
- Patroni Griffi A., *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, Napoli, 2012.
- Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013.
- Perlingeri P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, Napoli, 2003.
- Perlingeri P., *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel trattato di Amsterdam*, in P. Perlingeri, E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Rende, 2004.
- Pesole L., *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, in *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale* a cura di F. Giuffrè e I. A. Nicotra, Torino, 2008.
- Petersen N., *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge, 2017.
- Pinelli C., *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in www.rivistaaic.it, 07.03.2013.
- Pizzetti F., *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in www.forumquadernicostituzionali.it, 2004.
- Pizzorusso A., *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1988.
- Polacco V., *Opere minori*, Modena, 1929.
- Predieri A., *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963.
- Reich N., *Il consumatore come cittadino-il cittadino come consumatore: riflessi sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione Europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II.
- Rescigno G.U., *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 2001.
- Rescigno G. U., *La Costituzione come progetto apicale e generale*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornata di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa 2005.

- Robbins L., *The Theory of Economic Policy in English Classical Political Economy*, 2nd ed., London, 1978.
- Rodio R. G., *Il diritto al riposo settimanale come elemento di inclusione sociale: alcune considerazioni di diritto costituzionale italiano ed europeo*, in *Diritto e Religioni*, 2017.
- Rodotà S., *Diligenza* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- Rodotà S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981.
- Roncaglia A., *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005.
- Rosen F., *Classical Utilitarianism from Hume to Mill*, Routledge, London and New York, 2003.
- Rosselli F., *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988.
- Saitto F., *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e Regioni*, in *rivista AIC*, 2012.
- Sakamoto T., *Hume's Economic Theory*, in *A Companion to Hume*, a cura di E. S. Radcliffe, Oxford, 2008.
- Salmoni F., *L'Antitrust come «giudice a quo»*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi, Torino, 1997.
- Sandel M.J., *Justice. What's the right thing to do?*(2009), trad. it. *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano, 2010.
- Sandulli A. M., *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958.
- Scaccia G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- Scagliarini S., *La Corte e le politiche regionali per il commercio e il lavoro: un'incoerente applicazione di criteri corretti*, in *Giur. it.*, 2011.
- Shaman Jeffrey M. , *Equality and Liberty in the Golden Age of State Constitutional Law*, Oxford, 2008.
- Smith A., *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, trad. it. di A. Campolongo, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Torino, 1950.
- Smith A., *The Theory of Moral Sentiments*, 1759, trad. it. di S. di Pietro, *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, Mondadori, 2009, p. 463;
- Spagnuolo Vigorita V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.
- Staiano S., *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 4. 7. 2018.
- Tarello G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

Teichgraeber II, R. F., *“Free Trade” and Moral Philosophy: Rethinking The Sources of Adam Smith’s “Wealth of Nations”*, Durham, 1986.

Tesouro G. e Todino M., *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc.dir., Aggiornamento*, VI, Milano 2002.

Torchia L., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996.

Treu T., *Art. 36-37*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) G. Branca, I, Bologna, 1982.

Tripodina C., *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale* a cura di F. Giuffrè e I. A. Nicotra, Torino, 2008.

Tripodina C., *Libera circolazione delle merci nel mercato comunitario e tutela delle tradizioni alimentari dei paesi membri: un caso di discriminazione a rovescio*, in *Giur. it.*, 1998, 2093 ss.

Urbinati N., *Art. 1*, Roma, 2017.

Velluzzi V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

Wurzel K. G. , *Das Juristische Denken*, Wien, 1904.