

Marco Olivetti

Gli altri diritti fondamentali

Estratto da

DIRITTI FONDAMENTALI

Seconda edizione



Giappichelli

PARTE TERZA
GLI ALTRI DIRITTI FONDAMENTALI

I DIRITTI ECONOMICI

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE. – G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Qc*, 1992, 1, p. 7-19; A. Baldassarre, *Iniziativa economica (libertà di)*, in *EdD*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971; A. Baldassarre, *Proprietà I) Diritto costituzionale*, in *EGT*, vol. XVIII, Roma, 1992; L. Cassetti, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Giappichelli, Torino, 1997; P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e Costituzione «vivente»*, Cedam, Padova, 1978; G. Dossetti, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno* (1951), in *Id.*, *Scritti politici*, Marietti, Genova, 1995; C. Esposito, *Note esegetiche sull'articolo 44 della Costituzione* (1949), in *Id.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954; F. Galgano, *Il governo dell'economia*, in *AA.VV.*, *Attualità ed attuazione della Costituzione*, Laterza, Bari, 1979; M. Giampieretti, *Art. 41*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2009; M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *PD*, 1971; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977; C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983; M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *DDP*, vol. V, Utet, Torino, 1990; S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984; M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro nell'ordinamento italiano* (parte I), Giuffrè, Milano, 1955; A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006; S. Ninatti, *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in S. Cassese (a cura di), *DiDP*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006; A. Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà*, in *Studi in memoria di F. Piga*, Giuffrè, Milano, 1992; A.M. Sandulli, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesaggistici*, in *AA.VV.*, *Atti del Convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 1963; A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *RTDPC*, 1972, I.

La «Costituzione economica»

657. – La Cost. dedica il titolo III della parte I ai «**rapporti economici**»: le disposizioni ivi contenute riguardano da un lato i **rapporti di lavoro** (art. 35-40) – che sono riconducibili ai diritti sociali, di cui ci si occuperà nei § 702 ss. – e dall'altro le **libertà economiche** ed i loro limiti (art. 41-47).

Le disposizioni del titolo III erano percepite dai Padri costituenti come **una delle questioni fondamentali su cui l'Ass. cost. doveva adottare una decisione**: si coglie appieno il rilievo dei temi ivi disciplinati se si considera che la Comm. dei 75, istituita dall'Ass. cost. al suo interno per predisporre il progetto di Cost., operò attraverso tre «Sottocommissioni», la prima sui diritti e doveri dei cittadini, la seconda sull'ordinamento della Repubblica e la terza sui **diritti e doveri in campo economico-sociale**. Ed i problemi che confluirono negli art. 35-47 furono discussi non solo in quest'ultima sottocommissione, ma anche nella prima, ove furono oggetto del lavoro di configurazione complessiva del testo.

658. – Nel titolo relativo ai «rapporti economici» sono stati costituzionalizzati – seguendo il modello della Cost. di Weimar – alcuni principi che incidono su materie tradizionalmente di pertinenza del **diritto privato** (civile, commerciale e del lavoro). I cenni dedicati in questa sede ai diritti economici non intendono sostituirsi all'analisi civilistica di essi, ma metterne in evidenza **la dimensione costituzionale**, in particolare **nell'ottica dei diritti fondamentali**. Del resto, se la Cost., a partire dal secondo dopoguerra, si configura sempre più come fonte suprema non solo del diritto pubblico, ma anche del diritto privato¹, ciò significa fra l'altro che esistono vincoli alle scelte che il legislatore può compiere in materia, soprattutto a fronte dell'esistenza di diritti fondamentali e di limiti ad essi.

659. – Le disposizioni contenute negli art. 41-47 Cost. sono spesso definite utilizzando la nozione di «**costituzione economica**». Tale locuzione può essere intesa descrittivamente, come sintesi delle norme costituzionali volte a regolare la vita economica e la società, oppure come volta ad esprimere una autonomia del settore economico, che sarebbe retto da principi suoi propri, autonomi rispetto all'ordine costituzionale complessivo. Questo secondo approccio è stato criticato, osservando che la Cost. it. presenta un «impianto unitario», rispetto al quale le norme relative all'economia non possono costituire un ambito isolato, retto da principi distinti da quelli che caratterizzano la Carta costituzionale nel suo insieme². Questa opinione – in astratto condivisibile – trova una parziale smentita nelle vicende storiche che hanno segnato questa parte della Carta: su di essa **l'impatto del diritto europeo** ha prodotto non solo modificazioni più o meno rilevanti in via interpretativa (come è accaduto per altre parti della Cost.), ma un vero e proprio riassetto di fondo, che ha configurato la costituzione economica come **un settore «nazional-comunitario»**. In quest'ultimo, infatti, convivono ormai, dialetticamente, «due decisioni politiche»: l'art. 41.3 Cost. – che autorizza il legislatore a fare ricorso alla pianificazione economica – ed i Trattati europei, che optano per un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza³. Inoltre la nuova previsione costituzionale sul principio di equilibrio del bilancio e sul divieto, in linea di principio, di ricorso all'indebitamento (art. 81.1 Cost., come modificato dalla l.cost. n. 1/2012), condiziona questa materia, come quella dei diritti sociali, assai più di quanto non accada per i classici diritti di libertà.

660. – I «**pilastri**» della **costituzione economica** sono rappresentati dalla disciplina: a) della **libertà** di iniziativa **economica** (art. 41 Cost.); b) della **proprietà privata** (art. 42) ed al tempo stesso c) della penetrante rete di **limiti** prevista assieme al riconoscimento di tali diritti. Questa disciplina è poi integrata dalla previsione di un insieme di istituti volti a legittimare ed a regolare *per principia* **l'intervento pubblico**

¹M. Giampieretti, *Art. 41*, p. 408.

²A. Baldassarre, *Iniziativa economica*, p. 582, nt. 3; M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, p. 374-375.

³In questo senso N. Irti, *Introduzione*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1990, p. XVII e A. Baldassarre, *Iniziativa economica*, p. 584.

nell'economia. L'art. 43 stabilisce le condizioni e la procedura per le **nazionalizzazioni** di alcuni settori economici. L'art. 44 impegna il legislatore a stabilire obblighi e vincoli alla **proprietà terriera** privata al fine di conseguire equi rapporti sociali nelle campagne. L'art. 45 riconosce il carattere sociale della **cooperazione** a carattere di mutualità. L'art. 46 riconosce il diritto dei lavoratori di **partecipare alla gestione delle aziende**. L'art. 47 prevede alcuni istituti volti a rafforzare l'elemento «diffuso» e «popolare» dell'economia capitalistica: a) la tutela del **risparmio**; b) l'accesso alla **proprietà diretta coltivatrice** e c) l'accesso alla **proprietà dell'abitazione**.

Negli art. 41-47, le **potestà regolatorie pubbliche** in funzione di **interessi generali** sono molto più intense che nella disciplina delle libertà classiche: e ciò accade anche quando la Cost. riconosce veri e propri diritti fondamentali, come la proprietà privata e l'iniziativa economica.

661. – Gli art. 41 e 42 Cost. «descrivono i due momenti salienti dell'organizzazione economica, quello statico (proprietà) e quello dinamico (iniziativa)»⁴. Mentre in una economia statica, basata prevalentemente sulla produzione per l'autoconsumo, la proprietà privata costituisce il pilastro dell'organizzazione economico-sociale, in una economia dinamica e complessa, nella quale la produzione è orientata al mercato, le due fattispecie qui indicate, inizialmente indifferenziate, tendono a distinguersi e l'iniziativa assume un ruolo prioritario⁵. Il significato della **costituzionalizzazione** di questi due istituti, che erano già disciplinati dalla legislazione vigente all'epoca dell'adozione della Cost. (si v. le norme del Cod. civ. sulla proprietà e sull'impresa), è duplice:

a) **riconoscere** gli istituti in questione come **elementi indefettibili dell'ordine costituzionale**, non eliminabili dal legislatore, cui risulta pertanto interdetta una integrale collettivizzazione della vita economica, sul modello dei regimi socialisti esistenti al momento in cui la Cost. fu adottata. La Cost. ha inteso escludere i due «estremi del collettivismo integrale e del liberismo puro, lasciando delle possibilità di soluzioni intermedie fra i due estremi, in gamma indefinita di combinazioni le più varie e complesse, a seconda dei servizi e dei settori della produzione e degli scambi»⁶;

b) prevedere sia per la proprietà che per la libertà di iniziativa economica un sistema di **limiti molto articolati** (ad es. in relazione ai diversi tipi di proprietà) e in taluni casi penetranti, la cui implementazione è rimessa al legislatore.

Queste due coordinate – garanzia della libertà di iniziativa e del diritto di proprietà e abilitazione a limitazioni legislative anche penetranti, ma tuttavia tenute a non sopprimere i due istituti ed anzi a garantirne la permanenza nel sistema costituzionale – devono trovare un **equilibrio**, la cui concreta definizione rimane problematica. Dall'insieme delle norme sui «rapporti economici» risultano le coordinate dell'**eco-**

⁴S. Ninatti, *Iniziativa economica privata*, p. 3143.

⁵A. Baldassarre, *Iniziativa*, p. 584-586.

⁶F. Pergolesi, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, in RTDPC, 1959, p. 56. Per la tesi secondo cui la Cost. it. non sarebbe stata incompatibile con un'evoluzione di tipo socialista della vita economica si v. C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, p. 73.

nomia mista scelta dal Costituente, con un doppio rifiuto, sia di una economia di mercato «pura», sia di una economia interamente pianificata e pubblicizzata.

La proprietà privata

662. – La Cost. **riconosce la proprietà privata**, rimettendo alla legge ordinaria le forme concrete della sua garanzia. Ma la Carta costituzionale si è collocata in una prospettiva diversa da quella che traspariva nello Stat. Alb., che qualificava la proprietà privata come «inviolabile» (§ 67), sviluppando una tradizione che ha le sue radici ultime nella Dich. dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il cui art. 17 recitava: «La proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previa una giusta indennità».

663. – L'impostazione liberale che traspariva nello Statuto è stata criticata dalla cultura marxista, alcuni residui della quale si intravedono anche oggi in quelle posizioni che escludono la proprietà dai diritti fondamentali, riconducendola invece ai diritti patrimoniali, i quali, proprio in quanto diritti che intrinsecamente sono solo di qualcuno, non godrebbero della proprietà dell'**universalità** che caratterizzerebbe i diritti fondamentali⁷. Questa critica nel XIX secolo si riferiva ad una concezione assolutistica del diritto di proprietà, oggi superata. La sua riformulazione odierna pare trascurare il **nesso** – che è stato dimostrato proprio dalla storia dei regimi socialisti, i quali avevano soppresso la proprietà privata – **fra proprietà privata ed autonomia individuale**, che attribuisce alla proprietà una **valenza personalistica**: privare la persona dei suoi beni significa trasformarla in un fantoccio nelle mani dello Stato; impedirle di acquisirli con il lavoro proprio e dei propri familiari significa svuotarla delle motivazioni che rendono un essere umano un membro partecipe e collaborativo della società. Ciò naturalmente non esclude la necessità di una rete di limiti al diritto di proprietà, e soprattutto ad alcune forme di essa, del tipo di quelli che la Cost. it. vigente prevede.

Il mutamento di prospettiva della Cost. del 1947 rispetto allo Stato liberale è visibile, anzitutto, nella scelta di separare la disciplina della proprietà da quella delle libertà civili (alle quali essa era connessa nello Stat. Alb.) e di «relegarla» nel titolo III della parte I, relativo ai rapporti economici, in un contesto nel quale i poteri regolativi pubblici sono dotati di una capacità di penetrazione (definita dai vari limiti ai diritti ivi previsti) ben superiore a quella che si è vista a proposito dei diritti di libertà.

664. – Il citato mutamento di prospettiva della Cost. repubblicana rispetto allo Stat. Alb. traspare già dall'art. 42.1, ove si afferma che «la proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati»: la proprietà pri-

⁷L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, a cura di E. Vitale, p. 13-14.

vata è dunque qualificata come **una delle forme di proprietà** costituzionalmente tutelate. L'art. 42.2 incarica poi **la legge** di riconoscere e garantire la proprietà privata e di determinarne modi di acquisto, di godimento e limiti, con la duplice funzione di: a) assicurarne la **funzione sociale**; b) renderla accessibile a tutti. L'art. 42.3 prevede poi espressamente l'**espropriazione** dei beni oggetto di proprietà privata, nei casi previsti dalla legge e per ragioni di interesse generale e stabilisce che in tali casi debba essere riconosciuto un **indennizzo** al proprietario del bene espropriato. Lo spirito sociale che spiega la disciplina della proprietà privata ispira anche l'ultimo comma dell'art. 42 che prevede una riserva di legge per stabilire norme e limiti in materia di **successione ereditaria** ed i diritti dello Stato sulle eredità.

Quale nozione costituzionale?

665. – Se lo studio della proprietà privata deve essere lasciato al diritto civile, in questa sede ci si deve interrogare sull'esistenza di una **nozione costituzionale di proprietà privata**: si tratta, cioè, di stabilire se dall'art. 42 Cost. – che riconosce la proprietà privata, ma ne rimette alla legge la disciplina – sia desumibile una nozione del bene giuridico in esame che risulti sottratta alla potestà regolativa del legislatore ordinario. Si tratta di un problema che ha rilevanza pratica: esso si è infatti posto quando la giurisprudenza costituzionale ha dovuto definire il confine fra le **limitazioni** dirette ad assicurare la funzione sociale della proprietà privata – ammesse in via generale e suscettibili di essere diversamente modulate a seconda del tipo di bene – e l'**espropriazione**: è la questione delle c.d. **limitazioni espropriative**, vale a dire di quelle limitazioni che sono talmente penetranti da svuotare il contenuto del diritto, richiedendo quindi che per esse sia utilizzata la procedura prevista per le espropriazioni e soprattutto l'indennizzo. La dottrina si è divisa nella definizione di questa nozione, che è fondamentale, in quanto essa è un altro modo per definire il contenuto del diritto di proprietà che è costituzionalmente determinato e pertanto non è disponibile dal legislatore.

666. – Fra le varie tesi formulate in dottrina sulla nozione costituzionale di proprietà privata, in questa sede se ne ricorderanno tre.

A) Una prima tesi ha messo in evidenza da un lato la **perdita di centralità della proprietà privata** rispetto all'impresa nel regime di appartenenza dei beni e dall'altro la **genericità** con cui in Cost. sarebbe stata regolata la proprietà privata, con la conseguenza che non sarebbe possibile desumerne vincoli di contenuto per il legislatore ordinario. Pertanto, la definizione del diritto di proprietà sarebbe stata sostanzialmente **decostituzionalizzata** e rimessa al legislatore ordinario, al quale spetterebbe «disciplinare l'intera materia della proprietà privata», senza che dalla Cost. risultino vincoli di contenuto. Il legislatore ordinario sarebbe dunque «il signore della fonte», vale a dire l'«arbitro nel riconoscere in quali casi e come debba esistere in diritto positivo la proprietà privata». La **garanzia** apprestata dall'art. 42 Cost. sarebbe dunque **di tipo unicamente procedimentale**: solo la legge od atti ad essa equiparati potrebbe-

ro adottare «norme imperative di disciplina della proprietà». L'unico vincolo sostanziale che residuerebbe nei confronti del legislatore sarebbe la necessaria esistenza della proprietà privata, che non potrebbe essere soppressa⁸. La Cost., pertanto, non avrebbe previsto un diritto fondamentale alla proprietà privata, ma solo una «**garanzia di esistenza**» per questo secolare istituto giuridico.

667. – B) Opposta alla tesi ora citata è quella secondo cui la proprietà privata di cui parla l'art. 42.2 Cost., sarebbe una **nozione giuridica presupposta**: nell'utilizzarla, i costituenti avrebbero fatto riferimento al significato che la locuzione «proprietà privata» aveva nella legislazione vigente al momento dell'entrata in vigore della Cost. La **nozione codicistica** (prevista cioè dal Cod. civ. del 1942) di proprietà privata sarebbe stata pertanto **costituzionalizzata** e sarebbe stata sottratta a modificazioni da parte del legislatore ordinario (c.d. cristallizzazione⁹), salvo quelle che potessero essere direttamente legittimate da disposizioni costituzionali abilitanti.

668. – C) Una tesi intermedia è invece quella per la quale il contenuto del diritto di proprietà di cui il legislatore non è abilitato a disporre coincide con il **contenuto essenziale** della nozione di proprietà privata¹⁰. Secondo tale tesi, «ciò che la Cost. non consente è di colpire ... l'istituto della proprietà, fissando a questa restrizioni tali da snaturarne i caratteri essenziali», vale a dire il «riconoscimento al *dominus* da parte dell'ordinamento di un minimo di facoltà, senza le quali la proprietà si ridurrebbe ad un mero *nomen*»¹¹. Nella determinazione di tale contenuto, vale a dire del «nucleo indisponibile» (da parte del legislatore) del diritto di proprietà, si dovrebbe fare riferimento alla **coscienza sociale**, intesa come limite del comune sentire¹²: il legislatore ed il giudice costituzionale dovrebbero cioè ricostruire tale nucleo essenziale, facendo riferimento all'**opinione prevalente** nella cultura contemporanea circa l'essenza del diritto di proprietà: tale impostazione combinerebbe il riconoscimento di un nucleo del diritto di proprietà sottratto alla disponibilità del legislatore (che dovrebbe essere tutelato dalla giurisprudenza costituzionale) con un certo grado di apertura all'evoluzione storica.

Alcune di queste tesi si prestano a riflessioni critiche, che devono essere condotte alla luce dello spirito che informa il tit. III della parte I della Cost., che si è visto essere duplice: garantire la sopravvivenza dei tratti essenziali degli istituti della proprietà e della libera iniziativa economica e consentirne una regolazione innovatrice, in funzione sociale. Ciò dovrebbe portare ad escludere l'integrale accettazione delle due tesi «estreme», vale a dire quella che costituzionalizza la nozione codicistica e quella che rimette al legislatore l'integrale definizione della sostanza del diritto di proprietà.

⁸ M.S. Giannini, *Basi costituzionali*, p. 589, 460 e 461.

⁹ S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

¹⁰ A.M. Sandulli, *Profili costituzionali*, p. 470.

¹¹ A.M. Sandulli, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesaggistici*, p. 95 e nt. 11. Questa tesi è stata accolta nella sent. n. 6/1966 della Corte cost. in materia di «limitazioni espropriative». Una variante di essa ragiona, invece che di «contenuto essenziale», di «contenuto minimo».

¹² A.M. Sandulli, *Profili costituzionali*, p. 472.

Entro questi limiti è condivisibile l'impostazione che ritiene che sia garantito dall'art. 42 il **contenuto essenziale della nozione storica** (quindi innanzitutto codicistica) **del diritto di proprietà**. La coscienza sociale, in questa prospettiva, è un utile indicatore per verificare cosa, della nozione codicistica, resti attuale e debba essere sottratto alla potestà conformativa del legislatore.

669. – La proprietà, dunque, per essere «privata», pur svolgendo anche una **funzione sociale**, deve preservare la facoltà del proprietario di **godere e disporre del bene** che ne è oggetto, con preferenza rispetto ai terzi, pur nella responsabilità per l'uso del bene verso i terzi stessi e verso la società più in generale. Il rapporto del proprietario con il bene può e deve essere conformato dalla legge, non solo con intensi limiti esterni, ma anche con riguardo alle modalità di acquisizione, di godimento e di disposizione, come si desume dall'art. 42.2 Cost. Le limitazioni previste dalla legge che si traducono in una perdita della disponibilità del bene da parte del proprietario non sono pertanto giustificabili alla luce dell'art. 42.2, ma possono essere disposte unicamente attraverso l'espropriazione, prevista dal 3° co., e alle condizioni (interesse generale e non di terzi soggetti; indennizzo) da esso previste.

Questi principi dovrebbero valere, a nostro avviso, soprattutto per quei **beni** circa i quali la proprietà privata assume anche quella (residua) **valenza personalistica**, cui si accennava nel § 663. Non si tratta di invertire la gerarchia di valori tra «essere» ed «avere» che è in qualche modo sottesa alla Cost. it., ma di riconoscere che, per la visione del mondo da questa fatta propria, **alcune dimensioni della proprietà sono strumento di sviluppo della personalità** individuale. Ciò risulta anche dal passaggio dell'art. 42.2, che impone al legislatore di conformare la proprietà privata in modo da renderla **accessibile a tutti**, e vale specialmente per l'**abitazione**, dato che l'art. 47 prevede l'accesso del risparmio privato alla proprietà di essa. L'espressa previsione dell'accessibilità a tutti della proprietà è, a nostro avviso, non tanto una manifestazione del c.d. principio di eguaglianza sostanziale¹³, ma il punto di emersione nel testo costituzionale di quella valenza personalistica della proprietà privata in virtù della quale essa acquisisce carattere di **diritto fondamentale**. Rispetto a questi standard, il diritto vivente nell'ordinamento italiano si rivela per più profili problematico: si pensi all'assegnazione pressoché automatica dell'abitazione di proprietà alla coniuge, se anche madre, in caso di separazione (anche nei casi in cui tale abitazione sia di proprietà del marito o dei familiari di questo), che ha introdotto una sorta di espropriazione anomala; all'eccessiva compressione dei poteri del proprietario nei rapporti di locazione (ovviamente nei casi in cui il proprietario sia una persona fisica); alla tassazione della «prima casa» di proprietà prevista sino ad alcuni anni orsono.

670. – Entro questi limiti, sono forse condivisibili due rilievi. In primo luogo quello per cui esiste **una nozione costituzionale di proprietà privata**, che non coincide con quella codicistica, ma rappresenta solo il nucleo di quest'ultima, non disponibile

¹³ Come sostiene A. Moscarini, *Proprietà privata*, p. 102 ss. (ivi indicazione di ulteriore letteratura).

dal legislatore ordinario. In secondo luogo, quello per cui in base alla Cost. si assiste ad una **frammentazione degli statuti proprietari**, che dipendono dalle caratteristiche del bene oggetto di godimento. Così vi sarà uno statuto differenziato per la proprietà terriera (art. 44 Cost.), per la proprietà dell'abitazione (art. 47), per la proprietà dei beni di interesse paesaggistico, storico ed artistico (art. 9), per la proprietà dei beni di interesse ambientale, per la proprietà letteraria e dei beni prodotti dal proprio ingegno di natura scientifico-artistica (art. 33). Tale «**pluralità di statuti proprietari** ... pur non pregiudicando la caratterizzazione fondamentale della nozione costituzionale di proprietà privata, ne presuppone una relativizzazione del contenuto in dipendenza della natura dei beni che ne costituiscono l'oggetto». Pertanto, il legislatore «non potrà mai comprimere le relative facoltà in modo da vanificare in via generale l'interesse del privato a trarre dal bene posseduto utilità superiori agli svantaggi (costi) o da configurare il privato come “amministratore” o “fiduciario” del bene stesso al servizio di un interesse generale»¹⁴. Tuttavia la frammentazione degli statuti proprietari in tanto è ammissibile, in quanto risulti da opzioni del Costituente: il legislatore non potrebbe cioè conformare liberamente statuti proprietari differenziati al di fuori della differenziazione autorizzata dalla Carta costituzionale¹⁵.

671. – Fra gli aspetti del diritto di proprietà che hanno occupato maggiormente la giurisprudenza costituzionale vi è stato quello della determinazione dell'**indennizzo**, che in base all'art. 42.3 deve essere corrisposto al proprietario in caso di **espropriazione** per pubblica utilità (o di limitazione espropriativa). La Corte cost. ha precisato che tale indennizzo non deve necessariamente consistere in un **integrale ristoro** del sacrificio subito dal proprietario del bene espropriato, ma che esso, al tempo stesso, non può limitarsi ad un ristoro solo apparente, ma deve consistere quantomeno in un **serio ristoro** (sent. n. 67/1959, n. 5/1960, n. 91/1963, n. 223/1983, n. 390/2000). Questa posizione della Corte cost. è stata di recente modificata sotto la spinta della Corte di Strasburgo (ad es. caso *Scordino contro Italia*), che è più rigorosa della giurisprudenza italiana in materia di ammontare dell'indennizzo in caso di espropriazione.

Un altro profilo della disciplina dell'espropriazione circa il quale la Corte cost. ha adottato una posizione meno garantistica rispetto alla Corte europea è la c.d. **espropriazione indiretta**, vale a dire quella singolare forma di privazione della proprietà privata disposta dall'amministrazione senza previa dichiarazione di pubblica utilità, ma mediante l'acquisizione in via di fatto di un bene privato (per lo più la terra). Questa forma anomala di espropriazione è stata inizialmente giustificata dalla giurisprudenza amministrativa e da quella civile, e, dopo la sua contestazione da parte della giurisprudenza di Strasburgo, è stata riconosciuta dalla legge statale. Negli ultimi anni la sua portata è stata circoscritta e delimitata, ma non eliminata e la Corte cost., con la sent. n. 71/2015, ha riconosciuto la legittimità costituzionale delle norme che attualmente la prevedono, sia pure come ipotesi eccezionale.

¹⁴ A. Baldassarre, *Proprietà*, p. 9.

¹⁵ ... come sosteneva invece M.S. Giannini, *Basi costituzionali*, p. 467 e 477.

La libertà di iniziativa economica

672. – La libertà di iniziativa economica è l’erede storica della libertà del commercio e dell’industria conquistata dalle rivoluzioni borghesi e riconosciuta in alcune Cost. del XIX secolo¹⁶. L’art. 41.1 Cost. disciplina l’**iniziativa economica privata**, stabilendo che essa è **libera**, mentre i due commi successivi hanno ad oggetto lo svolgimento di essa. L’art. 41.2 prevede una serie di **limiti negativi**, configurati cioè come ambiti che perimetrano dall’esterno la libertà, secondo la logica seguita dalla Carta costituzionale nelle altre libertà costituzionali sinora esaminate: la sicurezza, la libertà e la dignità umana, oltre all’utilità sociale. L’art. 41.3 individua dei **limiti positivi** alla libertà di iniziativa, stabilendo che essa può essere funzionalizzata, vale a dire «indirizzata a fini sociali», mediante programmi e controlli stabiliti per legge. All’iniziativa come tale non sono apposti specifici limiti: essa è infatti qualificata semplicemente come «libera», mentre i limiti, positivi e negativi, si riferiscono (letteralmente) allo svolgimento di essa.

673. – **Titolari** di questa libertà sono **tutti**, non solo i cittadini. Poiché la disposizione parla di iniziativa economica «privata», e poiché nel successivo art. 42 i costituenti precisarono espressamente che «la proprietà è pubblica o privata», si deve ritenere che l’art. 41 garantisca costituzionalmente solo l’attività economica svolta da **soggetti privati**. Ciò non significa che allo Stato e agli enti pubblici sia costituzionalmente vietato di intervenire nell’attività economica (come risulta con chiarezza dall’art. 41.3 e dall’art. 43), ma solo che tale attività non può essere ritenuta espressione di una libertà costituzionalmente garantita (che rispetto ad essa è tanto poco sensata quanto lo è l’estensione all’ateismo della tutela della libertà religiosa). L’attività economica pubblica è concepita come integrativa e complementare rispetto a quella privata¹⁷.

674. – Considerato l’impianto della disposizione ed i limiti penetranti allo svolgimento dell’iniziativa, una parte della dottrina ha sottolineato la netta distinzione fra l’**iniziativa** e lo **svolgimento**. La finalità di questa impostazione era garantistica: stante la funzionalizzazione della libertà in questione operata nel 2° e soprattutto nel 3° co. dell’art. 41, si è tentato di «**isolare**» **uno spazio**, quello dell’iniziativa in senso proprio, **che non potrebbe essere funzionalizzato** e che dovrebbe anzi essere ricostruito come un diritto della personalità. L’art. 41 stabilirebbe «la libertà dell’iniziativa economica privata e che di essa possa essere disciplinato con norme cogenti solo “il mo-

¹⁶ F. Galgano, *Il governo dell’economia*, p. 144. Esempi di riconoscimento costituzionale della libertà dell’industria e commercio possono trovarsi nell’art. 23 Cost. portoghese del 1826, nell’art. 13 Cost. francese del 1848 (v. § 35), nell’art. 29 Cost. svizzera del 1848 e nell’art. 31 Cost. svizzera del 1874. Allo stesso filone può essere forse ricondotta la libertà di «esercitare attività lucrative nei limiti previsti dalla legge» di cui all’art. 6 *Staatsgrundgesetz* austriaca del 1867.

¹⁷ M. Luciani, *Rapporti economici*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano, 1998, p. 178.

do di svolgimento” delle singole iniziative, ma non imposto “lo svolgimento” di alcuna attività economica; e che programmi e provvedimenti delle autorità possono solo indirizzare l’attività economica privata verso determinati fini, ma debbono **lasciare ai privati la libertà di decisione e di attuazione delle proprie iniziative**, entro il quadro generale ed astratto del modo di svolgimento delle iniziative fissato dalle leggi»¹⁸. La libertà di cui all’art. 41.1 garantirebbe la potestà di scelta in ordine a qualsiasi attività economicamente rilevante: non solo, dunque, l’attività di impresa, ma ogni rapporto di tipo patrimoniale¹⁹, mentre altri ritiene che l’art. 41 si riferisca alla produzione economica privata e che il 1° co. di tale disposizione garantisca la libertà dell’investimento capitalistico. L’ambito protetto dall’art. 41.1 Cost. sarebbe garantito con il classico meccanismo giuridico della **libertà individuale** costituzionalmente garantita, che avrebbe ad oggetto la **decisione sul se investire** e, ove si includa nell’iniziativa anche tale ambito di scelta, sul se intraprendere una determinata attività economica. Vi sarebbe incluso secondo alcuni il diritto di creare o di non creare una impresa e il diritto di cessare dallo svolgimento di tale attività²⁰. Per chi vede nella decisione di investire l’oggetto specifico della garanzia di cui all’art. 41.1, ciò significherebbe che l’«atto di destinazione di beni capitali al processo produttivo» è incoercibile²¹.

675. – A nostro avviso **la distinzione fra iniziativa e svolgimento** ha una base meramente onomastica e **non regge dal punto di vista sistematico**. Da un lato, infatti, la garanzia in forma piena della iniziativa non ha molto senso (se non nel suo versante negativo) se poi lo svolgimento di essa è assoggettato a limiti che lo circoscrivono in profondità. Inoltre «la libertà economica privata, anche quando si svolge imprenditorialmente (e cioè professionalmente), si risolve non in un unico... atto di iniziativa, ma in **una costante** (e, comunque, non isolata) **serie di iniziative** (nella innovazione tecnologica, nella presentazione della merce, nelle modalità di distribuzione, nell’espletamento del servizio, nelle forme giuridiche di presenza sul mercato, nella comunicazione pubblicitaria ecc.) ...». Di conseguenza, i limiti della sicurezza, della libertà e della dignità umana e quello dell’utilità sociale astringono la stessa iniziativa, non il solo svolgimento, configurandosi come limiti negativi alla libertà di cui all’art. 41 nel suo complesso²². Anche la Corte cost. si è mossa in questa direzione, talora implicitamente (sent. n. 29/1957, 50/1957, 7/1962), talora espressamente (sent. n. 30/1965, 78/1958, 155/1990). In particolare, nella sent. 155/1990 si afferma nettamente che l’estensione dei limiti alla stessa iniziativa «è ormai *ius receptum*»; secondo la sent. n. 35/1959, la disciplina dell’art. 41.1 e quella degli art. 41.2 e 41.3 «costituisce un tutto organico». Correlativamente, si deve giungere alla conclusione che la libertà garantita dall’art. 41 include non solo la scelta di esercitare l’attività economica

¹⁸ Si tratta appena di uno spunto, che si può vedere in C. Esposito, *Note esegetiche*, p. 184.

¹⁹ M. Mazzotti, *Il diritto al lavoro*, p. 151.

²⁰ S. Ninatti, *Iniziativa*, p. 3144.

²¹ A. Baldassarre, *Iniziativa*, p. 594.

²² In questo senso A. Pace, *Problematica*, II, p. 461 ss.

e l'atto di investimento, ma la **libertà di impresa**, incluse le singole manifestazioni di essa: ma tutte queste attività sono riconosciute nei limiti previsti dall'art. 41 Cost.

Esiste ovviamente anche un **versante negativo della libertà economica** (il diritto di non intraprendere e di non destinare i propri capitali al processo produttivo): per esso, tuttavia (come accade per altre libertà) i limiti previsti nell'art. 41 non valgono necessariamente nello stesso modo che per il versante positivo.

676. – Secondo la sent. n. 29/1957 della Corte cost., la libertà di iniziativa «si traduce nella possibilità di indirizzare liberamente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico». Le attività economiche tutelate dall'art. 41 includono sia l'**impresa** che la **piccola impresa**, ma mentre secondo alcuni troverebbe garanzia nell'art. 41 Cost. solo l'attività di impresa in senso stretto²³, la tesi maggioritaria ritiene che l'art. 41 garantisca anche il lavoro autonomo, le attività economiche occasionali²⁴ e quelle consistenti nell'esercizio di una professione intellettuale, mentre alcuni vi hanno incluso anche il semplice sfruttamento economico di alcuni beni (come la proprietà di una abitazione, mediante la sua locazione – anche se qui forse si rientra nel raggio di azione dell'art. 42, cioè della proprietà privata, più che della libertà di iniziativa). Dalla sfera di operatività dell'art. 41 rimane comunque **escluso il lavoro subordinato**, che è invece protetto da altre disposizioni costituzionali (art. 35 e ss. Cost.).

I limiti

677. – L'art. 41.2 prevede quattro **limiti «negativi»** allo svolgimento dell'iniziativa economica: a) la **sicurezza**; b) la **libertà**; c) la **dignità umana**; d) l'**utilità sociale**. La libertà di iniziativa non può svolgersi in modo da «recare danno» ai primi tre beni e non può porsi «in contrasto» col quarto. Mentre in una fra le sue prime sentenze (n. 50/1957) la Corte cost. aveva affermato che queste limitazioni sono «rese indispensabili dalle superiori esigenze dalla comunità statale» (giustificando in tal modo delle norme che avevano previsto dei divieti di esportazione), nella sent. n. 78/1970 la Corte ha precisato che «i limiti che possono essere prescritti a tale libertà (...) non debbono essere tali da renderne impossibile o estremamente difficile l'esercizio».

I limiti alla libertà di iniziativa economica sono assoggettati ad una **riserva di legge**, che è espressamente prevista solo nel 3° co. per i limiti «positivi» (su cui v. § 683), ma che la Corte cost. ritiene implicitamente operante anche per il 2° co.²⁵, sulla base

²³ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 175.

²⁴ A. Pace, *L'iniziativa economica privata*, p. 1600; M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, p. 151 ss. A. Balassarre, *Iniziativa*, p. 594, che invece riconduce all'art. 41 solo la produzione economica privata, reputa che le altre attività economiche ora citate siano garantite dalla libertà di lavoro di cui all'art. 4 Cost. e dalle altre disposizioni del titolo III della parte I della Cost.

²⁵ Secondo M. Luciani, *La produzione*, p. 156, la riserva di legge si estende all'art. 41.2 Cost., ma solo per il limite dell'utilità sociale (non dunque per quelli della sicurezza, della libertà e della dignità umana)

dell'argomento che «ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro diretta investitura» (sent. n. 4/1962). Un es. si può vedere nella sent. n. 54/1962, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il r.d.l. n. 278/1936 per la mancata specificazione a livello legislativo dei fini di utilità sociale, che pure, secondo la Corte, avrebbero potuto, nel caso specifico, giustificare una limitazione radicale della libertà di iniziativa (si trattava del consorzio obbligatorio dei produttori di bergamotto). La riserva di legge in questione non ha però **carattere** assoluto, ma **relativo**²⁶.

678. – La **sicurezza** si riferisce sia «alla generalità dei consociati», sia «agli specifici rapporti mediante cui si realizza la organizzazione interna della produzione»²⁷: dal primo punto di vista, questo limite intende proteggere l'ordine pubblico generale, inteso in senso materiale, dal secondo punto di vista vengono in questione le esigenze di sicurezza dei lavoratori coinvolti nell'attività produttiva.

Nella sent. n. 58/2018 la Corte cost. ha ritenuto che il d.-l. n. 92/2015, volto a garantire la continuità dell'attività produttiva dell'ILVA di Taranto, sottoposta a sequestro da parte della magistratura, non desse adeguato rilievo alla esigenza di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (mettendo dunque in evidenza il **nesso fra la sicurezza** di cui all'art. 41.2 e la **salute** tutelata dall'art. 32 Cost.) e l'ha pertanto dichiarato costituzionalmente illegittimo. Secondo la sent. n. 58/2018, «rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona». Valutazione che, in generale, è senz'altro condivisibile, anche se si può dubitare che la sent. abbia dimostrato che le norme da essa annullate fossero effettivamente carenti dal punto di vista indicato.

All'esigenza di tutelare la sicurezza ci sembrano riconducibili le limitazioni alla libertà di impresa disposte con d.-l. n. 19/2020 durante l'**emergenza Coronavirus**. In questo caso il vincolo di proporzionalità delle restrizioni era in parte assicurato da un sistema di deroghe e dal meccanismo del silenzio-assenso, che consentivano a varie imprese di continuare a svolgere la loro attività, a condizione di garantire con apposite misure la sicurezza dei lavoratori. Più problematica è la possibilità di giustificare i divieti generali e incondizionati previsti per alcuni tipi di attività nelle quali il distanziamento sociale era più problematico (bar, ristoranti, parrucchieri, ecc.).

679. – Più complessa è la determinazione del significato dei termini «**libertà**» e «**dignità umana**» nel contesto specifico dell'art. 41. Si è sostenuto che queste due clausole mirerebbero «a realizzare non una tutela meramente generica dei beni individuali dell'uomo, sibbene una protezione immediata della personalità». Esse configurerebbero «i momenti essenziali di quel concetto generale di **personalità** la cui tutela è riconosciuta in via di principio dall'art. 2 Cost.», estendendone la tutela in mo-

e solo per gli interventi limitativi consentiti dalla Cost., non per quelli imposti da essa (p. 154).

²⁶ Si v. ad es. le sent. n. 103/1957, n. 40/1966, n. 111/1967. M. Luciani, *La produzione*, p. 185, osserva che la legge deve circoscrivere la discrezionalità amministrativa.

²⁷ A. Baldassarre, *Iniziativa*, p. 601.

do da imporne «il rispetto non soltanto nei confronti dell'autorità pubblica, come vuole la tradizione dei diritti pubblici soggettivi, ma altresì verso quella eventuale "autorità privata" che dipenderebbe in tal caso dall'imprenditore stesso». Mentre la «libertà» proteggerebbe la dimensione dinamica della personalità individuale, tutelando nell'impresa «tutte le libertà costituzionali riconosciute ai singoli»²⁸, con il limite della dignità l'art. 41.2 proteggerebbe la dimensione statica della personalità. Mediante essa sarebbe possibile «tutelare l'individuo umano sia nei confronti di tutti gli ostacoli che lo pregiudichino privandolo ... della possibilità stessa di determinare ... la propria personalità, sia proteggendolo in quegli specifici beni, quali, ad es., il mantenimento di un livello umano di sussistenza per sé e per la propria famiglia o l'integrità della propria forza di lavoro, che costituiscono la sua personalità di lavoratore».

Questa tesi è stata seguita anche in alcune sentenze della Corte cost., come la sent. 103/1989, nella quale il principio di parità di trattamento dei lavoratori (nella fattispecie la parità di trattamento retributivo tra lavoratori che svolgono le stesse mansioni) è stato inteso come un limite all'iniziativa economica basato sulla dignità del lavoratore. Tuttavia questa impostazione pare criticabile²⁹ in quanto confonde la dignità con l'eguaglianza e dilata eccessivamente i limiti alla libertà economica (aprendo la strada al controllo giurisdizionale «sulla legittimità dei più importanti fra gli atti imprenditoriali della c.d. amministrazione del rapporto di lavoro»³⁰), ed assorbe nei limiti a questa libertà anche disposizioni già dotate di una loro autonoma consistenza: si pensi alla tutela del lavoro prevista dall'art. 35 e ss. Cost. e in particolare alle garanzie di cui all'art. 36 Cost.

680. – La lettura di queste clausole deve invece essere collocata nella stessa prospettiva che si è vista per la sicurezza: esse **proteggono** sia **la collettività in generale**, sia **la specifica unità produttiva**³¹ e si estendono, a nostro avviso, alla stessa fase dell'iniziativa in senso stretto. Esse **vietano** quindi **attività produttive** che sono o possono rivelarsi **dannose** per la libertà e la dignità della persona, conculcandone la natura e reificandola, trattandola cioè alla stregua di una cosa. Il concetto decisivo è quello di **dignità** umana, intesa in senso oggettivo, cioè come nucleo duro incomprimibile della personalità umana, come divieto di ridurre la persona a una cosa e che deve essere distinto dalla nozione di (pari) dignità sociale prevista in via generale dall'art. 3 Cost. (si v. § 292). Ed il termine libertà, affiancato a dignità, rafforza semplicemente la tutela di quest'ultima: le due parole danno luogo ad una endiadi. Pertanto, non vengono in questo modo garantite all'interno dell'impresa tutte le libertà che spettano alla persona nei confronti dello Stato e l'art. 41 non impone che l'impresa sia governata secondo le regole di una democrazia liberale. Dai limiti della libertà e della di-

²⁸ A. Baldassarre, *Iniziativa*, p. 602.

²⁹ Cf. C. Colapietro, *La giurisprudenza nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, p. 195.

³⁰ E. Ghera, *Parità di trattamento e principio di correttezza nel rapporto di lavoro*, in *Gco*, 1989, I, p. 555.

³¹ In questo senso M. Luciani, *La produzione*, p. 158.

gnità umana (ed in particolare da quest'ultima) risulta protetto solo il nucleo incompressibile che rende l'uomo un essere unico ed irripetibile.

Appare dunque condivisibile la conclusione cui è giunta la Corte cost. nella sent. n. 141/2019, in cui ha ritenuto che il limite della dignità umana giustifichi le norme penali che, reprimendo le c.d. «condotte parallele» alla prostituzione (reclutamento e favoreggiamento), non consentono di qualificare la prostituzione volontaria come una forma di libera attività economica tutelata dall'art. 41 Cost.: tale attività è infatti in contrasto con la dignità umana. Secondo la sent. 141/2019, il concetto di dignità nell'art. 41 deve essere «**inteso in senso oggettivo**» e non in senso soggettivo, cioè secondo la concezione che ne abbia il soggetto interessato (che invece la Corte cost. stessa considera rilevante sui temi etici: si v. la sent. 242/2019 nei § 914 ss.)

681. – L'«**utilità sociale**» è un «**principio-valvola**»³², la cui definizione è rimessa di volta in volta al legislatore: essa è stata inserita in Cost. al fine di consentire al legislatore di limitare la libertà di iniziativa economica per ragioni di interesse generale³³. Secondo alcuni, il concetto di «utilità sociale» sarebbe caratterizzato da una «bipolarità semantica»: esso troverebbe applicazione sia alla singola unità produttiva considerata – in particolare a tutela dei lavoratori dipendenti – sia alle attività rivolte all'esterno, tutelando così l'intera società o specifici gruppi di persone³⁴. Questa tesi è stata accolta in varie sentenze della Corte cost., come la sent. n. 30/1965, ove si afferma che l'utilità sociale può consistere nella **tutela delle situazioni economiche più deboli all'interno di un rapporto contrattuale**, mentre in altre sent., come la n. 97/1969, si afferma che possono essere considerati **sociali** solo gli **interessi che «fanno capo** mediatamente o immediatamente **alla collettività nazionale** e non esclusivamente a singole categorie di lavoratori». Sembra dunque che l'utilità sociale – che è nozione più ampia rispetto all'interesse pubblico (se inteso come interesse dello Stato-persona) – consista nella **utilità della «società nel suo insieme** e non [di] singole sue parti, espressioni o frazioni»: essa non coincide necessariamente con gli interessi delle categorie sociali sfavorite di fatto ed è la sintesi degli **interessi della società** e non di semplici interessi di gruppo³⁵.

Non è invece condivisibile la tesi secondo cui mentre l'iniziativa economica privata sarebbe un ostacolo alla realizzazione degli obiettivi indicati dall'art. 3.2 Cost. – vale a dire la rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla vita economica, sociale e poli-

³² M. Luciani, *La produzione*, p. 79 ss.

³³ Secondo G. Lombardi, *Contributo*, p. 58, l'utilità sociale «è un concetto positivo, e non traccia tanto un limite alla legge, in quanto appare volto, piuttosto, a giustificarne la funzione limitatrice e coordinatrice nel quadro della realizzazione dei postulati economici e sociali espressi via via dal testo costituzionale in numerosi precetti, in rapporto ai quali assume una portata concettualmente unificatrice».

³⁴ A. Baldassarre, *Iniziativa*, p. 603.

³⁵ M. Luciani, *La produzione*, cit., p. 125 e 128. Secondo P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 59 ss. l'utilità sociale protegge interessi di tutta la collettività, mentre la sicurezza, la libertà e la dignità umana tutelano gli interessi dei lavoratori subordinati.

tica del Paese – l'utilità sociale esprimerebbe un valore funzionale a tali obiettivi³⁶. Al contrario, l'esperienza storica dimostra che la libera iniziativa economica è una delle principali condizioni per la ricchezza delle nazioni e che, pertanto, essa costituisce lo strumento principale per costruire una società capace di soddisfare le aspirazioni dell'uomo: limiti eccessivi ad essa producono quasi sempre una riduzione del benessere collettivo. Tuttavia queste affermazioni generali non valgono in ogni caso e incontrano eccezioni: ed il limite dell'utilità sociale svolge appunto la funzione di impedire che l'iniziativa economica privata, che ordinariamente, in quanto produzione per lo scambio di beni e servizi, ha un valore socialmente positivo, se non propriamente personalistico, e comunque corrispondente alle esigenze di una società libera, possa, per alcune forme o caratteristiche, convertirsi in un **danno** per la società stessa.

682. – Nel giudizio di costituzionalità delle leggi il controllo sull'utilità sociale ha assunto le forme di un giudizio di ragionevolezza³⁷, dato che, secondo la Corte cost., i limiti riconducibili all'utilità sociale non devono essere configurati in forma arbitraria né palesemente incongrua³⁸. La Corte cost. non ha tuttavia utilizzato un test di **proporzionalità** per verificare in maniera penetrante se gli specifici limiti apposti all'iniziativa economica privata siano giustificati dal perseguimento di un fine legittimo, astrattamente idonei a raggiungerlo e risultino essere i meno invasivi fra le diverse restrizioni utilizzabili³⁹. D'altro canto, la Corte ha ricondotto alla nozione di utilità sociale la protezione di vari beni non citati espressamente nell'art. 41, come la tutela dell'ambiente (sent. 151/2018)⁴⁰.

La «funzionalizzabilità» dell'iniziativa economica

683. – Mentre i limiti sinora esaminati (sicurezza, libertà, dignità umana e utilità sociale) astringono **dall'esterno** la libertà di iniziativa, l'art. 41.3 Cost. abilita la **legge**

³⁶ M. Luciani, *La produzione*, p. 127.

³⁷ Secondo S. Ninatti, *Iniziativa*, p. 3146 il ruolo della utilità sociale è progressivamente scemato, mentre è diventato sempre più prevalente il giudizio di ragionevolezza.

³⁸ Si v. ad es. le sent. n. 167/2009, 152/2010, 56/2015, 203/2016 e 85/2020.

³⁹ Tuttavia, l'art. 1 d.-l. n. 1/2012 (conv. in l. n. 27/2012) contiene una norma generale volta ad abrogare una serie di «divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate». In alcune sent., come le n. 200 e 299/2012, 125 e 178/2014, la Corte ha sottolineato che un eccesso di regolazione finisce per contrastare con l'utilità sociale.

⁴⁰ Seguendo la sintesi proposta da M. Giampieretti, *Art. 41*, cit., p. 415 si possono elencare i seguenti interessi costituzionalmente rilevanti: salute, lavoro, pieno impiego, tutela della donna lavoratrice, diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, riposo settimanale dei lavoratori, adempimento dell'obbligo tributario, interesse dell'economia e della finanza dello Stato, tutela della cultura e delle tradizioni locali, famiglia, contraente debole, concorrenza, consumatori.

a prevedere **programmi e controlli** per indirizzare e coordinare l'attività economica a fini sociali. Si tratta di un limite di natura diversa da quelli che si sono visti sinora riguardo alle libertà fondamentali: mediante essi, l'iniziativa economica può infatti essere indirizzata a **fini** diversi da quelli scelti dal titolare di questo diritto. L'iniziativa economica può cioè essere **funzionalizzata** secondo le modalità previste dall'art. 41.3: essa può essere orientata al perseguimento di interessi diversi da quelli liberamente scelti dal suo titolare.

684. – L'art. 41.3 Cost. costituisce il titolo di legittimità costituzionale della **programmazione** economica, la quale può riguardare specifici settori dell'economia o riferirsi più in generale all'attività economica nel suo complesso. Mentre la **programmazione generale** è stata effettivamente tentata a livello nazionale solo durante gli anni '60, in particolare con la l. n. 685/1967, relativa al quinquennio 1966-70, la **programmazione di settore** ha in vario modo interessato specifici settori economici.

Nella sent. n. 78/1970, a proposito del Consorzio obbligatorio per la produzione dei fiammiferi, nel quale era impedita la partecipazione di imprese nuove, la Corte cost. ha precisato che «**i programmi e i controlli** che possono essere imposti alla attività economica privata ... **non debbono ... sopprimere l'iniziativa individuale**, ponendo essi soltanto tendere ad **indirizzarla e coordinarla**».

La libertà di contratto

685. – Si discute sulla possibilità di ravvisare nell'art. 41 Cost. una tutela indiretta dell'autonomia e della libertà contrattuale. Secondo la sent. n. 241/1990, «il principio dell'**autonomia contrattuale** – che comporta, tra l'altro, libertà di scelta del contraente e del contenuto del contratto – se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del Cod. civ. del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Cost., che non solo lo **tutela** in via meramente **indiretta**, come strumento della libertà di iniziativa economica (sent. n. 159/1988), ma pone **limiti** rilevanti a tale libertà». Per quanto riconosciuta solo indirettamente, la libertà contrattuale non dunque è priva di rilevanza costituzionale. Essa è certamente presupposta da vari articoli della Cost.: oltre che dall'art. 41 (concludere contratti è essenziale per esercitare la libertà economica) e dall'art. 42 (il diritto di proprietà include il diritto di disporre del bene, anzitutto mediante contratto), lo è anche dall'art. 18 (per la costituzione di una associazione), dall'art. 4 (per esercitare il diritto di lavorare) e – intesa in senso lato – dall'art. 29, per contrarre matrimonio. Ovviamente la libertà contrattuale sarà astretta dai medesimi **limiti** previsti per le libertà menzionate in Cost. da cui essa può essere desunta.

686. – La libertà contrattuale per finalità non riconducibili ad una specifica fattispecie costituzionale va invece ricondotta all'art. 23 Cost. o – per coloro che condividono la tesi della «fattispecie aperta» (§ 239) – all'art. 2 Cost. Riguardo ai limiti della libertà contrattuale, la sent. n. 7/1962, aveva precisato che «l'esigenza del conseguimento (dei fini sociali), come giustifica l'imposizione di condizioni restrittive per lo

svolgimento dell'autonomia contrattuale, così può consentire la modifica o l'**eliminazione di clausole di contratti in corso** quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale». Ci si può però chiedere se ai limiti all'autonomia contrattuale non debba essere applicato il principio di proporzionalità e se essa non presenti un nucleo incompressibile, in particolare relativamente alla scelta sul se concludere contratti con altri soggetti. Al di fuori di questo nucleo è comunque certa nell'ordinamento italiano la **prevalenza delle leggi sui contratti** e la legittimità di clausole delle prime direttamente operative nei secondi, indipendentemente dalla volontà delle parti.

Per una conclusione diversa si possono invece ricordare le sentenze della Corte suprema degli Stati Uniti che all'inizio del XX secolo dichiararono costituzionalmente illegittime leggi statali che prevedevano limiti massimi all'orario lavorativo e al lavoro notturno per donne e bambini: v. ad es. la sent. nel celebre caso *Lochner v. New York*⁴¹, in cui la Corte suprema nel 1905 dichiarò incostituzionale per violazione della libertà di contratto (radicata nel XIV emend. alla Cost. degli Stati Uniti) una legge dello Stato di New York (il *Bakeshop Act*) che aveva imposto un limite massimo di 60 ore lavorative settimanali per gli adulti e di 10 per i bambini nelle panetterie.

687. – Nell'art. 41 Cost. è protetta anche la **libertà di commercio**. In tal senso si è espressa con nettezza la Corte cost. nella sent. n. 97/1969, ove si afferma che «la libertà di commercio, come **gode della tutela accordata dall'art. 41 Cost.**, così soggiace a quei **limiti** che tale disposizione consente di imporre a salvaguardia di beni che la Cost. considera preminenti rispetto alla libertà di iniziativa economica. Fra questi limiti viene qui in evidenza quello connesso all'**utilità sociale**».

Secondo questa stessa pronuncia il sistema delle **licenze commerciali** trova collocazione nell'art. 41 Cost., alla condizione che la concessione delle licenze sia collegata a fini di utilità sociale: «gli interventi autoritativi (...) devono essere esercitati secondo le direttive che risultano dall'art. 41 Cost.: di tal che essi sono legittimi se ed in quanto siano essenziali alla tutela di quegli interessi che, per la loro consistenza ed in relazione allo sviluppo della società, fanno capo mediatamente o immediatamente alla collettività nazionale e non esclusivamente a singole categorie di operatori economici».

Concorrenza e mercato

688. – Si discute anche sulla possibilità di fondare nell'art. 41 il principio della **libera concorrenza**:⁴² ci si chiede se essa sia implicita nella stessa nozione di iniziativa

⁴¹ 198 U.S. 45 (1905).

⁴² L'esempio più antico di disposizione costituzionale volta a proteggere la concorrenza, come profilo della libertà economica, era forse l'art. 31-*sexies* della Cost. Svizzera del 1874, introdotto con un emendamento, approvato nel 1977 e oggi ripreso dall'art. 96 della Cost. del 1999. La protezione espressa della concorrenza si ritrova poi in tre Cost. di Stati post-comunisti, tutte approvate nel 1991 Romania (art. 134), Lituania (art. 46.4) e Slovenia (art. 74.3). Formulazioni aventi lo stesso fine, ma senza l'uso della parola concorrenza, si trovano anche nell'art. 49.2 della Cost. della Croazia del 1990 («Lo Stato assicura a