

**ApertaContrada**

RIFLESSIONI SU SOCIETÀ, DIRITTO, ECONOMIA

# L'ART. 41 DELLA COSTITUZIONE

## *DOSSIER*

## Indice dei contenuti

### SEZIONE I

#### DOCUMENTI

- Testo dell'art. 41 Cost. pag. 4
- DDL 4144/A pag. 5
- Relazione illustrativa pag. 11
- Audizioni alla Camera pag. 14

### SEZIONE II

#### IL DIBATTITO SU APERTA CONTRADA

- Cesare Pinelli pag. 27
- Mario Libertini pag. 29
- Marcello Clarich pag. 31
- Guido Santoni pag. 33
- Pierluigi Ciocca pag. 36
- Filippo Satta pag. 37
- Filippo Satta, Liberalizzare e semplificare pag. 41

### SEZIONE III

#### IL DIBATTITO FUORI APERTA CONTRADA

- Scheda bibliografica pag. 50

## **SEZIONE I I DOCUMENTI**

## Articolo 41

L'iniziativa economica privata è libera.

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

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

**Progetto di legge 4144-A**  
**Modifiche agli artt. 41, 45, 97 e 118, co. 4 della Costituzione**  
**Data di approvazione in Commissione 22 settembre 2011**

## Contenuto

La I Commissione Affari costituzionali ha avviato in data 19 aprile 2011 l'esame di quattro proposte di legge costituzionale, (C. 3039 Cost. Vignali, C. 3054 Cost. Vignali, C. 3967 Cost. Beltrandi e C. 4144 Cost. Governo), aventi ad oggetto la revisione di alcune disposizioni costituzionali (nel dettaglio, gli articoli 41, 45, 47, 53, 97 e 118). Il nucleo centrale delle modifiche riguarda la c.d. **Costituzione economica** ed, in particolare, l'articolo 41 relativo alla libertà di iniziativa economica privata. Nel seguito dell'esame è stata abbinata una ulteriore proposta di legge di iniziativa parlamentare (C. 4328 Cost., Mantini).

In data 15 settembre, la I Commissione ha adottato il disegno di legge del Governo come testo base per il seguito dell'esame ed ha concluso l'esame in sede referente il 22 settembre, approvando alcuni emendamenti al testo originario, dei quali si dà conto nell'illustrazione del contenuto dei singoli articoli.

All'esito dell'esame svolto in Commissione, il disegno di legge si compone di **4 articoli**, che modificano ampiamente l'articolo 41 della Costituzione ed introducono parziali modifiche agli articoli 45, 97 e 118.

<b>Costituzione testo vigente</b>	<b>Costituzione testo risultante dalle modifiche</b>
<b>Art. 41</b>	<b>Art. 41</b>
L'iniziativa economica privata è libera.	L'iniziativa <b>e l'attività</b> economica privata <b>sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge.</b>
Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.	Non <b>possono</b> svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, <b>con i principi fondamentali della Costituzione</b> o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.
La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.	La legge <b>e i regolamenti disciplinano le attività economiche unicamente al fine di impedire la formazione di monopoli pubblici e privati.</b>
	<b>La legge si conforma ai principi di fiducia e di leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni e i cittadini prevedendo, di norma, controlli successivi.</b>

Con particolare riferimento all'**articolo 41 Cost.**, come interamente novellato dall'**articolo 1** del ddl, la garanzia costituzionale della **libertà dell'iniziativa economica privata** viene estesa anche alla **libertà dell'attività economica**, da intendersi, come evidenziato dalla relazione illustrativa,

quale successivo momento di svolgimento intrinsecamente connesso alla fase iniziale di scelta dell'attività stessa.

Il testo vigente del primo comma, infatti, richiama l'iniziativa economica, e non l'attività economica, cui invece si riferisce il comma terzo. Inoltre, il richiamo alla stessa iniziativa economica è limitato a quella esercitata da privati, mentre l'attività economica è evocata al terzo comma riguardo sia a quella pubblica che a quella privata.

Viene, inoltre, inserita la previsione secondo la quale è **permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge**.

La novella, tanto per l'iniziativa quanto per l'attività economica, aggiunge, oltre ai limiti previsti dal testo vigente, anche quello per cui entrambe non possono svolgersi in contrasto **con i principi fondamentali della Costituzione**.

Si può ricordare che ai principi fondamentali la Costituzione ascrive le disposizioni contenute negli articoli da 1 a 12. La giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 183 del 1973, ha inoltre fatto ricorso alla categoria dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale anche per affermare la propria competenza a valutare la perdurante compatibilità con essi, e con i diritti inalienabili della persona umana, del diritto comunitario. Si rinviengono nelle pronunce della Consulta anche riferimenti ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale, non derogabili dalle disposizioni costituzionali e sottratti al procedimento di revisione costituzionale. I principi supremi non si identificano solo con i limiti espressi alla revisione costituzionale, ma anche con quelli che appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. A tali valori sono ricondotti anche i diritti definiti inviolabili dalla stessa Costituzione.

Il terzo comma del vigente art. 41 è, poi, interamente riscritto da un emendamento introdotto nel corso dell'esame in Commissione, per il quale **la legge e i regolamenti** disciplinano le attività economiche al solo fine di **impedire la formazione di monopoli pubblici e privati**.

Un ultimo comma stabilisce che la legge si conformi ai **principi di fiducia e di leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni e i cittadini**, prevedendo, di norma, **controlli successivi**.

Con riguardo all'attività economica privata, il riferimento contenuto nel testo del comma in esame sembrerebbe rinviare a tutte quelle ipotesi in cui i controlli delle pubbliche amministrazioni si svolgono successivamente all'avvio dell'attività da parte dei privati, con effetti repressivi o inibitori in caso di esito negativo del controllo.

<b>Costituzione testo vigente</b>	<b>Costituzione testo risultante dalle modifiche</b>
<b>Art. 45</b>	<b>Art. 45</b>
La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità.	<i>Identico.</i>
La legge provvede alla tutela e allo sviluppo	La legge provvede alla tutela e allo sviluppo

dell'artigianato.

dell'artigianato e **delle piccole imprese.**

Nel corso dell'esame in Commissione è stato introdotto nel testo base l'**art. 1-bis**, che integra il secondo comma dell'articolo 45 della Costituzione, riguardante **la tutela legislativa** dell'artigianato, per estenderne la portata anche **alle piccole imprese.**

La **definizione comunitaria** di microimprese, piccole e medie imprese è contenuta nella raccomandazione 2003/361/CE, a cui il legislatore nazionale si è adeguato con il decreto del Ministro delle attività produttive (ora Ministro dello sviluppo economico) del 18 aprile 2005. Per essere riconosciuta come PMI l'impresa deve rispettare le soglie relative agli effettivi e quelle relative al totale di bilancio fissate dalla raccomandazione. I nuovi effettivi e soglie finanziarie che definiscono PMI e microimprese sono i seguenti:

- media impresa: occupa meno di 250 persone, realizza un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 milioni di euro;
- piccola impresa: occupa meno di 50 persone, realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 10 milioni di euro;
- microimpresa: occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro.

Costituzione testo vigente	Costituzione testo risultante dalle modifiche
<b>Art. 97</b>	<b>Art. 97</b>
	<b>Le pubbliche funzioni sono al servizio delle libertà e dei diritti dei cittadini e del bene comune.</b>
	<b>L'esercizio, anche indiretto, delle pubbliche funzioni è regolato in modo che ne siano assicurate l'efficienza, l'efficacia, la semplicità e la trasparenza.</b>
I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.	<b>Le pubbliche amministrazioni</b> sono organizzate secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.
Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.	Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari, <b>nel rispetto del principio di distinzione tra politica e amministrazione.</b>
Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti	Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi

dalla legge

**eccezionali stabiliti dalla legge. La carriera dei pubblici impiegati è regolata in modo da valorizzarne la capacità e il merito.**

Completano la riforma della costituzione economica proposta dal provvedimento in esame, la modifica degli articoli 97 e 118 della Costituzione.

Quanto all'articolo 97, che apre la seconda sezione del titolo III della parte seconda della Carta fondamentale, dedicata alla pubblica amministrazione, l'**articolo 2** del provvedimento in esame, in primo luogo, propone l'inserimento di **due nuovi commi iniziali**. Ai sensi del primo, come integrato nel corso dell'esame in Commissione, le **pubbliche funzioni** sono al **servizio delle libertà e dei diritti dei cittadini e del bene comune**. Il secondo comma della novella prevede che **l'esercizio, anche indiretto**, delle pubbliche funzioni è regolato in modo che ne siano assicurate **l'efficienza, l'efficacia, la semplicità e la trasparenza**.

In tal modo sono elevati a rango costituzionale alcuni principi generali dell'attività amministrativa, in parte già ricondotti dalla giurisprudenza costituzionale ai canoni del buon andamento di cui all'articolo 97, primo comma, Cost. ed enucleati dalla legge sul procedimento amministrativo (L. 241/1990).

La seconda modifica proposta dall'articolo 2 novella l'attuale primo comma dell'articolo 97, il quale dispone che **i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge**.

Tale riserva di legge è stata interpretata come riserva relativa e limitata ai soli uffici-organo, in modo da non irrigidire oltre misura il disegno organizzativo delle amministrazioni. La disposizione si ricollega all'analogia riserva contenuta dall'art. 95, terzo comma, Cost., in materia di numero e attribuzioni dei ministeri.

Peraltro, stante la natura relativa della riserva, si ricorda che l'organizzazione amministrativa è stata oggetto di una vasta opera di delegificazione.

La novella prevista dall'articolo in esame prevede la **sostituzione** dell'espressione "**pubblici uffici**" con quella di "**pubbliche amministrazioni**".

Nel corso dell'esame in sede referente è stata approvata una modifica anche al secondo comma dell'art. 97, introducendo il **principio di distinzione tra politica e amministrazione** tra i criteri da rispettare nella definizione dell'ordinamento degli uffici amministrativi.

L'ultima modifica consiste in una novella al testo del terzo comma del vigente articolo 97, che stabilisce il principio di **accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni mediante concorso pubblico**, con l'aggiunta di un ultimo periodo in base al quale la **carriera** dei pubblici impiegati è regolata in modo da valorizzarne la **capacità e il merito**.

Costituzione testo vigente	Costituzione testo risultante dalle modifiche
<b>Art. 118</b>	<b>Art. 118</b>
Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città	<i>Identico.</i>



metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.	
I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.	<i>Identico.</i>
La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.	<i>Identico.</i>
Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.	Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni <b>esercitano le attività che non possono essere svolte adeguatamente dai cittadini singoli o associati.</b>

Infine, l'**art. 3** del provvedimento – interamente sostituito in sede referente rispetto al testo governativo nella versione originaria – modifica il **quarto comma dell'art. 118 della Costituzione**, con riguardo alla c.d. **sussidiarietà orizzontale**, stabilendo che lo Stato e gli altri enti territoriali esercitano le attività che non possono essere svolte adeguatamente dai cittadini singoli o associati. Come noto, il testo della disposizione modificata, introdotto con la riforma costituzionale del Titolo V nel 2001, che ha novellato l'intero articolo 118, riconosce il principio della c.d. sussidiarietà orizzontale o sociale, intesa come principio ordinatore dei rapporti tra i pubblici poteri e i privati, sia formazioni sociali che individui.

#### **Discussione e attività istruttoria in Commissione in sede referente**

La discussione in Commissione ha riguardato in via principale la modifica dell'articolo 41 della Costituzione. Tra le questioni emerse in merito, anche a seguito dello svolgimento di audizioni di esperti tese ad approfondire la materia, si segnalano le seguenti:

- l'efficacia giuridica da attribuire alla clausola introdotta nell'articolo 41 Cost., secondo la quale «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge». Infatti, nel corso delle audizioni è stato evidenziato da alcuni che la clausola non sarebbe in grado di esprimere contenuti normativi automaticamente innovativi e, da altri, che sarebbe foriera di conseguenze in quanto la fissazione dei limiti dell'attività imprenditoriale sarebbe demandata interamente alla legge ordinaria;
- l'opportunità di inserire nel testo della Costituzione un esplicito riferimento alla tutela della concorrenza;

*A seguito dell'approvazione di un emendamento a firma Calderisi ed altri il testo della Commissione ha introdotto un nuovo comma che richiama la esclusiva finalità della legge e dei*

*regolamenti che disciplinano le attività economiche di impedire la formazione dei monopoli pubblici e privati.*

- l'eliminazione di ogni riferimento all'attività economica pubblica, che nel testo vigente trova legittimazione alla luce del comma terzo dell'articolo 41.

Con riferimento poi al principio di cui all'articolo 118, quarto comma, Cost., si è discusso delle modalità con cui rafforzare la portata della sussidiarietà orizzontale, in base al quale l'azione dei pubblici poteri si configura come sussidiaria di quella dei privati, singoli e associati.

*A seguito dell'approvazione di un emendamento a firma Vanalli, il testo della Commissione capovolge la prospettiva e l'ambito applicativo dell'attuale formulazione del principio, in quanto non attribuisce più allo Stato ed agli altri enti territoriali l'onere di favorire (come nel testo vigente), ovvero promuovere (come nel testo governativo) l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento delle attività di interesse generale. Piuttosto prevede che Stato e gli enti esercitino le attività che i privati non possono svolgere adeguatamente.*

### **I pareri espressi dalle Commissioni in sede consultiva**

La **VI Commissione (Finanze)**, nel parere favorevole reso il 22 settembre, ha evidenziato l'opportunità di affrontare, nel quadro degli interventi di **riforma** costituzionale, **anche l'articolo 53 della Costituzione** in ragione della stretta incidenza del rapporto fiscale sul contesto in cui si svolgono le attività economiche. Il parere contiene pertanto una osservazione con la quale si invita ad inserire nel testo della Costituzione alcuni **principi fondamentali sanciti dallo Statuto dei diritti del contribuente** (L. 212/2000).

Nel parere favorevole reso il 22 settembre, la **XI Commissione (Lavoro)** ha formulato due osservazioni: la prima, riferita all'art. 1, di novella all'art. 41 Cost., relativa all'opportunità di inserire nell'ambito della nuova formulazione del terzo comma un inciso finale che richiami **i principi di "libera concorrenza" e di "responsabilità sociale"**, che sono anche a fondamento dell'Unione europea. Con la seconda osservazione, che attiene all'art. 2, che modifica l'art. 97 Cost., si raccomanda di **chiarire il concetto di "semplicità"** con riferimento, non all'esercizio delle funzioni pubbliche, quanto alla fruizione dei servizi pubblici da parte dei cittadini.

Infine, anche la **X Commissione (Attività produttive)** ha espresso, nella seduta del 22 settembre, parere favorevole sul testo del provvedimento, quale risultante dall'esame in sede referente. La Commissione parlamentare per le questioni regionali, invece, non si è espressa.

## **Relazione Illustrativa al disegno di legge costituzionale recante “Modifica degli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione”**

Il presente disegno di legge mira, innanzitutto, a modificare l'articolo 41 della Costituzione, che regola l'iniziativa economica privata, nell'ambito della parte prima Diritti e doveri dei cittadini, del titolo III Rapporti economici della Costituzione. L'obiettivo di un siffatto intervento è quello di potenziare l'impianto del citato articolo 41, in raccordo con la successiva proposta di modifica dell'articolo 118 della Costituzione, al fine di valorizzare i principi sociali e liberali che sono a fondamento della responsabilità economica. Tale disegno di legge, invero, intende collocarsi nell'ambito dell'indirizzo culturale e legislativo già tracciato dal diritto dell'Unione europea: il Trattato istitutivo della Comunità europea (firmato a Roma il 25 marzo 1957 e ratificato dall'Italia con legge 14 ottobre 1957, n. 1203), infatti, con gli articoli 81 e 82, già sembrava aver soppiantato quel concetto restrittivo di libertà economica privata così come desunto dall'articolo 41 della Costituzione. In ragione di questo nuovo modello, la libertà di concorrenza, espressione di una piena libertà economica, è divenuta valore ordinamentale che ha ispirato le politiche legislative di liberalizzazione e di privatizzazione dell'economia nel corso degli anni Novanta e non solo.

La globalizzazione dei mercati impone ora di aumentare la competitività del nostro sistema-Paese e pone la necessità di addivenire a profonde riforme istituzionali al fine di ridurre la capacità dirigistica dello Stato nell'economia per favorire l'avvento di condizioni giuridico-istituzionali adeguate alla struttura di un mercato moderno ed efficace. L'intervento di revisione costituzionale intende, in primo luogo, eliminare le incertezze e le contraddizioni presenti nell'attuale formulazione dell'articolo 41: il primo comma sembra prospettare una garanzia piena ed assoluta della libertà dell'iniziativa economica privata (“l'iniziativa economica privata è libera”); il terzo comma, al contrario, delinea un modello di economia dirigistica, nel quale sono poste su uno stesso piano l'attività economica pubblica e quella privata ed indica lo scopo che l'azione dei pubblici poteri deve perseguire: indirizzare e coordinare a fini sociali queste attività.

L'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui possibili significati attribuibili alle disposizioni di cui al terzo comma dell'articolo 41, ridottosi soltanto per effetto del diritto comunitario, testimonia le intrinseche contraddizioni presenti nella disposizione. Il problema ha riguardato essenzialmente la possibilità di conciliare il pieno riconoscimento dell'iniziativa economica privata con la previsione di un'economia di tipo dirigistico. In proposito, una prima autorevole interpretazione riteneva che il primo comma garantisse la libertà dell'iniziativa economica privata mentre il terzo comma sottoponesse a programmi e controlli l'attività economica privata. Iniziativa e attività sarebbero concetti diversi, momenti diversi dell'azione economica dei privati.

L'iniziativa riguarderebbe il momento iniziale, come dice il termine, il momento in cui il soggetto decide se scendere o meno nell'agone economico. Questa scelta sarebbe completamente libera. Tutt'altra cosa sarebbe il momento dell'esercizio effettivo dell'attività economica che potrebbe, invece, essere sottoposta a limitazioni di vario genere. I programmi e i controlli previsti dall'art. 41 compendiano tutti i vincoli che l'economia dirigista può imporre all'azione economica del privato e le deviazioni dall'economia c.d. di libero mercato.

La visione prospettata si sviluppa in un binario già tracciato dalla dottrina tedesca, che distingue fra *Eroefnung* e *Fortsetzung*, cioè fra inizio e continuazione dell'attività economica, ritenendo peraltro che la garanzia costituzionale della libertà professionale copra entrambi i momenti.

La tesi segnalata, quantunque brillante sul piano esegetico, non è riuscita a dissipare i dubbi sul piano interpretativo ed anzi è stata successivamente superata a seguito dell'affermarsi della tesi contraria nella giurisprudenza costituzionale.

La distinzione fra l'iniziativa e l'attività resta un fatto puramente letterale in quanto, concretamente, i due presunti momenti sono fra loro intimamente collegati con la conseguenza che la garanzia prevista nel primo comma riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento, e deve pertanto ritenersi operante in tutte le fasi dell'attività.

Nel testo attuale della Costituzione non appare pertanto di facile soluzione conciliare l'assoluta libertà dell'iniziativa con la previsione dei vincoli di cui al terzo comma. La crisi economica degli ultimi anni ha riaperto il dibattito giuridico sull'articolo 41 essendo da tutti riconosciuti i dubbi interpretativi presenti nella disposizione. L'obiettivo principale dell'intervento di riforma costituzionale è dunque volto non ad una modifica radicale della disposizione, ma a conservare gli elementi fondamentali presenti nell'attuale formulazione, eliminando le ambiguità di fondo contenute nella norma e interpretandola storicamente e sistematicamente.

Se, infatti, può sostenersi che il sistema misto presente nell'art. 41 si sia via via orientato verso una interpretazione liberista che affermava il primato della libertà di impresa, e quindi, nella sua pratica attuazione non è stato capace di legittimare un "disegno globale dell'economia" da parte dello Stato per indirizzarla e coordinarla verso fini sociali, è pur vero che esso contiene in se la capacità di legittimare singole e frammentarie disposizioni che comunque incidono pesantemente sul sistema economico. Al fine di restituire al testo della disposizione la necessaria chiarezza, viene pertanto proposta l'eliminazione del vigente terzo comma. Inoltre, sempre nella direzione di affermare la libertà dell'iniziativa economica privata, nella proposta di revisione costituzionale viene sancito che qualsiasi intervento limitativo di tale libertà deve essere previsto dalla legge.

Infine, in linea con la consolidata giurisprudenza costituzionale, secondo la quale la garanzia prevista nel primo comma riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività ma anche i successivi momenti del suo svolgimento, si è ritenuto opportuno sancire espressamente nel primo comma della disposizione costituzionale che la garanzia riguarda l'intera attività economica.

In stretta connessione con la modifica dell'articolo 41 si pone il successivo intervento di modifica concernente l'articolo 97 della Costituzione. Il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione, i cui costi gravano comunque anche sulle imprese - e inevitabilmente sui consumatori finali - costituisce sicuramente un fattore di competitività per i privati. Si è ritenuto pertanto necessario modificare anche l'articolo 97, al fine di valorizzare il diverso modello di amministrazione che si è andato via via affermando. Efficienza, efficacia, trasparenza, procedure più semplici, fanno parte dei valori richiesti ad un servizio pubblico sempre più finalizzato alle necessità dei cittadini e delle imprese. A tal fine, lo schema di disegno di legge in esame esplicita nel testo della Costituzione il

principio, già immanente nell'ordinamento ("le pubbliche funzioni sono al servizio del bene comune"), che individua programmaticamente la finalizzazione delle attività pubbliche al benessere generale che si raggiunge attraverso la soddisfazione degli interessi. Tale principio sottende un diverso concetto di amministrazione affermatosi a partire dagli anni Novanta che agisce non solo per atti ma soprattutto per risultati e la cui efficacia può essere misurata.

Nel testo viene espressamente affermato che gli stessi principi si estendono oltre l'amministrazione

in senso stretto, e riguardano anche le attività di tutti i soggetti che svolgono pubbliche funzioni, attraverso quel modulo organizzatorio che la giurisprudenza e la dottrina amministrativa hanno qualificato “amministrazione indiretta”, costituita da enti pubblici, imprese partecipate, aziende pubbliche, concessionari, ecc.. Si introduce, inoltre, una disposizione sulle carriere sancendo, a livello costituzionale, il principio, già affermato con le recenti riforme del pubblico impiego, della valorizzazione della capacità e del merito per tutti i pubblici impiegati.

L'ultimo intervento riguarda l'articolo 118, quarto comma, della Costituzione al quale viene aggiunto che lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province e i Comuni, non solo sono chiamati a favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, ma anche a garantirla.

Scopo della modifica apportata all'articolo 118 della Costituzione è rafforzare la portata del principio di sussidiarietà orizzontale, in base al quale l'azione dei pubblici poteri si configura come sussidiaria di quella dei privati, singoli e associati, nel senso che gli enti istituzionali possono legittimamente intervenire nel contesto sociale laddove le funzioni amministrative siano svolte in modo più efficiente e con risultati più efficaci che se fossero lasciate alla libera iniziativa privata, ancorché regolamentata.

L'inserimento del termine “garantiscono” determina il sorgere di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo in capo ai cittadini a fronte dell'obbligo posto in capo ai soggetti istituzionalmente competenti di valutare, sia pure discrezionalmente, l'adeguatezza dell'azione in sussidiarietà.

## AUDIZIONE ALLA CAMERA DEI DEPUTATI

15 settembre 2011

PRESIDENZA DEL PRESIDENTE DONATO BRUNO

PRESIDENTE. L'ordine del giorno reca, nell'ambito dell'indagine conoscitiva in relazione all'esame delle proposte di legge costituzionale C. 3039 Vignali, C. 3054 Vignali, C. 3967 Beltrandi, C. 4144 Governo e C. 4328 Mantini recanti modifiche agli articoli 41, 97 e 118, comma quarto, della Costituzione, l'audizione di esperti della materia.

Sono presenti il professor Piero Calandra, professore di diritto amministrativo presso la Link Campus University of Malta di Roma, il professor Massimo Luciani, professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Roma La Sapienza, la professoressa Ilenia Massa Pinto, professore associato confermato di diritto costituzionale presso l'Università di Torino, il professor Giampaolo Rossi, professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università Roma Tre e l'avvocato Serena Sileoni, ricercatrice all'Istituto Bruno Leoni di Torino.

Avverto che il professor Ignazio Musu, non potendo partecipare all'audizione per precedenti impegni di lavoro, ha inviato una relazione scritta che è in distribuzione.

Ringrazio a nome mio e di tutta la Commissione i nostri ospiti e do loro la parola iniziando dal professor Piero Calandra.

**PIERO CALANDRA, Professore di diritto amministrativo presso la Link Campus University of Malta di Roma.**

Grazie, presidente. Illustrerò una breve memoria che poi lascerò alla Commissione sulle problematiche degli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione.

Quando si interviene con una riforma costituzionale occorre avere chiari quali siano i principi che la animano e le possibili conseguenze nel sistema. All'epoca della Costituente i termini compromissori dell'articolo 41 sono stati espliciti, e non è necessario ripeterli. Non credo tuttavia che lo scetticismo riguardasse il libero mercato, ma il mercato quale si era strutturato tra oligopoli e monopoli, anche se alla fine si optò per rimuovere solo un tipo particolare di monopolio con provvedimenti singolari di nazionalizzazione.

Oggi le proposte di modifica dell'articolo 41 della Costituzione sono enunciate come manifestazione di una rivoluzione liberale che prevede il capovolgimento di un assetto preesistente divenuto incompatibile con quello che si vuole sostituire, in questo caso il dirigismo a fronte del liberismo.

Perciò l'accento forte si pone soprattutto sulla modifica del terzo comma, ma questo è considerato caducato fin dall'entrata in funzione del Trattato di Maastricht, al punto tale che da quel momento in poi si è rinunciato non solo al dirigismo, ma forse anche a una politica industriale.

Se dunque l'impatto effettivo dell'abolizione del terzo comma sul sistema economico non appare particolarmente innovativo, l'abrogazione formale può servire però a riaffermare in modo per così dire ideologico, il profilo liberista del regime.

Va quindi considerato come si costruisce un regime liberista partendo dalla modifica del primo comma dell'articolo 41 della Costituzione.

Al riguardo, la stessa relazione al disegno di legge governativo conviene che una distinzione tra momento iniziale e successivo (iniziativa e attività economica) rischia di apparire teorica. Ma l'espressione forte: «tutto ciò che non è vietato è permesso», non sembra sufficientemente adeguata

per un dispositivo costituzionale.

Infatti, non si tratta di gestire soltanto in modo secco la coppia autorità/libertà come sottesa all'altra divieto/permesso.

Tuttora l'enorme fascio dei provvedimenti autorizzatori non può essere automaticamente messo fuori gioco da un'affermazione del genere, tenuto anche conto che sovente si tratta ancora di autorizzazioni a numero chiuso che arieggiano l'istituto concessorio. Tra il divieto e il permesso, quindi, c'è tutta l'area del condizionato. Quanto a spostare tutto in fase di controllo, si rischia sia l'incertezza delle situazioni giuridiche che lo sviluppo di una sorta di mercato dei controlli successivi.

L'altra chiave di volta fa perno sul principio di concorrenza già fissato dal Trattato del 1957 e ribadito dal Trattato di Maastricht. Se il Trattato ha avuto la forza di caducare il terzo comma dell'articolo 41 della Costituzione, dovrebbe avere avuto anche la forza di permeare il sistema.

Siamo invece ancora molto indietro. Da ciò nasce l'esigenza di ribadirlo in sede di disciplina costituzionale della libertà economica, che però non è più tanto quella della « libertà da », i vecchi lacci e laccioli di Guido Carli, quanto « libertà di », cioè di operare nel mercato.

E la previsione costituzionale non significa automaticamente ottenere libertà di accesso al mercato e libertà di confronto, che vanno entrambe testate nella legislazione ordinaria che in teoria è già pienamente autorizzata dalla disciplina comunitaria a declinare il principio. Si pensi soltanto all'esempio attuale della emananda libertà di accesso a determinati ordini professionali salvo motivi di interesse pubblico, dizione che si presta a limitazioni pretestuose. Ed è per questo che Mario Monti ha chiesto di rivedere e seriamente alcuni di questi progetti di legge.

Ma manca anche una regolazione indipendente dei trasporti con regole trasparenti e non discriminatorie per l'ingresso di nuovi operatori. La liberalizzazione delle Poste non esclude ancora conseguenze sulla concorrenza nel settore bancario, che dal canto suo non è certo immune da stimoli cartellistici, e sul contenimento delle intese anticoncorrenziali anche l'Antitrust ha dovuto più volte rinfoderare gli artigli.

Il collegamento tra l'articolo 3 e l'articolo 41 della Costituzione evidenzia un profilo di ordine sistematico che vorrei sottolineare. In Costituzione, a differenza delle leggi ordinarie, non si possono prevedere rimandi, altrimenti si omologa alle leggi ordinarie. Perciò è accaduto che il principio di concorrenza non appartenente alla sfera statale sia stato introdotto nella sede della disciplina del governo locale senza essere ripresa nell'articolo 41.

Nella relazione al disegno di legge si parla di potenziare l'impianto dell'articolo 41 in raccordo con l'articolo 118 per valorizzare i principi sociali e liberali della responsabilità economica e la concorrenza come valore ordinamentale che ha ispirato le politiche di privatizzazione (molta) e di liberalizzazione (poca). Poca perché si incide su interessi elettoralmente rilevanti che condizionano comportamenti a dir poco elusivi in diversi segmenti dello schieramento politico.

Per questo, mentre un governo da solo riesce ad assumersi la responsabilità di una manovra finanziaria anche se fortemente incisiva, il superamento della struttura per ceti che blocca l'ascensore sociale richiederebbe più larghe coalizioni che neutralizzino o almeno ripartiscano il rischio politico.

Tornando alla concorrenza, essa è stata trattata alla stregua del riparto di materie e convalidata – e non poteva essere diversamente – dalla sentenza della Corte costituzionale del 2007 che ha respinto i ricorsi di costituzionalità delle regioni. Ma se lo Stato l'avesse davvero introiettato come principio

fondamentale avrebbe dovuto impugnare tutte le leggi regionali – che non sono poche – che lo disattendono o lo violano.

Per superare indirizzi politici così vischiosi ci si chiede quale potrebbe essere la scrittura di una norma costituzionale. Si potrebbe al riguardo prevedere che le liberalizzazioni devono attuarsi in modo da consentire un più ampio dispiegamento di un mercato concorrenziale, visto che limitarsi a enfatizzare la riduzione del ruolo dirigista dello Stato non coglie il tema, che è piuttosto la chiusura dei mercati.

Penso anche che l'affermazione della libertà di iniziativa economica si potrebbe rafforzare con una integrazione dell'articolo 3, secondo comma, della Costituzione, ove il riferimento al compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno svolgimento della personalità potrebbe completarsi con l'inciso « anche agevolando, per ogni iniziativa economica, l'accesso al mercato ».

Molto efficace, invece, è l'individuazione della pubblica amministrazione come fattore di competitività, dato che i costi non sono neutri ma ricadono su imprese e consumatori, così come la nuova stesura dell'articolo 118 della Costituzione consentirebbe di valutare l'adeguatezza dell'azione sussidiaria anche alla stregua di un interesse legittimo.

Il principio di sussidiarietà orizzontale deve contribuire in forma significativa alla costruzione di un ordinamento economico-sociale equilibrato nelle sue componenti, mentre sinora si è dato maggiore sviluppo a quella verticale, che consolida una poliarchia tutta istituzionale di apparati non in grado di colmare la distanza che si è creata con le varie espressioni della società.

Sussidiarietà orizzontale e concorrenza devono essere sempre più correlate a vantaggio sia del sistema delle imprese che di tutte quelle espressioni della società civile che consentano a tutte le energie possibili di manifestarsi, coniugando efficienza e qualità della democrazia.

Mi sembra quindi importante valorizzare ogni collegamento che emerge nelle proposte di riforma tra disciplina di mercato e disciplina dell'amministrazione.

Così il criterio di semplificazione, che collocato nel titolo della pubblica amministrazione rischia di fare la fine di una clausola di stile, se venisse in qualche modo accorpato alla disciplina di mercato come una delle infrastrutture essenziali, sia pure esterne ma sicuramente coadiuvanti della competitività, fornirebbe certamente stimoli sistemici innovativi.

Positivo appare inoltre l'orientamento di premialità dei comuni virtuosi che si sta consolidando nei vari provvedimenti di manovra finanziaria, premialità che andrebbe diffusa nel sistema prevedendo che la Repubblica stimoli con idonee misure di tipo premiale anche la concorrenza tra pubbliche istituzioni.

Il nostro resta ancora un capitalismo relazionale chiuso ed elitario, tanto è vero che siamo nei rami bassi delle classifiche internazionali sia per libertà di impresa che per investimenti esteri.

Assicurare la centralità dell'impresa non è soltanto liberare un mercato in senso statico da vincoli esistenti, ma creare le condizioni per tutti per fare impresa, e in genere per svolgere un'attività economicamente rilevante senza poter opporre che talune di queste attività, non essendo necessariamente esercitate in forma di impresa, non sono liberalizzabili. Solo così l'utilità sociale da limite si può trasformare, attraverso la concorrenza, in un obiettivo.

La cultura che ha trainato l'Europa sia pure tra una frenata e l'altra del colbertismo francese, che è stata anche funzionale al nostro dirigismo assistenzialista, è stata quella ordoliberalista dell'economia sociale tedesca, che oggi presenta il conto dei suoi risultati virtuosi a chi ha voluto campare al di



sopra delle proprie risorse produttive, elemento questo che ha determinato un affievolimento della cultura del rischio e dell'innovazione che caratterizza una genuina cultura capitalista che abbia reale capacità competitiva.

Per immaginare una formulazione costituzionale più incisiva, una possibile stesura potrebbe essere del seguente tenore:

« La Repubblica garantisce l'effettivo esercizio di ogni attività economica secondo il principio di concorrenza, rimuovendo gli ostacoli esistenti nella legislazione riguardanti lo Stato, le regioni e gli enti locali.

Le funzioni amministrative ai vari livelli di governo e le autorità indipendenti sono organizzate in modo da facilitare il buon funzionamento del mercato, all'insegna della semplificazione procedimentale e della tempestività dell'azione ».

In questo modo al buon andamento dell'amministrazione, visto nel suo momento di funzione pubblica tradizionale e protesa all'interesse pubblico, si affianca il compito del buon funzionamento del mercato.

Questo comporta che, laddove sono previsti procedimenti autorizzatori e concessori, le relative funzioni debbono tendere a questi risultati.

Sono convinto che l'evoluzione in senso progressivo del sistema possa utilizzare questa contaminazione virtuosa tra i criteri dell'ordinamento giuridico e quelli dell'ordinamento economico, superando un dualismo tra policy e mercato che può considerarsi appartenente a un sistema di relazioni che, forse anche di orientamento diverso, possono convenire di superare.

PRESIDENZA DEL VICEPRESIDENTE JOLE SANTELLI

**MASSIMO LUCIANI, Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma La Sapienza.**

Come d'abitudine – non è la prima volta che ho l'onore di essere audito da codesta Commissione – trasmetterò un documento scritto dopo l'audizione.

Non vorrei mancare di rispetto alle altre proposte di legge d'iniziativa parlamentare che sono in discussione innanzi la Commissione, ma è chiaro che il disegno di legge governativo sollecita la maggiore attenzione. Dico subito che questa proposta di revisione dell'articolo 41 della Costituzione, a mio avviso molto sommo ma altrettanto fermo, non è convincente.

Poiché gli studiosi di diritto costituzionale non sono soggetti politici e hanno l'onere della motivazione, debbo spiegare qual è la ragione.

Anche se questa non è la sede per azzardare tentativi di ricostruzione teorica – si mancherebbe di rispetto al Parlamento se lo si facesse –, ho tuttavia l'onere di dire preliminarmente qual è a mio avviso la lettura plausibile dell'attuale articolo 41 della Costituzione. Infatti, se non sappiamo cosa stiamo toccando non possiamo neanche immaginare una sua revisione.

Come primo punto, osservo che l'iniziativa economica privata di cui parla il primo comma dell'articolo 41 è una cosa diversa dall'attività di cui parla il secondo comma.

Quando si parla di iniziativa si parla di produzione orientata allo scambio. L'iniziativa dell'articolo 41 è l'atto di investimento del capitale. L'attività è tutto ciò che consegue all'atto di investimento, ovviamente nel dominio dell'azione economica finalizzata allo scambio.

Il fatto che l'iniziativa economica privata sia dichiarata libera dal primo comma dell'articolo 41 della Costituzione significa, a mio avviso, che l'atto d'iniziativa, cioè l'atto di destinazione del capitale ai suoi impieghi, non può incontrare limiti positivi e che si possono imporre solo limiti

negativi.

Invece, all'attività economica privata possono essere imposti anche tutti i limiti che sono funzionali alla protezione dei valori costituzionali elencati nel secondo comma dell'articolo 41, a cominciare dall'utilità sociale.

Il limite centrale nell'impianto dell'articolo 41 è proprio quello dell'utilità sociale, perché in quel richiamo all'utilità sociale trova precisa traduzione normativa un progetto di emancipazione personale e sociale che è tracciato dall'articolo 3, secondo comma, della Costituzione.

Molte esagerazioni sono state dette sull'articolo 3, secondo comma, della Costituzione.

Io penso si debba chiarire un punto: l'articolo 41 della Costituzione dà per scontata l'esistenza di un modo di produzione di tipo capitalistico e ha costruito la scelta a favore di questo modo di produzione come parte costitutiva del patto repubblicano. Tuttavia, la Costituzione ha anche constatato che i meccanismi del modo di produzione capitalistico non sono sufficienti alla realizzazione di quel programma di emancipazione personale e sociale cui ho accennato.

La scelta in favore di un modo di produzione capitalistico è evidente e ritengo sia errata la posizione di una parte della dottrina che anni addietro sosteneva che si sarebbe potuto avere un'evoluzione verso il socialismo senza alcun atto rivoluzionario.

Questo però non significa che la Costituzione non avverta l'insufficienza di questo modo di produzione allo scopo di realizzare quel progetto di emancipazione, che è puntualmente identificato dall'articolo 3, secondo comma.

Bisogna stare attenti su questo punto.

La Costituzione non ha tentazioni giacobine, non è autoritaria. Non disegna un progetto preciso di società e non dice ai cittadini italiani che vivono oggi quale è la società che devono costruire. La Costituzione rifiuta tutto questo, ma afferma che occorre seguire un processo di emancipazione in cui sono tutti impegnati: la Repubblica, vale a dire lo Stato, le regioni e tutti i poteri pubblici, ma oserei dire in prima persona i cittadini; non bisogna scordarsi del fatto che la Costituzione vuole una cittadinanza consapevole e attiva.

Non possiamo guardare allo Stato come al grande erogatore dei nostri benefici, ma dobbiamo essere i primi soggetti che si impegnano per far sì che lo Stato funzioni.

Lo dice l'articolo 49 della Costituzione in modo puro e semplice quando riconosce che sono i cittadini associati in partiti a determinare la politica nazionale. E non è una cosa da poco.

In questo contesto, l'articolo 41, secondo comma, della Costituzione vede nel principio di utilità sociale un vero principio fondamentale, e quando noi studiosi di diritto costituzionale parliamo di principi fondamentali non utilizziamo questa qualificazione a caso. Principio fondamentale vuol dire che si tratta di qualcosa che non è modificabile in sede di revisione della Costituzione.

Questo è il contesto generale in cui si inserisce il disegno di legge del Governo.

Cercherò di argomentare la mia posizione – ripeto, a sommosso mio avviso ma non meno fermo – non simpatetica con questo disegno di legge.

Il mio primo dubbio riguarda il fatto che l'iniziativa sia stata assunta dal Governo.

Parlando della revisione della Costituzione, sarebbe molto opportuno che le revisioni costituzionali, che debbono coagulare un consenso molto ampio che trascende quello maggioritario, non siano segnate da un'impronta maggioritaria addirittura all'inizio. I Governi dovrebbero astenersi dal formulare iniziative di revisione della Costituzione. Questo accade altrove, in altri sistemi politici nei quali i governi hanno un'altra posizione.

La mia seconda osservazione riguarda il fatto che evidentemente lo stesso Governo ritiene superflua la riforma dell'articolo 41 della Costituzione. Tutti quanti conosciamo – e voi in particolare avete lavorato su quel testo – l'articolo 3, primo comma del decreto legge n. 138 del 2011 di fresca conversione. In questo articolo è scritta esattamente la stessa cosa che sta scritta nel disegno di legge governativo di riforma dell'articolo 41. Si dice che in attesa della revisione dell'articolo 41 della Costituzione (tralascio il turbamento che ha generato nei costituzionalisti questo richiamo della legge ordinaria a un'ipotetica revisione costituzionale futura) l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge.

Questo vuol dire che lo stesso Governo evidentemente pensa che sia possibile prevedere qualcosa del genere attraverso un atto con forza di legge e con legge ordinaria di conversione, senza nessun bisogno di aspettare il nuovo articolo 41 della Costituzione. Oppure vuol dire che il Governo, pur ritenendo necessaria e indispensabile la riforma dell'articolo 41 della Costituzione ha consapevolmente adottato un atto costituzionalmente illegittimo.

Debbo scartare questa seconda ipotesi, che sarebbe evidentemente inaccettabile, e debbo ritenere praticabile soltanto la prima.

In terzo luogo, il fatto che ciò che non è vietato sia permesso è nel nostro ordinamento del tutto ovvio per la ragione molto semplice che il principio di legalità esclude la possibilità di vietare in via amministrativa ciò che non è vietato dalla legge. È chiaro che è così sicché una simile previsione non aggiunge assolutamente niente in termini di garanzia dei privati.

In quarto luogo, a tutto concedere è stato osservato da qualcuno dei primi commentatori che una previsione costituzionale del genere peserebbe semmai sul potere interpretativo del giudice. L'amministrazione è già adesso vincolata dal principio di legalità, sicché la nuova previsione obbligherebbe il giudice a leggere le norme limitative in modo molto restrittivo.

Anche questo in realtà è già implicato dal principio del favor libertatis che il nostro ordinamento pacificamente riconosce e che la giurisprudenza applica. Anche per questo profilo non comprendo quale utilità normativa possa avere.

Vi è un'ulteriore osservazione. Il disegno di legge confonde iniziativa e attività economica privata, abbandona quella distinzione tra l'iniziativa libera del primo comma e l'attività economica controllata e limitata dai valori costituzionali del secondo comma. Paradossalmente – esiste l'eterogenesi dei fini – questo va contro le intenzioni del proponente e va a detrimento della libertà di iniziativa, perché il primo comma dell'articolo 41 della Costituzione lascia libera l'iniziativa e non tocca l'attività. Invece in questo modo, parlando indifferentemente di iniziativa e di attività, si raggiunge un intento a mio avviso esattamente opposto a quello che si intende perseguire.

Il principio di fiducia e di leale collaborazione poi lo si predica solo dei rapporti fra pubbliche amministrazioni e cittadini.

E di norma (si scrive con una formula molto ambigua), sono previsti solo controlli successivi. Poiché, però, vale il principio che il legislatore quod voluit dixit, quod tacuit noluit, oppure incoerente con questa statuizione l'implicito assunto che i cittadini possano essere tra loro sleali o non collaborativi. Se postulo un principio di leale collaborazione e di fiducia tra cittadini e pubblica amministrazione, evidentemente non lo postulo tra i cittadini. E se i cittadini sono infatti, intesi come soggetti tra loro non leali o non collaborativi, non si capisce per quale ragione i controlli debbano essere soltanto successivi.

Si richiamano, accanto all'utilità sociale, gli altri principi fondamentali della Costituzione.

Apparentemente anche questo è un ovvio ma, ma non è innocente. Che quei principi debbano essere rispettati non c'era bisogno di dirlo. Se lo si è fatto, io penso che si debba imputare alla volontà di svalutare il principio dell'utilità sociale, che è posto a confronto con gli altri principi in contrasto con la fundamentalità che lo caratterizza.

Infine, dire che tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso non risolve il vero problema al quale siamo di fronte, un problema che non ha la maggioranza o l'opposizione, ma che appartiene sia alla maggioranza sia all'opposizione, vale a dire il problema della politica di elaborare le scelte strategiche e gli interessi generali che giustificano la limitazione delle attività dei privati. È quindi lecito dubitare che la revisione costituzionale abbia un'utilità diversa dall'effetto annuncio. Gli strumenti per agire la politica li ha già.

In conclusione, questa iniziativa governativa può essere interpretata come un tentativo che non è in grado di esprimere contenuti normativi automaticamente innovativi, ripetendo cose che sono già contenute nella Costituzione. Se fosse così, sarebbe inutile.

Però si potrebbe anche ritenere che essa implichi un vero e proprio rovesciamento dell'impianto costituzionale, rendendo secondario il limite dell'utilità sociale e palesando il convincimento che l'iniziativa dei privati basti a se stessa e che ci sia un'originaria coincidenza tra interesse individuale e interesse generale, come qualcuno pensava tra Seicento e Settecento. Se così fosse, questa iniziativa non sarebbe inutile, ma illegittima. Non vedo quale terza lettura si possa fornire.

Aggiungo un'ulteriore osservazione.

Questa iniziativa mi sembra postulare anche una riduzione del ruolo delle politiche pubbliche e con esse del soggetto che dovrebbe elaborarne almeno le grandi linee, e cioè del Parlamento, di fronte a una delle cui articolazioni ho l'onore di parlare in questo momento. Queste politiche pubbliche vengono infatti confinate in una posizione residuale.

Se tale iniziativa – questo è un punto cui tengo molto – si unisce a quella di riforma degli articoli 53 e 81 della Costituzione allo scopo di introdurre in Costituzione, rispondendo a una sollecitazione venuta dall'estero, il vincolo del pareggio di bilancio, abbiamo la conseguenza che lo spazio per le politiche pubbliche sembra essere ridotto sostanzialmente a zero. Eppure, proprio adesso abbiamo massimo e vitale bisogno di politiche pubbliche e di politiche pubbliche – permettetemi una valutazione di opportunità – anticicliche di stampo keynesiano.

Ma questo non riguarda direttamente la mia specializzazione di costituzionalista ed in qualche misura è un apprezzamento personale.

Se le politiche pubbliche sono tendenzialmente ridotte a zero nella tenaglia della riforma dell'articolo 41 e dell'articolo 81 in combinato disposto con il 53, viene spontaneo chiedersi quale margine, quale ragione d'essere residui per lo stesso Parlamento, le cui prerogative sono sempre più erose dall'alto e dal basso, mentre è proprio il Parlamento che è il protagonista dell'identificazione almeno delle grandi linee delle politiche pubbliche.

È per questo che spero che il Parlamento di fronte al quale ho l'onore di parlare ritenga non convincente questa iniziativa.

**ILENIA MASSA PINTO, Professore associato confermato di diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Torino.**

Anch'io, tra le moltissime riflessioni che le proposte di revisione in discussione suscitano, vorrei attirare l'attenzione solo su un aspetto in particolare, di cui già i professori che mi hanno preceduto hanno parlato.

Mi riferisco alla disposizione che il disegno di legge di iniziativa governativa vorrebbe introdurre nel primo comma dell'articolo 41 della Costituzione, vale a dire la clausola secondo la quale è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. Vorrei indicare quelle che a mio parere potrebbero essere le implicazioni giuridico-costituzionali di questa clausola.

Siamo di fronte alla proposta di costituzionalizzare quella che è stata chiamata la norma generale esclusiva. La prescrizione secondo la quale è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge ha l'effetto di introdurre nell'ordinamento una vera e propria norma secondo la quale tutti i comportamenti che non sono espressamente disciplinati da una norma particolare devono ritenersi esclusi dalla disciplina di quella norma.

Sarebbero quindi non oggetto di uno spazio giuridico vuoto, ma disciplinati dalla norma generale esclusiva.

La gran parte dei commentatori e anche chi mi ha preceduto ha ritenuto che questa clausola in realtà non aggiunge nulla nell'ordinamento e che quindi sarebbe inutile perché non apporterebbe alcuna novità, alcun contenuto normativo nuovo oppure che sarebbe « innocente » perché di fatto si risolverebbe nella previsione di una riserva di legge. Vorrei esprimere qualche dubbio su queste osservazioni.

Ci si è chiesti retoricamente come funzionino oggi le cose. Avevamo oppure no il permesso di lavarci i denti dato che nessuna norma ce lo vieta? A me le cose sembrano un po' più complicate. Solo per accennare a un esempio recente che ha toccato il nostro ordinamento, in modo altrettanto retorico dovremmo chiederci se abbiamo il permesso di sposarsi gli omosessuali, visto che non esiste una norma che esplicitamente lo vieta loro.

Eppure, la recente sentenza della Corte costituzionale – qui è il punto – con un complesso apparato argomentativo ha dimostrato che le cose sono un po' più complicate e che non è vero che se non esiste il divieto espresso il comportamento è permesso. La ragione è che la norma generale esclusiva, se non è espressamente prevista nell'ordinamento, non vige.

Il punto sul quale vorrei soffermarmi è proprio questo. La norma generale esclusiva è gravida di molteplici conseguenze giuridico-costituzionali. Una norma generale esclusiva sul piano delle fonti del diritto implica come conseguenza più ovvia che tutto ciò che non è vietato da una determinata fonte viene da quella medesima fonte qualificato come permesso, perciò non potrebbe essere legittimamente vietato da una fonte inferiore. In altre parole, se la Costituzione non vieta espressamente un certo comportamento, il legislatore non potrà vietarlo perché è sottinteso che la costituzione ha inteso renderlo possibile. Lo stesso vale nel rapporto tra le fonti primarie e le fonti secondarie.

Secondo me il problema non è l'introduzione di una riserva di legge. La Corte costituzionale in più di un'occasione ha sostenuto che l'articolo 41 della Costituzione, anche se si fa esplicito riferimento alla riserva di legge solo nel terzo comma, in realtà la implica anche nel secondo.

Credo che i problemi vadano oltre la previsione di una riserva di legge.

Vi sono alcuni punti sui quali occorre focalizzare l'attenzione.

Non tutti gli ordinamenti prevedono una norma di chiusura nel senso di una norma generale esclusiva. E non è vero che gli ordinamenti che non la prevedono la possiedono implicitamente per la semplice ragione che permesso non equivale a non vietato. È stato ormai spiegato in modo estremamente chiaro che permesso può significare due cose: permesso in senso forte, quando esiste la norma particolare che lo riconosce, come nel caso di una disposizione costituzionale che

riconosce una libertà. Il permesso è invece in senso debole quando non esiste una norma che vieta il comportamento. Tuttavia, questo significa non che il permesso è sottinteso, ma che esiste una lacuna normativa, e le lacune normative aprono un problema di interpretazione su come colmarle.

Se ne deve dedurre che non tutti gli ordinamenti prevedono una norma generale esclusiva. Il nostro la prevede esclusivamente nel settore del diritto penale, in base a quanto disposto dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione e dall'articolo 1 del Codice penale.

A mio avviso l'implicazione giuridica più importante che deriverebbe dalla costituzionalizzazione della norma generale esclusiva consisterebbe nell'obbligo, nell'imposizione ai giudici di impiegare sempre e comunque l'argomento letterale o a contrario.

Oggi, in tutti gli ordinamenti nei quali non vige la norma generale esclusiva, è appannaggio dell'interprete colmare le lacune normative ricorrendo alla norma generale esclusiva attraverso l'argomento a contrario ovvero attraverso la cosiddetta norma generale inclusiva, che invece consente l'utilizzo dell'argomento analogico.

Nel nostro ordinamento non esiste una gerarchizzazione degli argomenti interpretativi, non esistono meta-norme che impongano ai giudici di utilizzare un argomento piuttosto che un altro. L'unico orientamento che esiste per l'interprete è l'interpretazione conforme a Costituzione, ma per realizzare un'interpretazione conforme a Costituzione potremmo utilizzare in un caso l'argomento a contrario e in un altro l'argomento analogico o i più diversi canoni interpretativi che la cultura giuridica ha elaborato da centinaia di anni.

Questa previsione comporterebbe un'inaccettabile gerarchizzazione degli argomenti interpretativi e ridurrebbe fortemente la possibilità di ricorrere a tutti gli altri canoni che la cultura giuridica ha riconosciuto da tempo sia nell'ipotesi in cui si intendesse riferire la norma generale esclusiva all'attività interpretativa delle disposizioni legislative alla luce delle disposizioni costituzionali, ma ancor di più se si intendesse utilizzare la norma generale esclusiva nel caso dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali stesse. Questo significherebbe di sicuro assegnare un ruolo recessivo alle disposizioni costituzionali.

Soprattutto è la natura stessa delle disposizioni costituzionali di principio a essere incompatibile con la norma generale esclusiva. I principi costituzionali, tra cui rientra anche la libertà di cui all'articolo 41, devono essere attuati dalla politica attraverso la legislazione ordinaria compiendo un'attività di bilanciamento, come insegna la Corte costituzionale, con altri principi. I limiti di cui al secondo comma dell'attuale articolo 41 della Costituzione non sono altro che un modo di tutelare altri principi costituzionali.

È stato detto che, se è vero che l'attuale formulazione dell'articolo 41 della Costituzione non ha impedito alcuna legge di semplificazione, nessuna legge di complicazione ha però potuto essere dichiarata incostituzionale grazie all'articolo 41. Questo non è vero perché la giurisprudenza costituzionale è ricchissima di pronunce nelle quali, attraverso il cosiddetto « sindacato di ragionevolezza » sui bilanciamenti politici compiuti dal legislatore, la Corte costituzionale è intervenuta per dichiarare l'incostituzionalità di leggi – ossia di bilanciamenti politici – nei quali la libertà ex articolo 41 della Costituzione era stata eccessivamente compressa.

**GIAMPAOLO ROSSI, Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli studi Roma Tre.**

Dirò poche cose e consegnerò un breve testo scritto. Il mio sarà un approccio diverso, poiché parlerò come amministrativista anziché come costituzionalista, quindi con una maggiore attenzione

alle ricadute operative delle norme.

Mi porrei, ad esempio, il problema se l'approvazione di queste norme – faccio riferimento al disegno di legge di iniziativa governativa – comporti la caduta per incostituzionalità sopravvenuta di leggi vigenti e di quali. A me sembra di no; a me sembra che le norme proposte costituiscano un adeguamento del testo costituzionale all'evoluzione che vi è stata in questi decenni di quella che Mortati chiamava la costituzione materiale.

L'idea di programmazione statale delle attività economiche degli anni Settanta e Ottanta, enfatizzata dalla dottrina, ha perso progressivamente rilievo. Non c'è una programmazione delle attività economiche nemmeno indiretta e tanto meno costringitiva.

Sul versante dell'articolo 97 della Costituzione, l'evoluzione della cultura giuridica ha portato a erodere le posizioni di privilegio della pubblica amministrazione e a configurare la sua attività come posta a servizio dei cittadini. Ho da poco terminato di scrivere un testo di diritto amministrativo in cui sostengo che già è così.

C'è allora da chiedersi se le modifiche proposte mutino effettivamente il diritto positivo vigente. Anche se certamente le norme costituzionali hanno valore emblematico, il loro tenore letterale potrebbe, anche in futuro, essere utilizzato per contrastare eventuali evoluzioni regressive.

Però questa è una valutazione politica più che tecnico-giuridica.

Vorrei, invece, richiamare l'attenzione della Commissione su due profili che hanno anche una valenza tecnica. Attualmente il vincolo alle attività economiche private non deriva da norme di divieto, che sono pochissime. È già vigente nel diritto positivo – sono d'accordo in questo col professor Luciani – il principio secondo cui è lecito tutto ciò che non è vietato. I vincoli, che credo tutti ormai avvertiamo come troppo forti all'attività economica, derivano da due fonti: in primo luogo, le norme di regolazione anche comunitaria in larga misura, e poi statali, regionali e comunali che sono poste a tutela di certi interessi. Il problema è fare una scelta, perché non c'è nessuna norma di regolazione che non tuteli un qualche interesse o alla salute o all'ambiente o all'affidamento del consumatore.

Se si vogliono tutelare tutti gli interessi, si crea un ingorgo normativo che impedisce una sufficiente libertà di iniziativa.

Sono norme amministrative e sono norme civili. Non sono d'accordo con la professoressa Massa Pinto: il matrimonio omosessuale attualmente non è possibile non perché c'è una norma che lo vieta, ma perché esiste una norma che regola il matrimonio, che è un contratto tipico regolamentato. Come sapete, alcuni contratti sono tipici nel senso che si possono fare o non fare, ma le cui conseguenze giuridiche sono stabilite dalla norma. La norma regolatoria che disciplina il matrimonio in un certo modo produce implicitamente l'effetto di divieto su attività diverse da quelle conformate da quella stessa norma regolatoria.

L'altro vincolo è rappresentato dalle norme di pianificazione non più delle attività economiche, che come ripeto non esistono, ma di assetto del territorio. Ai piani urbanistici che avevamo nel 1942 si sono aggiunti piani di vario tipo – ambientali, agricoli, idrici, sanitari, paesaggistici – che complicano notevolmente l'attività dei privati.

Se l'intento della politica è diminuire lo spessore dei vincoli che si sovrappongono all'attività di iniziativa, si deve agire sulla regolazione, non deregolando tutto perché nessuno lo vorrebbe ma diminuendo lo spessore della regolazione e quindi sacrificando alcuni interessi o diminuendone la tutela. È una scelta politica.

Ancor prima, occorrerebbe una semplificazione procedimentale che si ottiene solo con la semplificazione organizzativa.

Se tanti enti hanno un potere sul territorio e ciascuno di essi interviene nella regolazione e detta norme, si sovrappongono le discipline e i procedimenti si complicano.

Bisogna dunque prestare attenzione ai profili di regolazione e di pianificazione del territorio.

Da ultimo, la dottrina finora aveva interpretato l'articolo 41 della Costituzione nel testo vigente come conferente una pari dignità all'attività economica privata e a quella pubblica. Mi chiedo se nel testo proposto ci sia la volontà di un diverso indirizzo, nel senso di togliere ogni legittimazione all'attività economica pubblica. Forse non c'è, ma si potrebbe dedurre.

Si tenga presente a questo riguardo che oggi il principio della pari dignità tra impresa pubblica e privata è ormai acquisito e pacifico nell'ordinamento europeo.

Se ci si vuole adeguare all'ordinamento europeo non è necessario togliere legittimità all'impresa pubblica.

**SERENA SILEONI, Ricercatrice dell'Istituto Bruno Leoni.**

Non ho bisogno di ricordare alla Commissione che l'articolo 41 della nostra Costituzione in tutta la vita repubblicana è stato estremamente generoso nei confronti delle più svariate interpretazioni.

Vigente lo stesso articolo, abbiamo avuto un sistema economico dove c'era l'IRI, dove gli italiani compravano occhiali prodotti dallo Stato o viaggiavano su aerei dello Stato, e siamo poi passati invece a un sistema più aperto e più fiducioso nei confronti del mercato, con la spinta della Costituzione economica europea.

Forse è davvero opportuno modificare l'articolo 41 della Costituzione nel senso di conferirgli un significato più preciso.

Se è la svolta liberale che si vuole – consentitemi di dire che dal punto di vista dell'Istituto Bruno Leoni che rappresento sarebbe opportuno, perché credo che fino adesso l'esperienza repubblicana abbia consegnato più i fallimenti dello Stato che non i frammenti del mercato, e i problemi di spesa pubblica ne sono ora l'esempio più urgente –, bisogna verificare se le proposte di legge che sono state depositate all'attenzione della Commissione e il disegno di legge di iniziativa governativa vanno in tale direzione o se sono semplicemente operazioni di restyling con un valore simbolico o chiarificatore in certi termini, ma anche fonte di maggiore complicazione interpretativa sotto altri punti di vista.

Mi pare che tanto il disegno di legge costituzionale quanto le altre proposte di legge costituzionale che sono state depositate non colgano il dato che davvero manca in Costituzione. Se si vuole stabilire in Costituzione che l'iniziativa economica privata è di norma fonte di utilità sociale, ma non deve contrastare con il fondamentale e fondante principio della solidarietà sociale e dell'uguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3 della Costituzione, a me pare che in tutte le proposte avanzate manchi un principio molto semplice da inserire, vale a dire il fatto che l'intervento pubblico è consentito, ma soltanto se non fa concorrenza all'intervento privato.

In altri termini, se esistono forze private che dal basso possono soddisfare le stesse esigenze che dovrebbe soddisfare lo Stato e possono farlo, come la storia repubblicana ci ha insegnato, forse in maniera più efficiente ed efficace, allo Stato e agli altri enti pubblici, compresi quelli territoriali, è fatto divieto di intervenire.

Questo a mio parere è il principio che manca in Costituzione.

Ogni altro principio e ogni altra regola che leggo nelle proposte e nel disegno di legge depositati mi



pare che già sia presente in Costituzione, quali ad esempio il principio di semplificazione, il principio per cui tutto ciò che non è vietato è consentito, come è stato autorevolmente detto prima, o il principio di sussidiarietà.

Il principio del divieto di un intervento pubblico in economia concorrente a quello privato mi sembra coerente non soltanto con il comma 1 dell'articolo 41 vigente, che recita che « L'iniziativa economica privata è libera », ma soprattutto con quel principio di sussidiarietà orizzontale di cui tanto si parla, ma che ancora oggi, a distanza di dieci anni dalla riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, fatica a farsi spazio.

A mio avviso, le linee direttrici da seguire sono l'esplicitazione del divieto per gli enti pubblici di fare concorrenza al privato, pur con il diritto, nell'ottica della solidarietà costituzionale, di intervenire nelle dinamiche private laddove le forze imprenditoriali private non sono in grado di attivarsi con efficienza ed efficacia, così da tutelare i consumatori, gli utenti, ma soprattutto i cittadini. Ciò implicherebbe il divieto di interventi retroattivi per una garanzia di certezza del diritto, che è un principio già oggi riconosciuto implicitamente nel nostro ordinamento.

Ovviamente questo intervento statale o pubblico in sussidiarietà orizzontale nei confronti delle capacità di intrapresa economica privata deve essere sottoposto a una riserva rinforzata di legge che ne valuti le condizioni di ammissibilità.

Questa visione all'apparenza può sembrare eccessivamente liberale o eccessivamente fiduciosa nei confronti del mercato.

In realtà, a ben guardare implica semplicemente, alla stregua del principio di sussidiarietà orizzontale, che lo Stato arretri dove i cittadini riescono a fare da soli. A questo si dovrebbe accompagnare l'abrogazione del comma secondo dell'articolo 41 della Costituzione, laddove si parla di dignità, sicurezza e utilità sociale. Sono interessi degni della massima considerazione costituzionale, ma anche senza quel comma l'articolo 41, letto sistematicamente con gli altri articoli della Costituzione, ci consegnerebbe la stessa interpretazione.

Non è un caso che la parola dignità compaia in Costituzione non solo all'articolo 41, secondo comma, ma anche all'articolo 36 sulla giusta retribuzione dei lavoratori. Anche se dovessero mancare il secondo comma e una dichiarazione di contemperamento dell'iniziativa economica privata con la dignità umana, per il salario del lavoratore ci sarebbe pur sempre l'articolo 36, così come i profili di sicurezza sarebbero già coperti dall'articolo 32 della Costituzione che tutela la salute non soltanto come diritto fondamentale e interesse collettivo, ma estensivamente anche come tutela dell'ambiente.

È un comma, quindi, che replica quello che la Costituzione è già, vale a dire un bilanciamento di diritti e di interessi.

A mio avviso, anche il terzo comma dovrebbe essere abrogato perché, come è stato detto, ha concluso il suo corso storico. Assieme all'abrogazione della pianificazione e programmazione economica, dovrebbe essere abrogato anche l'articolo 43 della Costituzione per dare coerenza a una riforma della costituzione economica e dell'iniziativa economica privata che dia fiducia ai cittadini, agli imprenditori e alle forze economiche, garantendo a tutta la popolazione i diritti sociali e civili basilari in armonia con il fondamentale principio di uguaglianza sostanziale.

(omissis)

## **SEZIONE II**

### **IL DIBATTITO SU APERTA CONTRADA**

## Cesare Pinelli, Riflessioni sull'art. 41 Cost.

7 settembre 2011

Nel giugno 2010, e poi nel febbraio scorso, il Ministro dell'Economia annunciò una proposta di revisione dell'art. 41 Cost. che integrasse il testo vigente con la clausola "ciò che non è vietato è permesso". L'intenzione dichiarata, e poi ribadita dal Presidente del Consiglio, era di semplificare le procedure amministrative richieste per l'avvio delle iniziative economiche private, ritenute fonte di eccessivo potere discrezionale in capo alle pubbliche amministrazioni.

La proposta non ha avuto seguito, né lo hanno avuto proposte avanzate da deputati della maggioranza di revisione di norme della prima parte della Costituzione dedicate al lavoro. A cosa servono dunque? È vero che le proposte in questione presentano un carattere molto approssimativo. Ma il modo di procedere è troppo reiterato e sistematico per ridurlo a una serie di improvvisazioni. Casomai, somiglia al lancio di prodotti sul mercato, preceduto da sondaggi per misurarne l'attrattiva presso i consumatori, anche se il tentativo di riformare la Costituzione partendo dal ricorso a tecniche pubblicitarie potrà apparire un'enormità.

Veniamo alla questione. Come ha scritto il collega Lorenzo Cuocolo sul sito da lui diretto (Art. 41 Cost.: tanto rumore per nulla, 31.1.2011, [www.ilricostituente.it](http://www.ilricostituente.it)), l'art. 41 è tanto poco "sovietico" da aver passato indenne il ciclone dell'integrazione europea, e non ha nulla a che vedere coi "lacci" della burocrazia, che dipendono invece dall'incapacità del legislatore di semplificarla seriamente. Se lo volesse, il governo avrebbe insomma strumenti ben più diretti del "ciò che non è vietato è permesso" per favorire lo sviluppo della libera iniziativa.

La clausola ha origini teoriche nobilissime, che da noi risalgono al magistrale studio sulle lacune che Donato Donati scrisse giusto un secolo fa. Se tuttavia ci chiediamo l'uso che se ne potrebbe fare, non è Donati che viene in mente, ma il film di Daniele Lucchetti *La nostra vita* (2010), dove il giovane operaio di una piccola impresa edile alla periferia di Roma scopre il cadavere di un immigrato sepolto nel cantiere. Voglio dire che la clausola, divenuta rapidamente parola d'ordine in una realtà produttiva fatta di piccole e piccolissime imprese che non di rado vivono già oggi ai margini della legalità, ben potrebbe vanificare del tutto quel minimo di controlli che oggi sono operanti sul rispetto delle norme poste a tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana (art. 41, secondo comma), e quindi anzitutto dei lavoratori nell'impresa.

La preoccupazione non può riflettere alcuna nostalgia statualistica e ha piuttosto a che vedere con la preconstituzione delle condizioni di mercati davvero competitivi. Per dimostrarlo esprimerò qualche considerazione sull'art. 41, nella convinzione che abbia ancora molto da dirci nonostante le tante letture che se ne sono storicamente fornite. Fu in nome del terzo comma che agli inizi degli anni Sessanta fu approvata con legge la "programmazione economica", così come, trenta anni più tardi, la legge istitutiva dell'Autorità Antitrust si autoqualificò "in attuazione dell'art. 41 Cost.". Il disposto costituzionale ha dunque legittimato filosofie di intervento pubblico addirittura opposte; ma va pure detto che, se la programmazione naufragò immediatamente, a sua volta la legge del '90, nella misura in cui presuppone mercati veri, non se la passa tanto bene.

Il fatto è che la scoperta del mercato come istituzione, più precisamente come insieme di rapporti intersoggettivi retti da regole condizionali, ha tardato da noi a lungo anche per l'interpretazione che a lungo le culture dominanti sovrapposero sul testo dell'art. 41, secondo cui il testo contemplava due soggetti, lo Stato e il singolo libero imprenditore, ossia il comando sovrano della pubblica

autorità e un soggetto dotato di animal spirits. La vicenda è ormai nota, come sono noti i successivi faticosi (e in parte tuttora reversibili) ripensamenti, nonché i fattori largamente endogeni (il mercato europeo) che li originarono.

Più controversa è rimasta un'altra questione, che solo in parte coincide con la prima. Mi riferisco al ruolo del legislatore in quanto tale, in presenza di una clausola quale il limite della "utilità sociale" posto in capo allo svolgimento dell'iniziativa economica privata dall'art. 41 cpv. Deve il legislatore per Costituzione essere sempre e comunque l'arbitro esclusivo dell'utilità sociale? Prima della svolta degli anni Novanta, nessuno poteva ragionevolmente dubitarne. Ma sarebbe importante approfondire cosa è accaduto in seguito. Vi è stata certo, proprio sul piano costituzionale, l'adozione del principio di sussidiarietà orizzontale, passata attraverso la formula del "favore" degli enti territoriali della Repubblica per "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale" (art. 118, quarto comma, nel testo approvato con l. cost. n. 3 del 2001). La rottura dell'equazione statale=pubblico si è così consumata, e con essa anche l'idea che l'apprezzamento dell'utilità sociale sia appannaggio esclusivo del Parlamento. Eppure è da chiedersi se o fino a che punto la prassi legislativa, e la giurisprudenza costituzionale e ordinaria, vi abbiano dato seguito. I dubbi sono forti, e non solo perché Bentham e Stuart Mill non hanno mai abitato da queste parti. Il fatto è che, per potersi affermare, l'idea che la legge possa accompagnare e non guidare lo svolgimento di un tessuto pluralistico di iniziative capaci di assicurare beni e servizi socialmente utili deve farsi largo in uno spazio ingombrato da intrecci pubblico-privato risalenti e duri a morire, che si convertono in rendite di gruppi chiusi, in posizioni dominanti di oligarchie e corporazioni, se non in rapine istituzionalizzate e formalmente ineccepibili. Una strada terribilmente in salita: e sarebbe già molto se ne acquisissimo collettiva consapevolezza.

## Mario Libertini, Un nuovo testo per l'art. 41 Cost.?

12 settembre 2011

A mio avviso, la soluzione migliore è quella di non modificare il testo attuale dell'art. 41 e contribuire piuttosto ad una interpretazione evolutiva della norma. Una interpretazione che tenga conto anche dei principi del Trattato di Lisbona e, in particolare, della formula dell'art. 3, comma 3 del T.U.E. Sul punto mi permetto di segnalare un mio scritto, che sta per uscire su "Concorrenza e Mercato" 2011.

Ciò premesso, ho tentato un esercizio di traduzione di tali principi in un ipotetico nuovo testo dell'art. 41, che potrebbe essere il seguente:

1. *L'iniziativa economica privata è libera.*
2. *L'impresa operante in libera economia di mercato è tutelata in quanto strumento indispensabile per la realizzazione del massimo benessere collettivo.*
3. *La Repubblica tutela la concorrenza fra imprese e istituisce un'autorità amministrativa indipendente avente la funzione di vigilare sulle condizioni di concorrenza effettiva nei diversi mercati.*
4. *Nell'esercizio della loro attività, le imprese devono astenersi dal compiere atti contrari ai valori garantiti dalla Costituzione o comunque idonei a recare danno alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana.*
5. *La legge determina i settori economici nei quali la produzione dev'essere regolata come servizio di interesse economico generale e che, a tal fine, sono soggetti a vigilanza da parte di autorità amministrative indipendenti.*
6. *La legge determina le categorie di beni o servizi che devono essere liberamente fruibili, come beni pubblici, da parte di tutti i cittadini.*
7. *L'iniziativa economica pubblica è consentita quando il ricorso al mercato non garantisca sicuri guadagni di efficienza e limitatamente allo svolgimento di attività strumentali alle finalità istituzionali dell'ente interessato, nonché per finalità di autoproduzione di beni o servizi.*

L'intenzione sarebbe quella di sancire che:

1. Le libertà individuale di avviare e svolgere attività economiche è tutelata (comma 1).
2. L'impresa è tutelata anche come "formazione sociale", cioè come entità organizzativa complessa, tendenzialmente stabile, funzionante mediante proprie logiche ed esigenze, e come tale non riducibile a mera espressione di libertà individuale (comma 2). In altri termini, si vuole riconoscere espressamente che la "libera economia di mercato" è base essenziale del benessere collettivo, e che non ci può essere "libera economia di mercato" senza imprese efficienti (piccole e grandi).
3. La tutela della concorrenza, oggi sancita marginalmente nella norma sulla competenza statale dell'art. 117, è confermata come principio sostanziale; si è ritenuto inoltre opportuno legittimare costituzionalmente il ruolo dell'autorità indipendente, confermando una scelta non da tutti condivisa, ma a mio avviso radicata nell'impostazione del diritto europeo e meritevole di conferma e di razionale sviluppo.
4. Il comma 4 riprende e aggiorna l'attuale comma 2 e riafferma un principio, oggi radicato nel diritto vivente, per cui eventuali azioni private che siano in contrasto con diritti inviolabili della persona sono illecite anche in mancanza di un'espressa disposizione legale o regolamentare che le

vieti.

5. I commi 5 e 6 sostituiscono il vecchio comma 3 e ribadiscono la riserva di legge per l'esercizio di potestà amministrative che incidano sul funzionamento dei mercati. Contemporaneamente, sanciscono anche la doverosità di un intervento pubblico che garantisca la fruizione di alcuni beni pubblici (nel senso di beni a libera fruizione, che a tale espressione danno gli economisti) e che garantisca che alcune attività economiche siano organizzate secondo finalità di servizio universale. Contemporaneamente, si legittima anche sotto questo profilo la presenza di autorità indipendenti.

6. L'ultimo comma tende a delimitare lo spazio dell'iniziativa economica pubblica, che l'attuale art. 41 forse riconosce alla pari di quella privata. Credo che sia necessaria una puntualizzazione in argomento (tanto più dopo la sentenza n. 10/2011 dell'Adunanza Plenaria); e credo che sia opportuno andare nella direzione del riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale.

## **Marcello Clarich, Art. 41 Costituzione. “L’attività economica è libera. La legge può prevedere limiti e controlli indispensabili per la tutela di interessi pubblici”.**

22 settembre 2011

*Art. 41 Costituzione. “L’attività economica è libera. La legge può prevedere limiti e controlli indispensabili per la tutela di interessi pubblici”.*

La disposizione proposta mira a riformulare l’art. 41 della Costituzione enunciando, nel primo periodo, il principio generale secondo il quale l’attività economica, non già l’iniziativa economica privata, è libera. In questo modo si tende a spostare la tutela dal piano soggettivo (il diritto del privato a intraprendere l’attività) al piano oggettivo (l’attività economica in quanto tale è definita come). Si segue cioè il modello di altre disposizioni costituzionali, come, in particolare, l’art. 33 secondo il quale “L’arte e la scienza sono libere”, oppure l’art. 38, comma 5, secondo il quale “L’assistenza privata è libera”, oppure l’art. 39 secondo il quale “L’organizzazione sindacale è libera”. Questo mutamento di angolazione ha un valore soprattutto simbolico.

Lo stesso modello ispira alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali UE. Accanto a quelle che si esprimono nei termini classici della tutela dei diritti (come la libertà e sicurezza nell’art. 6, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione nell’art. 10, ecc.), ve ne sono altre che pongono una tutela oggettiva di alcune attività come le arti e la ricerca scientifica definite come “libere” (art. 13) oppure che sanciscono la “libertà dei media” (art. 11) o anche, per quel che qui più rileva, la “libertà d’impresa” (art. 16).

Inoltre, sopprimendo l’aggettivo “privata” incluso nel primo comma dell’articolo 41 vigente, si vuol evitare ogni differenziazione di principio dipendente dal fatto che chi svolge l’attività economica sia un soggetto pubblico o privato. Del resto il diritto comunitario pone già sullo stesso piano l’impresa pubblica e l’impresa privata. In particolare, l’art. 106 del TFUE pone il divieto di riconoscere un trattamento privilegiato alle imprese pubbliche (oltre che alle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi). Più in generale i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime della proprietà esistente negli Stati membri (art. 346 del TFUE).

Il secondo periodo dell’articolo proposto, che corrisponde, *mutatis mutandis*, ai commi 2 e 3 dell’attuale formulazione dell’art. 41, legittima invece la previsione di limiti e l’introduzione di regimi pubblicistici di controllo là dove occorra tutelare interessi pubblici che potrebbero subire un pregiudizio in conseguenza dell’attività esercitata. In buona sostanza la disposizione richiama implicitamente la teoria dei fallimenti del mercato e le varie ragioni giustificatrici dell’intervento pubblico (monopoli naturali, esternalità negative, asimmetrie informative, ecc.).

L’aggettivo “indispensabili” tende a richiamare il principio di proporzionalità enunciato dal diritto comunitario, enunciato, oltre che nei Trattati, nella direttiva 2006/123/CE in tema di libera circolazione dei servizi e di instaurazione di regimi autorizzatori. In particolare la direttiva prevede che anche il semplice passaggio da forme di controllo *ex post*, cioè ad attività avviata, a regimi di autorizzazione preventiva è consentito solo se l’obiettivo di tutelare l’interesse generale (motivi imperativi di interesse generale, nel linguaggio comunitario) non può essere conseguito con il regime meno restrittivo. Anche i requisiti per il rilascio dell’autorizzazione devono essere proporzionati. Il diritto comunitario presuppone cioè la libertà economica e ammette limitazioni e restrizioni negli stretti limiti in cui esse siano necessarie per la tutela dell’interesse pubblico (il criterio della “necessarietà della misura”, che si aggiunge a quelli della “idoneità” e della

# ApertaContrada

RIFLESSIONI SU SOCIETÀ, DIRITTO, ECONOMIA

“adeguatezza” della medesima)

In definitiva, pur nella sua sinteticità, la disposizione proposta supera il disallineamento tra costituzione economica nazionale e costituzione economica europea, sancendo una priorità tra sfera della libertà e raggio d'azione del potere pubblico. In presenza di situazioni di fallimento del mercato, infatti, da un lato l'attività economica deve essere conformatata dal potere pubblico, dall'altro e in parallelo, lo stesso potere pubblico deve essere a sua volta conformato (cioè assoggettato a un test rigido di proporzionalità) sia nel momento in cui esso viene definito dalla legge sia nel momento in cui viene esercitato.



## **Giuseppe Santoni, Non cambiate l'art. 41 Cost.**

3 ottobre 2011

1. Il recente dibattito sulla riforma dell'art. 41 Cost. ha preso avvio dalla nota proposta governativa di riformulazione della norma.

Le modifiche riguarderebbero il primo comma del testo vigente, al quale verrebbe aggiunto l'inciso "ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"; il secondo comma, il quale andrebbe invece riscritto in termini più ampi ("Non può 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") ed il terzo comma, il quale dovrebbe essere soppresso, rimuovendo così gli ostacoli che sarebbero in esso contenuti.

Tale proposta muove dalla convinzione che l'attuale disposto dell'art. 41 sia di ostacolo all'esercizio dell'iniziativa economica privata.

A mio avviso, questo presupposto è del tutto errato e l'idea di modificare la norma costituzionale non risponde ad una reale esigenza logica e giuridica.

2. Dell'art. 41 possono proporsi almeno due letture diametralmente opposte. La prima, è quella che sminuisce la portata del primo comma, per il quale l'iniziativa economica privata è libera, in ragione dei divieti e dei limiti posti nei due commi successivi. In tale prospettiva, i beni tutelati dall'art. 41 sarebbero, innanzitutto, l'utilità sociale, con cui l'iniziativa economica privata non può contrastare, e, in secondo luogo, la sicurezza, la libertà e la dignità umana che non possono essere danneggiate dall'iniziativa economica privata. Allo stesso modo, i poteri di programmazione e di controllo assegnati alla legge per indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività economica pubblica e privata costituirebbero poteri necessari, e non solo opportuni come lo stesso art. 41 afferma, per delimitare un diritto del privato che intrinsecamente necessita di esser piegato a obiettivi più generali.

La seconda lettura è, invece, quella che esalta il principio di libertà di iniziativa economica privata, come imposto dal primo comma, e che in nessun caso può essere compresso dai divieti e dai limiti dei commi successivi, i quali assumono perciò unicamente il significato di una semplice cornice all'interno della quale la libertà del privato può esprimersi in modo assoluto.

Se il momento storico attuale è ritenuto tale da esigere una maggiore protezione e tutela dell'iniziativa economica privata, il primo comma dell'art. 41, nella sua attuale formulazione, già contiene tutti gli elementi per fornire quelle tutele e protezioni.

Esso pone un principio che può essere a ragione ritenuto gerarchicamente superiore agli altri posti nei due commi successivi: sia per la collocazione nel primo comma, sia per il dato letterale che questo si conclude con un punto e a capo, sia perché non vi è nessun inciso che ne circoscriva in qualche modo la portata.

In particolare, le limitazioni poste nel secondo comma non sono tanto rivolte a sminuire l'ampiezza dell'assoluta libertà di esercitare l'attività di impresa, quanto a riaffermare valori che trovano la loro giustificazione nei principi fondamentali della Costituzione, ed in particolare nell'art. 2 e nell'art. 3 della stessa, e con i quali inevitabilmente l'iniziativa economica privata non può porsi in contrasto.

Il che non limita affatto il carattere assoluto della libertà di iniziativa economica bensì, come prima si diceva, delinea unicamente la cornice normativa entro la quale quella libertà assoluta può

esprimersi. Infatti, la sicurezza, la libertà, e la dignità umana non possono subire danno non solo dall'iniziativa economica privata ma nemmeno da qualsiasi altra attività posta in essere con qualsiasi soggetto, se non nei limiti consentiti dalla stessa Costituzione ( cfr., ad esempio, gli artt. 11 e 52 Cost.). E, per quanto riguarda il contrasto con l'utilità sociale, non può tacersi che la nozione di utilità sociale è talmente generica da non costituire in sé un obiettivo ostacolo all'esercizio della libertà di iniziativa economica, anche tenuto conto della innegabile utilità sociale comunque insita nello svolgimento stesso dell'attività di impresa.

Del resto, le attuali proposte di riformulazione del comma 2° dell'art. 41 non modificano sostanzialmente la portata del testo oggi vigente.

Passando poi ad esaminare i poteri di programmazione e controllo che il terzo comma riconosce al legislatore per indirizzare e coordinare a fini sociali l'iniziativa economica pubblica e privata, si tratta di poteri che possono essere esercitati solo ove ritenuti opportuni, come lo stesso terzo comma sottolinea, mentre non è prevista, pertanto, alcuna necessità del loro esercizio

3. Se poi partiamo dalla seconda delle interpretazioni esaminate, le proposte di modifica appaiono addirittura restrittive del principio di libertà di impresa. L'aggiunta dell'inciso per il quale sarebbe permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, indebolisce anziché rafforzare quel principio assoluto di libertà, degradandolo da diritto fondamentale a situazione comunque disponibile e limitabile da parte del legislatore ordinario.

L'affievolimento del diritto di libertà di cui si tratta deriva dalla circostanza che l'inciso delimita quel diritto posto come diritto assoluto della persona, a diritto il cui ambito applicativo può estrinsecarsi solo sul piano dell'azione personale.

Il diritto di libertà di iniziativa economica privata, prima ancora che diritto di libertà è espressione del diritto di uguaglianza, nel senso che il diritto di intraprendere, attraverso l'esercizio dei due fondamentali diritti dei privati, costituiti dal diritto di contrarre e dal diritto di divenire proprietari, non può essere precluso ad alcuno.

Si tratta dei fondamentali diritti conquistati dalla generalità dei cittadini degli Stati moderni, riconosciuti dal Code civil napoleonico del 1804, all'esito dell'ideologia ugualitaria affermatasi con la Rivoluzione francese, alla base degli ordinamenti continentali moderni.

Si tratta di diritti fondamentali della persona e che si esprimono, prima ancora che nel loro concreto esercizio, nel riconoscimento a chiunque di esercitarli. In tale prospettiva, il diritto di intraprendere, consentendo a chiunque di accedere alla proprietà attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale, precede logicamente la libertà di poter fare tutto ciò che non è vietato. Affermare che, in assenza di un divieto, ogni attività è permessa, non amplia il diritto assoluto di libertà di intraprendere già riconosciuto dall'attuale art. 41, comma I, ma lo riduce anzi dalla sfera ontologica della persona alla sola sfera pratica.

Peraltro, i più forti ostacoli che oggi incontra la libertà di iniziativa economica privata derivano paradossalmente proprio dal carattere invasivo ed alluvionale della legislazione economica. Con la conseguenza che, se sono proprio i divieti di legge a porsi come ostacoli a quella libertà, la riformulazione proposta non è di certo idonea a rimuoverli.

1. – In realtà, la proposta di modifica di cui trattasi muove da una concezione della libertà di iniziativa economica privata molto restrittiva, poiché nel distinguendola dalla libertà dell'attività

economica, la fa consistere esclusivamente con la libertà di dare inizio all'attività economica, e non anche con la fase dello svolgimento dell'attività stessa (cfr. la Relazione illustrativa alla proposta di legge governativa).

2.- Alla luce delle considerazioni che precedono, potrebbe sostenersi che in ogni caso l'abrogazione dell'attuale art. 41, comma III, appare senz'altro rivolta ad ampliare il diritto di libertà di intraprendere.

Ma anche tale conclusione appare ingiustificata. I poteri pubblici di programmazione e controllo ai quali il vigente testo normativo fa riferimento sono poteri il cui esercizio può risultare del tutto opportuno, in un dato contesto. La diversità della loro intensità, e conseguente incidenza sull'economia reale, dipendono poi dai modi e dai fini per i quali sono esercitati, a loro volta dovuti a scelte politiche.

La proposta abrogazione della norma non avrebbe alcun impatto, né immediato né successivo, sull'estensione e sulle modalità di esercizio di quei poteri, tenuto conto che la loro definizione è in concreto demandata a singole leggi e regolamenti.

D'altra parte, che l'economia liberale necessiti di regole per potersi pienamente esplicare è assioma del tutto pacifico, come è altrettanto pacifico che l'applicazione delle regole necessiti di controlli che ne verifichino la corretta e completa attuazione.

Indubbiamente i termini "programmi" e "fini sociali" utilizzati dal comma in esame potrebbero evocare finalità, quali quelle di programmazione e di pianificazione economica pubbliche, che, all'epoca della promulgazione della Costituzione, rimandavano a obiettivi politici divenuti ormai inattuali, e quasi unanimemente riconosciuti come tali.

Ma la crisi economica innescatasi nel biennio 2007-8 ha reso nuovamente attuali, e per lo più condivise, le esigenze di regolazione pubblica delle attività economiche, soprattutto allo scopo di rimuovere le situazioni che impediscono la sussistenza di condizioni di uguaglianza formale tra le parti dei rapporti economici.

In definitiva, l'art. 41 Cost., nella sua formulazione complessiva, tutela bisogni immutati. Non cambiatelo.

## **Pierluigi Ciocca, Il nuovo art. 41 della Costituzione**

27 gennaio 2012

*Nuovo art. 41 Costituzione*

*L'iniziativa economica privata è libera.*

*L'ordinamento stabilisce i presupposti più favorevoli al suo esplicarsi.*

*Chi la assume ne è esclusivo responsabile.*

*Deve svolgersi in condizioni di concorrenza, trasparenza, rispetto dell'ambiente.*

*Non deve recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.*

*La legge determina gli interventi diretti a rimuovere le carenze del mercato lesive dell'utilità sociale.*

Commento

Comma 1. Ribadisce il vigente, basilare principio della scelta di una economia di mercato capitalistica.

Comma 2. Introduce il principio di un diritto dell'economia che promuove la imprenditorialità e l'innovazione e che non la mortifica con gravami giuridico-amministrativi.

Comma 3. Introduce il principio di negazione di ogni forma di favor che provochi moral hazard.

Comma 4. Introduce il principio di negazione dei tre fondamentali fallimenti del mercato: oligopolio/monopolio, carenza/asimmetria di informazione, esternalità negative.

Comma 5. Ribadisce il vigente, basilare principio dei limiti metaeconomici all'attività d'impresa.

Comma 6. Introduce il principio secondo cui l'azione pubblica correttiva dei comportamenti dell'impresa deve fondarsi sulla legge e deve appuntarsi sulle disutilità sociali che quei comportamenti provocano allorché danno luogo ai fallimenti del mercato previsti dal quarto

Comma 7. Questo nuovo comma sostituisce l'attuale terzo Comma, manifestamente superato dalla deludente esperienza di "programmi e controlli" volti a "indirizzare" le attività economiche.

Questo articolo riguarda l'impresa e il rapporto Stato-impresa. Ulteriori momenti attinenti ai rapporti economico-sociali e al ruolo dello Stato nell'economia – piena occupazione, fiscalità, bilancio pubblico, infrastrutture fisiche e immateriali, distribuzione del reddito, capitale umano, relazioni di lavoro, ricerca scientifica e tecnica, tutela del paesaggio e del patrimonio culturale, salute, capitale umano, povertà, sindacato, proprietà, esproprio, territorio, cooperazione, credito e risparmio, investimento azionario, immigrazione, previdenza sociale etc. – sono previsti da altri articoli della Costituzione, su cui possono fondarsi le politiche economiche e sociali.

## Filippo Satta, Modificare la Costituzione?

28 gennaio 2012

Si va dicendo negli ultimi tempi che occorre intervenire sulla Costituzione, per aggiornarla, adeguarla ai tempi, in qualche modo renderla più moderna e attuale. Oggetto di questo intervento potrebbero o addirittura dovrebbero essere diverse norme. L'ipotesi più clamorosa ha riguardato l'art. 1, del quale si sarebbe voluto ritoccare il secondo comma, quello che attribuisce al popolo la sovranità. Si è poi parlato dell'art. 9, dicendo che l'ambiente meriterebbe di essere inserito tra i principi fondamentali, alla stessa stregua del paesaggio. Molto si è discusso dell'art. 41: si vorrebbe che fosse meglio scandita la libertà di iniziativa economica privata. Sembra poi oggi pressoché unanime il consenso per modificare l'art. 81 e dare rango costituzionale al principio che il bilancio dello Stato deve chiudere in pareggio.

Il fenomeno non è nuovo. È inutile ricordare che la seconda parte della Costituzione è stata oggetto di interventi molto profondi. Una legge costituzionale del 2005 la aveva completamente riscritta in un'ottica federalistica. Essa, approvata a maggioranza assoluta, ma senza raggiungere il *quorum* dei due terzi, fu sottoposta a referendum ex art. 138 Cost.. Non ne superò però il vaglio, perché tra il 25 ed il 26 giugno 2006 la maggioranza dei votanti (il 61,70%) su un'affluenza alle urne del 53,70% votò NO, così univocamente esprimendo la volontà di impedire l'entrata in vigore della riforma, e la frantumazione dell'Italia nel c.d. senso federale.

Negli anni erano state approvate altre riforme: da quella[1] che dettò le regole base di un nuovo modello di regionalismo – del tutto impropriamente chiamato “federalismo”[2] – a quella che intervenne sulla giurisdizione, affermando sì il diritto al giusto processo[3], senza per altro incidere né sulle giurisdizioni speciali[4], né sul ruolo della Cassazione, che dovrebbe essere il garante ultimo dei diritti, non già un affermatore di interpretazioni ed un regolatore della giurisdizione[5]. E questo, per non parlare dell'anomalia del ricorso in cassazione che ancora si può sempre proporre contro le misure restrittive della libertà personale[6], quando da anni esistono i Tribunali della libertà con questa funzione[7].

È innegabile però che il problema esista e sia difficile. È chiaro che la Costituzione non può essere eterna. Ma essa non è neppure una sorta di regolamento generale del Paese, che può essere modificato quando lo si ritiene opportuno. È il patto fondante della convivenza civile, di cui fissa i punti cardinali di riferimento. Spetta poi alla vita e all'esperienza sociale, economica, giuridica – civile, appunto – sviluppare nel tempo le nuove regole per governare in concreto questa convivenza. Gli strumenti non mancano: dalla legge alla giurisprudenza, alla semplice prassi, per non parlare di quel meraviglioso fenomeno che è la consuetudine. In questo senso la Costituzione ha una propria, relativa eternità, perché dura quanto dura la convivenza per cui e con cui è nata. Si può ben dire che nasce, vive e muore con essa.

Basta pensare alla nostra storia. Dal 1861 al 1947 la Costituzione italiana è stata lo Statuto albertino: il quale non solo era la costituzione di un piccolo Stato regionale – ottriata, come si diceva, cioè concessa nel 1848 dal sovrano, e non conquistata –, ma fu anche tutto, tranne che una costituzione moderna. “*La persona del Re è sacra e inviolabile*” era l'*incipit*; non proprio nettissima era la separazione dei poteri: secondo l'art. 5, “*al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare*”; ma l'art. 3 diceva che “*Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere: il Senato, e quella dei*

*deputati*” (solo questa elettiva)[8]. Conquistata l’Italia sotto l’egida piemontese, lo Statuto albertino rese una vita pienamente democratica del Paese fino al 1922, quando, dopo la prima guerra mondiale, la dittatura fascista prese il sopravvento sulle istituzioni democratiche. Ma anche allora lo Statuto rimase la costituzione del Regno d’Italia, reso guscio di crisalide, se si vuole. Ben si può dire che il permanere della monarchia assicurò una continuità istituzionale, in un certo senso formale, ma continuità. Ci vollero la seconda guerra mondiale, una guerra civile ed infine il referendum espressosi a favore della forma repubblicana dello Stato perché, con la monarchia, cadesse anche lo Statuto albertino. In altri termini, solo la profonda discontinuità rispetto al passato, consumatasi tra il 1943 ed il 1946, travolse e confinò nella storia lo Statuto albertino.

Che la Costituzione sia capace di fungere da volano di continuità in un Paese che negli anni e nei decenni si evolve e muta, *alter et idem*, è dimostrato dalla partecipazione dell’Italia all’Unione Europea. Come tutti sanno, con il Trattato di Roma del 1957, venne istituita la Comunità economica europea. Il tema è sterminato, ma tre esempi sono sufficienti per chiarire come la Costituzione abbia continuato ad essere il punto fondamentale di riferimento della nostra società in un mondo che mutava profondamente. Il Trattato dotava la Comunità di un sistema di fonti del diritto capace di prevalere sul nostro diritto interno con un giudice – la Corte di giustizia – autorizzato a sindacare la legittimità comunitaria delle nostre leggi. Il Trattato venne ratificato solo con legge ordinaria, non costituzionale, come la nuova permeabilità del nostro ordinamento ad un diritto esterno avrebbe richiesto[9]. In forza del Trattato il giudice italiano divenne così soggetto prioritariamente alla legge comunitaria, con il potere ed il dovere di disapplicare la legge interna in contrasto con il diritto comunitario: di disapplicare dunque quella legge, alla quale soltanto i giudici sono soggetti ex art. 109 Cost..

Il secondo esempio è l’art. 43 della nostra Costituzione. Esso prevede che la legge possa riservare originariamente o trasferire mediante espropriazione allo Stato, ad enti pubblici, o comunità di lavori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali, a fonti di energia o a situazioni di monopolio. Il fatto di essere norma della Costituzione ha forse consentito all’art. 43 di resistere al Trattato di Roma che consente monopoli in situazioni assolutamente eccezionali ed esclude in radice la riserva di attività industriali allo Stato?

Si pensi poi all’ambiente. L’ambiente non è previsto nella Costituzione Italiana per la fortissima ragione storica che negli anni ’40 del secolo scorso la sola forma di ambiente nota era il paesaggio. Forse la sua mancata inclusione nella Costituzione ne ha diminuito la tutela? L’ambiente è diventato comunque un valore centrale nella società italiana, che, pur con mille difficoltà, si sta rendendo conto di quanto la vita di ciascuno di noi dipende dal modo di vivere degli altri.

Se si riflette attentamente sul fenomeno, ne emerge un’osservazione storica di un certo rilievo. La prima parte della Costituzione, che detta i Principi fondamentali dall’art. 1 all’art. 54, è stata ritoccata *due volte soltanto* nel corso dei suoi 65 anni di vita. La prima, per ammettere l’extradizione dello straniero accusato di delitti di genocidio (il testo originario dell’art. 10, co. 4, escludeva l’extradizione per reati politici)[10]; è stata poi modificata la seconda volta per cancellare la pena di morte dal nostro ordinamento, che il testo originario dell’art. 27, co. 4, ammetteva nei casi previsti dalle leggi militari di guerra[11].

La parte seconda, dedicata all’ordinamento della Repubblica è stata invece oggetto di numerosi

interventi. Non ha senso alcuno ripercorrerli qui analiticamente. Si può però osservare che, fino a quando gli interventi sul testo costituzionale si sono mantenuti entro termini puntuali (o quasi puntuali: v. gli artt. 114 e segg. modificati o sostituiti dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), il loro inserimento nel testo – e nel contesto – costituzionale ha dato ingresso a problemi in sostanza gestibili. Basti pensare ai conflitti di attribuzione tra Stato e regioni, che hanno ingolfato il funzionamento della Corte costituzionale, senza espungerla di fatto o di diritto dall'ordinamento.

Tutt'altro discorso si deve fare per la l. cost. 18 novembre 2005. Essa trasformava radicalmente la struttura ordinamentale della Repubblica, concepita come Stato unitario, articolato in regioni, province e comuni, per renderla federale: e, naturalmente, federale *ex post*, nata dalla disgregazione dello Stato unitario, non federale ab origine, Stato nato da organismi diversi che trovavano nella Federazione la loro unità, la loro coesione (come gli *United States of America*). Già si è ricordato sopra che questa legge non fu approvata dai due terzi dei componenti delle due camere; venne quindi sottoposta a referendum, come prescrive l'art. 138 u.c. Esso, tenutosi nel giugno 2006, espresse la volontà popolare di non confermare la legge, che finì quindi nel nulla.

Il quadro che ne emerge sembra univoco. La prima parte della Costituzione non ha avuto bisogno di alcun intervento e con essa la società è vissuta adeguandosi al mondo moderno che cambiava. La seconda parte, più organizzativa, ha subito molti interventi, senza particolari problemi. Ma quando la riforma ha stravolto la struttura ormai storica dell'assetto politico-organizzativo del Paese, di fatto – e di diritto – è fallita. Non ha trovato il consenso dei due terzi dei componenti delle Camere e nemmeno quello degli elettori.

Certo, ogni tanto qualche cosa merita di essere aggiunta<sup>[12]</sup> al testo della Costituzione. È molto difficile che questo accada. È successo per la costituzione di collegi elettorali per gli italiani all'estero. È difficile immaginare altre ipotesi. Si potrebbe pensare alla creazione di nuove regioni. Per far questo non occorre però modificare la Costituzione. Basta appunto “aggiungerle” qualche cosa. Il diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America ha un magnifico strumento. È l'emendamento<sup>[13]</sup>, con il quale si introduce quale regola, qualche diritto, che la Costituzione ignorava, ma che comunque merita il rango di precetto costituzionale. La nostra legge costituzionale non ne è l'omologo: essa consente di intervenire sul testo della Costituzione, modificandola. Si è visto sopra come la nostra storia dimostri che, finché si è trattato di interventi di poco conto, tecnici, si potrebbe dire, non vi sono stati problemi. Il Paese ha reagito negativamente agli stravolgimenti della Costituzione avviati con legge costituzionale.

Da quanto precede si possono trarre due conclusioni, una di ordine generale ed una limitata al tema dell'art. 41 Cost.

La conclusione di ordine generale è che la Costituzione non deve essere modificata. Se ne inficia il valore di patto fondante. Deve essere interpretata secondo i principi fondamentali che essa pone, perché solo questo consente ai cittadini di avere sempre in essa il punto di riferimento e di invocarla per demolire privilegi o aree di specialità.

La conclusione in ordine all'art. 41 è che non vi è ragione alcuna per modificarlo. La libertà di iniziativa economica è sancita; gran parte di ciò che la accompagna sta nei Trattati dell'Unione Europea. Se limiti concreti ci sono, possono e devono essere abbattuti dalla legge ordinaria, dalla consuetudine e dalla giurisprudenza.

## Note

1. L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.↑

2. Federali si nasce, non si diventa, come l'etimologia della parola insegna. *Ex pluribus unum* è l'antico detto. L'*unum* che diventa *plures* semplicemente si disgrega.↑
3. L. cost. 23 novembre 2001, n. 1↑
4. Che dovrebbero essere giurisdizioni specializzate, non speciali, quindi soggette al controllo della Cassazione quantomeno per le questioni relative a diritti: il risarcimento del danno nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, anzitutto, riservato in larga misura al giudice amministrativo e, nelle materie di sua competenza, esclusivamente alla Corte dei conti.↑
5. Art. 111 u.c. Cost.↑
6. Art. 111, 7° co.↑
7. L. 12 agosto 1982, n. 532.↑
8. Con la precisazione dell'art. 56 che “*se un progetto di legge è stato rigettato da uno dei tre poteri legislativi, non potrà più essere riprodotto nella stessa sessione*”.↑
9. Per giustificare questa limitazione di sovranità è stato invocato l'art. 11 Cost.. Esso certamente dispone che l'Italia, “*in condizioni di parità con gli altri Stati, consente alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni*”. Questo poteva valere per la partecipazione alla NATO, e quindi per la presenza di forze armate straniere in Italia e italiane all'estero; non per l'adesione ad un Trattato che, per fini di sviluppo dell'economia e degli scambi, prevedeva una prevalenza delle sue leggi su quelle interne, ed il loro sindacato da parte del giudice del Trattato.↑
10. Art. 1 l. cost. 21 giugno 1967, n. 1.↑
11. Art. 1, l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1, preceduta dalla legge ordinaria 13 ottobre 1994, n. 589.↑
12. Non precisata, perché questo nasce dall'esperienza civile e giuridica.↑
13. Il primo gruppo di Emendamenti alla Costituzione americana, del 1789, introdusse il c.d. Bill of Rights (tra cui il celeberrimo diritto di portare armi), di cui la Costituzione, di due anni prima, non parlava.↑



## Filippo Satta, Liberalizzare e semplificare

28 dicembre 2011

I

### Liberalizzare

Forse non tutti ricordano che “libero”, da cui discendono libertà, liberale, e, naturalmente il “liberalizzare” che ci riguarda, ha lo stesso radicale di *libère*, la cui ascendenza a sua volta è *lubère*. Tutti ricordano viceversa che *libère* esprime il far piacere, come è chiaro nel frequente avverbio *libenter*, volentieri.

Essere libero dunque è la condizione che permette a chi ne gode il diritto di fare, di comportarsi, come meglio gli aggrada. Il suo limite, come è ovvio, è l’ordinamento. Esso chiede – ed esige – che chi vuol fare qualche cosa non rechi danno ad altri.

Il verbo “liberalizzare” esprime dunque un’idea non complessa, non difficile. Se ci sono situazioni le quali impediscono a qualcuno di fare qualche cosa, tali situazioni devono essere rimosse. C’erano una volta le concessioni di rotte aeree, che limitavano la possibilità di creare e gestire compagnie aeree? Si sono eliminate le concessioni; chiunque abbia alcuni requisiti oggettivi, che chiunque può acquisire, può lanciare una compagnia aerea. In termini più generali, liberalizzare significa far cadere tutti i limiti, quantitativi, territoriali, merceologici che impediscono ad un qualsiasi imprenditore di investire ed operare nel settore. Nessuna storia è più esemplare di quella del sale, del chinino e dei tabacchi. Monopoli dello Stato sia per produzione che per il commercio, i primi due caddero negli ultimi decenni del secolo scorso; il chinino scomparve per morte naturale, per così dire; il sale è in vendita dovunque, in concorrenza con il sale di Stato. Resistono i tabacchi, finché il monopolio reggerà. Adesso dovrebbe cadere. Sulla liberalizzazione di cui oggi tanto si parla non c’è dunque molto da dire, se non che ad essa possono essere opposte resistenze, tanto più forti, quanto più organizzati e strutturati sono gli interessi di chi investe nei vari settori. In altri termini, liberalizzare, come e quanto, è un puro problema politico.

II

### Semplificare

#### 1. *Semplificare: rispetto a che cosa?*

La parola “semplificazione” ed il verbo che la rende azione, “semplificare”, esprimono un concetto difficilissimo. Semplificazione e semplificare non hanno un valore assoluto, se così si può dire. Richiedono non solo un oggetto, ma soprattutto un termine di riferimento. Semplificare che cosa, rispetto a quale altra? La prima idea che viene all’uomo della strada (il quale in qualche modo si occupi di diritto) è che anzitutto semplificati debbano essere i moduli su cui sembrano fondarsi i suoi rapporti con il mondo del pubblico. Certo semplificare un modulo ha un qualche significato. Ma è poco, perché permane l’idea stessa di modulo. Resta cioè quel che il modulo esprime. E questa è un’idea ben precisa: il modulo è lo strumento di accesso a qualche cosa di cui si ha bisogno. Se ci si spinge un passo oltre i fogli che occorre compilare per accedere a servizi elementari (ad es. anagrafici [1]), il modulo assume molti nomi – domanda, istanza ad es. – che danno ingresso ad un procedimento. Si può semplificare quanto si vuole, ma il procedimento, al cui servizio è il modulo, resta. Entrambi significano che, per chi ha bisogno del modulo e del procedimento, esiste qualche entità a monte, che dà ragion d’essere all’uno e all’altro. Questa entità, dai molti nomi e aspetti, esprime un unico valore di riferimento. Esso è l’autorità nelle sue mille forme e articolazioni: Stato, comune, circoscrizione, provincia, ASL, autorità

amministrative indipendenti, regioni etc. etc. La loro stessa esistenza richiede che il dialogo con l'una o con l'altra si svolga in termini formali. Il cittadino deve chiedere; l'autorità rispondere, "decidendo". Lo sappiamo tutti. Vuoi fare un muretto di contenimento di fronte a casa tua? Devi chiedere il permesso e quindi compilare un modulo che sfocia in un procedimento, più o meno breve. Vuoi aprire un bar? La musica, *mutatis mutandis*, è la stessa, con l'aggiunta della ASL, di qualche ufficio che si occupa di lavoro e di altri, ciascuno dei quali si occupa di qualche cosa. Lo stesso accade se vuoi aprire un'industria, grande o piccola che sia. Paradossalmente, le differenze sono marginali.

## 2. Prime semplificazioni: l'autorità e il suo silenzio.

Intorno a questo rapporto noi giriamo da sempre, e comunque fin dalla formazione dello Stato unitario e dall'assoggettamento dell'amministrazione ad un sistema di leggi che il cittadino poteva far valere di fronte al giudice. Solo nel 1990 si aprì o per meglio dire si tentò di aprire un'era nuova. Con la legge sul procedimento amministrativo, la celeberrima l. n. 241 dell'8 agosto 1990, si dispose che la risposta alla presentazione del modulo – cioè la decisione sulla domanda di autorizzazione, concessione, permesso e così via – non era più riservata alla sola autorità competente o all'insieme delle autorità competenti (comune, difesa, sanità, beni culturali, per ricordare quelle che più spesso si incontrano). Si poteva aprire un dialogo unitario con tutte le amministrazioni interessate, attraverso il c.d. contraddittorio nel procedimento amministrativo; si potevano conoscere e condividere i documenti, in quanto veniva introdotto il diritto di accesso agli atti dell'autorità; in sintesi, si poteva "partecipare" al procedimento. La c.d. conferenza di servizi, complicata struttura dalle molte facce, integrava il contraddittorio consentendo una forma quasi collegiale di decisione.

Questa esperienza si è sviluppata negli anni. Al dialogo "attivo", in seguito al quale cioè l'autorità doveva esprimersi, si sono aggiunti due succedanei, che, nella forma attuale, vennero introdotti intorno al 2005. Il primo è il c.d. silenzio assenso. Tra la fine dell'800 ed i primi del '900 il non fare dell'amministrazione, il suo tacere nei rapporti con il cittadino, grazie alla giurisprudenza era assunto ad istituto giuridico per consentire la tutela giurisdizionale anche in caso di inerzia dell'autorità sulle domande o istanze. In altri termini, al ricorrere di determinate condizioni [2], il silenzio venne concepito come "provvedimento", ovviamente negativo. Nel 2005 si dispose che potesse avere anche valore positivo, vale a dire di vero e proprio "provvedimento" autorizzatorio o concessorio. Si diede così, o per meglio dire ci si illuse di dare al tacere dell'autorità, protrattosi per un certo periodo di tempo, il valore formale – e positivo – di esercizio del potere attribuito. Valeva e vale in un numero relativamente limitato di ipotesi; nessuno se ne fida perché il terzo interessato e soprattutto la stessa autorità rimasta silente possono insorgere e paralizzare l'*inceptum*. Il secondo succedaneo del dialogo attivo, di cui si diceva, consistette e consiste nel dare un significato sostanziale al solo fatto dell'avvio di un procedimento. Si dice cioè che in un gran numero di casi, da ultimo amplificati dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, chi vuol fare qualche cosa può attivare una procedura con la quale mette l'autorità a conoscenza di quel che si propone di realizzare; passato un certo tempo – o subito, addirittura – l'intraprendente può cominciare a fare. L'idea è tanto bella quanto povera. Chi comincia così non è al sicuro di nulla. L'autorità, il terzo, i terzi, i quarti possono insorgergli contro e fermarlo.

## 3. Autorità e cittadini.

In effetti, il problema è un altro. Non sta (solo) nel semplificare i moduli o i procedimenti con tutti i

moduli che essi richiedono. Il problema sta nel rapporto tra autorità e cittadino, e viceversa, da cui nasce l'ubiquitaria necessità del modulo e del procedimento. E così il problema, il vero problema della semplificazione non sta (solo) in qualche riscrittura di forme procedurali, ma in un ripensamento del rapporto tra autorità e cittadino, dal quale dipendono tutti i discorsi su moduli e procedimenti.

La questione sembra porsi nei termini che seguono.

Si può dire con un certo livello di approssimazione che ogni autorità, ogni amministrazione, incarna due anime. Una è se stessa, l'autorità in quanto tale, organismo, apparato che persegue il proprio interesse. In quanto dell'autorità, tale interesse è *ex se* dominante e prevalente – *pubblico* come si dice in termini generali, eludendo la questione. L'esempio più chiaro si ha nella difesa, sia sul piano dell'ordine pubblico che del grave conflitto con altri Stati. L'interesse legittima l'autorità – lo Stato – ad esprimersi con la forza, addirittura con le armi. Ma il fenomeno ha carattere generale: quasi tutto quello che l'autorità fa, compie, decide, anche se fatto nel suo personale interesse (acquisto di materiali d'ufficio, ad es.), appartiene al "pubblico" e ne segue le regole.

L'altra anima dell'autorità è la collettività da cui nasce e su cui si fonda. Il discorso qui è molto più complesso. Salvi forse i casi di Stati nati popolari, democratici, come si direbbe oggi (Roma, Atene e Sparta, gli Stati Uniti d'America), la vocazione prima dell'autorità è sfruttare la propria comunità di riferimento, perché ne ha bisogno. È la principale fonte dei mezzi con cui può operare. Basti pensare ai mille aspetti che ha avuto ed ha l'imposizione fiscale, dai dazi e dalle imposte di consumo alle ben più sofisticate imposte sui redditi e sul valore aggiunto. L'imposizione fiscale colpisce la collettività nei suoi singoli membri, quando producono o consumano ricchezza, trasferendone una cospicua parte all'autorità.

Non si può poi dimenticare che la vita collettiva è comunque complessa. Vuoi sotto la pressione della collettività, vuoi per sua iniziativa, l'autorità ritiene necessario dettare norme e regole per migliorarne il funzionamento, incrementarne la capacità di produzione e di reddito. Sempre usando un linguaggio approssimativo si può dire che nasce di qui quell'assetto ordinamentale dei rapporti che prende il nome di diritto pubblico. Il cittadino ne viene investito perché il suo operare non è rimesso solo alla sua libertà, con tutte le responsabilità che ne derivano, ma deve svolgersi "secondo le regole", secondo cioè norme prestabilite, cui deve sottostare. Come la comune esperienza insegna, l'imposizione di siffatti complessi di regole porta con sé la creazione di un sistema di controlli, preventivi e successivi, volti a garantire il rispetto delle regole. I limiti di velocità, i divieti di usare sostanze inquinanti sono semplici e sicuri esempi non solo della necessità di una disciplina che li prescriva, ma anche del controllo dei comportamenti per rendere effettiva la disciplina – o, più esattamente, per conseguire i risultati da essa divisati.

4. *Segue: autorità, cittadini, complessità.*

L'evoluzione di questo impianto è chiara. Quanto più complessa diventa la vita, tanto più incombente e pressante è la presenza dell'autorità. Basti pensare all'edilizia: fino al 1942 la massima parte delle costruzioni poteva essere realizzata senza bisogno di permessi o autorizzazioni. Nel 1942 si introdusse la necessità di ottenere la licenza edilizia del comune per costruire nell'abitato; nel 1967, con la l. n. 765, l'obbligo di licenza venne esteso alle costruzioni su tutto il territorio comunale; con la l. n. 10 del 1978 si trasformò la licenza, fino ad allora gratuita, perché considerata strumento che consentiva l'esercizio di un diritto inerente alla proprietà fondiaria, in "concessione" onerosa, in base alla premessa di principio che il diritto di costruire non era

coesistente al diritto di proprietà. Oggi ha cambiato nome, ed è divenuta permesso di costruire; l'onerosità è rimasta. In breve volgere di anni alle licenze, alle concessioni, ai permessi dell'autorità territoriale di riferimento, i comuni, si aggiunsero quelli delle Soprintendenze, di commissioni di vario genere, delle autorità deputate alla sicurezza ed alla prevenzione degli incidenti, alla tutela del paesaggio, etc. etc. Spero di non offendere nessuno dicendo che, con tutto il sistema dei piani e delle autorizzazioni che hanno comunque rallentato enormemente le attività che coinvolgevano l'edilizia, il massacro delle coste è stato consumato; si è visto poi quali effetti ha avuto il terremoto dell'Aquila su edifici recenti, quando certo nessuno ignorava la natura sismica di quelle zone. Chi ha rilasciato certi permessi di costruire? Chi non ha visto che si costruiva senza permesso? O usando materiali impropri [3]?

Da questi brevi cenni si possono trarre due conclusioni. La prima è che la complessità della società esige norme che disciplinino i comportamenti dei singoli, nell'interesse della collettività. Sono norme che i singoli non riescono a darsi da soli. La personale sicurezza di Tizio che viaggia non dipende solo dalla sua prudenza. Dipende da come tutti si comportano. Richiede quindi controlli. Ma il regime, il sistema di questi controlli preventivi e successivi è delicatissimo. Oltre un certo livello diventano soffocanti e se anche, in un'ipotesi in realtà tutta da verificare, producono comunque risultati di settore positivi [4], inducono poi all'elusione da un lato, e ad un soffocamento burocratico di ampia e negativa portata dall'altro. Non si deve mai dimenticare che la società e la sua vita sono un mercato, il cui funzionamento – e quindi la sua efficienza o la sua paralisi – discende dalla qualità della regolazione e della sua gestione.

## 5. Per un ripensamento.

La soluzione del problema di una burocratizzazione soffocante e inutile non sta dunque, come a volte si è spinti a pensare, nell'eliminare ogni forma di controllo *ex ante* ed *ex post* dell'autorità amministrativa, affidandosi solo al rispetto delle regole da parte dei cittadini. Una soluzione di questo genere è impraticabile per una ragione semplicissima. Per arrivare al rispetto spontaneo delle regole, che non richieda più controlli, si dovrebbe raggiungere un livello etico della vita così alto, così profondamente radicato nella mente di ciascuno, da essere quasi impensabile. È pura astrazione, non pura teoria (che avrebbe molto senso).

Ciò che si può e si deve fare è diverso. È ripensare il rapporto tra autorità e cittadino in modo che esso possa svilupparsi lungo linee chiare e certe, al fine di renderne quanto il rispetto più possibile spontaneo ed immediato – semplice! –, parallelamente riducendo all'essenziale il ruolo dell'amministrazione.

## 5. Segue. Intorno alle regole.

Il discorso deve cominciare dalla legge. È tema difficile, che ha mille articolazioni. Basta qui fermarsi su due suoi aspetti di elevata criticità per quanto si va cercando di esplorare. Si diceva un tempo che la legge deve essere generale ed astratta, in quanto per sua natura si rivolge ad un numero indeterminato di destinatari. Questo, ahinoi, non è un carattere necessario della legge. Il potere legislativo viene ordinariamente esercitato attraverso un circuito al quale partecipano sì governo e camere, con le competenti commissioni parlamentari, ma anche con la presenza e l'influenza di chi è interessato alla legge: e questi sono i soggetti più disparati, spinti dalle più varie ragioni. Essi vanno dalle singole amministrazioni agli enti locali alle varie organizzazioni sindacali, industriali, professionali. Le pressioni di questi interessi possono condizionare pesantemente i disegni e le proposte di legge, fino a stravolgerle. È purtroppo corretto dire che la veste formale

dell'atto avente forza di legge prevale sull'assetto normativo, di carattere generale ed astratto, che dovrebbe essere proprio di un atto dotato di tanta forza. Tutto può diventare legge. Negli anni ne è derivata una legislazione di difficilissima lettura, intrinsecamente precaria. Sotto un titolo qualsiasi vengono inserite disposizioni di ogni genere, soggette a continui emendamenti, correzioni, modifiche, commi aggiunti ad altre leggi o in esse abrogati. Non è un caso che, nella prassi, quando si interviene su una certa normativa, sia richiamata la sola legge capostipite con la formula *s.m.i.*, vale a dire "successive modificazioni e integrazioni". Sono pochi coloro che sanno quale contenuto di *s.m.i.* si sia voluto modificare. La legge assume così carattere settoriale ed infrasettoriale, monopolio dei pochi specialisti della materia. Come è evidente, discendono da ciò un'incertezza diffusa sulla disciplina vigente in un dato momento e l'esaltazione del ruolo dell'amministrazione, che ha un potere di interpretazione, sindacabile solo dal giudice.

Il secondo aspetto è in un certo senso inverso al primo. Nelle leggi ricorre spesso il richiamo a materie o interessi globalmente considerati. Ad es. nel d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (il d.l. per la crescita ed il consolidamento dei conti pubblici) con l'art. 31 sono stati liberalizzati gli esercizi commerciali. Il principio è sacrosanto, come si dice. Sennonché la formula è che "secondo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza la libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi natura esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali".

Una norma siffatta pone due ordini di problemi. Il primo è di carattere generale ed investe la norma in quanto tale. Se si richiama una materia – ambiente, ad es. – si richiama indirettamente e soprattutto indefinitamente tutto il complesso di norme relative alla materia. Ambiente è la tutela delle acque e la riduzione delle emissioni, la bonifica dell'amianto e la tutela delle foreste. Questa indefinita ampiezza della materia richiamata induce enormi difficoltà ed imprevedibili oneri burocratici. È indispensabile ovviare a questo, e stabilire sempre un collegamento tra la legge di merito, per così dire, e la legislazione di tutela di settore.

Il secondo è esemplificativo del primo, se così si può dire. Bene, benissimo, eliminare vincoli derivanti da contingenti ed altro, come ha fatto il d.l. di cui si va dicendo. Ma se rimangono fermi i vincoli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali (oltre a quelli urbanistici, prudentemente non menzionati, ma che permangono, in quanto non compresi tra quelli cancellati), questo significa che per aprire un esercizio commerciale bisogna ancora ottenere i pareri favorevoli di un numero indeterminato di autorità, ciascuna settorialmente competente. Senza nulla togliere alla necessità di salvaguardare la salute, i lavoratori, l'ambiente, i beni culturali, l'assetto urbano, ben poco sembra essere stato fatto per alleggerire il carico burocratico che grava su ogni iniziativa. Diciamo pure: una cosa è la salvaguardia della salute, dei lavoratori etc., altra è la trasformazione – e riduzione – di questa salvaguardia in vincolo di entità negativa imprecisata ed imprevedibile.

Non si può non aggiungere il profilo penale di tante, troppe materie. Succede spesso che la legge qualifichi reato la violazione di certe norme, anche se la violazione è stata consumata con la copertura di un permesso o autorizzazione che sia. Il giudice penale può "disapplicare" l'uno o l'altra, come si dice in gergo, ed accertare autonomamente se l'intervento è o non è conforme a

legge. Questo accade in tutti i campi, dalla prevenzione degli incidenti sul lavoro alla tutela dell'ambiente, all'edilizia.

Tutto ciò è molto grave, perché introduce una componente ulteriore di incertezza in un sistema che certo non eccede in certezze. È indispensabile che il legislatore abbia il coraggio di intervenire decisamente, al fine di ripristinare la separazione delle competenze e dare a ciascuno la sua responsabilità. Non si deve dimenticare che il nostro ordinamento costituzionale si fonda sulla separazione dei poteri e che la pubblica amministrazione fa parte dell'esecutivo.

## 6. *Intorno all'amministrazione.*

Di fronte alla legge, quale che essa sia, dell'amministrazione sembra che si possa dire poco. Questo però non è vero. Merita ricordare nozioni elementari. L'amministrazione può avere e non avere poteri discrezionali. Se ha tali poteri, deve vagliare, ponderare, comparare etc. un'istanza pienamente conforme alla legge con altri assetti di interessi di rango superiore. È la celebre valutazione di opportunità. Se non gode di tali poteri, deve prendere atto della richiesta e adottare gli atti vincolati di sua competenza. Oggi questo aspetto della funzione amministrativa dovrebbe essere stato sostituito dalla SCIA, come si accennava sopra.

Senonché che cosa significhi atto vincolato è un autentico mistero. La dottrina dice che è vincolato un atto, rispetto alla cui adozione non vi è potere di scelta. Se ci sono tutti i presupposti prescritti dalla legge deve essere adottato. Il discorso è però troppo semplice. La commissione di un concorso, ad es., deve valutare gli elaborati dei candidati. Stabilire se lo scritto di Caio, anonimo, merita 3,4,5,6,7 o 8 certamente non è esercizio di discrezionalità perché non c'è scelta di opportunità. Ma ben è valutazione che si fonda sul sapere e sull'esperienza dei commissari (non è un caso che sia praticamente insindacabile in giudizio). Questa valutazione non segue insomma un percorso di automatismo, esattamente come accade per molti atti c.d. vincolati. Qui sta il punto cruciale. Quando si parla, come nella norma qui sopra ricordata, di vincoli connessi alla tutela della salute, dell'ambiente etc., non si evocano possibili poteri discrezionali, possibili valutazioni di opportunità su che cosa è più o meno opportuno fare e prescrivere. Si parla di attività amministrativa che deve esaurirsi nella valutazione di un progetto relativamente al suo impatto sul mondo circostante sotto un determinato profilo (tutela dell'ambiente ad es.), su cui l'amministrazione non si deve esprimere in termini generali ed astratti, ma limitatamente a quanto l'istante Caio ha dichiarato di voler fare. Per procedere a questa valutazione servono solo competenze tecniche specifiche, più o meno come accade per i concorsi. Ebbene, in linea di fatto, la gestione di queste tematiche avviene in termini in tutto e per tutto equivalenti alla discrezionalità, ovviamente di modesto livello. I dipendenti del comune e della regione, competenti per una determinata pratica, esaminano passo passo i progetti, assumendo sempre norme tecniche a parametro di riferimento. Di fronte ad interventi di una qualche complessità, questo approccio genera una quantità enorme di lavoro, destinata a durare tempi epocali.

Che tutto ciò non vada bene è pacifico, ma è tutt'altro che irresolubile. Bisogna qui dire a chiare lettere che se ci sono norme tecniche da rispettare esse devono essere note *ex ante* in ogni dettaglio, affinché la progettazione possa sempre, *ab origine*, adeguarvisi. E come è compito del legislatore dettare le norme e pubblicarle nella G.U., così spetta alle amministrazioni operative predisporre la diffusione, ovvero fare in modo che qualunque interessato possa conoscerne non solo i contenuti ma anche e forse soprattutto l'interpretazione che se ne dà di comune in comune, di regione in regione.

Ora i tempi che noi viviamo ci danno gli strumenti non solo per rendere note tutte le norme in tutte le loro interpretazioni ed applicazioni, ma anche per usarle immediatamente sia in sede di progettazione dell'iniziativa, sia in sede di controllo successivo. Tutte le norme tecniche possono essere espresse in formato digitale, vale a dire come uguale, maggiore o minore di ogni possibile grandezza  $X, Y, Z \dots n$ . L'inserzione di questi blocchi di regole in un'applicazione, come si dice, mette chi progetta l'iniziativa in grado di concepirla, svilupparla e progettartela secondo le regole tecniche adottate da una certa amministrazione, esattamente come consente poi alla stessa amministrazione di controllarne la conformità alle proprie norme[5].

Tutto ciò viene fatto su larga scala per la gestione di processi ripetitivi, come ad es. il calcolo ed il pagamento degli stipendi del personale. Ma nulla preclude l'estensione di tale tipo di processo a tutto ciò che consiste nell'applicazione di norme tecniche alle varie fattispecie che si presentano alle amministrazioni, per ridurre il processo valutativo ad un raffronto tra i dati tecnici di progetto e quelli normativi, adottati in via generale dall'amministrazione. Questo è pienamente fattibile e già è stato fatto in alcuni comuni. Realizzare questo progetto sarebbe una vera trasformazione epocale. Vero esercizio saggio del potere discrezionale sarebbe decidere di avviare e portare a termine quest'opera di razionalizzazione, per rendere preventivamente conoscibili con certezza le norme tecniche applicabili e valutare in base ad esse, su un computer, i dati tecnici del progetto.

## 7. *Intorno al cittadino.*

Quanto al cittadino, è il caso di dire che anch'egli deve fare la sua parte, esattamente come questa parte deve essere riconosciuta. Il nocciolo ruota intorno al principio che ciascuno è responsabile di quello che fa, come drammaticamente dispone e insegna l'art. 2740 cod. civ. In termini più semplici e chiari, si deve dire che chiunque esercita la propria autonomia imprenditoriale (e prima ancora negoziale) sa che, quando la sua iniziativa rileva sul piano generale – pubblico –, quindi praticamente sempre, essa deve rispettare una serie di regole tecniche che l'imprenditore solo in parte conosce (di sua esclusiva competenza è il rischio). Deve dunque valersi di tecnici. Ebbene questi tecnici privati sono l'interfaccia naturale dell'amministrazione. Il punto cruciale è però che questo rapporto non si può esaurire nella presentazione formale del progetto. Come le amministrazioni dovranno avere il dovere di rendere pubbliche le loro norme tecniche, accessibili in qualunque momento e gestibili con immediatezza, grazie alla digitalizzazione delle loro prescrizioni, così i tecnici privati dovranno assumere piena responsabilità per la regolarità di quanto vanno a proporre. È il caso di dire che deve trattarsi di una responsabilità, di portata identica a quella del tecnico dell'amministrazione, chiamato a vagliare il progetto sotto il profilo della tutela di interessi dall'elevato grado di pubblicità, perché entrambi tenuti al rispetto delle stesse norme, nell'interesse di tutti.

Da qui può nascere un rapporto di ben altro livello ed altra qualità tra amministrazione e cittadini e tra cittadini ed amministrazione. Potrebbe venirne una non irrilevante semplificazione.

## Note

1. Oggi ampiamente ridotti, grazie a molte forme di autocertificazione.↑

2. Più volte mutate nei decenni.↑

3. Per comprendere appieno il fenomeno si deve aggiungere anche un'altra considerazione. La vita per sua natura guarda e mira al futuro. La modernità e la sua forza sono questo: guardare al futuro, progettarlo, realizzarlo. Quanto più forte è la cultura che accompagna questo processo, tanto più il moderno può accogliere in sé il passato ed esaltarlo. La gestione che da noi si fa del presente troppo spesso sembra dimenticare questo. Si cerca di ancorarlo al passato, come se

# ApertaContrada

RIFLESSIONI SU SOCIETÀ, DIRITTO, ECONOMIA

il passato in sé fosse la vita. Credo che una riflessione pacata sulle Soprintendenze confermi in pieno questo che dico. Quando vietano, ad es., di dividere il salone di un palazzo storico per consentirne un uso adatto ai tempi, conservano e salvaguardano il palazzo per il futuro o, in perfetta buona fede, lo avviano a lenta ma inesorabile decadenza?<sup>↑</sup>

4. La questione è semplice: quanto costano i controlli all'economia? Più precisamente, quale è il rapporto costi-benefici del sistema attuale?<sup>↑</sup>

5. Si veda P. Ciocca – F. Satta, *La dematerializzazione dei servizi della P.A. Un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema*, in *Diritto amministrativo*, 2008, fasc. 2, pagg. 283-296.

↑



**SEZIONE III**  
**IL DIBATTITO**  
**FUORI APERTA CONTRADA**

L'elenco non ha alcuna pretesa di esaustività e indica i più recenti commenti di giuristi ed economisti all'art. 41 Cost. e alla sua riforma.

- ♣ *Dossier Senato: La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione*
- ♣ *Michele Ainis, L'impresa e l'alibi dell'articolo 41, La Stampa, 08/06/2010*
- ♣ *Luca Antonini, Rinascere da un nuovo 41, Il sole 24 ore, 11/02/2011*
- ♣ *Paolo Armaroli, Costituzione economica, quel no sa tanto di muffa, Il secolo XIX, 14/02/2011*
- ♣ *Antonio Baldassarre: non serve modificare l' articolo 41. A cancellarlo di fatto ci ha già pensato la Ue, Corriere della sera, 10/06/2010*
- ♣ *Mario Bartolomei, Riflessioni ed esercizi di stile sulla «riscrittura» dell'articolo 41 della Costituzione, Quaderni costituzionali, 2011, 394*
- ♣ *Stefano Ceccanti, Ceccanti: cambiare il 41 non serve, Avvenire, 10/02/2011*
- ♣ *Stefano Ceccanti, L'alibi dell'articolo 41, Europa, 18/06/2010*
- ♣ *Stefano Ceccanti, L'articolo 41 è già un argine al dirigismo, Il sole 24 ore, 21/02/2011*
- ♣ *Stefano Ceccanti, Liberalizzare si può grazie all'articolo 41, Il riformista, 30/06/2010*
- ♣ *Stefano Ceccanti, Modificazione o applicazione dell'articolo 41 della Costituzione? [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it)*
- ♣ *Fabio Cintioli, L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi", Diritto e società, 2009, 373-402*
- ♣ *Raimondo Cubeddu, L'Articolo 41 della Costituzione Luci, ombre (e tempi) del difficile processo di liberalizzazione, L'Occidentale, 10/06/2010*
- ♣ *Giovanna De Minico, Cambiare gli articoli 41 e 118 vuol dire annullare lo Stato, Il riformista, 22/02/2011*
- ♣ *Giuseppe De Vergottini, La costituzione economica italiana: passato e attualità, [societàlibera.org](http://societàlibera.org)*
- ♣ *Giuseppe Di Gaspare, Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell' articolo 41 della Costituzione, [Amministrazioneincammino.it](http://Amministrazioneincammino.it)*
- ♣ *Gianni Ferrara, Libera impresa o stato criminale?, Il manifesto, 6/06/2010*
- ♣ *Tommaso Edoardo Frosini, Iniziativa economica e sussidiarietà,*

- ♣ *Libero Gianni, Ma l'articolo 41 è figlio di Von Hayek, Il manifesto, 19/06/2010*
- ♣ *Luigi Gianniti, Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica", Diritto Pubblico, 2000, 917 - 942*
- ♣ *Agostino Giovagnoli, Articolo 41 e libertà d'impresa, La Repubblica, 19/06/2010*
- ♣ *Pietro Ichino, La libertà di impresa e l'articolo 41 della Costituzione, Corriere della sera, 10/06/2010*
- ♣ *Vittorio Italia, Il rischio di nuove valanghe di leggi, Il sole 24 ore, 15/08/2011*
- ♣ *Massimo Luciani, Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana, 27/10/2011, associazionedeicostituzionalisti.it*
- ♣ *Ilenia Massa Pinto, L'innocenza della Costituzione e la sua difesa minima: in margine al dibattito sulla proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione, Costituzionalismo.it, 15/07/2010*
- ♣ *Ilenia Massa Pinto, Norma generale esclusiva e antropologia positiva (o perversa?): le implicazioni giuridico-costituzionali del ddl di revisione dell'art. 41 della Costituzione, Costituzionalismo.it, 17/07/2011*
- ♣ *Ignazio Musu, Gli aspetti economici della Costituzione italiana: è superato l'art. 41?, unive.it*
- ♣ *Valerio Onida, Articolo 41: la Carta e lo «Stato sociale», Corriere della sera, 11/06/2010*
- ♣ *Valerio Onida, Meno lacci, che c'entra la Carta?, Il sole 24 ore, 08/06/2011*
- ♣ *Valerio Onida, Lotteria delle riforme: esce il 41, Il sole 24 ore, 08/02/2011*
- ♣ *Angelo Panebianco, Quella libertà che non piace, Corriere della sera, 15/06/2010*
- ♣ *Laura Pennacchi, La manovra e gli assalti. Dietro le critiche all'articolo 41, L'Unità, 03/07/2010*
- ♣ *Raffaele Perna, L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica?, Astrid-online.it*
- ♣ *Dino Pesole, La nuova Carta per l'economia, Il sole 24 ore, 18/06/2010*
- ♣ *Pietro Rescigno, Se il centrodestra gioca con la Costituzione, La Repubblica, 17/02/2011*
- ♣ *Massimo Riva, L'illusione come metodo, La Repubblica, 18/06/2010*
- ♣ *Stefano Rodotà, Chi svuota la Costituzione, La Repubblica, 21/06/2010*
- ♣ *Roberto Romei, Chi ha paura dell'art. 41 Cost.?, Nelmerito, 25/06/2010*

# ApertaContrada

RIFLESSIONI SU SOCIETÀ, DIRITTO, ECONOMIA

- ♣ *Nicola Rossi, Un tesoro di ostacoli, Il foglio, 10/02/2011*
- ♣ *Michele Salvati, Siamo certi che al governo convenga davvero riformulare l'articolo 41?, Corriere della sera, 18/06/2010*
- ♣ *Serena Sileoni, Art. 41 Cost.: la proposta dell'Istituto Bruno Leoni*
- ♣ *Alessandro Somma, Il dibattito surreale sulla modifica dell'articolo 41 della Costituzione, La nuova Ferrara, 08/02/2011*
- ♣ *Guido Tabellini, Solo una perdita di tempo toccare l' articolo 41, La Repubblica, 16/06/2010*
- ♣ *Irene Tinagli, Costituzione usata come scusa, La Stampa, 16/06/2010*
- ♣ *Giulio Tremonti, Usciamo dal medioevo per liberare le imprese, Il sole 24 ore, 26/06/2010*