

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 5 - dicembre 2011

Ragionando
sull'art. 41 della Costituzione:
un dialogo interdisciplinare

IANUS

Diritto e Finanza

N. 5 - 2011

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 5 - dicembre 2011

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<http://www3.unisi.it/ianus/>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

RAGIONANDO SULL'ART. 41 DELLA COSTITUZIONE: UN DIALOGO INTERDISCIPLINARE

Presentazione	5
Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla <i>wirtschaftsverfassung</i> e il “posto” dell’art. 41 della Costituzione italiana, di FRANCESCO SAIITO	9
Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale, di ANDREA M. ALTIERI, ANTONIO DELL’ATTI, FABIO DI CRISTINA ..	77
Disciplina <i>antitrust</i> e limiti all’iniziativa economica privata: difficoltà di coordinamento alla luce del caso Alitalia, di ANTONIA OLIVA	113
Lo sviluppo competitivo delle imprese meridionali: inadeguatezza delle misure ed inidoneità degli strumenti di finanza pubblica per l’avvio di processi indirizzati alla crescita economica, di LAURA LETIZIA	137
Buona fede ed art. 41: alla ricerca di un diritto contrattuale “giusto”, di IVAN LIBERO NOCERA	169
Limiti all’iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. “clausole sociali”, di STEFANO COSTANTINI	199
Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale, di FEDERICO SIOTTO	263
La certificazione dei contratti come modello di autoregolazione e strumento di controllo dell’attività d’impresa ai sensi dell’art. 41, comma 3 della Costituzione, di FLAVIA PASQUINI, DAVIDE VENTURI	303

GIURISPRUDENZA

- Potere di autotutela, strumenti derivati e finanza pubblica alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032, di GIULIA UCCIARDELLO 341

NOVITÀ BIBLIOGRAFICHE

- U. Tombari, *Il diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, Milano, 2010, di DARIO NARDI 357

PRESENTAZIONE

Questo fascicolo monografico della Rivista *Ianus. Diritto e Finanza (International Journal of Law and Finance)* raccoglie gli atti di un seminario di studi organizzato dal Dipartimento di Diritto dell'economia dell'Università degli Studi di Siena sul tema *Ragionando sull'art.41 della Costituzione: un dialogo interdisciplinare*. L'iniziativa, alla sua seconda edizione, si è fondata su una *call for papers* lanciata nell'autunno 2010. La *call* ha ricevuto oltre una ventina di *abstract* da giovani studiosi di varie discipline giuridiche – ai quali era esplicitamente rivolta – tra cui sono stati selezionati i partecipanti.

Il seminario, svoltosi nei giorni 17 e 18 giugno 2011 presso la Facoltà di Economia Richard M. Goodwin dell'Università degli Studi di Siena, ha rappresentato un'occasione di confronto su un tema di grande attualità della riflessione giuridica quale l'art. 41 della Costituzione, spesso, come anche di recente, oggetto di rilievi critici e di propositi di modifica. In particolare, la complessa questione rappresentata dalla necessità di bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica privata e i valori con essa potenzialmente confliggenti, la nozione polivalente ed elastica di “utilità sociale” in essa contenuta, la questione dell'interpretazione della norma come garanzia della libertà di concorrenza, nonché il rilievo da questa assunto in ordine alla programmazione economica sempre più invocata come strumento di risanamento dei conti pubblici hanno costituito i temi sviluppati e dibattuti nell'ambito del seminario, fortemente caratterizzato da un approccio interdisciplinare.

Il seminario si è articolato in tre sessioni – presiedute rispettivamente dai Proff. Paolo Ridola (Università La Sapienza), Franco Belli e Vittorio Santoro (entrambi dell'Università di Siena) – in cui, alla presentazione dei *papers* da parte dei partecipanti, è seguita la discussione che ha coinvolto professori, ricercatori ed esperti delle singole materie.

Muovendo da un inquadramento generale della portata dell'art. 41 della Costituzione (prima sessione), il *workshop* ha poi concentrato la sua attenzione sull'applicazione dell'art. 41 in casi particolari, precisamente la vicenda Alitalia, la Banca del Mezzogiorno e l'assetto della finanza pubblica nell'imprenditoria meridionale (seconda sessione). Uno sguardo particolare è stato, infine, dedicato agli effetti dell'art. 41 della Costituzione nei rapporti contrattuali ed, in particolare, nei rapporti di lavoro.

Nella terza sessione, infatti, si sono posti interrogativi di grande attualità sull'art. 41 Cost. quale fondamento del potere di licenziamento del datore di

lavoro, delle norme volte a regolare il mercato del lavoro, nonché delle disposizioni tese a regolare gli effetti sociali e a gestire le tensioni occupazionali, conseguenti ai processi di liberalizzazione del mercato e di privatizzazione delle imprese operanti in determinati settori dell'economia. Gli atti seguono l'impostazione del seminario, pur non raccogliendo tutti i contributi presentati.

È doveroso da parte nostra esprimere il ringraziamento più sincero a tutti i partecipanti – relatori, moderatori e *discussant* – a cui va il merito della buona riuscita dell'iniziativa che ci ha fornito lo stimolo per organizzare una terza edizione dell'incontro che avrà per oggetto “Il diritto ai tempi della crisi”.

Infine un ringraziamento sentito è altresì dovuto ai *referee* che, pur non appartenendo all'Università di Siena, hanno svolto un lavoro tanto silenzioso e puntuale quanto indispensabile in vista della pubblicazione di questi atti.

Massimo D'Auria, Claudia Faleri, Gabriella Gimigliano, Nicola Vizioli

**RAGIONANDO SULL'ART. 41 DELLA COSTITUZIONE:
UN DIALOGO INTERDISCIPLINARE**

**ECONOMIA DI MERCATO E REGOLAZIONE STATALE:
LA CONTROVERSIA TEDESCA SULLA
WIRTSCHAFTSVERFASSUNG E IL “POSTO” DELL’ART.
41 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA**

Francesco Saitto

*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell’Università di Siena*

Il lavoro ripercorre, dopo aver ricostruito il dibattito dottrinario tedesco e la giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht in materia di Wirtschaftsverfassung e aver sottolineato alcune differenze con la realtà italiana, lo spazio che, a partire dall’Assemblea costituente, hanno avuto i principi del mercato concorrenziale e dell’iniziativa economica privata alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale. Questi si sono lentamente affermati nella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha, nel tempo, dato sempre maggiore spazio al principio della concorrenza anche alla luce del diritto comunitario e dell’introduzione in Costituzione dell’art. 117, comma 2, lett. e).

This work analyses, also in comparison with the German literature and the Bundesverfassungsgericht’s jurisprudence on the so-called “Economic Constitution”, the space that the principles of competitive market economy and of private enterprise have played in the Italian constitutional order since the time of the Constituent Assembly and in light of the Italian Constitutional Court’s jurisprudence. The article will show how these two principles have become increasingly relevant in the jurisprudence of the Constitutional Court due to developments in European Union Law and the introduction of art. 117, comma 2, lett. e) in the Italian Constitution.

Sommario

1. Premessa
2. Ordine costituzionale dell’economia e Stato costituzionale. Il primo dibattito tedesco in materia di *Wirtschaftsverfassung* e la ricerca di un *institutionelles System*
3. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e la dimensione oggettiva dei diritti fondamentali. Multidimensionalità e integrazione nelle pieghe della *Wirtschaftsverfassung*
4. Il dibattito sull’art. 41 Cost.: mercato e libertà di iniziativa economica privata in Italia

5. La Corte costituzionale sull'ordine del mercato, la libertà di iniziativa economica «presa sul serio»: a) Il principio di concorrenza nella giurisprudenza costituzionale precedente alla modifica del Titolo V
6. *Segue*: b) «concorrenza “per” il mercato e concorrenza “nel” mercato»: la giurisprudenza costituzionale nel nuovo quadro delle competenze
7. *Segue*: c) Regolazione del mercato e art. 41 Cost., una virtuosa osmosi tra iniziativa economica, concorrenza e altri interessi costituzionalmente rilevanti
8. Verso una conclusione: un difficile equilibrio nell'art. 41 Cost

«Ihr Italiener habt das Wechslergeschäft und die Banken erfunden; das verzeih' euch Gott. Aber die Engländer erfanden die ökonomistische Gesellschaftslehre, und das wird der Genius des Menschen ihnen niemals verzeihen»^{*}

1. Premessa

Nell'approcciarsi allo studio dell'art. 41 della Costituzione italiana, tornato di attualità in un momento in cui da più parti se ne propone una modifica¹, può risultare utile partire dall'analisi dell'esperienza tedesca in cui ha rappresentato, senza dubbio, un momento centrale la controversia sulla c.d. *Wirtschaftsverfassung*. Molti, infatti, sono gli spunti di riflessione che possono essere di interesse anche nell'analisi dell'esperienza italiana tra cui, in particolare, da un lato, quella affannosa ricerca di un ordine costituzionale dell'economia, che il Tribunale costituzionale ha sempre negato, e quella concezione multidimensionale dei diritti² intesi, però, sempre, come diritti del singolo, e, dall'altro, l'affermazione nel tempo, nonostante l'assenza di un articolo che esplicitamente accogliesse il principio dell'economia di mercato, di un ordine economico vivente aperto e concorrenziale.

* MANN, *Der Zauberberg*, Berlin, 2008, 518-519. Così dice Naphta a Settembrini disquisendo sull'utilità – o meno – della vita in monastero. (T.d.A.: «Voi italiani avete inventato il sistema delle operazioni di cambio e le banche; e per questo che Dio vi perdoni. Ma gli Inglesi inventarono la dottrina dell'economia di mercato e per questo il Genio dell'Uomo non li perdonerà mai»)

¹ Al momento alla Camera dei Deputati vi sono depositati quattro progetti di legge volti a modificare, tra altri, anche l'art. 41 (A.C. 3039; A.C. 3054; A.C. 3967; A.C. 4144, quest'ultimo di iniziativa governativa, gli altri parlamentare). Il Dossier è disponibile al sito http://documenti.camera.it/Leg16/Dossier/Testi/AC0626_0.htm. Proponeva già la modifica di questa parte della Costituzione QUADRIO CURZIO, *Perché rifare la Costituzione economica italiana*, in *Il Mulino* 4/1996, 690 ss.

² Su cui cfr., per tutti, HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983, trad. it. RIDOLA (a cura di), *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993 e, nella letteratura italiana, in particolare, RIDOLA, *Diritti fondamentali*, Torino, 2006, 148 ss.

In questo breve contributo verrà analizzata, in primo luogo, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale tedesca in materia, per poi sviluppare il lavoro seguendo gli itinerari che il dibattito scientifico e la giurisprudenza costituzionale hanno percorso in Italia, anche alla luce della riforma costituzionale del 2001 che ha introdotto la materia della «tutela della concorrenza».

2. Ordine costituzionale dell'economia e Stato costituzionale. Il primo dibattito tedesco in materia di *Wirtschaftsverfassung* e la ricerca di un *institutionelles System*

In riferimento al concetto di *Wirtschaftsverfassung*, il dibattito che si è svolto in Germania e che si è intrecciato prima, con i temi del federalismo e dello Stato sociale, poi con quelli dell'unificazione e dell'integrazione europea, appare particolarmente ricco di suggestioni che si legano strettamente alla dogmatica dei diritti e alle loro molteplici dimensioni.

La ricostruzione del dibattito tedesco, in questa prospettiva, specialmente con riferimento alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, permette di osservare le diverse concezioni, che si sono scontrate o susseguite, di un concetto particolarmente criticato persino per quanto concerne l'*an* stesso del suo utilizzo³. La via prescelta e seguita in quel contesto

³ Cfr. RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, *Enc. Giur. Treccani*, vol. X, 2001 che, molto critico, pur negando ogni valore giuridico alla nozione, ricostruisce con ampi riferimenti bibliografici il dibattito sul concetto e sul suo utilizzo sottolineando i vari significati che sono stati attribuiti alla nozione di "Costituzione economica" e proponendo di utilizzare piuttosto altre espressioni a seconda dell'idea che si vuole rendere e dell'ambito disciplinare in cui si opera (7-8). Inoltre, l'Autore della voce sostiene anche che la traduzione corretta per *Wirtschaftsverfassung*, che resta comunque problematica tanto che l'A. come espressa scelta di metodo preferisce non tradurla, sarebbe *Costituzione dell'economia* (6). Anche MICCÙ, «*Economia e Costituzione*»: *una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quad. Plur.*, 1996, spec. 250 ss. si scontra con la «polisemia» (251) del concetto e i diversi utilizzi che ne vengono fatti. Stabilito che il suo uso comunque non può mai essere neutrale, l'Autore lega strettamente la nascita del concetto «con l'avvento dello Stato sociale» (251) e all'esperienza costituzionale weimariana. In particolare, poi, l'Autore ripercorre i diversi usi di tale espressione, che ha assunto nel tempo vari significati a carattere meramente fattuale o normativo (256) e anche le diverse norme a cui si può far riferimento a seconda che ci si limiti o meno al testo costituzionale.

storico-culturale dal *Bundesverfassungsgericht* per affrontare nodi teorici di grande intensità può rappresentare, in parte, dunque, un significativo parametro di confronto anche nell'interpretazione del dibattito che ha interessato l'art. 41 della Costituzione italiana.

In Germania, la «controversia»⁴ sul tema della *Wirtschaftsverfassung* ha visto confrontarsi diverse generazioni di studiosi ed ha prevalentemente riguardato l'esistenza o meno di un insieme di norme precettive capaci di vincolare il Legislatore nelle scelte di politica economica. Dovendosi confrontare con l'assenza di un capo dedicato alle libertà economiche e ai rapporti economici, così come avviene, invece, nella Costituzione italiana o come avveniva nella stessa Costituzione di Weimar⁵, il primo problema con cui si sono

Individua, poi, tre significati del concetto CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica* (1995), Roma-Bari, 2010, 3 ss. In una prima accezione si farebbe riferimento alle norme che in senso formale regolano in Costituzione, o anche a livello ordinario, ma sempre con «rilevanza costituzionale» (3), i rapporti economici. In una seconda, fatta risalire al pensiero di Dicey, la nozione assume un significato più ampio calandosi però nella realtà inglese e prendendo in considerazione lo studio della pubblica opinione. Una terza prospettiva è quella, infine, che estende l'interesse anche alle norme che regolano gli aspetti amministrativi. In ogni caso, comunque, vi si legge, in questa analisi non ci si può fermare allo studio di istituti, norme e prassi, ma sempre è necessario tener conto anche di fattori sociali e culturali (4-5). Ampia la gamma di significati che può assumere la nozione anche per BIANCO, voce *Costituzione economica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III Agg., Torino, 2008, 259 ss. il quale rinviene comunque un'utilità nell'utilizzare l'espressione «Costituzione economica», intendendosi con tale espressione un'idea «complessa e problematica» (261) in cui coesistono un «contenuto giuridico della Costituzione economica soltanto descrittivo della disciplina costituzionale della materia economica, con il concetto di Costituzione economica come categoria» (271); un concetto che, peraltro si distinguerebbe dalla nozione di «ordine pubblico economico», di origine francese, su cui cfr. BIANCO, voce *Ordine pubblico economico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III Agg., Torino, 2008, 493 ss. che sarebbe più comprensivo (494). Sul punto cfr. anche nt. 7.

⁴ Così HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, in *DÖV*, 1956, 361 ss.

⁵ È noto, infatti, come il Capo V della parte seconda di questa Costituzione, dall'art. 151 all'art. 165, regolasse la «vita economica» dello Stato imponendo, all'art. 151, par. 1 Cost., che «l'ordinamento della vita economica» dovesse «corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo» (le traduzioni sono tratte da CARDUCCI (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, in CERRINA FERONI – FROSINI – TORRE (a

dovuti necessariamente scontrare gli interpreti è stato l'individuazione stessa delle norme da prendere in considerazione per delimitare i confini della c.d. "Costituzione economica" tedesca⁶.

cura di), *Codice delle Costituzioni*, Torino, 2009, 361 ss.) e aggiungendo, poi, che solo entro questi limiti fosse da tutelare la libertà economica dei singoli. L'art. 153 Cost. Weimar sanciva poi il celebre principio per cui «la proprietà obbliga», ammettendo anche dei casi in cui era possibile procedere a espropriazione e prevedendo, all'art. 48 Cost. Weimar, che il diritto di proprietà, che comunque rimaneva un diritto fondamentale, potesse essere sospeso. Molto importante, infine, proprio l'art. 165 Cost. Weimar, sui consigli operai che tanto ha interessato SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin, trad. it. A. Caracciolo (a cura di), *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, spec. 149 ss il quale negava a questi consigli un carattere statale-organizzatorio riconoscendogli solo un significato economico (150).

Cfr., brevemente e prevalentemente con carattere ricognitivo, BADURA, *Grundrechte und Wirtschaftsordnung*, in MERTEN – PAPIER (a cura di), *Handbuch der Grundrechte*, Band 2, Heidelberg, 2006, 222. Ricostruisce il dibattito weimariano MICCÙ, «Economia e Costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, cit. spec. 258 ss. Fondamentale è il contributo della scuola degli ordoliberali di Friburgo in quanto, vi si legge, la «Costituzione economica deriva dal particolare concetto di "ordine economico" e "sociale", proprio dei neoliberali, con il quale essi intendono un *sistema di regole* che costringe le scelte delle persone all'interno del rispettivo assetto sociale e che in tal senso *genera* un modello di azioni e transazioni» (259). La differenza con il *Laissez-faire* sarebbe l'emersione, dunque, della «cornice giuridico-istituzionale» e il riconoscimento allo Stato del compito di predisporla. Con Böhm, poi, si delinea un chiaro valore giuridico e normativo di questo concetto (260). L'Autore analizza anche il pensiero di Neumann, il quale fondamentalmente valorizza il concetto in una dimensione storica (267) e sottomette alla Costituzione politica la Costituzione economica negando che l'art. 165 della Costituzione di Weimar potesse integrare «un'autonoma Costituzione economica» (268), e di Schmitt, sul quale si tornerà.

Cfr. anche sul punto RIDOLA, *La Costituzione, la politica e il conflitto in una pagina di storia della scienza giuridica italiana*, in RUOTOLO (a cura di), *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, 2909 ss. il quale, nel ricostruire gli influssi della rielaborazione teorica sulla *Wirtschaftsverfassung* weimariana nel dibattito italiano, vede la «fissazione» nella Costituzione di Weimar di «un quadro di principi e di istituti di composizione del conflitto sociale, indirizzati ad assicurare un *Ausgleich* delle condizioni di vita ispirato ad obiettivi di giustizia sociale».

⁶ Le norme del *Grundgesetz* che sono state oggetto, in questo contesto, delle diverse ipotesi ricostruttive sono: l'art. 2, che al comma 1 sancisce il libero sviluppo della propria personalità; l'art. 9, in particolare gli *Abs. 1 e 3* in materia di libertà di fondare associazioni; l'art. 12, in materia di libertà di professione; il 14 concernente il diritto di proprietà e l'espropriazione; e, infine,

Il nodo principale della controversia, nonostante le critiche che già Carl Schmitt aveva sollevato sull'opportunità dell'utilizzo stesso del concetto⁷, però, non si è incentrato tanto sulla possibilità di servirsi dell'espressione. Piuttosto gli interpreti si sono interrogati sulla sua esistenza e, in caso, su quale fosse la *Wirtschaftsverfassung* prescrittiva per il Legislatore. Specialmente nella sua fase iniziale, almeno fino alla monografia di Ehmke del 1961, dunque, il concetto di *Wirtschaftsverfassung* è stato ampiamente utilizzato⁸ e ciò nonostante il famoso *Investitionshilfe Urteil*⁹ che ha sancito che l'unico limite alla discrezionalità politica del Legislatore fossero le norme del *Grundgesetz* e che, pertanto, ha rifiutato le varie letture proposte sull'esistenza di un vincolo costituzionale specifico in capo al Legislatore in materia di politica economica.

Il dibattito in materia di *Wirtschaftsverfassung* ha visto contrapposte molte teorie tra cui quella della *Nicht-Entscheidung*

l'art. 15 che regola la socializzazione di alcune categorie di beni come le risorse naturali o i mezzi di produzione.

⁷ SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, cit., spec. 149 ss. Schmitt che, in concreto, osservava che fosse impossibile parlare di "Costituzione economica" in relazione alla Costituzione di Weimar in quanto lo Stato, pur essendo uno Stato economico, è uno Stato "totale" dove non è più possibile separare Costituzione «sociale» e Costituzione «economica» come avveniva nel secolo Diciannovesimo. L'Autore individua, a questo proposito, quella che definisce «una chiara discrepanza» (152) nel fatto che vi è uno Stato economico senza alcuna Costituzione economica e ciò perché, nonostante lo Stato intervenga attivamente nell'economia per rispondere alle domande della società pluralista, la Costituzione sarebbe fondamentalmente «neutrale» (149) in campo economico. In Italia le tesi di Schmitt e poi di Ehmke e Scheuner che hanno sostenuto la non utilizzabilità di tale concetto, pur se con accenti diversi, sono state riprese in particolare da LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 132-135; LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. V, Torino, 1991, 375; e, più recentemente, ID., *La produzione della ricchezza nazionale*, in RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, 265 ss.

⁸ Nella lettura italiana sul punto si vedano, in particolare, MICCÙ, «*Economia e Costituzione*»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, cit., 243 ss e CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, 2002, spec. 46 ss.

⁹ BVerfG 4, 7.

di Krüger¹⁰, quella della *Soziale Marktwirtschaft*, sulla falsariga delle tesi di Röpke e Eucken, di Nipperdey¹¹, quella della *gemischte Wirtschaftsverfassung* di Huber¹², ma si è sostanzialmente scontrato con le due decisioni fondamentali in materia del *Bundesverfassungsgericht* del 1954 e del 1979 e con le forti critiche opposte, in dottrina, da Ehmke¹³ e da Scheuner¹⁴

¹⁰ In particolare, cfr. KRÜGER, *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, in *DVBl.* 1951, Heft 12, 361 ss.

¹¹ Celeberrimo il suo saggio del 1954 NIPPERDEY, *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, in *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, 1954, 3 ss.

¹² HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, in *DÖV* 1956, Hefte 4, 5, 6, 7, 97 ss.

¹³ EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtssprechung des Supreme Court zur Wirtschaftregulierung*, Karlsruhe, 1961, spec. 5 ss. Il quale, ponendosi in una linea di continuità ideale con le tesi di Smend dell'integrazione, si oppone a tutte quelle ricostruzioni che, utilizzando la nozione di *Wirtschaftsverfassung*, presupporrebbero una lettura del rapporto tra Stato e società di divisione. L'Autore, in particolare, leggendo la realtà tedesca attraverso la lente del costituzionalismo statunitense, critica questa visione che apparirebbe alla tipica concezione dello Stato liberale ormai superata dallo Stato costituzionale.

Molto critico nei confronti di Ehmke fu Mestmäcker, giurista culturalmente legato alla scuola degli ordoliberali. In un saggio del 1964 MESTMÄCKER, *Wirtschaft und Verfassung*, in *DÖV*, 1964, 606 ss., l'Autore ha fondato le proprie obiezioni principalmente sul fatto che Ehmke avrebbe operato una indebita trasposizione della realtà americana in Germania, peraltro spesso travisandola (spec. 608 ss.) e interpretando la giurisprudenza della *Supreme Court* fino al *New Deal* solo come una difesa del *Laissez-faire* dovuta principalmente allo «Schatten der Furcht» (607) (*ombra di paura*) del socialismo. Inoltre, egli sostiene anche che nella ricostruzione prospettata dall'Autore di *Wirtschaft und Verfassung* manchi in concreto la spiegazione del come Ehmke motivi la perdita di valore (*Wertlosigkeit*) del concetto di *Wirtschaftsverfassung* (608)

¹⁴ SCHEUNER, *Einführung in Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, Athenäum, Frankfurt, 1971, 9-84. In quest'opera, in primo luogo, l'Autore ripercorre la storia del rapporto tra Stato ed economia dal 1945 suddividendo lo sviluppo in tre fasi: la prima, protattasi fino alla metà degli anni Cinquanta, con il tentativo da parte della dottrina di delineare una teoria precisa dell'ordine costituzionale economico e durante la quale hanno un influsso prevalente le teorie del liberalismo. Una seconda in cui, fino agli anni Sessanta, lo Stato inizia ad aumentare il proprio intervento in ambito economico e cresce il dibattito circa l'esistenza di una "Costituzione economica" effettivamente vincolante per il Legislatore. Durante la terza fase, che inizia con la seconda metà degli anni Sessanta, si conferma un sempre maggiore interventismo statale e vengono anche approvate importanti riforme costituzionali come quella dell'art. 109 GG

e, quindi, l'introduzione della clausola dell'equilibrio economico generale. Nella seconda parte, ricostruisce la storia dell'ordine giuridico dell'economia nel diciannovesimo secolo che si distingue da quello del periodo in cui Scheuner scrive proprio in virtù del forte intervento statale, anche se già negli anni Ottanta del secolo diciannovesimo si stava affermando la nuova tendenza ad un intervento sempre maggiore in ambito economico. Secondo l'Autore, i principali caratteri dell'ordine liberale sarebbero quattro: 1) la vita economica organizzata in base al principio di libertà dei singoli; 2) questa si fondava sulla libertà dei cittadini di concludere contratti, sul diritto di proprietà e sulla libertà di esercitare un'attività commerciale; 3) la guida dell'economia sarebbe stata lasciata all'autonomia dei privati e al diritto di disporre della loro proprietà; 4) lo Stato avrebbe avuto in questo contesto solo un compito di polizia e controllo (15). Questo sistema avrebbe mostrato i primi segni di cedimenti con la fine degli anni Settanta quando, con l'aumento dei compiti pubblici e un fisco in crescita, lo Stato cominciò ad aumentare il proprio intervento in ambito economico. Dopo aver trattato l'esperienza weimariana, Scheuner affronta il tema della *Wirtschaftsverfassung* al tempo del *Grundgesetz* dove, per l'appunto, vista l'assenza di un capo espressamente dedicato alla vita economica, il dibattito si è incentrato sull'esistenza di un ordine economico vincolante per poi riaccendersi con l'introduzione di un obiettivo costituzionale come l'equilibrio economico generale in Costituzione (21-22). Le critiche rivolte al concetto, anche per Scheuner, si fondano sul fatto che questo troverebbe il suo fondamento nella separazione tra Stato e società e tra Costituzione politica ed economica, intesa come parte separata, ma che questa cesura nel moderno Stato costituzionale avrebbe perso ogni significato (23). In questo senso, l'Autore propone di «congedarsi» (*Abschied zu nehmen*) da questo concetto per concentrarsi sulla Costituzione come *Gesamtordnung* (ordine complessivo) (24). Dopo aver ripercorso a titolo di esempio alcune delle principali concezioni che si sono confrontate sulla nozione, Scheuner ribadisce come nell'utilizzare questo termine vi sia un pericolo perché racchiude in sé ancora quella tendenza ad individuare un autonomo sistema di norme in materia economica. Per questo motivo, sarebbe più opportuno parlare di ordine economico (26). Il rifiuto all'utilizzo di questa espressione, tuttavia, secondo l'Autore, non è sufficiente a negare che vi sia una specifica scelta in materia economica operata dal *Grundgesetz*, anche se, in uno Stato democratico, il diritto costituzionale può ammettere un'ampia varietà di ordini economici. Ed è questo il motivo per cui il *GG* non racchiude nessuna specifica concezione vincolante dell'economia (27). Scheuner, tuttavia, chiarisce che la neutralità della Legge fondamentale non vuol dire che al Legislatore è lasciata una piena libertà. È una libertà limitata in primo luogo dall'operatività dei diritti fondamentali che operano «nella loro funzione di limiti» (*in ihrer Funktion als Schranken*), anche se, in alcune circostanze, la legge opera anche come un mezzo di sviluppo dei singoli diritti che altrimenti rischierebbero di essere ineffettivi (29-30). Il Legislatore, infatti, non viene solo limitato dalle norme sui diritti fondamentali, ma ha anche l'obbligo di garantirne un pieno godimento (34). Elaborate queste constatazioni, poi, Scheuner include nel problema dell'intervento statale nell'economia in uno Stato democratico costituzionale anche tutte quelle norme

alla fondamentale premessa che presiederebbe all'utilizzo del concetto di "Costituzione economica", ovvero, la separazione tra Stato e società¹⁵.

La diatriba prende origine, tramanda Nipperdey¹⁶, dal *Kommentar* di Mangoldt al *Bonner Grundgesetz* dove si era espressa l'idea che di fatto i Costituenti avessero rinunciato alla formazione di un catalogo di diritti fondamentali volti a regolare la vita sociale e culturale a causa della totale incertezza del presente rispetto ai futuri sviluppi economici e culturali¹⁷.

Nella lettura di Krüger, che si pone apertamente nel solco della distinzione tra Costituzione politica ed economica,

di organizzazione volte, per esempio, a dare attuazione allo Stato sociale e che consentono allo Stato di perseguire obiettivi di carattere sociale. Il principio dello Stato sociale, infatti, per esempio, opera come mezzo di correzione della libertà in materia di ordine costituzionale economico. (64).

¹⁵ In effetti, per esempio, la ricostruzione che fa BALLERSTEDT in *Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung*, in *AöR*, 1949, 129 ss., tutta fondata sui principi del *Rechtsstaat*, è difficile non vedere quanto ancora risenta dell'idea di una separazione tra il campo della pianificazione economica, e dunque la politica, e quello dell'economia. Ma si veda anche ID., *Unternehmen und Wirtschaftsverfassung*, in *JZ* 1951, 486 ss. dove l'autore prova a delineare il contenuto del concetto di *Wirtschaftsverfassung* in particolare in relazione all'iniziativa economica e la tutela della proprietà.

¹⁶ NIPPERDEY, *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 5.

¹⁷ Sembra opportuno richiamare anche brevemente, da un lato, chi, idealmente antagonista a quelle visioni, tra cui quelle, sia pur con accenti diversi, di Huber e Scheuner, tendenti alla valorizzazione della clausola dello Stato sociale, ha prospettato un impianto che, incentrandosi su una concezione formale dello Stato e la clausola dello Stato di diritto si è ad esse contrapposto, dall'altro, invece, chi ha visto nelle potenzialità della *Wirtschaftsverfassung* anche la possibilità di un'evoluzione in un senso collettivista e socialista. Il primo riferimento è naturalmente a FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel* (1964), trad. it. AMIRANTE (a cura di), *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, il quale, in continuità con le teorie di Schmitt, di cui peraltro è allievo, e pur sottolineando un inestricabile nesso tra Stato ed economia, svaluta il concetto di "Stato sociale" che sarebbe contrastante con quello di Stato di diritto (46) e, in particolare, teorizza particolari limiti al potere dello Stato di tassare la proprietà con fini redistributivi. Cfr., in particolare, i saggi *Concetto e natura dello stato sociale di diritto* (29 ss.) e *Abbiamo troppo o troppo poco stato?* (81 ss.). Il secondo a ABENDROTH, *Das Grundgesetz*, Pfullingen, 1966, 64 ss. il quale, considerando a tal punto la Legge fondamentale neutrale in campo economico, sostiene, attraverso una lettura dell'art. 15 GG, che il *Grundgesetz* lascerebbe persino la possibilità al Legislatore di trasformare lo Stato in senso socialista.

sostenendo l'esistenza di una «Vielfalt von Verfassungen»¹⁸ (molteplicità di Costituzioni), si nega che sia possibile in materia economica trovare una precisa indicazione vincolante. Facendo riferimento in particolare al relativismo kelseniano e al pensiero di Radbruch, egli, infatti, sottolinea come, in una concezione meramente formale di democrazia, peraltro oggi, per quanto discussa, superata dalla dottrina¹⁹, sia impossibile rinvenire una specifica «materielle Entscheidung»²⁰ (scelta materiale). Proprio per questo motivo, Krüger individua un limite fortissimo all'attività del Legislatore il quale, non avendo la Costituzione scelto per una determinata politica economica, non potrebbe in nessun caso porre in essere delle norme capaci di sostituire (*ersetzen*) «diese Nicht-Entscheidung durch eine positive Entscheidung»²¹ (questa Non-scelta tramite una scelta positiva). In definitiva, se il relativismo è alla base del principio democratico, ciò non significa solo che la Costituzione non incorpora alcuna teoria economica, ma anche che è vietata ogni scelta politica che renda nel futuro impossibile porre in essere una determinata politica economica²².

Il *Grundgesetz*, dunque, non incorporerebbe nessuna «Wirtschaftsverfassung» e ciò significherebbe che – questo il punto centrale delle tesi di Krüger – «die Nicht-Entscheidung» è da considerarsi come una condizione costituzionale (*Verfassungszustand*)²³ in base alla quale sarebbe possibile per il giudice delle leggi intervenire.

Fondamentale, tuttavia, nel dibattito è l'intervento di Nipperdey che, costruendo un sistema attraverso

¹⁸ KRÜGER, *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 361.

¹⁹ Su cui cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007; ma anche ID., *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2009, 1 ss. Si veda poi il suggestivo BARCELLONA, *La Costituzione politica della società*, in *Dem. dir.*, 4/1994-1/1995, 129 ss. il quale afferma: «è “conservatrice” ogni veduta che accetta di declinare la democrazia come un modo di essere dello Stato, che la riduce a questo, che la trasforma in una mera tecnica per selezionare il ceto politico dirigente e quindi determina l'identificazione della sfera politica come “sfera separata”, e non già come una forma di società, come la Costituzione politica del sociale» (137).

²⁰ KRÜGER, *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 361.

²¹ ID., *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 362.

²² ID., *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 362.

²³ ID., *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, cit., 363.

un'interpretazione dell'art. 2, *Abs.* 1 del *Grundgesetz*, posto in connessione con gli artt. 9 *Abs.* 3, 12 e 14, proclama di aver individuato «die Magna Charta der Markt- oder Wettbewerbswirtschaft»²⁴. Nel suo saggio l'Autore sostiene che il *Grundgesetz*, contrariamente a quanto prospettato da Krüger, avrebbe operato una precisa scelta in materia di *Wirtschaftsverfassung* in quanto dal principio del libero sviluppo della personalità, come declinato nella sua dimensione economica, deriverebbe l'obbligo per il Legislatore di garantire l'economia sociale di mercato che «ist im Grundgesetz festgelegt»²⁵, attaccando frontalmente quell'opinione dottrinale che vedeva nella concezione relativista, ed in quel senso neutrale, la soluzione al problema. L'art. 2, *Abs.* 1, *GG*, nella lettura proposta da Nipperdey, rappresenta il corrispettivo dinamico della *Menschenwürde* e incorporerebbe da un lato, la libertà di concorrenza del singolo nel mercato, dall'altro «die Institutionelle Garantie der marktwirtschaftlichen Verfassung»²⁶ (la garanzia istituzionale di una Costituzione che protegge un'economia sociale di mercato).

Dalla combinazione dell'art. 2, *Abs.* 1, *GG* con gli artt. 12, 14 e 9, *Abs.* 3, *GG* Nipperdey poi costruisce l'impianto della sua economia sociale di mercato, lasciando sempre sullo sfondo, però, – e questo sarà il motivo principale della critica rivoltegli da Huber – il problema dello Stato sociale. Nonostante sia famosissima, infatti, la definizione data della *soziale Marktwirtschaft* che rappresenterebbe «eine dritte wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnung»²⁷ che si porrebbe a metà dei due estremi della *Planwirtschaft* e dell'*ökonomischer Liberismus*, il ruolo dello Stato e il suo intervento restano ai margini della riflessione e legati all'applicazione del principio di sussidiarietà²⁸, rendendo legittima una intromissione statale solo

²⁴ NIPPERDEY, *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 16.

²⁵ ID., *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 1.

²⁶ ID., *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 9.

²⁷ ID., *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 18.

²⁸ ID., *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, cit., 22. Sul principio di sussidiarietà nella tradizione culturale e giuridica tedesca si veda, per tutti, ISENSEE, *Der Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Berlin

quando il mercato non è in grado da solo di gestirsi. Tuttavia, su questo punto la debolezza delle teorie di Nipperdey emerge fortissima, riaprendo, utopicamente, all'idea di un mercato capace di autoregolarsi²⁹.

Con grande slancio critico, nei confronti in particolare di Nipperdey, come detto, Huber nel 1956 scrive un saggio intitolato significativamente *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*. L'Autore riconosce fondamentalmente quattro teorie in materia di *Wirtschaftsverfassung*. La prima è la «Neutralität Lehre» di Krüger e la seconda la teoria dell'economia sociale di mercato di Nipperdey. Huber, rispetto ad essi, deve confrontarsi però anche con un altro fatto molto importante: l'*Investitionshilfe Urteil* del 1954 che rappresenta una alternativa rispetto alle tesi già enunciate. Con essa, come si dirà, il *Bundesverfassungsgericht* ha stabilito che il *Grundgesetz* non ha operato nessuna decisione in materia di politica economica, ma che ciò non significa l'accoglimento della teoria della *Nicht-Entscheidung* perché il Legislatore, libero di perseguire le scelte economiche ritenute nella sua discrezionalità opportune, ha come

1968. Nella letteratura italiana sulle diverse matrici culturali del principio, cfr. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralista*, in CERVATI – PANUNZIO - RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi dell'innovazione in Italia*, Torino, 2001.

²⁹ Sulla capacità del mercato di autoregolarsi, in senso critico e come utopia, cfr. K. POLANY, *The Great Transformation* (1944), trad. it. VIGEVANI (a cura di), *La grande trasformazione*, Torino, 2010, 277 dove l'Autore esplicitamente pone alla base della «grande trasformazione», di cui tratta, «il fallimento dell'utopia del mercato», ma cfr. anche 313. Per un ampio studio sull'idea e sul concetto di mercato e concorrenza, anche attraverso riferimenti al pensiero di Smith, von Hayek, Buchanan e Polany, cfr. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 15 ss. Sui vari significati che può assumere il termine «mercato», come luogo, come istituzione, come ideologia o come paradigma di azione, e sulla loro sostanziale interconnessione, cfr., poi, FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *Stato e società*, 1992, 291 ss. Il mercato come ideologia viene associato, attraverso il pensiero di Weber, al grado di autonomia riconosciuto all'individuo e viene dunque strettamente legato all'idea di libertà intesa come non ingerenza dello Stato in ambito economico. In questo senso, il mercato svolgerebbe una «funzione di carattere costituzionale» (300).

Molto interessante, sul punto, una recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* in cui il mercato come luogo viene associato alle basi stesse della vita democratica e della formazione del pluralismo (BVerfG, 1 BvR 699/06 del 22.2.2011) in connessione, in particolare, alla libertà di riunione.

limite ultimo il rispetto della Legge fondamentale stessa⁵⁰. Questa ampia discrezionalità, in particolare, deriverebbe dall'art. 74, nr. 11, GG che sancisce per il Legislatore federale la competenza concorrente ad intervenire in materia economica e in quella del diritto dell'economia (*das Recht der Wirtschaft*).

Pur partendo da presupposti simili a Nipperdey e valorizzando, in particolare, le potenzialità dell'art. 2, Abs. 1, GG, Huber sostiene che nella ricostruzione di Nipperdey l'attenzione data al tema dello Stato sociale e di prestazione è eccessivamente riduttiva. Infine, l'Autore enuncia la sua teoria per la quale il *Grundgesetz* avrebbe incorporato una «garanzia della Costituzione mista» («Garantie der gemischten Wirtschaftsverfassung») in ragione della quale sarebbe possibile, dall'interpretazione congiunta degli articoli sui diritti fondamentali e dei vincoli derivanti dallo Stato sociale al Legislatore, desumere un sistema complessivo oggettivo di libertà e vincoli tale da delineare un preciso ordine costituzionale dell'economia⁵¹.

Per quanto, come detto, i presupposti siano i medesimi di Nipperdey e, in particolare, vi si ritrovi la valorizzazione del catalogo dei diritti fondamentali, Huber arriva a risultati radicalmente differenti. Dopo aver infatti criticato le tre teorie citate⁵², in particolare quella di Krüger e quella accolta dal

⁵⁰ BVerfGE 4, 77 ss.: «Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierung- und Gesetzgebungsgewalt, noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde soziale Marktwirtschaft» non avendo il GG «ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entscheiden» (T.d.A.: «La Legge fondamentale non garantisce nè la neutralità politico-economica del potere esecutivo e legislativo, nè una economia sociale di mercato governabile solo con mezzi conformi al mercato» perchè «non ha espressamente deciso per un preciso sistema economico»). È evidente come in questo modo il Tribunale costituzionale si discosti dalle tesi radicali di Krüger che, pur millantando neutralità, in realtà ripetevano quell'utopia del mercato autoregolantesi. Secondo i giudici di Karlsruhe, il Legislatore avrebbe quindi piena autonomia, «sofern er dabei das Grundgesetz beachtet».

⁵¹ HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 97-98.

⁵² La tesi di Krüger viene respinta *in toto* perchè avrebbe conseguenze paradossali come la totale «destatalizzazione dell'economia» (*Enstaatlichung*) che sarebbe con la stessa statualità dello Stato incompatibile («die absolute Enstaatlichung der Wirtschaft [...] wäre mit der "Staatlichkeit des Staates" unvereinbar», HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 98). La tesi del *Bundesverfassungsgericht* viene respinta, poi, perchè – afferma

Bundesverfassungsgericht, marchiate come espressione di teorie relativiste³⁵, l'Autore afferma come per il moderno Stato costituzionale le questioni economiche e sociali abbiano un rilievo «esistenziale» («existenzielle») perché esso è inevitabilmente economico e sociale³⁴. In particolare, il fatto che, come sancito dal Tribunale, il *Grundgesetz* non abbia «ausdrücklich» (espresamente) recepito una determinata concezione dell'ordine economico non è corretto, a meno che, nella visione di Huber, questa «mancanza» non venga interpretata in senso stretto e ciò perché, dalla lettura della Legge fondamentale, emerge dagli articoli sui diritti fondamentali, dagli articoli 20 e 28, dalle norme in materia di competenza esclusiva e concorrente e, infine, dalle norme in materia di organizzazione fiscale dello Stato (artt. 105-115 *GG*) un ben preciso quadro di norme in materia economica che devono considerarsi vincolanti per il Legislatore³⁵. Questo insieme di norme costituirebbe un vero e proprio «Ordnungsleitbild»³⁶ (modello di ordine) che incarnerebbe un *institutionelles System* (sistema istituzionale) e darebbe vita al carattere quintessenziale del *Grundgesetz* ovvero, la già richiamata, «institutionelle Garantie einer gemischten Wirtschaftsverfassung»³⁷ (garanzia istituzionale di una costituzione mista dell'economia).

Huber – se la libertà del Legislatore di compiere scelte in materia di ordine costituzionale dell'economia fosse confermata, darebbe di fatto la possibilità al potere politico, nella sua discrezionalità e con il solo limite non precisamente definito del rispetto delle norme del *Grundgesetz*, di imporre qualsiasi ordine economico ad ogni cambio di maggioranza (99). La tesi di Nipperdey, infine, per lo scarso rilievo concreto dato alle norme sullo Stato sociale (101).

³⁵ Entrambe queste teorie, infatti, sarebbero espressione dei principi propri del relativismo giuridico e, partendo dal presupposto che una Costituzione di uno Stato democratico-liberale non può essere interpretata nel senso di aver scelto una determinata teoria economica a scapito delle altre, cadrebbero in errore in quanto, al contrario, la Costituzione di uno Stato liberale-democratico non può non incorporare i principi fondamentali dell'ordine economico. In questa luce, “neutralismo” e relativismo sarebbero espressione di un sistema costituzionale solo formale ormai superato.

³⁴ Così HUBER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 100.

³⁵ ID., *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 100.

³⁶ ID., *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 102.

³⁷ ID., *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., 101.

Tuttavia, sarà proprio questa interpretazione che il Tribunale costituzionale si rifiuterà sempre di accogliere⁵⁸.

3. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e la dimensione oggettiva dei diritti fondamentali. Multidimensionalità e integrazione nelle pieghe della *Wirtschaftsverfassung*

Il nucleo della “Costituzione economica” tedesca così come vivente è racchiuso in due decisioni fondamentali, la prima, di cui in parte si è già detto, è la c.d. *Investitionshilfe Entscheidung*³⁹, il secondo il c.d. *Mitbestimmungsurteil*⁴⁰ ed è, nel

⁵⁸ Un sostenitore di un'interpretazione unitaria del *Grundgesetz* è BADURA, *Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrecht*, in *JuS* 1976, 205 ss., il quale, dopo aver ricostruito la giurisprudenza del Tribunale costituzionale ed essersi soffermato sui diversi significati che può assumere il concetto di *Wirtschaftsverfassung*, prova a delineare il contenuto della nozione. Pur essendo, infatti, vero che la Legge fondamentale non precisa un certo ordine giuridico dell'economia, sarebbe comunque necessario operare una interpretazione unitaria della Costituzione che tenga conto anche, per esempio, del principio dello Stato sociale e non isoli i diritti fondamentali dalle altre norme.

³⁹ BVerfGE 4, 7. Fondamentale anche l'*Apothekenurteil* (BVerfGE 33, 303) dell'11 giugno 1958 in cui si ribadì nuovamente questa neutralità sottolineando proprio come (punto 63) la discrezionalità del Legislatore può essere limitata solo con riferimento alla Legge fondamentale perché «das Grundgesetz ist wirtschaftspolitisch in dem Sinn neutral, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen darf, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte, beachtet» (T.d.A.: «circa il carattere economico-politico, la Legge fondamentale è in tal senso neutrale, in quanto il Legislatore può seguire ogni politica che a lui sembri adeguata, nei limiti in cui rispetti la Costituzione e, in particolar modo, i diritti fondamentali»). A questo proposito, facendo riferimento all'art. 12 GG, che tutela la libertà di professione, parametro per la prima volta in quel giudizio, il Tribunale ha affermato anche che una legge non può essere considerata incostituzionale sulla base dell'art. 12 GG solo perché sarebbe in contrasto con una la politica economica statale prescelta o perché non in armonia con una certa dottrina o, ancora più evidentemente, perché il giudice non la approva. In questo modo, il Tribunale non solo si ritira dal campo della *Wirtschaftspolitik* escludendo un suo intervento in materia volto a sanzionare scelte che rientrano nella discrezionalità (*Ermessen*) del Legislatore, ma sembra avanzare una interpretazione dei diritti, da leggere singolarmente e non come sistema istituzionale vincolante il Legislatore a porre in essere determinate politiche economiche, come unico limite all'azione del Legislatore.

suo complesso, rimasto invariato⁴¹ nonostante l'introduzione, avvenuta nel 1967 nel *Grundgesetz*, del vincolo dell'equilibrio economico generale (*gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht*)⁴².

Distanziandosi, da un lato, dalle teorie di Nipperdey e, con lui, degli Ordoliberali e, dall'altro, dalle idee di Krüger, il *Bundesverfassungsgericht*, infatti, nel 1954 sostiene la tesi della neutralità economico-politica (*wirtschaftspolitische Neutralität*) del *Grundgesetz* ancorando i limiti della responsabilità politica del Legislatore al solo rispetto della Legge fondamentale⁴³.

⁴⁰ BVerfGE 50, 290.

⁴¹Tanto che recentemente RUFFERT, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, in *AöR*, 2009, 197 ss. ha affermato la necessità che, anche alla luce dell'evoluzione storica e, in particolare, dell'integrazione comunitaria, è necessario intervenire a ridefinire i confini del concetto al fine di garantire effettività e tutela reale ai diritti economici.

⁴² In particolare, sul punto, fondamentale è stato il c.d. *Euro-Beschluß* (BVerfGE 97, 350) del *Bundesverfassungsgericht*, con cui si negò l'esistenza di un diritto fondamentale alla stabilità economica svuotando di fatto di contenuto prescrittivo l'allora vigente articolo 109 GG, e confermando un'ampia discrezionalità in capo al Governo in materia di scelte di politica economica. Sul problema, cfr., in particolare, CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, cit., 13 ss.

Occorre dire che, con la *Föderalismusnovelle II* e l'introduzione poi della c.d. *Schuldenbremse* nel 2009 con la modifica, tra altri, proprio degli artt. 109 e 115 GG e l'individuazione di parametri ben precisi da rispettare per il Legislatore al momento della predisposizione del bilancio, il dibattito sull'intervento dei giudici costituzionali in un campo così politico è destinato a riaprirsi. Su molti profili problematici della riforma, ed in particolare per quanto concerne la responsabilità dei giudici in materia di controllo delle leggi di bilancio, cfr. NEIDHARDT, *Staatsverschuldung und Verfassung: Geltungsanspruch, Kontrolle und Reform staatlicher Verschuldungsgrenzen*, Tübingen, 2010. Sempre sulla riforma ed in particolare sul meccanismo della c.d. *Schuldenbremse* cfr. LENZ, *Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz*, in *NJW* 2009, 2561 ss.

⁴³ Sulla comunque ampia giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in materia economica, cfr. BADURA, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat*, in *AöR* 1967, 382 ss. e anche, più recentemente e con aperture anche ai tribunali superiori non costituzionali, SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, in ISENSEE – KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, Heidelberg, 2006, spec. 896 ss. In particolare, con riferimento all'interpretazione dell'art. 12 GG, occorre dare conto, inoltre, in questa rassegna di almeno altre due pronunce: la prima è il famosissimo *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377), già richiamato alla nt. 39, del 1958 in materia di libertà di professione (art. 12 GG) in cui il

Bundesverfassungsgericht ha sancito che nell'articolo 12 GG non viene proclamata una *Gewerbefreiheit* come principio oggettivo, ma come diritto garantito ai singoli per quanto la professione non debba essere necessariamente intesa in senso tradizionale e non sia corrispondente ad un chiaro *Berufsbild* (immagine professionale). L'art. 12 GG va, dunque, inteso in senso ampio. Nella stessa decisione, inoltre, il Tribunale ha elaborato la c.d. "teoria dei gradi" (*Stufentheorie*) in ragione della quale la limitazione ammissibile del diritto varia di intensità a seconda che questa incida sull'esercizio (*Berufsausübung*) o sulla scelta stessa del lavoro (*Berufswahl*) secondo una scala crescente. Cfr., sul punto, SCHEUNER, *Einführung*, cit., 36 ss. il quale afferma che il Tribunale distingue tra limitazioni all'esercizio della professione e quelli alla scelta della professione e considera legittimi quei limiti che appaiono ragionevoli (*vernünftige*) al fine di tutelare il bene comune (*Gemeinwohl*). In questo senso, bene comune e diritto del singolo devono essere ponderati tra loro: più intensa è la limitazione del diritto, più forte deve essere il motivo posto a suo fondamento. Anche in questa decisione, dunque, il Tribunale non ricostruisce la *Berufsfreiheit* in un'ottica di sistema enfatizzando la dimensione oggettiva, ma piuttosto declinandola nella sua dimensione soggettiva. In questo senso, viene accolta con favore da Scheuner. La seconda è il *Numerus clausus Urteil* del 1972 (BVerfGE 33, 303) con cui il Tribunale ha, attraverso una lettura congiunta dell'art. 12 GG con il principio di uguaglianza (art. 3 GG) e quello dello Stato sociale, dichiarato incostituzionali quelle norme che ponevano dei limiti all'accesso all'università. In materia di diritto di proprietà, il riferimento necessario è al *Feldmühle-Urteil* del 7 agosto 1962 in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha ricostruito il contenuto e i limiti del diritto di proprietà facendo riferimento anche alla clausola del libero sviluppo della personalità, al principio di uguaglianza e al principio dello Stato sociale e di diritto. In questa decisione, il Tribunale ha affermato, richiamando la neutralità del *Grundgesetz* in materia di *Wirtschaftsverfassung* e negandone una concezione istituzionale sistemica, che per verificare quali siano i margini di azione giuridica occorre far riferimento ai principi costituzionali generali, come lo Stato sociale e di diritto, e ai singoli diritti fondamentali (punto 42). In particolare (punto 52), il diritto di proprietà viene ritenuto un diritto fondamentale e il riferimento che ad esso viene operato nel *Grundgesetz* rappresenta una scelta di valore (*Wertentscheidung*) considerata di particolare importanza per uno Stato sociale e di diritto e ciò perché la proprietà viene considerata come «il più importante istituto giuridico per definire gli ambiti dei patrimoni privati». L'intervento statale legislativo necessario ai sensi dell'art. 14 GG, dunque, deve essere compatibile con la scelta di valore operata dalla Legge fondamentale e con le altre norme come il libero sviluppo della personalità, il principio di uguaglianza e dello Stato sociale e di diritto in essa contenute.

Da ultimo, in materia di *Vereinigungsfreiheit* riferimento, oltre al *Mitbestimmung Urteil*, è al *Dortmunder Hauptbahnhof Beschluss* (BVerfG, 2 BvR 54/62) del 30 novembre 1965. Nella decisione, un breve trattato sulla libertà di associazione, in materia di libertà e attività sindacale, il Tribunale ha sancito che l'art. 9, Abs. 3 GG protegge non solo il diritto dei singoli, per tutti e per tutte le professioni, di associarsi, ma anche il diritto dell'associazione in

Il rifiuto definitivo, tuttavia, opposto dai giudici di *Karlsruhe* all'ipotesi di una *Teilverfassung* capace di condizionare le scelte economiche del Legislatore viene formulato nelle sue pratiche implicazioni con la decisione del 1979⁴⁴. Su questa pronuncia la dottrina si è ampiamente misurata⁴⁵, ma il *Bundesverfassungsgericht* in essa ha negato che sia possibile ricostruire un sistema istituzionale economico vincolante dagli articoli in

quanto tale di perseguire i propri obiettivi. A questo fine, le attività svolte dai singoli per promuovere i fini dell'associazione, devono anch'essi essere considerati protetti (punto 20). Nel *Mitbestimmung Urteil*, poi, il Tribunale costituzionale ha affermato (punto 182) che l'art. 9, comma 3 non appartiene ai classici diritti fondamentali («Art. 9 Abs. 3 GG gehört nicht zu den "klassischen" Grundrechten») perché questo si è sviluppato solo in seguito al processo di industrializzazione e che pertanto nella interpretazione non può non farsi riferimento al suo sviluppo storico. Nonostante ciò, secondo il Tribunale, il diritto si configura come un diritto di libertà che tutela «die Freiheit des Zusammenschlusses zu Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und die Freiheit der gemeinsamen Verfolgung dieses Zwecks». Inoltre, fanno parte del contenuto del diritto anche la possibilità di svolgere tale attività liberi da interventi statali, la libertà negativa di uscire o di non partecipare ad una associazione e il diritto dei singoli a perseguire i fini propri dell'associazione (punto 183).

In merito, recentemente, denuncia una «prekäre Koalitionsfreiheit» (precaria libertà di associazione) RUFFERT, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, cit., 227 il quale sostiene che si va affermando una difesa meno efficace di questa libertà in particolare a causa di un sempre maggiore intervento statale in ambiti propri della autonomia collettiva.

⁴⁴ Cfr., per un quadro preciso del problema, BADURA, *Grundrechte und Wirtschaftsordnung*, in MERTEN – PAPIER (a cura di), *Handbuch der Grundrechte*, Band II, Heidelberg, 2006, spec. 224 e ss. e anche SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, in ISENSEE – KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, Heidelberg, 2006.

⁴⁵ Su cui si vedano, in particolare, tra i moltissimi contributi, MEESSEN, *Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1979, 833 ss.; WEBER, *Mitbestimmung – Sprengkörper der Verfassungsstruktur?*, in *AöR*, 1979, 521 ss. il quale, in particolare, ricostruisce il dibattito tedesco sulla *Wirtschaftsverfassung* alla luce della fondamentale decisione del 1979 e il rifiuto della visione dell'«institutioneller Zusammenhang» perseguita e disegnatata anche da quei professori, Badura, Rittner e Rütters che avevano preparato il ricorso contro la legge sulla *Mitbestimmung*. Interessante, inoltre, il contributo di BÄUMLER, *Abschied von der grundgesetzlich festgelegten »Wirtschaftsverfassung«*, in *DÖV*, 1979, 325 ss. il quale, dopo aver ripercorso il dibattito sul tema della *Wirtschaftsverfassung*, afferma che con la sentenza in commento si sarebbe dato il definitivo congedo (Abschied) all'idea stessa di un ordine costituzionale dell'economia posto nel *Grundgesetz*.

materia economica, ovvero, come detto, su tutti, l'art. 9, l'art. 12 e l'art. 14 del *Grundgesetz*⁴⁶. Tuttavia, con questa decisione, il Tribunale ha anche colto l'occasione di delimitare meglio e precisare i confini della precedente sentenza. Sono infatti i singoli diritti ad essere innalzati a limiti⁴⁷ della relativa apertura (*relative Offenheit*)⁴⁸ della Legge fondamentale, per quanto in una multidimensionalità fino ad allora sostanzialmente inedita⁴⁹ e in una dinamica interdipendenza tra dimensione oggettiva e soggettiva che dal *Lüth Urteil*⁵⁰ già caratterizzavano i diritti fondamentali⁵¹.

Pur non chiudendo il dibattito in materia⁵², questa sentenza segna la posizione del *Bundesverfassungsgericht* che, di fatto, da allora, non è più mutata. Il Tribunale costituzionale, infatti, in quell'occasione, da un lato, ha negato, ancora una volta, che vi fosse una garanzia istituzionale in difesa del mercato e della concorrenza, dall'altro ha stemperato la tesi della neutralità del *Grundgesetz*, rimodulandone le ambiguità e affermando che l'apertura in materia economica fosse comunque relativa e che la discrezionalità del Legislatore trovasse un limite specifico nel rispetto dei diritti fondamentali.

⁴⁶ Cfr., per l'appunto, WEBER, *Mitbestimmung – Sprengkörper der Verfassungsstruktur?*, cit., spec. 524 ss.

⁴⁷ Così RUFFERT, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, cit., 199.

⁴⁸ Così BVerfGE 50, 290 (338)

⁴⁹ In questo senso RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 148 ss.

⁵⁰ BVerfG, 1 BvR 184/54 del 15 gennaio 1958

⁵¹ Cfr. WEBER, *Mitbestimmung – Sprengkörper der Verfassungsstruktur?*, cit., spec. 527 ss. il quale sostiene come il Tribunale non solo si sarebbe rifiutato di accogliere una dimensione istituzionale sistemica dei diritti in materia economica, ma avrebbe anche rifiutato (*ablehnen*), problematizzandola, l'impostazione del *Lüth Urteil* perché la dimensione soggettiva nella decisione in commento si integra con la dimensione oggettiva e viene da questa rafforzata.

⁵² Molto noti, per esempio, al di là delle discussioni sulla sentenza in sé, il saggio di HÄBERLE, *Soziale Marktwirtschaft als "Dritte Weg"*, in ZRP, 1993, 383 ss. in cui l'Autore sostiene, riprendendo, ma reinterpretando le teorie di Nipperdey che la economia sociale di mercato sia di fatto un elemento caratterizzante dello Stato costituzionale moderno nel suo attuale livello di sviluppo. Cfr., inoltre, SODAN, *Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung*, in DÖV, 2000, 361 ss. il quale sostiene che, anche alla luce del diritto europeo, la priorità al privato sarebbe un principio della attuale *Wirtschaftsverfassung*. Cfr. anche di HÄBERLE, *"Wirtschaft" als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen*, in Jura, 1987, 577 ss.

Il passaggio tra la dimensione oggettiva, pur interpretata in un'ottica di stretta interconnessione con la dimensione soggettiva, dei singoli diritti e la costruzione di una garanzia istituzionale di sistema può sembrare breve, ma è esattamente ciò che il *Bundesverfassungsgericht* non ha mai voluto fare. Ciò non ha impedito, però, pur non essendo necessaria la costruzione di un «Systemzusammenhang», di tutelare la concorrenza e il mercato, perché a questo fine sono comunque considerati sufficienti i singoli diritti fondamentali⁵³.

In questo senso, come affermato, in nessun caso l'ampia discrezionalità riconosciuta può essere tale da porre in gioco la forza normativa della Costituzione⁵⁴. La sentenza del 1979, infatti, ha posto i confini entro i quali è libero di agire il Legislatore, individuando così il limite negativo alla sua discrezionalità⁵⁵. Tuttavia, anche questa interpretazione dei diritti fondamentali, secondo la quale questi non costituirebbero un "sistema" di norme, viene immediatamente precisata dal Tribunale il quale ha affermato che questi diritti vanno comunque interpretati in connessione con le altre norme costituzionali con cui rappresentano comunque un'unità irrinunciabile. I *Grundrechte*, d'altronde, non possono essere interpretati «senza prendere in considerazione le sovrapposizioni, le integrazioni e le interrelazioni tra la loro tutela e quella degli altri diritti fondamentali e senza riguardo per i principi della Legge fondamentale che li sostengono»⁵⁶. Da questo quadro multidimensionale e di intreccio tra dimensione difensiva e oggettiva, tuttavia, non è possibile cogliere un quadro di sistema vincolante, in quanto i singoli diritti devono comunque essere

⁵³ In questo senso, cfr. SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, cit., 895.

⁵⁴ Così, ancora, ID., *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, cit., 897.

⁵⁵ Cfr. BVerfGE 50, 290 (336) dove si legge: «diejenigen Einzelgrundrechte, welche die verfassungsrechtliche Rahmenbindungen und Grenzen des Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Einführung einer erweiterten Mitbestimmung markieren».

⁵⁶ BVerfGE 50, 290 (336): «Diese lassen sich nicht ohne Berücksichtigung der Überschneidungen, Ergänzungen und Zusammenhänge zwischen ihrem Schutzbereich und dem anderer Grundrechte und nicht ohne Rücksicht auf die das Grundgesetz tragenden Prinzipien auslegen».

interpretati, sia pur nel complesso della Legge fondamentale, come *Einzelgrundrechte*.

Per quanto quella richiamata rappresenti la posizione di *self-restraint* elaborata nel tempo dal Tribunale, ciò non ha impedito che il *Bundesverfassungsgericht*, in altre circostanze, prendesse in considerazione un ordine economico vivente («bestehende Wirtschaftsordnung»⁵⁷), individuandolo come un sistema di libera concorrenza. Quest'ultimo non sarebbe vincolante per il Legislatore stesso, ma consisterebbe nel sistema da lui posto in essere dando la «priorità al mercato»⁵⁸. Anche in quelle occasioni in cui, comunque, il *BVerfG* sembra riconoscere questa priorità al mercato, che viene sempre letta attraverso la tutela dei singoli diritti con conseguente negazione di un "sistema"⁵⁹, ma ciò non appare esente da problemi.

Emblematica, a questo proposito, appare una pronuncia del 2002⁶⁰, in cui il Tribunale ha affermato che la concorrenza «autorizza e limita» (*ermöglichen und begrenzen*) interpretando in quest'ottica lo stesso art. 12 *GG* e, di fatto, quasi delineando una difesa dei diritti fondamentali che fosse conforme alle regole di mercato⁶¹. In particolare, in questa decisione, il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto che non violasse il diritto delle

⁵⁷ BVerfGE 32, 305 (317).

⁵⁸ Così SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, cit., 899.

⁵⁹ Ancora più esplicito era stato il *Bundesverfassungsgericht* nel fare riferimento ad una «bestehende Wirtschaftsverfassung» già nel *Steinmetz-Wettbewerb Beschluss* del 1972 (BVerfG, 1 BvR 170/71) dove il Tribunale ha affermato espressamente che fa parte della Costituzione economica vivente il principio della libera concorrenza di domanda e offerta e che rientra nei limiti del potere del Legislatore regolare la concorrenza sleale (punto 19). Si richiama ancora, invece, una «bestehende Wirtschaftsordnung», in cui si ribadisce che la concorrenza fa parte dell'ordine economico vivente e rientra nell'ambito dell'esercizio della professione di cui all'art. 12 *GG*, nel *Nachrichtenübermittlung Beschluss* del 12 ottobre 1977. Questa decisione, in materia di telecomunicazione e trasmissione di dati e sul sistema di autorizzazioni vigenti per operare in quel campo, appare particolarmente significativa, inoltre, perché il Tribunale, considerando compatibile la disciplina, sottolinea come, più che attraverso interventi diretti mirati, in questo sistema economico e nello "Stato di prestazione" (*Leistungsstaat*), il Legislatore intervenga attraverso piani, sovvenzioni o una gestione diretta dei compiti pubblici (*von Aufgaben der staatlichen Leistungsverwaltung*).

⁶⁰ BVerfGE 105, 252 (268)

⁶¹ Cfr. SCHMIDT, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, cit., 900.

imprese alla loro libertà di intraprendere, né il loro diritto di proprietà⁶² la comunicazione, effettuata dal Governo federale, che rendeva pubblico il fatto che in alcune marche di vino era stata rinvenuta una sostanza tossica. La pubblicazione di questa lista, infatti, aveva provocato immediatamente la reazione dei soggetti interessati che, tuttavia, si erano visti rispondere che l'azione del Governo non era in contrasto con i loro diritti. In primo luogo, il Tribunale ha motivato la sua decisione sostenendo che il diritto di cui all'articolo 12 *GG*, che nell'ordine economico vivente (appunto la *bestehende Wirtschaftsordnung*) concerne le condotte professionali dei singoli e delle imprese, non protegge contro la diffusione di informazioni corrette, anche se queste incidono negativamente sul diritto, avvantaggiando alcuni concorrenti rispetto ad altri⁶³ e che in nessun caso l'art. 12 *GG* protegge comportamenti contrari alla concorrenza⁶⁴ e ciò perché il diritto fondamentale non copre la libertà di descriversi da soli ai terzi⁶⁵. Il *Bundesverfassungsgericht* è andato poi anche oltre ed ha affermato che ciò è dovuto al fatto che la massima conoscenza possibile delle informazioni è alla base stessa di un sistema concorrenziale funzionante⁶⁶ e che per questo motivo, dato che il mercato da solo non è in grado di garantire questa trasparenza, è necessario l'intervento statale⁶⁷.

Certo i giudici hanno tentato di individuare anche un limite a questo potere statale⁶⁸, ma, in ogni caso, appare evidente come la costruzione giuridica operata dal *BVerfG* appaia piuttosto "istituzionale" e sembri trascendere persino la dimensione oggettiva del singolo diritto tanto che, nel commentare questa decisione, c'è chi ha denunciato una vera e propria «erosione» (*Erosion*) della libertà di professione⁶⁹. Questa "messa a sistema"

⁶² Le censure fondate sull'art. 14 *GG* vengono respinte, in quanto, come da giurisprudenza costante, questa tutela non protegge le situazioni potenziali, ma solo quelle concretamente già possedute dai singoli da indebiti interventi statali *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (73 ss.).

⁶³ *BVerfG*, 1 BvR 558/91 del 26.6.2002, Absatz-Nr (40).

⁶⁴ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (41).

⁶⁵ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (43).

⁶⁶ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (44).

⁶⁷ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (45).

⁶⁸ *BVerfG*, 1 BvR 558/91, cit., (60).

⁶⁹ M. Ruffert, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, cit., 223.

dei principi della libera concorrenza è evidente in particolar modo nel momento in cui il Tribunale ha affermato che, se di fatto l'attività economica si svolge secondo i principi del mercato in libera concorrenza, l'ambito di tutela dei diritti fondamentali deve tenere in considerazione le norme che limitano e consentono la concorrenza stessa⁷⁰. È chiaro, in questo passaggio, come la lettura e la restrizione conseguente dei diritti fondamentali alla luce della *bestehende Wirtschaftsordnung* rappresenti un elemento che stride con la dottrina della neutralità, specialmente se letto insieme all'enunciazione per cui la *Berufsfreiheit* (art. 12 GG) protegge il concorrente proprio nei limiti delle regole giuridiche così determinate⁷¹.

Si registra, dunque, dal quadro descritto, una forte ambiguità di fondo in questa giurisprudenza, che, se da un lato appare ferma e costante nel negare l'esistenza di una dimensione oggettiva di sistema, dall'altro apre, attraverso l'interpretazione dei singoli diritti, a delle interpretazioni che appaiono quanto mai vicine ad un ordine economico ben preciso e, in fondo, vincolante anche il Legislatore.

4. Il dibattito sull'art. 41 Cost.: mercato e libertà di iniziativa economica privata in Italia

A differenza di quanto accade nel *Grundgesetz*, la Costituzione italiana dedica l'intero Titolo III della Parte I alla regolazione dei rapporti economici. In particolare, tra queste norme, spicca per la sua rilevanza l'art. 41 Cost. che disciplina la libertà di iniziativa economica privata, ponendo, tuttavia, limiti e condizioni al suo esercizio e che è assunto, ormai, anche alla luce del dibattito dell'impatto del diritto comunitario sul diritto interno, a vera e propria pietra angolare della "controversia" italiana in materia di ordine dell'economia⁷².

⁷⁰ BVerfG, 1 BvR 558/91, cit., (41) dove si legge «die rechtlichen Regeln ..., die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen».

⁷¹ BVerfG, 1 BvR 558/91, cit., (41). Cfr., sul punto, RUFFERT, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, cit., 225.

⁷² Si fa riferimento, in particolare, non solo alla presunta abrogazione dell'art. 41, comma 3, su cui cfr. problematicamente MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 24, ma anche, in maniera netta, IRTI, *L'ordine*

giuridico del mercato (1998), Roma-Bari, 2009, spec. 137 e cfr. anche MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. e Soc.*, 3/1999, 460, quanto piuttosto alla possibilità di fondare in Costituzione il principio di concorrenza in senso oggettivo, non tanto declinato in un'ottica competenziale, ovvero nell'ambito dell'art. 117, comma 2 Cost. (su cui cfr. *infra* nt. 95), quanto valoriale e, dunque, nello stesso art. 41 Cost., su cui la dottrina si è divisa (*contra* e, dunque, riconoscendovi una forza solo verticale regolante il rapporto tra Stato e individuo, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 224 e IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 16 ss.; *pro* GALGANO, Art. 41, in GALGANO – RODOTÀ, *Rapporti economici*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1982, 11 ss., il quale in particolare valorizza, al fine di affermare che l'iniziativa economica privata deve svolgersi in regime di concorrenza, l'art. 43 Cost. e il divieto di monopoli (12), ma anche GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e Costituzione economica*, Padova, 1978, spec. 88 ss.; inoltre, anche alla luce del diritto comunitario e combinandone l'interpretazione con l'art. 43 Cost., cfr. ancora GHIDINI, voce *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 786 ss., spec. 793). Problematicamente, ma *contra*, sul rapporto tra iniziativa economica e concorrenza, OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 65-66 il quale rileva come la libertà di concorrenza sia «valore implicito nella libertà di iniziativa», ma nega che sia ricavabile un «principio antimonopolistico» (66) dalla stessa libertà in quanto, anche la libertà di concorrenza, si atterrebbe solo come «libertà verso lo Stato e libertà tra gli operatori» e quindi in nessun modo la detta libertà sarebbe configurabile come vincolo, dato che intese, concentrazioni, monopoli sarebbero svolgimento della libertà e non potrebbero «trovare in essa la propria condanna» (66). Diverso, ma collegato, il problema della riconducibilità della concorrenza come valore costituzionale nell'ambito del 1° o del 2° comma dell'art. 41. Solleva dubbi nel ricondurre la concorrenza nella sua dimensione «strutturale» all'art. 41, comma 1 Cost., recentemente BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, in *Dir. Pubbl.* 1-2/2010, 207 ss.. L'Autore ritiene necessario operare una «trasposizione» (209) della libertà di concorrenza dato che «i peculiari caratteri della libertà di concorrere, che valgono a distinguerla dalle altre libertà, stanno proprio nell'impossibilità di concepirla in chiave puramente individuale e nella necessità di vedervi una componente strutturale del mercato». Da ciò deriverebbe che non può dedursi dal comma 1 dell'art. 41 Cost. la tutela della concorrenza, che «va invece ricercata nel comma successivo, nel senso che la struttura concorrenziale del mercato presenta una utilità sociale che può giustificare limitazioni a quella stessa libertà individuale da cui la concorrenza si è ormai emancipata» (210), in questo senso «la concorrenza sarebbe cosa diversa dalla libertà di iniziativa economica e, quale caratteristica strutturale del mercato, si atterrebbe a condizione affinché la libertà di iniziativa economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale» (211). *Contra* PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 2/1993, 329 il quale riconduce nel comma 1 anche la tutela della concorrenza. Cfr. ancora, nel primo senso, LIBERTINI, *Autonomia*

Nonostante ciò, come è stato sostenuto, in Germania «le garanzie al diritto d'impresa riconosciute in via indiretta dalla Legge fondamentale rappresentano un argine già piuttosto solido, che non ha avuto bisogno, a differenza di quanto accaduto

privata e concorrenza nel diritto italiano, in *Riv. Dir. Comm.*, 2002, 442, il quale, in particolare, rinviene un fondamento costituzionale per la «concorrenza effettiva», nel secondo, CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della costituzione e principi comunitari*, cit., 233 ss. che rinviene il fondamento della legislazione *antitrust* nel 1° comma. Ancora sulla distinzione tra dimensione oggettiva e soggettiva cfr., FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 532 ss. il quale, pur senza richiamare l'art. 41 Cost., distingue la concorrenza in senso soggettivo, da quella in senso oggettivo. La prima coinciderebbe con la garanzia della libertà di iniziativa economica e sarebbe presupposto necessario, ma non sufficiente della seconda. Si interroga sul significato di libertà di iniziativa economica anche TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli art. 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. Dir.* 1/1992, spec. 16 ss. che individua come premessa logica necessaria del disposto costituzionale non tanto quello che viene definito «il modello dell'economia di "libera" concorrenza», quanto «la libertà formale di accesso al mercato». Sul punto si veda anche PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, 1979, spec. 1219 ss. L'Autore nega, nel contributo citato, che l'art. 41 Cost. abbia declinato l'iniziativa economica come «situazione di carattere oggettivo», rilevando questa sempre «in termini di situazione soggettiva» (1219), che può poi concretarsi o in un diritto soggettivo o in una posizione di interesse legittimo. Sottolineava già questa duplice valenza delle norme volte a regolare la concorrenza in senso oggettivo, dandone però nel complesso un bilancio positivo, NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in NANIA –RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 203. Su questo dibattito, cfr. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, cit., 492 ss., il quale distingue tra le cc.dd. «avanguardie di diritto industriale» (492) e i «ritardi dei costituzionalisti» (503). In collegamento, invece, con l'art. 41, comma 3, BOGNETTI, *Il modello economica della democrazia sociale e la Costituzione della repubblica italiana*, in AA.VV., *Verso una nuova Costituzione*, Milano, 1988, 171 ha sottolineato come per la Costituzione «il mercato sia un valore» poiché «attraverso il combinato disposto degli artt. 41, 42, 43 [la Costituzione] contiene appunto – quanto meno – una garanzia a suo favore nei confronti di un insieme di interventi dello Stato». Ancora, sulle varie accezioni del concetto di concorrenza, criticamente rispetto all'uso della nozione da parte della Corte costituzionale, cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Riv. Ital. Econ.*, Suppl. al n. 1/2005, 105 ss. Sull'impatto del diritto comunitario e sullo sviluppo interpretativo di cui è stato oggetto l'art. 41 Cost., cfr. anche GROTANELLI DE' SANTI, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, vol. II, Milano, 1996, 981 ss.

nell'ordinamento italiano di ulteriori rinforzi [...]»⁷³. Se nell'esperienza tedesca come si è riferito, la concorrenza non è mai assurda, nella sua dimensione oggettiva e sia pur con qualche ambiguità, a valore costituzionale autonomo, nell'esperienza italiana, al contrario, la ricerca di una ricostruzione della concorrenza e del mercato come “valori” ha rappresentato una tendenza che, in particolare, ha squadernato una serie di problematiche con cui l'ordinamento si è nel tempo dovuto confrontare. Non solo, dunque, davanti al Legislatore, ma anche alla Corte costituzionale questi concetti si sono imposti come “problemi” e ciò emerge con particolare evidenza proprio dalla mole di sentenze che sul punto sono state emanate negli ultimi anni.

L'art. 41 Cost., in particolare, è stato oggetto di una interpretazione da parte della Corte costituzionale che, alla luce degli influssi del diritto comunitario⁷⁴, *prima facie*, sembra aver portato sempre più all'affermarsi di una dimensione oggettiva della tutela della concorrenza che può rischiare di entrare in conflitto con la dimensione soggettiva della stessa libertà dando luogo a quello che è stato definito il «paradosso della libertà di concorrenza»⁷⁵.

Dallo studio della genesi di questo articolo e più in generale di tutto il Titolo, emerge, come sottolineato da autorevole dottrina, come sul piano dei principi molte furono le

⁷³ Così CLARICH, *Servizi pubblici e diritto della concorrenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1/2003, 107.

⁷⁴ Su come la concorrenza non possa più essere considerata per il diritto comunitario un valore in sé dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la scomparsa della concorrenza dall'art. 3 del Trattato UE, ma come un valore strumentale a fini socialmente utili, cfr. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Roma 2010, 193 ss. Per l'Autore, l'espunzione di tale riferimento va letto come un rifiuto di «posizioni liberistiche estreme» che peraltro, come si dirà, sembrano rifiutate anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale italiana.

⁷⁵ Così CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. e Soc.* 3-4 2009, 375, il quale denuncia che, superata da parte della Corte costituzionale, «la dimensione solo soggettivistica delle libertà di iniziativa economica», il rischio che la protezione della libertà di iniziativa, intesa come garanzia individuale, sfumi nella tutela del mercato, inteso come valore in sé e non in quanto funzionale agli interessi dei singoli, e che questa dimensione non si affianchi, ma si sostituisca alla dimensione soggettiva appare concreto e da evitare (384 ss.).

sovrapposizioni tra I e III Sottocommissione in un dibattito i cui protagonisti furono, rispettivamente, gli Onn. Togliatti e Dossetti da un lato e gli Onn. Pesenti, Fanfani, Taviani e Ghidini dall'altro⁷⁶. Il dibattito in Costituente⁷⁷, in particolare, di cui recentemente si è anche tentato di rielaborare l'influsso delle teorie del liberalismo⁷⁸ e l'apporto degli industriali⁷⁹, appare particolarmente ricco e variegato. Da esso emerge, da un lato, la prospettiva di un netto rifiuto di uno Stato totalmente estraneo alle dinamiche di mercato e neutrale nei confronti dell'economia e, dall'altro, il tentativo di delineare degli strumenti capaci di abilitare il Legislatore a prevenire ed evitare la formazione dei

⁷⁶ AMATO, *Il Mercato e la Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 8

⁷⁷ Si vedano AMATO, *Il Mercato e la Costituzione*, cit., 7 ss. e GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, in *Dir. Pubbl.* 3 del 2000, 917 ss. Si veda, inoltre, BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999, 44 ss. il quale definisce l'art. 41 Cost. «una norma giuridicamente e «culturalmente nuova»» (55) negando, inoltre, il carattere c.d. «anfibiologico» e rinvenendo nella norma la prevalenza della dottrina sociale cattolica e sottolinea come l'interpretazione di tale articolo richieda una «stretta aderenza con una serie di fattori storici che ne condizionano l'attuazione» (65). Ricostruisce il dibattito anche GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e Soc.* 4/2003, 475 ss. Meno recentemente, una ricostruzione è offerta anche da DE CARLO, *Economia e Costituzione*, Padova, 1978, 123 ss.

⁷⁸ ALICINO, *Liberismi. Luigi Einaudi e il partito pre-liberale*, in BURATTI – FIORAVANTI (a cura di), *I Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana*, Roma, 2010, 372 ss con la bibliografia *ivi* richiamata.

⁷⁹ MANCINI, *Industria. Classe industriale e Costituzione economica: il progetto liberista del "partito degli industriali"*, in BURATTI – FIORAVANTI (a cura di), *I Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana*, cit., 357 ss.. Particolarmente interessanti le pagine dedicate alla «difesa del mercato» da parte di alcuni liberali tra cui Einaudi e Corbino e alla sconfitta delle posizioni più radicali di quegli industriali e, anche, dell'Uomo qualunque che invocavano una forte «estraneità» dello Stato dalle materie economiche, 368 e ss..

monopoli⁸⁰ e ad intervenire, in una certa misura, sulla regolazione dell'attività economica⁸¹.

C'è da aggiungere, che il contesto in cui la Costituente opera è forse uno dei periodi storici di maggiore apertura del mercato italiano, posto sotto la guida di uomini come Corbino, Del Vecchio ed Einaudi⁸². E persino lo stesso Luigi Einaudi, espressione della tradizione liberale, che era entrato in contatto con le idee di von Hayek, non vagheggiava certo un utopistico e assoluto ritrarsi dello Stato dai suoi poteri di regolazione⁸⁵.

⁸⁰ Cfr. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, cit., 928 ss. con, in particolare, riferimento agli interventi di Cortese, che propose di integrare il testo valorizzando il fine di tutelare il consumatore, Einaudi che si poneva in un'ottica di netta opposizione di confronti dei monopoli, Ruini che si contrapponeva ad una visione troppo ottimistica della concorrenza.

⁸¹ Su questo punto il riferimento agli Atti risulta particolarmente interessante visto che da essi emerge che l'Autore che viene evocato come ispiratore dell'art. 41, comma 3 Cost., dallo stesso socialdemocratico Arata, è von Hayek. Ricostruiscono il dibattito che in particolare ha portato all'utilizzo del termine «programmi» e non «piani» e lo scontro tra comunisti e cattolici sia AMATO, *Il Mercato e la Costituzione*, cit., 11 ss., sia GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, cit., 953 ss. Il compromesso, secondo Amato, tuttavia, dà luogo ad «una Costituzione economica che si muove [...] tra neocorporativismo e larvato dirigismo» in cui, se una cultura del mercato appare molto lontana, tuttavia essa appare necessaria al fine di allontanare il comunismo (12). Proprio questa ambiguità si sarebbe riversata sulle norme che regolano l'iniziativa economica privata le quali da un lato la proclamano libera e dall'altro la assoggettano a rigidi e potenzialmente pervasivi limiti. In questo quadro, «la difesa del mercato diviene aprioristica difesa non tanto dello stesso mercato, ma dell'imprenditore in quanto titolare dell'iniziativa privata» che si identificerebbe, in quest'ottica, con la tutela del mercato stesso (12-13).

Particolarmente significativa, però, la sintesi di Ruini che, riprendendo le fila del dibattito sull'art. 41 Cost. e le tesi sostenute dallo stesso Corbino, affermò: «nessuna economia può prescindere da attività dello Stato. Il comunismo puro ed il liberalismo puro sono due ipotesi e schemi astratti che non si riscontrano mai concretamente nella realtà. Si è avuto e si avrà sempre l'intervento dello Stato (anche nelle fasi più libere) e sfere di attività e di imprese privata [...]. La realtà è sempre una sintesi, una risultante della vita economica e negarla è negare la vita stessa», *Atti dell'Assemblea Costituente*, Roma, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1663-1664.

⁸² Lo sottolinea, ancora, AMATO, *Il Mercato e la Costituzione*, cit., 13 ss.

⁸⁵ Così ALICINO, *Liberismi. Luigi Einaudi e il partito pre-liberale*, cit., rispettivamente alle 376-377. Per quanto concerne l'importanza del pensiero dell'economista liberale sui lavori della Costituente e, in particolare, sulla

Da questa rassegna non emerge un'idea univoca del ruolo che avrebbe dovuto ricoprire lo Stato nell'economia e nemmeno una chiara concezione del mercato come istituzione, ma, d'altro canto, *in nuce*, una grande apertura dell'art. 41 Cost. che pare in grado di rispondere a diverse e molteplici sollecitazioni e dotato, dunque, di una certa versatilità a seconda dei diversi contesti storici in cui si trova ad operare attraverso l'interpretazione costituzionale⁸⁴. Non una norma «anfibologica»⁸⁵, come pure fu definita con una certa fortuna, dunque, ma capace di essere oggetto di interpretazioni molteplici⁸⁶, volte a conciliare uno

redazione del 3 comma dell'art. 41 Cost., l'Autore ricostruisce il dibattito che portò al respingimento dell'emendamento Montagnana fino all'approvazione dell'emendamento Arata che certifica l'incompatibilità con il *Laissez-faire* della Costituzione italiana, senza però imporre una specifica visione in materia economica al Legislatore. Ma se il risultato è questo, l'emendamento Arata certifica qualcosa che nei fatti era sempre stato: la possibilità, che è dovere, per lo Stato di intervenire nel mercato e, dunque, in campo economico.

⁸⁴ Ciò sarebbe garantito dall'impossibilità di una *Versteinerung* (pietrificazione) proprio in virtù del fatto che le formule utilizzate, in particolare quella dell'utilità sociale, si caratterizzano per essere «principi-valvola» il che «impone all'interprete la massima sensibilità nei confronti dei mutamenti dei fatti sociali e dei loro effetti sul sistema normativo», LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 121-122. Sul rilievo fondamentale del contesto storico come strumento di ausilio all'interpretazione costituzionale, cfr. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, spec. 1 ss. ove si legge che «il diritto costituzionale vigente dipende in larga misura dal modo in cui i valori costituzionali, i principi fondamentali di un determinato ordinamento costituzionale vengono percepiti, interpretati ed attuati» (15).

⁸⁵ Così CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, 303. Definisce «scolorito» questo carattere CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, cit., 375. Critica, invece, questa lettura Dossetti, richiamato da OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in *Riv. Ass. Ital. Costituz.*, 00/2010, 16-17, il quale ha affermato, proprio nel criticare la "teoria dell'anfibologia": «Orbene, non ci può essere dubbio che anche la vigente Costituzione tutela ampiamente la libertà di iniziativa economica (41). E non è vero che l'articolo stesso sia – come qualcuno ha sostenuto – una norma anfibologica, per il richiamo che esso contiene all'utilità sociale e alla programmazione [...]. La dottrina e la giurisprudenza hanno già provveduto a togliere ogni anfibologia e a sviluppare un concetto di libertà economica come diritto costituzionale non inferiore, gerarchicamente, agli altri diritti riconosciuti alla persona».

⁸⁶ Nello stesso senso, cfr. BIANCO, *Costituzione ed economia*, cit., 45.

Stato interventista e solidale con le libertà economiche dei privati, e che ha, proprio da un'interpretazione attraverso la lente del diritto comunitario, trovato nuovo slancio.

Non può essere dimenticato quel collegamento che già in sede Costituente emergeva con forza tra i temi elaborati dalla I e dalla III Sottocommissione. Come da più parti autorevolmente sottolineato, infatti, in Italia il riferimento al concetto di "Costituzione economica" non può comunque non prendere in considerazione soprattutto quei principi fondamentali della prima parte che delineano i caratteri essenziali della forma di Stato repubblicana e che indicano la direzione dell'operazione di *trasformazione*, tra i quali, su tutti, l'art. 3, comma 2 Cost., in ragione dei quali qualsiasi intervento statale, in campo economico o meno, non può comunque essere considerato neutrale⁸⁷, e quelle norme che pongono i diritti sociali⁸⁸.

⁸⁷ Il riferimento è necessariamente a PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, spec. 41 ss. il quale descrive l'art. 3 Cost. come «la supernorma della convivenza medesima, condizionante e finalizzante le altre norme, la base dinamica della convivenza, cioè la trasformazione della società non omogenea e non giusta, in una società più omogenea, più equilibrata e più giusta» (42) e che fonda una libertà intesa come «liberazione da necessità, come libertà dal bisogno», la quale «è sancita dalla Costituzione come fine ultimo e coerente della pianificazione e della regolazione da parte della collettività del momento economico» (47). In questo quadro, secondo Predieri, «non basta al nostro Stato attribuirsi e garantire quello strumento che si dice tipico per il raggiungimento del fine di redistribuzione, la fiscalità e l'intervento sociale dello Stato. L'esigenza di democrazia sostanziale che è conquista esercizio ed azione, si trasforma nella scelta degli strumenti della Costituzione economica formale, coincide con le sollecitazioni derivanti dalla situazione economica di fondo, o dai presupposti della Costituzione economica materiale, per porre compiti di maggior respiro e più profondamente incidenti di quanto non possano attribuirsi allo Stato sociale inteso nel restrittivo significato [...]» (48). Sottolinea anche lo strettissimo legame, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 53 il quale afferma che data la molteplicità di norme che nella Costituzione italiana in materia economica, non è possibile far riferimento solo a queste quando si utilizza espressione «Costituzione economica» in cui bisogna necessariamente prendere in considerazione anche quelle disposizioni che rappresentano «i fondamentali» di questa e che si «pongono anzi in riferimento alle scelte politiche di fondo, relative alla forma di Stato e agli scopi dello Stato, rispetto alle quali le norme espresse rappresentano essenzialmente lo strumento di realizzazione». Da queste premesse, anche Spagnuolo Vigorita vede come primo obiettivo di uno Stato che si qualifica sociale «il *benessere economico collettivo*» (195) che si concretizzerebbe in scelte di indirizzo politico-economico di cui l'art. 41 Cost.

Molti sono stati i campi su cui, poi, la dottrina si è confrontata nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.⁸⁹. Solo a titolo di esempio si possono ricordare la possibilità di annoverare tra la

sarebbe strumento (208). Nello stesso senso, cfr. SAJA, *Costituzione economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale*, cit., 5 e LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., 377-378 nonché in LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 130 ss., il quale vede nell'art. 3, comma 2 la «previsione di un processo di trasformazione» (131). Interessante, sul collegamento tra limiti all'iniziativa economica privata e artt. 2, 3, comma 2 e 4 Cost., la sent. n. 38 del 1960 in materia di assunzione obbligatoria di minorati e invalidi in cui la Corte non riconobbe la lesione dell'art. 41 Cost. proprio in combinato disposto con l'art. 3 Cost.

Sul punto, fondamentale, appare poi MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, vol. III, Padova, 1965, 1084 dove si legge che, nelle società democratiche «il diritto assume una funzione di mediazione tra la realtà economica e un determinato sistema di valori morali, onde l'esperienza economica riceve pienezza di senso e di significato solo dal contenuto materiale della disciplina giuridica» in un ordine economico in cui «la validità delle norme legislative che disciplinano l'economia non dipende semplicemente dal fatto di essere poste da determinati organi competenti e con un dato procedimento, bensì dipende anche da un giudizio sostanziale di conformità del loro contenuto a un sistema di valori fatto proprio dalla Costituzione dello Stato». E proprio all'art. 3 della Costituzione, l'Autore riconosce un valore particolare in questo senso in quanto esso è la sedimentazione del principio per cui «il diritto vincola le scelte politico-economiche dello Stato alle esigenze della giustizia materiale, alla realizzazione di un ordine giusto della società economica» (1086). Denuncia un pericolo attuale per il programma “economico” dell'art. 3, comma 2 Cost. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 24.

Sulle diverse interpretazioni dell'art. 3, comma 2 della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale in materia, piuttosto restia nell'utilizzare l'uguaglianza sostanziale come parametro, cfr. recentemente MANETTI, *La libertà eguale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3/2009, 639 ss.

⁸⁸ Su cui cfr., in particolare, LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 4/1994-1/1995, 545 ss. in cui viene sottolineata, nella prima parte del saggio, la rilevanza nelle democrazie contemporanee della *Chancengleichheit* capace di contemperare la tensione tra libertà ed uguaglianza e, su questa premessa, supera la contrapposizione tra diritti di libertà e diritti sociali, nell'ambito delle democrazie contemporanee in cui è centrale «il collegamento tra Stato sociale e democrazia emancipante» (562).

⁸⁹ Recentemente li ha ricostruiti GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 179 ss.

libertà di iniziativa tra i diritti fondamentali⁹⁰, la distinzione tra

⁹⁰ Vari gli autori che si sono fronteggiati sul tema: per tutti quelli che ritenevano che la libertà di iniziativa non configurasse un diritto con dignità di diritto fondamentale inviolabile in quanto non inerente strettamente alla personalità cfr., in un primo tempo, BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, 1971, 597 ss. e LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 45 ss. («In definitiva, l'iniziativa economica privata non può essere qualificata altrimenti che come libertà [...], di rango però inferiore alle libertà fondamentali e – perciò – inviolabili»), ma anche MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, 1; *contra*, invece, R. Nania, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., 193 ss., il quale afferma, pur ammettendo che le libertà economiche non «potessero accreditarsi della stessa intensità di compenetrazione vantata dalle libertà personali con il valore della persona umana» (196), che esse possono ben essere «declinabili nei termini di *chance* di espressione della personalità e della capacità umana» e sono ricollegabili all'art. 4 Cost. Di conseguenza, secondo l'Autore, anche le libertà in campo economico, che si connoterebbero per un «positivo giudizio di valore» (197), sono da annoverare tra i limiti alla revisione; problematizza PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, cit., 1224 ss., il quale, pur affermando che la libertà di iniziativa economica si differenzerebbe dalle altre libertà civili «in ragione della sua «non essenziale» inerenza alla persona umana», non arriva ad espungere la suddetta libertà dal catalogo dei diritti (cosa che viene catalogata come «omaggio ad un rigido concettualismo» (1227)), in quanto, anche se ne viene esclusa una integrale riconducibilità al catalogo delle «classiche libertà civili», se ne ammette l'articolazione come diritto della persona, sia pur di diversa intensità, a seconda che questa si atteggi a diritto soggettivo o interesse legittimo (1227). È poi tornato sul tema, sfumando la precedente esclusione dell'iniziativa dal novero dei diritti inviolabili, BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, spec. 68 ss. il quale, pur qualificando la libertà di iniziativa come diritto fondamentale, continua a distinguerlo da altri, definiti *diritti inviolabili in senso stretto*, classificandola nella categoria dei *diritti inviolabili in senso ampio*. I diritti afferenti alla prima categoria costituirebbero «precondizioni universali della democrazia», mentre i secondi sarebbero «precondizioni particolari, peculiari a un determinato ordinamento democratico». Questa seconda categoria raggrupperebbe diritti che, sia pur riconducibili all'art. 2 Cost., non sarebbero riconosciuti all'uomo o al cittadino in quanto tale, ma in quanto «conseguenti o connessi al possesso di più particolari *status* o posizioni». La proprietà e l'iniziativa economica (70 ss.) rientrerebbero in questa seconda categoria in quanto «per un verso, non p[ossono] minimamente vantare quel rapporto immediato con i valori della persona che è tipico dei «diritti dell'uomo» e, per un altro, rimanda[no] sostanzialmente a un principio di valore, quello monetario «cosale»» (75).

Anche su questo tema, la Corte costituzionale, per esempio con la sent. n. 155 del 1990 nella lettura datane da NICCOLAI, *Osservazioni sul problema delle libertà economiche*, in *Giur. cost.*, 1990, 1717 ss., è intervenuta in materia

inizio e svolgimento dell'attività economica⁹¹, la presenza o meno, al secondo comma, di una riserva implicita di legge⁹², il dibattito sulla funzionalizzazione dell'iniziativa economica e sul significato della clausola dell'utilità sociale⁹³, la misura e la

sancendo «un progressivo avvicinamento, sotto il profilo dei limiti, dei due tipi di libertà» (libertà fondamentali e libertà economiche). Dalla lettura della giurisprudenza della Corte, infatti, emerge che le clausole dell'utilità sociale e dei fini sociali sono lette come clausole che integrano principi e valori costituzionali (1721), assottigliando in questo modo la distinzione con le altre libertà bilanciabili solo, per quanto riguarda i limiti impliciti, in virtù di «altre esigenze costituzionalmente rilevanti» (1720).

⁹¹ Cfr. *pro* BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 595 e, di nuovo di recente, LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, cit., 260; *contra* NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., 198. Da ultimo, cfr. PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in www.forumcostituzionale.it, 27 ss. Ha risolto nei fatti la diatriba sin dai primi anni di attività la Corte costituzionale con la sent. n. 30 del 1965 affermando che la garanzia di cui al primo comma si estende sia al momento iniziale, sia a quello dello svolgimento dell'attività economica. Cfr. anche GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, cit., 2216 il quale, pur criticando la suddetta dicotomia, ne valorizza alcune potenzialità positive.

⁹² Su cui cfr. *pro* SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., spec. 250 ss. il quale parla di «riserva relativa o impropria» (252); *contra* ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1962, 33 ss. ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. IV, Napoli, 1999, 189 ss.; PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 142 ss.; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 606-607. In un punto intermedio LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 141 ss. dove nega che si possa rinvenire nel 2 comma una generale riserva di legge, non essendo assoggettate neanche tutte le decisioni di cui al 3 comma, ma solo quelle «decisioni di opportunità» (154) distinguendo in questo modo tra ciò che è obbligatorio fare direttamente in base alla Costituzione e ciò che è possibile fare e che ricadrebbe pertanto nella sola discrezionalità del Legislatore. Da queste premesse, l'Autore ricostruisce una «riserva *limitata* ad una certa parte [dell'art. 41] ed in particolare a quella che fa riferimento alla determinazione in concreto del contenuto dell'utilità sociale» (156). La controversia, ad ogni modo, è stata risolta dalla Corte costituzionale che ha affermato che vi fosse una riserva implicita di legge (*ex multis* sent. n. 4 del 1962). Recentemente, su questo punto, cfr. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., 200 e PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, cit., 29 ss.

⁹³ Sulla tesi che l'utilità sociale potesse funzionare da “limite interno” cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico* (1952), Padova, 1976, 1114. Cfr. sul punto NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., 201.

pervasività dei limiti posti dal terzo comma dell'art. 41 Cost.⁹⁴, e, più recentemente, l'impatto del diritto comunitario e il valore dell'introduzione, all'art. 117, comma 2, lett. e) della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza⁹⁵. A

Molte le pronunce sul significato della clausola da parte della Corte costituzionale che ha, nel tempo, lasciato comunque grande libertà al Legislatore individuando un contenuto minimo della libertà nel «ragionevole profitto» e nella «facoltà di organizzazione e dimensionamento dell'impresa», ma ha sostanzialmente declinato il proprio intervento come un controllo di ragionevolezza e proporzionalità. Così, recentemente, cfr. GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, cit., 2212. Per un'ampia ricostruzione della giurisprudenza in materia di utilità sociale, cfr. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 134 ss.

Più recentemente, nel rifiutare la concezione dei diritti del consumatore come una nuova generazione di diritti, li riconduce al 2 comma dell'art. 41 PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in www.costituzionalismo.it, 10.

⁹⁴ Il riferimento d'obbligo è a PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., spec. 91 ss.. Cfr. anche SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 268 ss.

Cfr., di recente, PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, cit., 33 ss.

⁹⁵ Cfr., in particolare, BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Istituz. federal.*, 2/2003, 345 ss. la quale, dopo aver ricostruito le diverse teorie, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, distinguendo tra i diversi piani della concorrenza già in precedenza ricordati e ravvisando un possibile fondamento della libertà di concorrenza nell'art. 41, comma 2 Cost. e non nel comma 1, nega che si possa rinvenire un fondamento valoriale della tutela della concorrenza nell'art. 117, comma 2, lett. e) il quale si configurerebbe solo come una norma sulla competenza (spec. 366 e 372). *Contra* CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2002, 981 ss. in quanto la tutela della concorrenza consisterebbe in «un valore che viene protetto» e che non coincide con la concorrenza ma con la tutela di essa. Ciò significherebbe che «la concorrenza opererà come limite [...] nel senso che il Parlamento dovrà trattare la concorrenza non come un fatto da regolare [...], ma come un valore o un bene o un fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza» (985). Attraverso la competenza in esame, dunque, la tutela della concorrenza si sarebbe costituzionalizzata (987). In quest'ottica, peraltro, l'Autore presuppone che l'art. 41 Cost. non preveda una tutela della concorrenza in senso oggettivo. Il «valore-concorrenza», semplicemente, sarebbe «assente» dalla Costituzione del 1948 (988). Sulla stessa linea, cfr anche BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le*

differenza del dibattito tedesco, dunque, teso in particolare ad affrontare il tema di una Costituzione economica in senso prescrittivo, la controversia in Italia non sembra aver riguardato tanto la forza normativa nei confronti del Legislatore delle norme costituzionali in materia di ordine precettivo dell'economia. Anche se certamente si è discusso di cosa dovesse intendersi con interventismo, dirigismo, pianificazione e, dunque, se la Costituzione delineasse una specifica scelta in campo economico⁹⁶, infatti, si è, sin da subito, largamente affermata l'idea di una "economia mista"⁹⁷ che escludesse gli estremi,

Regioni 4-5/2008, 791 ss. Cfr., infine, CASSETTI, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 2001, la quale nel ribadire che «le origini della concorrenzialità del mercato vanno dunque ricercate innanzitutto all'interno della garanzia costituzionale della libertà di iniziativa economica» (4), cerca di individuare spazi per la competenza regionale, in particolare in materia di industria, commercio e turismo, nel nuovo quadro delle competenze.

⁹⁶ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., spec., 25 ss.

⁹⁷ Su cui, in particolare, cfr., in senso critico rispetto a questa nozione, LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., 376; MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, cit., 1. Sempre LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 566 sostiene che «affermare che i Costituenti optarono in favore di una economia di tipo "misto" non vuol dire un gran che. Tutte le forme di economia sono infatti "miste", nel senso che in tutte sono compresenti elementi di privatezza ed elementi di pubblicità, sia pure diversamente bilanciati [...]. Se, invece, quando si parla di "economia mista" ci si riferisce, in realtà, al "modello economico della democrazia sociale", è evidente che nessuna Costituzione del secondo dopoguerra può permettersi storicamente il lusso di discostarsi da quel modello, che oggi è consustanziale alla forma specifica assunta dalla democrazia pluralistica» (566), un modello in cui «l'economia e il benessere che essa è in grado di produrre non sono il fine, ma il mezzo» (567). Cfr. anche BOGNETTI, *Il modello economica della democrazia sociale e la Costituzione della repubblica italiana*, cit., spec. 138 ss. secondo il quale, il modello tipico di sistema economico dello Stato democratico e sociale caratterizzerebbe tutti «i maggiori stati occidentali contemporanei» (138) e si caratterizzerebbe, tra l'altro, per porre a proprio fondamento la libertà di iniziativa economica, vasti poteri di interventi dello Stato nel mercato, i molti limiti posti alla libertà di iniziativa economica privata e per la predisposizione di misure di previdenza e assistenza sociale, il promovimento delle condizioni di vita degli strati più umili della popolazione, etc... Ancora, cfr. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, cit., 13 il quale sottolinea che pur nel riconoscimento del silenzio sul punto, il fatto che la Costituzione non accolga espressamente il principio del "mercato" e della concorrenza in senso oggettivo non significa che essa esprima un rifiuto per l'economia di mercato.

tutelasse il pluralismo in campo economico e, in particolare, garantisse al politico un'ampia possibilità di intervento nell'economico⁹⁸. In Italia, come si è detto, inoltre, non si è di fatto mai messo in discussione l'indubbia centralità che ha l'art. 3, comma 2, pur escludendo le ipotesi di una funzionalizzazione dell'iniziativa privata in questo senso⁹⁹, nell'indirizzare l'azione statale e nel plasmare la forma di Stato repubblicana in senso sociale e, dunque, in un ruolo di "ridistributore" di ricchezza e di attore della «trasformazione economica»¹⁰⁰ non solo, peraltro, attraverso la leva della fiscalità¹⁰¹.

⁹⁸ PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., spec. 35 ss. dove si legge che il compito dello Stato democratico di perseguire fini sociali è centrale e si situa «in una Costituzione economica materiale ad economia mista».

⁹⁹ Come pure, si è detto, fu autorevolmente sostenuto da MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1114.

¹⁰⁰ Sottolinea come la Costituzione del Novecento diventi strumento di «trasformazione economica» teso alla «attiva rimozione delle diseguaglianze», RIMOLI, *L'Idea di Costituzione*, Roma, 2011, 169.

¹⁰¹ Cfr., sul punto, PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 48 ss. Questo ruolo nasce dalla consapevolezza che vi sono forte diseguaglianze nella società, evidenti per esempio nelle norme costituzionali che impongono, in applicazione del principio di solidarietà, una redistribuzione di risorse a fini perequativi (18), e di un'economia sostanzialmente «dualistica», perché allo stesso tempo, in luoghi diversi, sviluppata e sottosviluppata. Da ciò l'esigenza, secondo Predieri, che incombe sulla comunità «di assumere la correzione prima e la regolazione poi, del sistema economico, fra i suoi compiti fondamentali e necessari» (19). Sul tipo di «Costituzione economica» accolta cfr. anche SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 29, il quale, sottolineando ancora la necessità a fini redistributivi di un intervento statale e la sicura esclusione dal quadro costituzionale della possibilità di configurare l'estremo del comunismo (nonostante quanto sostenuto da LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977) e della concorrenza pura (40), descrive l'art. 41 Cost. come norma «permissiva o legittimante, e non obbligatoria per ciò che concerne una futura realizzazione degli schemi interventistici, dirigistici e pianificati in esso previsti» (350), delineando così un potere pubblico in materia economia, per l'appunto, "totipotente" e capace di adattarsi alle diverse sfide della storia nel modo migliore per raggiungere il fine del benessere generale.

Più recentemente, sulla necessità di leggere il Titolo III attraverso la lente dei principi fondamentali e, in particolare, degli artt. 1-3, OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, cit., spec. 11. Ancora nella parte in cui si legge «l'economia è per la persona, è al servizio della persona» (15).

È necessario, in questo quadro, cercare di valutare che ruolo rivesta, oggi, l'art. 41 Cost. e come e in che misura, a partire da un certo momento storico, pur in assenza di un chiaro ed esplicito richiamato al valore-mercato, questo principio abbia trovato lentamente spazio nell'ordinamento italiano. Da qualche tempo, infatti, in particolare dopo l'approvazione della legge n. 287 del 1990, che ha istituito il c.d. *Antitrust*¹⁰², sia pur non sempre in modo del tutto lineare¹⁰³, l'art. 41 Cost. appare essersi permeato di un contenuto valoriale nuovo da leggere anche in collegamento con l'art. 117, comma 2, lett. e)¹⁰⁴. In questo quadro, la Corte si è, peraltro, fatta interprete dei principi comunitari di libertà del mercato, anche se non sempre pacificamente¹⁰⁵, in particolar modo al fine di definire la sfera di competenza legislativa esclusiva statale.

¹⁰² Legge che si è autoproclamata norma di attuazione dell'art. 41 Cost. e che, in dottrina si è sostenuto, fa riferimento in particolare all'art. 41, comma 1 Cost. e che, di conseguenza, incorporerebbe anche l'obbligo di mantenere un mercato concorrenziale. Cfr., sul punto, CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, cit., 233 ss. *Contra* LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., 442 il quale rinviene nell'art. 41, ma nel comma 2 il fondamento costituzionale della disciplina *antitrust* rappresentando questa l'emergere di un contrasto tra autonomia privata e concorrenza effettiva. Sull'impatto dell'introduzione della legge in commento, cfr. anche LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust – Un bilancio a 10 anni dalla legge, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Roma, 2000, 69 ss. il quale analizza la «la svolta [...] segnata dall'interpretazione filo concorrenziale dell'art. 41 Cost.» e dell'affermarsi del principio di tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano.

¹⁰³ La Corte costituzionale è tornata varie volte sul principio di concorrenza, anche prima che fosse approvata la legge n. 287 del 1990. Si vedano, in particolare, alcune delle sentenze su cui si tornerà nel prosieguo, nn. 223 del 1982, 241/1990, 14/2004, 94/2007, 430/2007 e 45/2010) e, infine, la sent. n. 270 del 2010. Caso isolato, ma non passato inosservato, fu la sent. n. 384 del 1999 in cui la Corte sembrò, pur senza entrare nel merito, «disconoscere» la concorrenza come valore. Su questa pronuncia, cfr. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2965 ss.

¹⁰⁴ Così CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2002, 981 ss.

¹⁰⁵ Si veda, in senso critico per quanto riguarda il richiamo al diritto comunitario, anche, a commento prevalentemente della decisione della Corte costituzionale n. 14 del 2004, CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della*

Proprio per l'importanza che ha rivestito con le sue pronunce la Corte costituzionale è necessario passare in rassegna alcune delle più significative sentenze che hanno avuto ad oggetto il mercato, l'iniziativa economica e il principio di concorrenza al fine di valutare in che misura, da un lato, la libertà di concorrenza e, dall'altro, il mercato concorrenziale sono emersi come valori costituzionali e, in caso, attraverso quale "grimaldello normativo" ed entro quali limiti.

5. La Corte costituzionale sull'ordine del mercato, la libertà di iniziativa economica «presa sul serio»: a) Il principio di concorrenza nella giurisprudenza costituzionale precedente alla modifica del Titolo V

Una delle prime decisioni sul tema è la sentenza n. 223 del 1982¹⁰⁶, con cui la Corte, nel valutare le legittimità dell'art. 2596 c.c. sui limiti contrattuali alla concorrenza, afferma una lettura ambivalente del principio che però non viene ancora considerato costituzionalizzato¹⁰⁷. Da un lato, infatti, – afferma la Corte – la

concorrenza, in *www.federalismi.it*, 5/2004 e LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, cit., 105 il quale interviene per chiarire «diversi equivoci» e, distinguendo tra concorrenza in senso soggettivo e concorrenza «come bene giuridico tutelato», affermando che la seconda si configura come limite della prima e che, dunque, non possa essere ricondotta al comma 1 dell'art. 41 Cost. L'Autore, inoltre, partendo dal presupposto che la Corte «era stata piuttosto insensibile ai valori della concorrenza, prima della riforma costituzionale» (112), analizza alcune sentenze e ne critica l'iter argomentativo che appare contraddittorio e impreciso rispetto ad una chiara nozione di concorrenza (le pronunce esaminate sono le nn. 27 e 275 del 2003, 14, 272 e 345 del 2004, 107, 134, 151, 162 e 175 del 2005). La nozione di concorrenza viene infatti utilizzata secondo molteplici significati con riferimenti non univoci a termini tecnici (come per esempio macroeconomico o concorrenza in senso dinamico). In particolare, promozione della concorrenza e concorrenza in senso dinamico non sarebbero, a differenza di quanto sembra emergere dalla giurisprudenza della Corte, pienamente sovrapponibili. Per esempio, questa sovrapposizione non sarebbe possibile per tutte quelle politiche qualificabili come «sostegno settoriali o territoriali» (116). È considerata «arbitraria», l'equiparazione tra tutela della concorrenza e regolazione della concorrenza.

¹⁰⁶ Sent. n. 223 del 1982, *Giur. cost.* 1982, 2246 ss.

¹⁰⁷ In questo senso, LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, cit.

libertà di concorrenza «integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi»¹⁰⁸. Nonostante queste affermazioni di principio, la Corte sembra ancora lontana dall'affermare la concorrenza come un principio costituzionale¹⁰⁹. Unici limiti presi in considerazione alla discrezionalità del Legislatore in materia di concorrenza, infatti, sono i vincoli derivanti dal diritto comunitario.

In seguito, fondamentale fu la sentenza n. 241 del 1990¹¹⁰ che, emanata poco prima dell'entrata in vigore della legge n. 287 del 1990, alla luce dei principi dell'utilità sociale e dei fini sociali, afferma una lettura strumentale della concorrenza rispetto alla tutela della libertà di iniziativa economica, non riconducendo nel primo comma dell'art. 41 Cost. il principio di concorrenza in senso oggettivo. Questo, infatti, viene ricostruito come strumentale all'esercizio della libertà¹¹¹ e individuato in concreto

¹⁰⁸ Sent. n. 223 del 1982, *cons. in dir.*, n. 2

¹⁰⁹ Critico verso questa decisione BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, cit., 210 il quale sottolinea come in questa pronuncia emerga molto bene il problema della contraddizione che può sorgere tra concorrenza in senso soggettivo e oggettivo di cui la Corte non sembra però avvedersi.

¹¹⁰ Sent. n. 241 del 1990, *Giur. cost.* 1990, 1467, con nota critica di PACE, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà di impresa*, *ivi*, 1482 ss., il quale, come detto, rinviene il fondamento della tutela del mercato e della concorrenza nel primo comma dell'art. 41 Cost. e non nel secondo (1487). Di nuovo in questo senso, PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, cit., 328 dove l'Autore, distinguendo tra libertà *del* mercato, che discenderebbe dalla libertà di iniziativa economica, e libertà *di* mercato, che invece non avrebbe posto in Costituzione in sé come valore assiologicamente fondato, afferma che «resta essenziale, ai fini della libertà *del* mercato, che la tutela della concorrenza vada rinvenuta nella stessa proclamazione della libertà di iniziativa economica (comma 1) e non fra i *limiti* di utilità sociale apponibili ad essa» (329).

¹¹¹ La Corte afferma al considerato in diritto n. 4: «L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza - che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori (sentenza n. 223 del 1982 cit.) - ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale».

nei commi 2 e 3 dell'art. 41, peraltro sottolineandone il collegamento con l'art. 3, comma 2¹¹².

Da ricordare, anche la sent. n. 362 del 1998¹¹³. Oggetto del giudizio una legge regionale lombarda che poneva di limiti all'esercizio di un'attività di impresa nel campo delle agenzie di viaggio e che richiedeva un'autorizzazione per l'apertura di nuove filiali e per lo svolgimento dell'attività. Dichiarando tali norme in contrasto con gli artt. 41, 117 e 120 della Costituzione, la Corte, in questa decisione, rinviene negli artt. 41 e 120 Cost. una «nozione unitaria di mercato che non consente la creazione di artificiose barriere territoriali all'espandersi dell'impresa»¹¹⁴. Questa sentenza, dunque, attraverso una combinazione dell'art. 120 e dell'art. 41 della Costituzione offre un'idea di mercato come luogo fisico, al di fuori della competenza regionale e coincidente con l'intero territorio nazionale, che non può essere limitato da provvedimenti regionali, ma anche come spazio in cui si svolge l'iniziativa privata, che non può essere irragionevolmente costretta, pregiudicando, di fatto, il principio di eguaglianza delle *chances*. In questo caso, dunque, la

¹¹² La Corte ha sancito: «[La libertà di iniziativa economica], invero, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, secondo e terzo comma); e tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza – che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori (sentenza n. 223 del 1982 cit.) – ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie». In questo senso, saluta con soddisfazione questa decisione, BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, cit., 211, il quale, tuttavia, sottolinea come la Corte cadrebbe in contraddizione nell'inciso in cui «qualifica la libertà di concorrenza “come valore basilare della libertà di iniziativa economica”» (nt. 18).

¹¹³ Sent. n. 362 del 1998, Giur. cost. 1998, 3189 ss.

¹¹⁴ Sent. n. 362 del 2008, *cons. in dir.*, n. 5. Al considerato n. 8, inoltre, i giudici sanzionano anche una limitazione della libertà di iniziativa nella sua fase di svolgimento.

regolazione del mercato viene considerata incostituzionale perché la regione non può limitare gli spazi del «mercato unitario», incidendo in questo modo sulle libertà individuali¹¹⁵.

Degna di nota, perché significativa di un importante *overruling* dovuto al diritto comunitario, la sent. n. 443 del 1997¹¹⁶. In particolare, in questa decisione la Corte costituzionale modifica apertamente un proprio precedente orientamento in ragione del quale non era stata dichiarata incompatibile con la Costituzione la disciplina che prevedeva delle limitazioni all'utilizzo di materie prime per la produzione di un certo tipo di pasta¹¹⁷.

Nella sent. n. 20 del 1980¹¹⁸, la Corte si era già pronunciata sulla disciplina che imponeva limiti simili e non l'aveva ritenuta costituzionalmente illegittima ai sensi dell'art. 41, comma 2 Cost. e del limite dell'utilità sociale. Nella successiva sentenza Zoni del 14 luglio 1988, la causa 90/86, la Corte di giustizia, al contrario, considerava questi limiti incompatibili con il diritto comunitario nella misura in cui incidevano sulla libera circolazione delle merci, aprendo, di fatto, alla possibilità che i suddetti limiti continuassero a sussistere per le imprese italiane, ma imponendo l'apertura del mercato alle imprese straniere. La conseguente disparità di trattamento, sia pur in astratto compatibile con il diritto comunitario, viene ritenuta a questo punto incostituzionale con la sentenza del 1997 perché dava vita ad una «discriminazione alla rovescia». Di conseguenza, «non potendo essere [...] risolta mediante l'assoggettamento delle [imprese straniere] ai medesimi vincoli che gravano sulle [imprese italiane], poiché vi osta il principio comunitario di libera

¹¹⁵ Cfr., sulle diverse idee di mercato, ancora FERRARESE, *Immagini del mercato*, cit., 291 ss.

¹¹⁶ Sent. n. 443 del 1997, *Giur. cost.* 1997, 3904 ss., con note di PINELLI, *Adeguamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, ivi, 3915 ss. e di GUZZETTA, *Libertà di circolazione delle merci, principio di uguaglianza e asserita separazione tra ordinamenti comunitario ed interno*, ivi, 3919 ss.

¹¹⁷ La vicenda è stata recentemente ricostruita da DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 800 ss.

¹¹⁸ Sent. n. 20 del 1980, *Giur. cost.* 1980, 171 ss. Già prima, con la sent. 137 del 1971, la Corte aveva considerato, sempre in materia di limiti alle materie prime utilizzate per la produzione della pasta, la legislazione compatibile con il fine dell'utilità sociale.

circolazione delle merci, la sola alternativa praticabile dal Legislatore in assenza di altre ragioni giustificatrici costituzionalmente fondate è l'equiparazione della disciplina della produzione delle imprese nazionali alle discipline degli altri Stati membri nei quali non esistano vincoli alla produzione e alla commercializzazione analoghi a quelli vigenti nel nostro Paese»¹¹⁹. L'importanza pratica di questa decisione è di immediata evidenza. Infatti, essa rappresenta un tassello del processo di profonda revisione della giurisprudenza della Corte costituzionale che nel tempo si è mostrata sempre più attenta alle esigenze di mercato. In questo caso, in particolare, l'obiettivo era assicurare che tutte le imprese concorressero a parità di condizioni iniziali sul mercato e la Corte, a questo fine, per quanto alla luce del principio comunitario della libera circolazione, tende a vedere la competizione in una dimensione che valorizza la soggettività dei singoli concorrenti e non il mercato in sé, come valore.

In seguito, con la sentenza n. 413 del 2002¹²⁰, la Corte è chiamata di nuovo a valutare, sulla base del parametro degli artt. 3 e 41 Cost., un'eventuale violazione del «principio della parità di condizioni tra i possibili concorrenti e della stessa uguaglianza di trattamento tra posizioni potenzialmente simili». Anche in questo caso, nonostante l'esito negativo del giudizio, la valutazione della Corte opera su un piano teso a valutare l'impatto delle regole del mercato sulle posizioni individuali protette¹²¹.

¹¹⁹ Corte cost., sent. n. 443 del 1997, *cons. in dir.*, n. 6.

¹²⁰ Sent. n. 413 del 2002, *Giur. cost.* 2002, 2977 ss.

¹²¹ Il problema, in particolare, verteva sulla legittimità di disposizioni che prevedevano, prima della piena attuazione della direttiva comunitaria n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, un periodo transitorio che favoriva le società già titolari del servizio in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, ammettendone, in deroga alla disciplina generale prevista per le altre, la partecipazione alla gare di affidamento senza limitazioni (intese come limitazioni funzionali e territoriali). Alla luce dell'esigenza di aprire con gradualità il mercato a tutti gli operatori, la norma, l'art. 15, comma 10 del D.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 non viene considerata, tuttavia, incostituzionale. La Corte, in questa sentenza, ha anche affermato che «è tutt'altro che manifestamente irragionevole che il regime transitorio sia determinato dal Legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, tenendo conto, nel regolare

6. Segue: b) «concorrenza “per” il mercato e concorrenza “nel” mercato»: la giurisprudenza costituzionale nel nuovo quadro delle competenze

Con la legge costituzionale n. 3 del 2001 il quadro cambia in ragione dell'introduzione di un dato testuale di grande rilevanza pratica: la materia «tutela della concorrenza» nel catalogo delle materie di competenza esclusiva statale.

Nel nuovo contesto normativo, tuttavia, la prima pronuncia che si analizza è la sent. n. 64 del 2007¹²² che si distingue dalle altre e merita, per questo motivo, un'analisi a parte e preliminare. Con questa decisione la Corte interviene sulla collocazione in Costituzione del principio della concorrenza come valore autonomo deducibile in via interpretativa dall'art. 41 Cost. In questo giudizio, infatti, parametri utilizzati dalla Corte per valutare la costituzionalità di una legge regionale sono, ancora una volta, l'art. 3 e l'art. 41 della Costituzione, mentre nessun riferimento viene fatto all'art. 117 Cost. Alla luce di questi articoli, secondo i giudici, la legge regionale introduce un regime autorizzatorio preferenziale per alcune imprese privo di

il passaggio delle situazioni preesistenti in base ad un regime all'epoca valido in Italia, delle esigenze dello stesso principio di libertà di iniziativa economica e della libertà di concorrenza» (*cons. in dir.*, n. 6). Da questo passo risulta evidente come vi sia una valutazione sul regime transitorio che si ferma alla sua ragionevolezza e non, come avverrà con la sent. n. 1 del 2008, sulla base della riconducibilità degli effetti al campo degli interventi definibili pro-concorrenziali.

La Corte ha anche considerato incostituzionale quella legge della regione Abruzzo che non prevedeva un periodo transitorio in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica nella sentenza n. 29 del 2006, considerando incostituzionale la disciplina regionale perché in contrasto con la disciplina statale in materia di «tutela della concorrenza» che prevedeva un regime transitorio al fine di garantire *un progressivo adeguamento del mercato*. Il parametro utilizzato questa volta, con un esplicito richiamo alla sent. n. 272 del 2004, è però l'art. 117, comma 2, lett. e). La questione è declinata, dunque, in termini radicalmente diversi rispetto alla sentenza del 2002. L'interesse si ha, nei confronti della sentenza n. 1 del 2008, perché, come si dirà, quest'ultima sanzionerebbe con l'incostituzionalità il periodo transitorio non in quanto tale, ma perché il fine da esso perseguito appare del tutto estraneo al fine di garantire *un progressivo adeguamento del mercato*.

¹²² Su cfr. ARCONZO, *La Corte, padrona del giudizio in via principale, riconosce che senza tutela della concorrenza non c'è libertà di iniziativa economica privata*, in *Giur. cost.*, 2007, 628 ss.

ragionevole giustificazione e la norma, quindi, afferma la Corte, «realizza una ingiustificata discriminazione fra imprese sulla base di un elemento territoriale che contrasta con il principio di eguaglianza e con l'art. 41 della Costituzione»¹²³: ciò è lesivo della libertà di concorrenza. Come si è rilevato¹²⁴, in questa pronuncia, in cui la dimensione dell'intervento regionale sicuramente non è in grado, come richiesto invece dalla sent. n. 14 del 2004¹²⁵, di incidere sull'equilibrio economico generale, la Corte non può dedurre una competenza statale dall'art. 117 Cost. e, per intervenire, è obbligata a far perno direttamente sull'art. 41 Cost. inteso nella sua dimensione di garanzia di accesso al mercato e, dunque, ancora una volta, come tutela del pluralismo e dei suoi singoli attori. Non appare, però, da questo punto di vista una decisione da salutare come radicalmente innovativa. Se è vero, infatti, che la riconduzione della libertà di concorrenza all'art. 41 Cost. può sembrare una vera svolta, occorre ricordare che l'iniziativa economica privata, come si è detto, è da tempo associata alla libertà di concorrenza intesa in senso soggettivo.

Ciò non sminuisce, comunque, il rilievo che questa decisione assume sotto un altro profilo, ovvero il fatto che la concorrenza come valore può operare immediatamente e al di là della ripartizione delle competenze quando questa incide sulla dimensione soggettiva della libertà di iniziativa economica. Viceversa, come si dirà, nel caso in cui ci si trovi di fronte ad una limitazione in senso oggettivo, ci si dovrà domandare, in primo luogo, se la disciplina incide o meno sull'equilibrio economico generale, declinando, poi, l'intervento in favore del mercato come unico vero e proprio oggetto della competenza statale.

Nel nuovo contesto normativo, merita, tuttavia, un certo approfondimento la giurisprudenza della Corte che, sulla base dell'art. 117, comma 2, lett. e) ha interpretato la «tutela della

¹²³ Corte cost., sent. n. 64 del 2007, *cons. in dir.*, n. 4.

¹²⁴ ARCONZO, *La Corte, padrona del giudizio in via principale, riconosce che senza tutela della concorrenza non c'è libertà di iniziativa economica privata*, cit., 630.

¹²⁵ Corte cost., sent. n. 14 del 2004, in *Giur. cost.* 2004, 237 ss., *cons. in dir.*, n. 4. La decisione è stata poi seguita in pochi mesi dalle sentenze nn. 272 e 320 del 2004.

concorrenza» come una materia trasversale¹²⁶ e, per il tramite di essa, ha cercato di invertere i principi comunitari della concorrenza.

Con la sent. n. 14 del 2004¹²⁷, vero e proprio *leading case* in materia¹²⁸, la Corte pone in essere, infatti, una decisa accelerazione nel precisare cosa intendere con “concorrenza”. Questa «non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza»¹²⁹ e «non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente

¹²⁶ Sul punto, cfr. ANZON DEMMIG, *I poteri delle regioni*, Torino, 2008, 115 ss. una competenza che finisce, in queste pronunce, per essere molto più comprensiva di ciò che solitamente si qualifica come *antitrust* e che permette di qualificare la competenza in commento come «funzionale». La sentenza 14 del 2004 è stata confermata anche da altre pronunce successive, alcune già citate, come la n. 272 del 2004, le nn. 77, 134 e la 175 del 2005. Si è negato, invece, sulla base del criterio teleologico, la riconducibilità alla competenza statale della disciplina che introduceva strumenti di sostegno per il cinema con la sent. n. 285 del 2005 (118).

¹²⁷ Sent. n. 14 del 2004, in *Giur. cost.* 2004, 237 ss., *cons. in dir.*, n. 4, con note di PACE, *Gli aiuti si stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, *ivi*, 259 ss. e di DOLSO, *Tutela dell’interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, *ivi*, 265 ss.

¹²⁸ Come rilevato da PACE, *Gli aiuti si stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, *cit.*, 260, è la Corte che, senza indicazione da parte dell’Avvocatura dello Stato trova nell’art. 117, comma 2, lett. e) la fonte della competenza statale ed è, dunque, una autonoma «opzione interpretativa». In questa nota, peraltro, l’Autore ribadisce come «la libera concorrenza [abbia] costituito sin dall’origine un valore della nostra Costituzione» essendo riconosciuta la libertà non solo nei confronti dello Stato, ma anche degli altri privati (262). Nella prospettiva accolta, l’art. 117, comma 2, lett. e) avrebbe come oggetto una «doverosa tutela della concorrenza» e direbbe dunque qualcosa di più rispetto all’art. 41 Cost. che si limiterebbe a riconoscerla (263). Critico, recentemente, BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, *cit.*, 223 il quale vede in questa pronuncia una concezione di concorrenza sovrapponibile a quella di «libertà meramente individuale» in una pronuncia in cui «scompare assolutamente il profilo centrale del tipo di assetto strutturale del mercato che la misura di aiuto è suscettibile di determinare».

¹²⁹ Corte cost. sent. n. 14 del 2004, *cons. in dir.*, n. 4.

sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»¹⁵⁰. Limite invalicabile è che la normativa statale incida su un ambito di intervento che, su scala macroeconomica, interessi un livello nazionale e non meramente regionale o locale¹⁵¹.

¹⁵⁰ Corte cost. sent. n. 14 del 2004, *cons. in dir.*, n. 4.

¹⁵¹ Corte cost. sent. n. 14 del 2004, *cons. in dir.*, n. 4. Con la sent. n. 272 del 2004, la Corte, in materia di servizi pubblici di rilevanza economica, ha, da un lato, confermato il proprio precedente orientamento, sancito nella sent. 14 del 2004, in ragione del quale la materia di tutela della concorrenza comprenderebbe anche la promozione della concorrenza stessa, e ha considerato non applicabili, dall'altro, ai servizi privi di rilevanza economica, che non rientrerebbero in un ordine di sistema concorrenziale, le norme in esame. Nella sent. 320 del 2004, in materia di asili nido, ha respinto la tesi dell'Avvocatura in ragione della quale la disciplina introdotta fosse riconducibile alla materia della tutela della concorrenza, valutandola anzi del tutto estranea al mercato, stabilendo che rientrasse, dunque, nella competenza regionale (*cons. in dir.*, n. 7). Nella sentenza n. 345 del 2004, la Corte ha invece incasellato la materia nell'ambito della competenza statale in quanto le norme impugnate «là dove impongono la gara, fissano l'ambito soggettivo ed oggettivo di tale obbligo, limitano il ricorso alla trattativa privata e collegano alla violazione dell'obbligo sanzioni civili (nullità dei contratti) e forme di responsabilità, trovano fondamento [...] nella potestà dello Stato di regolare il mercato e di favorire rapporti concorrenziali nell'ambito dello stesso» (*cons. in dir.*, n. 6.3). Molte le pronunce che sono seguite: in particolare, degne di nota, in cui la Corte riprende e conferma quanto affermato nella sent. n. 14 del 2004: la sent. n. 107 del 2005 e la 162 del 2005 in cui si sancisce l'incostituzionalità della disciplina dovuta all'assenza del carattere macroeconomico dell'intervento, la n. 134 del 2005 e la n. 151 del 2005, dove la dimensione di interesse generale viene invece rinvenuta. Non del tutto lineare, invece, appare la pronuncia n. 175 del 2005. In questo caso la Corte, pur valutando modesto l'intervento, lo considera legittimo e, richiamando la sent. n. 272 del 2004 nella parte in cui comunque non si riteneva competente a «valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali», afferma che «il carattere (asseritamente) modesto dal punto di vista finanziario dell'intervento non è certamente decisivo per escludere la sua riconducibilità alla materia della "tutela della concorrenza" di cui all'art. 117, secondo comma, Cost., ma può, al più, costituire un indizio in tale senso» (*cons. in dir.*, n. 3.1). Nella sent. n. 80 del 2006, in cui il fatto verteva su leggi regionali che introducevano delle deroghe ad una disciplina statale in materia di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, la Corte ha invece sancito, richiamando nuovamente la sent. n. 272 del 2004, la riconducibilità della materia alla competenza statale della tutela della concorrenza e, di conseguenza, ha dichiarato incostituzionali le norme regionali (*cons. in dir.*, n. 10).

Nuova linfa al dibattito è stata portata, poi, da tre pronunce del 2007: la n. 401¹³², la n. 430¹³³ e la n. 431¹³⁴. Con la sentenza n. 401 del 2007 la Corte è intervenuta nuovamente con il fine di chiarire il significato e il contenuto della nozione di «tutela della concorrenza», maneggiando sempre più la questione in una prospettiva tutta rivolta alla risoluzione delle controversie tra Stato-Regioni e svuotando, di fatto, il controllo di proporzionalità-ragionevolezza delineato nella sent. n. 14 del 2004¹³⁵. In primo luogo, viene ribadito che «la nozione di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi «di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali (sentenza numero 14 del 2004; vedi anche, tra le altre, le sentenze numeri 29 del 2006 e 272 del 2004). Rientrano, pertanto, nell’ambito materiale in esame le misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi»¹³⁶. Oggetto della pronuncia, però, in questo caso era la tutela del diritto di accesso degli operatori economici al mercato attraverso procedura di evidenza pubblica. La Corte, dunque, è chiamata a valutare l’eguaglianza di *chances* di tutti gli operatori. Nonostante ciò, essa non sembra porsi sul piano soggettivo del diritto di accesso

¹³² Sent. n. 401 del 2007, in *Giur. cost.* 2007, 4447 ss. con note di CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza?»*, *ivi*, 4559 ss. e LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell’intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell’evidenza pubblica*, *ivi*, 4569 ss.

¹³³ Sent. n. 430 del 2007, in *Giur. cost.* 2007, 4732 ss. Su questa giurisprudenza cfr. CASSETTI, *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla “prevalenza” della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it n. 9/2008, in cui si analizzano anche alcune sentenze precedenti e successive al fine di individuare le linee di tendenza sul punto della giurisprudenza costituzionale.

¹³⁴ Sent. n. 431 del 2007, in *Giur. cost.* 2007, 4751 ss.

¹³⁵ In particolare, sottolinea CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza?»*, *cit.*, 4566 come con questa decisione la Corte abbandoni nei fatti il *test* finalizzato a valutare la proporzionalità e la ragionevolezza dell’intervento, concependo la trasversalità in un modo nuovo che rende il suddetto *test* «una “scatola vuota”».

¹³⁶ Corte cost. n. 401 del 2007, *cons. in dir.*, n. 6.7.

al mercato, quanto piuttosto, verosimilmente a causa della sede in cui si inverte il giudizio, sul piano della competenza legislativa a stabilire le procedure volte alla selezione.

La nozione comunitaria di concorrenza, afferma la Corte, «si riflette sull'art. 117, comma 2, lett. e)» e si articola in due diverse dimensioni: concorrenza “per” il mercato e concorrenza “nel” mercato. Nel settore degli appalti, la prima, quella che viene in rilievo nel caso in esame, comprende i criteri di scelta dei contraenti, la seconda si realizza attraverso l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi. Nell'ambito della materia degli appalti, afferma la Corte, si verifica non un intreccio di competenze, ma una prevalenza della competenza statale. Sia pur in questo quadro, alla Corte rimane un importante ruolo di controllo che si articola su due livelli al fine «di individuare gli esatti confini della materia in esame». In primo luogo, la Corte deve valutare «se l'intervento statale sia astrattamente riconducibile [...] ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato o ad entrambi». In secondo luogo, si deve operare un controllo di proporzionalità e di adeguatezza sulla disciplina rispetto al fine perseguito.

Una dimensione oggettivizzata della concorrenza in questa pronuncia è l'unica, anche se, come si dirà, solo parzialmente, presa in considerazione dalla Corte la quale, quasi non ponendosi dalla prospettiva del singolo soggetto concorrente e ricostruendo la questione tutta all'interno del sistema di riparto delle competenze, oggettivizza il mercato la cui tutela e il cui promovimento sono quasi innalzati a unico fine perseguibile per la via dell'art. 117, comma 2, lett. e), il cui raggiungimento è compito dell'azione dei poteri statali. La Corte, in astratto, invece, avrebbe potuto valorizzare il valore dell'iniziativa privata come diritto soggettivo all'eguaglianza delle *chances* nelle procedure di selezione, tutelando in tal modo l'accesso al mercato. Tenta, invece, di arrivare allo stesso risultato *funzionalizzando* quella che è, in realtà, una norma di organizzazione statale, rendendola teleologicamente orientata e volta a invertere nell'ordinamento i principi del diritto comunitario¹³⁷. Eppure maggior respiro, forse, avrebbe avuto la

¹³⁷ I principi sanciti nella sent. 401 del 2007 e nelle successive 430 e 431 sono state poi ribaditi anche in altre sentenze come la n. 322 e la n. 411 del 2008 e la

decisione se la Corte avesse utilizzato, di nuovo, il valore del diritto di iniziativa come obiettivo della concorrenza in senso oggettivo, posta a tutela dunque della posizione individuale, ricostruendo, così, in termini di tutela della libertà individuale, interpretata attraverso la lente del diritto comunitario, più che di compito pubblico, il diritto di accedere al mercato.

Le due pronunce successive si pongono sulla stessa linea, per quanto cerchino di essere più attente alla dimensione soggettiva e assiologia del problema. Con le pronunce nn. 430 e 431 del 2007, infatti, la Corte, nel considerare non costituzionalmente illegittime le norme statali in materia di tutela della concorrenza, ribadisce che la competenza statale copre l'ambito di promozione della concorrenza e che «ciò che occorre verificare è se le norme adottate dallo Stato siano essenzialmente finalizzate a garantire la concorrenza fra i diversi soggetti del mercato (sentenza n. 285 del 2005), allo scopo di accertarne la coerenza rispetto all'obiettivo di assicurare un mercato aperto e in libera concorrenza»¹³⁸. Viene escluso che possano «ricondersi alla "tutela della concorrenza" quelle misure statali che non intendono incidere sull'assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano»¹³⁹. Scopo dello scrutinio, a seguito del quale si determinerà l'affermazione della competenza statale per prevalenza, dunque, è valutare se «la disposizione sia strumentale ad eliminare limiti e barriere all'accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale»¹⁴⁰. Anche se viene richiamata la sentenza n. 64 del 2007, la differente prospettiva è evidente da questi passaggi, pur se simile nei risultati che si vogliono perseguire. La ricostruzione attraverso l'art. 41 Cost. appare, infatti, seguire un *iter* argomentativo diverso che costruisce per sovrapposizioni e accostamenti di dimensioni soggettiva e oggettiva la tutela della concorrenza. Nel valorizzare, viceversa, con tale forza il valore-mercato come fine-valore in sé, capace di scardinare, in virtù del principio di prevalenza, il sistema delle competenze, il quadro si

n. 160 del 2009 su cui, in particolare, cfr. FALZEA, *Il codice dei contratti pubblici ed i limiti dell'autonomia regionale. Nota alla sentenza n. 160/2009 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

¹³⁸ Corte cost. n. 430 del 2007, *cons. in dir.*, n. 3.2.1.

¹³⁹ Corte cost. n. 430 del 2007, *cons. in dir.*, n. 3.2.1.

¹⁴⁰ Corte cost. n. 430 del 2007, *cons. in dir.*, n. 3.2.1.

riconduce non tanto sul piano soggettivo delle capacità di sviluppo dei diritti, e, se si guarda con attenzione, nemmeno, paradossalmente, sul piano oggettivo del valore-mercato, quanto piuttosto sul semplice ambito dei rapporti di competenza tra Stato e Regioni e su quello dei compiti pubblici. Questo non viene, dunque, tanto inteso come fonte di espansione dei diritti, quanto piuttosto come fine-valore in sé, integrante un ben preciso ambito di intervento, a cui il Legislatore sarebbe vincolato. Se, in conclusione, nella sentenza 64 del 2007, la concorrenza è *condicio sine qua non* dell'iniziativa economica privata, nella sent. n. 430, invece, il rapporto quasi si inverte: l'accesso al mercato e la parità delle condizioni per concorrere sul mercato sono *funzionalizzate* al corretto funzionamento del mercato.

La sentenza n. 431 del 2007, poi, si pone nella stessa prospettiva e ribadisce le considerazioni già sviluppate nella precedente pronuncia. Tuttavia, aggiunge la Corte che, «al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni», è possibile che queste intervengano in questo quadro nel caso in cui le eventuali «norme regionali riconducibili a queste competenze abbiano effetti pro-concorrenziali. Ciò deve ritenersi ammissibile purché tali effetti, connessi alla specificità dei settori disciplinati, siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza»¹⁴¹. La dimensione ancora una volta tutta calata su un piano oggettivo-competenziale comunque limitato ad effetti pro-concorrenziali appare evidente, per quanto il tentativo appaia quello di ridare uno spazio sia pur minimo alla competenza regionale.

Davvero emblematica di questo processo ermeneutico è la sentenza n. 1 del 2008¹⁴² nella parte in cui esamina la compatibilità con la Costituzione della disciplina di proroga delle concessioni in corso. La legge impugnata (il comma 485 della legge 23 dicembre 2005, n. 266), infatti, prevedeva una proroga *ex lege* di dieci anni per i rapporti in corso. La Corte, nonostante

¹⁴¹ Corte cost. n. 431 del 2007, *cons. in dir.*, n. 5.

¹⁴² Sent. n. 1 del 2008, *Giur. cost.* 2008, 1 ss. su cui cfr. MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in www.federalismi.it, 8/2008.

la auto-qualificazione operata dalla legge che, di fatto, riconduceva la disciplina nell'alveo della materia della tutela della concorrenza, ritiene che tale proroga sia incostituzionale perché «anziché aprire gradualmente il mercato interno dell'energia seguendo le scadenze naturali delle diverse concessioni di grandi derivazioni di acque pubbliche, proroga irragionevolmente queste ultime di dieci anni decorrenti dalla data di scadenza di ciascuna concessione». In particolare, «la norma, dunque, lungi dal costituire uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza, contrasta con i principi comunitari e contraddice apertamente il fine (la tutela della concorrenza), che pur afferma di voler perseguire»¹⁴³. Una tale motivazione rende evidente il grado di sviluppo dell'idea di concorrenza come competenza in cui il mercato concorrenziale diventa, da un lato, limite sostanzialmente assoluto alla disciplina regionale, dall'altro confine della stessa competenza statale, andandosi a configurare come il semplice ambito competenziale della concorrenza alla cui sola tutela o al cui solo promovimento può essere diretta l'azione dei statale l'intervento legislativo. Di conseguenza, anche in questo caso, ad un più attento esame, la pronuncia non appare porsi sul piano delle libertà e della loro tutela, e nemmeno su quello di una nozione critica di mercato che può ben essere in conflitto con la libertà di iniziativa e con altri fini sociali, quanto piuttosto, ancora una volta, su quello delle competenze¹⁴⁴. Non rientrando tale disciplina, per essere in sé espressione di una politica anticoncorrenziale, nella competenza finalistica della tutela della concorrenza, essa, poi, viene ritenuta afferente alla materia di competenza concorrente della «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione. La promozione del mercato perde, se mai aveva avuto, dunque, quella capacità in sé di essere limite all'azione statale e svela la sua debolezza: la disciplina, infatti,

¹⁴³ Corte cost. n. 1 del 2008, *cons. in dir.*, n. 8.5.

¹⁴⁴ Nello stesso senso, MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, cit., 8 dove si legge: «la stessa spettanza della funzione in capo al Legislatore statale dipende, sostanzialmente, dall'attitudine dell'intervento legislativo a produrre effetti pro-concorrenziali». Appare all'Autore «singolare» che la disciplina statale, pur finalizzata a regolare la concorrenza, venga esclusa se non ha come effetto quello di promuoverla, ma di limitarla.

non viene dichiarata incostituzionale perché in contrasto con i principi ontologici del valore-mercato o non incostituzionale perché competenza del Legislatore statale è il più ampio ambito della regolazione del mercato, non necessariamente con effetti proconcorrenziali, ma su un piano riconducibile, ancora una volta, ai rapporti tra Stato e Regioni, tanto che forse un accordo tra Stato e Regioni, se la disciplina fosse ricondotta ad una materia di competenza concorrente, potrebbe forse reintrodurre quella proroga considerata incostituzionale. Anche in questo caso, invece, un approccio che avesse valorizzato l'eguaglianza di *chances* e l'apertura del mercato, letto attraverso un'interpretazione della libertà di iniziativa economica privata, avrebbe potuto garantire un respiro più ampio della pronuncia che avrebbe potuto promuovere un'idea di economia in libera concorrenza come strumentale all'esercizio delle libertà individuali e al benessere generale. Inoltre, si pone senz'altro il problema di stabilire chi e come possa legiferare intervenendo, se del caso a limitare la concorrenza.

Sulla stessa linea e ancora più esplicitamente, deve essere citata la sent. n. 63 del 2008 in materia di aiuti di Stato. In essa si legge, sulla falsariga di quanto già affermato a livello generale di principio nella sent. n. 430 del 2007, che «il riferimento alla “tutela della concorrenza” quale materia di competenza statale esclusiva, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa erariale, non può giustificare l'intervento del Legislatore statale in relazione ad aiuti di Stato, i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza»¹⁴⁵. In questa decisione, però, gli aiuti di Stato sono stati ritenuti illegittimi non perché contrari all'idea di concorrenza e, in particolare, di quella comunitaria, ma perché escludevano dalla loro determinazione, ammissibile in virtù del principio di sussidiarietà verticale¹⁴⁶, le Regioni assegnando ogni discrezionalità al CIPE. In questa decisione, la Corte apre, dunque, a politiche in deroga alla promozione della concorrenza attraverso la leva del principio di

¹⁴⁵ Corte cost. sent. n. 63 del 2008, *cons. in dir.*, n. 4.3.

¹⁴⁶ Cfr. sull'operatività del principio di sussidiarietà verticale alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, per tutti, SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, spec. 75 ss.

sussidiarietà ma per il tramite delle necessarie procedure che garantiscano il coinvolgimento delle Regioni¹⁴⁷. La norma è dunque dichiarata incostituzionale non perché è in violazione dei principi della tutela o del promovimento mercato concorrenziale inteso come valore, ma perché non compensa l'attrazione in sussidiarietà con le necessarie procedure di leale collaborazione. Con le necessarie procedure, pertanto, sarebbe possibile derogare al “valore” della tutela della concorrenza.

Con la sentenza n. 45 del 2010, la Corte torna a pronunciarsi sul tema del valore da attribuire alla materia «tutela della concorrenza» nell'ambito del settore dei lavori pubblici e in un giudizio in via principale nei confronti della Provincia autonoma di Trento. Questa sentenza appare di particolare interesse perché, a differenza di quanto accaduto contro la regione Sardegna con la sent. n. 411 del 2008, la Corte sembra aprire alle ragioni della provincia autonoma. Per tale motivo, la decisione in commento è stata giudicata un vero e proprio «revirement»¹⁴⁸. La pronuncia interviene a specificare quali siano i margini di intervento di una provincia autonoma che abbia una specifica competenza in una materia di lavori pubblici di livello provinciale capace di ripercuotere i suoi effetti sulla materia di competenza esclusiva statale della tutela della concorrenza. Dopo aver ribadito che la nozione di concorrenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) riflette la nozione comunitaria di concorrenza, che integra, tendenzialmente, misure ed interventi “per” il

¹⁴⁷ Al punto 4.1 del considerato in diritto, infatti, è possibile leggere: «Pertanto, il Fondo in esame risulta diretto a perseguire finalità di politica economica – costituite dal sostegno alle imprese in difficoltà, la cui scomparsa dal mercato potrebbe danneggiare il sistema economico produttivo nazionale – che, almeno in parte, sfuggono alla sola dimensione regionale (l'intervento tramite Sviluppo Italia s.p.a. prefigurato dalla norma impugnata non esclude quello analogo delle Regioni, in linea con quanto già avvenuto, come dimostrato dalla legislazione regionale di settore: così ad es. l'art. 10 della legge della Regione Calabria 8 luglio 2002, n. 24; l'art. 8 della legge della Regione Emilia-Romagna 28 dicembre 1999 n. 39); e che sono, perciò, tali da giustificare la deroga al normale riparto di competenze fra lo Stato e le Regioni e la conseguente «attrazione in sussidiarietà» allo Stato della relativa disciplina, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza».

¹⁴⁸ Così, BIN, *Lavori pubblici: quanto «intangibili» sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, in www.forumcostituzionale.it, 5.

mercato¹⁴⁹ e, di fatto, escluso che, in un caso del genere, la competenza provinciale possa considerarsi limitata all’emanazione di norme che abbiano solo «effetti pro-concorrenziali» o «indiretti e marginali»¹⁵⁰, la Corte, tuttavia, ricostruisce la competenza della regione come strumentale alla realizzazione delle libertà comunitarie, andando a definire queste come limiti direttamente operanti della potestà legislativa regionale in materia di lavori pubblici, a cui si accompagnano i limiti interni che, sostanzialmente, sarebbero riconducibili alla materia dell’ordinamento civile e alla disciplina di istituti e rapporti privatistici. Altro ruolo è svolto dalla tutela della concorrenza in questo quadro. Non opera come limite discendente direttamente dalle norme costituzionali o comunitarie, ma attraverso la mediazione dello Statuto. Infatti, pur riconoscendo un certo ambito di intervento in materia di lavori pubblici alla Provincia autonoma, la Corte sostiene che nella misura in cui incida sulla tutela della concorrenza, «la disciplina provinciale non p[uo] avere un contenuto difforme da quella assicurata in ambito europeo e nazionale e, quindi, non p[uo] alterare negativamente il livello di tutela assicurato da quest’ultimo»¹⁵¹.

¹⁴⁹ La Corte indica esplicitamente al *cons. in dir.*, n. 4.1: « a) “le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione” (sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure antitrust; b) le disposizioni legislative “di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese” (citata sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure volte ad assicurare la concorrenza “nel mercato”; c) le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (sentenza n. 401 del 2007)»

¹⁵⁰ In questo senso, BIN, *Lavori pubblici: quanto «intangibili» sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, cit., 5.

¹⁵¹ Corte cost., sent. n. 45 del 2010, *cons. in dir.*, n. 5.

7. Segue: c) Regolazione del mercato e art. 41 Cost.: una virtuosa osmosi tra iniziativa economica, concorrenza e altri interessi costituzionalmente rilevanti

Dal quadro descritto, appare difficile non desumere che, negli ultimi anni in particolare, la Corte ha sempre più elaborato una precisa idea di concorrenza che è andata a formare, di fatto, per il Legislatore, un vero e proprio spazio di intervento in campo economico. La concorrenza «autorizza e limita», afferma il Tribunale tedesco, ma non riesce, almeno nel quadro rigido elaborato dalla giurisprudenza della Corte italiana, a presentarsi senza ombre in un modo contenutisticamente significativo ed assiologicamente orientato. Salvi i riferimenti alla finalità di proteggere le libertà comunitarie e l'accesso al mercato, infatti, i parametri che utilizza la Corte sembrano in realtà declinare la promozione e la tutela del mercato come limite della competenza statale, ma senza alcun vero significato valoriale verso cui questa tutela tende, capace di operare solo nell'ambito di un rigido e, allo stesso tempo, non sempre chiaro, sistema di ripartizione delle competenze. Emblematica la ricostruita implicita possibilità di deroga ai principi della concorrenza secondo il principio di sussidiarietà, ma solo nel rispetto delle necessarie procedure di coinvolgimento delle Regioni.

Ancora in questa prospettiva possono essere incluse altre sentenze. Tra cui, recentemente, la sent. n. 325 del 2010 che è un vero e proprio trattato suddiviso per «nuclei tematici». In questa lunga ed importante decisione, la Corte riconduce, come ormai da giurisprudenza costante¹⁵², nuovamente nell'ambito materiale dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. la disciplina di affidamento e di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, dato che la disciplina è finalizzata alla tutela e alla promozione della concorrenza¹⁵³. In particolare, la materia della “tutela della concorrenza” – afferma la Corte – è il riflesso della nozione comunitaria in ragione della quale è competente lo Stato se con

¹⁵² *Ex plurimis*, sentenze n. 314, n. 307, n. 304 e n. 160 del 2009; n. 326 del 2008; n. 401 del 2007; n. 80 e n. 29 del 2006; n. 272 del 2004 e ancora le sentenze n. 142 del 2010, n. 246 e n. 148 del 2009, n. 411 e n. 322 del 2008.

¹⁵³ Corte cost., sent. n. 325 del 2010, *cons. in dir.*, n. 7.

la sua azione mira «a garantire la concorrenzialità e l'efficienza del mercato stesso»¹⁵⁴.

Maggior respiro hanno, tuttavia, due recenti decisioni. In primo luogo, la sent. n. 270 del 2010 sul “caso Alitalia” e, poi, la n. 67 del 2011 su una disposizione di legge regionale in materia di energie rinnovabili che prolungava una moratoria, favorendo l'operatore pubblico che, pur lasciando aperte alcune ombre sia in merito alla compatibilità del diritto costituzionale interno della concorrenza con quella nozione comunitaria elaborata dalla stessa Corte costituzionale italiana sia rispetto alle teorie del bilanciamento¹⁵⁵, permettono di intravedere alcune luci¹⁵⁶.

Diversa, infatti, sembra la prospettiva assunta nella sentenza n. 270 del 2010 in cui la Corte ridimensiona la propria giurisprudenza in materia di promozione della concorrenza scontrandosi con il fatto che il mercato, in sé, non necessariamente è un bene e che la Costituzione deve abilitare il

¹⁵⁴ Corte cost., sent. n. 325 del 2010, *cons. in dir.*, n. 7. La Corte richiama le sentenze n. 142 e n. 29 del 2010; n. 246 del 2009 e, in particolare, si sofferma su quest'ultima con cui aveva ricondotto la disciplina del servizio idrico alla materia tutela della concorrenza.

¹⁵⁵ Lo sottolinea LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionasti.it, 51 ss. il quale rileva che la Corte abbia operato un bilanciamento tra valori non omogenei e dunque di per se stesso logicamente errato. Sulle criticità delle operazioni di bilanciamento e ponderazione come elemento caratterizzante gli «ordinamenti di democrazia pluralistica» cfr. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 116 ss.

¹⁵⁶ MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, cit., 460 la quale nega, nonostante la «lenta ma progressiva emancipazione dalle strettoie della utilità sociale» (459) che l'art. 41 Cost. possa aprire ad una «interpretazione in senso liberistico dell'art. 41 cost.» poiché «il ruolo della libertà di iniziativa economica privata disegnato dal costituente non somigli[a] affatto, se non a costo di un vero e proprio snaturamento, al sistema delle libertà e della concorrenza di fonte comunitaria». La Corte, tuttavia, motiva ampiamente sul punto e ritiene risolto positivamente il vaglio di compatibilità della normativa in esame con il diritto comunitario.

Riconosce, invece, che anche a livello europeo, attraverso la formula dell'«economia sociale di mercato altamente competitiva», queste esigenze di competizione tra imprese sono destinate a cedere di fronte ad esigenza di benessere collettivo LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. Cost.* 4/2010, 3298.

Legislatore a bilanciarne i lati positivi e i lati negativi¹⁵⁷. Nonostante alcuni commenti molto critici¹⁵⁸, la sentenza sembra infatti sganciarsi, avvantaggiata dal fatto di non trarre origine da un ricorso in via principale, dalla dimensione della “tutela della concorrenza” più volta ribadita e che avrebbe come fine solo la promozione o la tutela della stessa del mercato, ma non includerebbe eventuali interventi “anticoncorrenziali”¹⁵⁹, e tornare al principio del corretto funzionamento del mercato bilanciabile con esigenze di utilità sociale¹⁶⁰. Una sentenza, di fatto, che si confronta con le diverse dimensioni della regolazione del mercato e con la sua utilità per il bene comune e la società¹⁶¹,

¹⁵⁷ In questo senso, DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, cit., 824 che, sulla falsariga del pensiero espresso da BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 1/ 2007, 30, secondo il quale «il “relativismo” è la filosofia ufficiale della Costituzione, i cui unici valori “supremi” attengono al mantenimento del relativismo stesso, del pluralismo non «riducibile» a unità», afferma: «Che il mercato sia solo un'istituzione produttrice di vantaggi, amplificatrice di libertà, generatrice di opportunità costituisce una falsa rappresentazione della realtà così come l'idea che il mercato sia solo un meccanismo foriero di sfruttamento e divoratore di relazioni sociali. Il disegno che traspare dalla Costituzione è quello di tenere assieme concezioni tanto assolute quanto parziali nel tentativo, appunto, di relativizzarle. Le libertà economiche sono quindi riconosciute e garantite, ma al contempo se ne riconosce anche il potenziale desocializzante. Di qui la possibilità (anzi, il dovere) per le istituzioni politiche di intervenire in modo da garantire protezione sociale e prevenire i fallimenti del mercato».

¹⁵⁸ STECCHETTI – AMARETTI, *Il ventennale dell'antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3/2010, 459 ss. Con la decisione n. 270, infatti, secondo gli Autori, la Corte avrebbe contribuito «ad un brusco ridimensionamento dell'oggetto di tante celebrazioni» per il ventennale dell'Antitrust in quanto dalla affermata «necessità di por mano al bilanciamento tra utilità sociale e libertà di concorrenza» (464), la Corte avrebbe decotto il principio per cui «l'art. 41 non [avrebbe] costituzionalizzato la disciplina della concorrenza» (465).

¹⁵⁹ Così, come si è dato conto, in Corte cost., n. 1 del 2008.

¹⁶⁰ C'è da dire, infatti, che il principio del «corretto funzionamento del mercato» (sentenze nn. 110 del 1995 e 236 del 1996 (*cons. in dir.*, n. 2.2)), è stato in alcune circostanze già identificato con la clausola dell'utilità sociale in un ipotetico “bilanciamento” capace di limitare la libertà di iniziativa economica (i.e. obblighi onerosi di portare atti a conoscenza di terzi).

¹⁶¹ Commenta positivamente, nonostante alcune note critiche, la decisione LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, cit., 3296 ss. il quale sostiene, analogamente a quanto affermato nel testo, che con questa decisione «il limite generale dell'utilità

in un quadro in cui si riacquista consapevolezza della necessità che si lasci la possibilità alla «politica [di] guidare, non [di] subire, i processi economici»¹⁶².

Sembra opportuno riportare il passaggio centrale di questa decisione:

«Nonostante, peraltro, il ricordato rilievo dato in qualche occasione al bilanciamento tra utilità sociale e concorrenza, la giurisprudenza di questa Corte ha affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza. Eppure, è chiaro che il parametro costituzionale in esame, stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con "l'utilità sociale" ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a "fini sociali", consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito»¹⁶⁵.

La rilevanza, per quanto possa essere considerata "congiunturale", di queste affermazioni è di immediata evidenza. La Corte riconosce il valore costituzionale della concorrenza, in quanto interesse di rango costituzionale e come regola generale

sociale assume, in relazione alla concorrenza, una duplice valenza. Da un lato, esso dà fondamento costituzionale alle norme *antitrust* come regole del gioco che limitano l'autonomia individuale delle imprese (cioè la «libertà di concorrenza», intesa in senso soggettivo); dall'altro esso giustifica anche – come ampiamente sottolinea la motivazione della sentenza in esame – norme di deroga al principio di tutela della «concorrenza effettiva», purché rigorosamente giustificate sulla base di un bilanciamento con valori costituzionali di rango superiore» (3299).

¹⁶² LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, cit., 270.

¹⁶⁵ Corte cost. sent. n. 270 del 2010, *cons. in dir.*, n. 8.2.

cui dovrebbe essere indirizzata la regolazione. Allo stesso tempo, però, ammette anche che una disciplina che la limiti può essere giustificata in ragione dei commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., che incorporano valori meritevoli di particolare protezione capaci di limitare l'assetto concorrenziale del mercato. La forza normativa di queste disposizioni riemerge, dunque, in tutta la loro forza prescrittiva, riconoscendo ad essi una vera e propria funzione di argine al fine di garantire quelle istanze che servono a proteggere «interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, 2 e 3 comma Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza». La pronuncia, per quanto si collochi al di fuori della libertà di iniziativa economica intesa nella sua dimensione soggettiva, comunque appare inscrivere la concorrenza in una dimensione strumentale al benessere collettivo e, applicando i limiti di cui al 2 e al 3 comma dell'art. 41 al «mercato garantito», sembra nel comma 1 del medesimo articolo, implicitamente, rinvenirvi la sede costituzionale, offrendo un "posto" nuovo all'art. 41 Cost., declinando utilità sociale e fini sociali in una innovata forza normativa che potrebbe far presagire, certo, in alcune circostanze, un nuovo potenziale terreno di scontro con la normativa comunitaria. La Corte sembra sovrapporre, infatti, concorrenza in senso oggettivo e iniziativa economica privata, entrambi interessi di rango costituzionale, ammettendo tuttavia che, interventi sostanzialmente anticoncorrenziali, che non rientrano nella competenza statale ai sensi della lettura che offre la Corte dell'art. 117, comma 2, lett. e), siano compatibili con la Costituzione per la via dei commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost. che riacquista, in questo modo, una indiscutibile centralità. La regolazione del mercato non è in sé, dunque, come non lo è la concorrenza, fonte di utilità sociale ma ne diventa, nei fatti, strumento. Così ricostruita la competenza statale, le esigenze di realizzazione dell'utilità sociale possono ben costituire limite all'ordine concorrenziale del mercato.

In questa pronuncia, dunque, dimensione soggettiva ed oggettiva dell'iniziativa economica, di fatto sovrappoventesi nel comma 1 dell'art. 41 Cost., si ricompongono e si affiancano, dando vita ad un bilanciamento con altri fini costituzionalmente rilevanti che prevalgono e aprono ad una deroga a quelli ritenuti,

anche se come da alcuni sottolineato spesso fraintesi¹⁶⁴, i principi comunitari del libero mercato, che rimangono, certo un'ombra potenzialmente sempre incombente su questo tipo di interventi del Legislatore nazionale.

Si crea, con questa sentenza, una sinergia tutta volta a fornire come base di legittimazione del potere statale di intervento nel mercato e di regolazione il comma 2 e il comma 3 dell'art. 41 Cost., rimettendo al Legislatore la discrezionalità di intervenire anche in limitazione della concorrenza, qualora lo ritenga opportuno al termine di una valutazione a lui riservata a presidio del bene comune¹⁶⁵ e che ben rappresenta come «il modello di struttura economica disegnato in Costituzione [sia] intimamente legato al sistema costituzionale dei rapporti politici e sociali»¹⁶⁶. Operando in questo modo, la Corte, come detto, sembra individuare implicitamente nel comma 1 dell'art. 41 Cost., il principio dell'ordine concorrenziale del mercato, la c.d. concorrenza in senso oggettivo, soggetto ai limiti di cui ai commi successivi in ragione dei quali tale principio può cedere.

¹⁶⁴ In generale sulle virtualità e ambiguità della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato e sulle deroghe comunque ammissibili cfr., di recente, BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, cit., 207 ss. e ancora più nello specifico, sulle decisioni della Commissione e sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di aiuti, alle 239 ss. dove emerge che le Istituzioni comunitarie ammettono e dichiarano compatibili «anche misure di aiuto che falsino o minaccino di falsare la concorrenza». Più nello specifico, sul «caso Alitalia» e il diritto comunitario, cfr. OSTI, *Alitalia: la dolorosa storia*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2/2008, 317 e ss., mentre sulle criticità dell'ordinanza di rimessione che ha dato origine alla sent. n. 270 del 2010, cfr. SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e Costituzione dell'economia nel "singolare" caso Alitalia*, in *Foro Amministrativo TAR*, 5/2009, 1444 ss.

¹⁶⁵ Si vedano, per un «bilanciamento» tra utilità sociale e concorrenza, ma in realtà solo in senso soggettivo, le sentenze nn. 152 del 2010 e 167 del 2009. Nello stesso senso, anche la recente sent. n. 247 del 2010, sul divieto posto da una legge regionale del Veneto al commercio di strada, in cui la Corte distingue apertamente tra i due piani: un primo quello della lesione della competenza statale della «tutela della concorrenza», un secondo quello della lesione dell'art. 41 Cost. bilanciato con i fini di utilità sociale, ma declinato in senso soggettivo.

¹⁶⁶ LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., 376.

Infine, merita di essere ricordata la sent. n. 67 del 2011¹⁶⁷. In questo caso, la Corte è stata chiamata a giudicare della legittimità di alcune norme della legge della Regione Basilicata 30 dicembre 2009, n. 42 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione annuale e pluriennale della Regione Basilicata legge finanziaria 2010). Tra gli articoli impugnati in via principale, particolarmente problematici appaiono quelli che sembrano ritagliare una posizione di privilegio per gli operatori pubblici che, nella lettura della difesa statale, «impone[ndo] un divieto generalizzato ed irragionevole al rilascio di autorizzazioni per l'installazione di impianti da fonti rinnovabili superiori a determinate basse soglie di potenza, come pure un blocco per gli impianti eolici, eccetto i minieolici indicati dalla lettera b)»¹⁶⁸ violerebbero l'art. 41 Cost. perché non indicherebbero in che modo, agendo diversamente, vi sarebbe una lesione della dignità umana, della libertà e della sicurezza. Inoltre, tale posizione di vantaggio, sarebbe anche lesiva dell'art. 41 Cost. e dell'art. 117, comma 2, lett. e) nella misura in cui contrasterebbe con la nozione comunitaria di concorrenza e la libertà di stabilimento. La Corte ha ritenuto la questione fondata proprio in riferimento agli artt. 3, 41 e 117 Cost. considerando irragionevole il prolungamento della moratoria relativamente all'installazione di impianti di energia alimentata da fonti rinnovabili e valutando la posizione di privilegio riconosciuta all'operatore pubblico un «elemento di forte distorsione nell'accesso al mercato delle fonti rinnovabili, assegnando ai soggetti pubblici una indebita e ingiustificata posizione di vantaggio»¹⁶⁹. La Corte, tuttavia, non si limita a considerare l'incostituzionalità come una questione di competenza. Affermando, infatti, che la disciplina regionale «frustra l'esigenza di consentire la piena apertura del mercato», chiosa sostenendo che «ne risulta così pregiudicata la tutela della concorrenza, che appartiene alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., a ulteriore presidio della libertà d'iniziativa economica garantita

¹⁶⁷ Per esempio, nella sent. n. 25 del 2009 in materia di *phone center* la Corte avrebbe potuto in modo agevole, avendo l'Avvocatura di Stato richiamato come parametro anche l'art. 41 Cost., ampliare l'ambito di incidenza della decisione, che invece viene ricostruita tutta nel regime competenziale Stato-Regioni.

¹⁶⁸ Corte cost. n. 67 del 2011, *cons. in fatto*, n. 1.2.

¹⁶⁹ Corte cost. n. 67 del 2011, *cons. in dir.*, n. 5.2.

dall'art. 41 Cost.». Appare impegnativa questa affermazione che permette di leggere in una nuova luce anche la giurisprudenza precedente: la promozione e la tutela della concorrenza in senso oggettivo, infatti, trovano il loro fondamento competenziale, inevitabilmente, nell'art. 117 Cost.. Tuttavia, con la citata affermazione la Corte non si limita semplicemente a sancire chi sia il soggetto competente e quale sia l'oggetto della competenza, poiché declina la competenza come premessa logico-strumentale alla tutela dello stesso art. 41 Cost. e, dunque, sotto un profilo teleologico-valoriale contenutisticamente determinato.

Se letta con quanto affermato nella sent. n. 270 del 2010, che teorizza un possibile bilanciamento tra concorrenza, fini sociali e utilità sociale, in un'ottica del tutto estranea al sistema di ripartizione delle competenze e senza alcun riferimento all'art. 117, comma 2, lett. e), la tutela della concorrenza perde, pur elevandosi a interesse di rango costituzionale, quel suo carattere, peraltro mai del tutto affermato, ma solo adombrato, di limite assoluto alla competenza statale e regionale e riprende il suo posto di mezzo o, al massimo, valore strumentale, da un lato, al benessere sociale e, dall'altro, alla piena esplicazione della libertà sancita all'art. 41 Cost.¹⁷⁰. I due piani, infatti, sembrano distinti come emerge, per esempio, nella sent. n. 247 del 2010, in cui la Corte prima esclude l'afferenza alla "tutela della concorrenza" per mancanza del criterio della rilevanza "macroeconomica" della materia ritenendo competente la regione a porre la disciplina impugnata (nel caso di specie il Veneto) e poi considera il vincolo posto alla libertà di iniziativa economica dal divieto di commercio su aree pubbliche in forma itinerante nei centri storici dei comuni compatibile con il limite dell'utilità sociale¹⁷¹.

Dal quadro descritto, si può affermare che non sembra che l'ordinamento costituzionale italiano abbia recepito la concorrenza come valore nell'art. 117, comma 2, lett. e), il quale sarebbe solo una norma abilitante il Legislatore statale ad

¹⁷⁰ Cfr. LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., 382. il quale vedeva nell'art. 41, comma 3 Cost. «la disposizione-chiave» in materia di governo pubblico dell'economia, dato che «il mercato, da solo, non è considerato in grado di assicurare il pieno affermarsi dei valori costituzionali».

¹⁷¹ Corte cost. n. 247 del 2010, *cons. in dir.*, n. 3.3.

intervenire con provvedimenti in favore del mercato¹⁷² che trova però il suo *pendant* contenutistico nel comma 1 dell'art. 41 Cost. Tuttavia, come sostenuto, la regolazione non necessariamente si sostanzia in norme pro-concorrenziali. Dunque, più in generale, il potere statale di intervenire in regolazione dei mercati nel suo complesso si rinviene nello stesso articolo 41 della Costituzione, in particolare, ai commi 2 e 3. Alla luce di questa interpretazione, gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, nel caso in cui risultino meritevoli di maggiore protezione costituzionale, possono prevalere sull'interesse costituzionale ad avere un ordine concorrenziale del mercato. In questo quadro, dimensione oggettiva e soggettiva della libertà di iniziativa economica si rinsaldano virtuosamente nelle maglie dell'art. 41 della Costituzione.

8. Verso una conclusione: un difficile equilibrio nell'art. 41 Cost.

Pur in assenza di una esplicita norma che costituzionalizzasse i principi di economia di mercato, la Corte è stata comunque in grado di elaborare due importanti dimensioni del principio di concorrenza facendole cooperare e, di fatto, tessendo una fitta rete capace di tracciare gli spazi di un sistema costituzionale dei rapporti economici. In questo quadro, entrambe riconducibili nell'alveo dell'art. 41 Cost., la concorrenza in senso soggettivo appare fine e valore autonomo che in parte si sovrappone con la libertà di iniziativa economica, mentre quella in senso oggettivo, intesa come ordine concorrenziale del mercato in sé e, inevitabilmente, come riflesso del diritto comunitario, attraversa

¹⁷² C'è da dire, che già con la sent. n. 326 del 2008, la Corte costituzionale aveva ricondotto alla competenza statale anche quelle misure volte a evitare che un operatore estendesse la propria posizione dominante in altri mercati nell'ambito delle misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e nelle misure di liberalizzazione dei mercati stessi. Nella sentenza n. 270 del 2010, tuttavia, l'operazione ermeneutica è diversa. La concorrenza, infatti, sembra perdere il suo valore di fine in sé, per essere raffigurata come oggetto di un potere regolatorio più ampio finalizzato, da un lato a garantire e promuovere il mercato e proteggere strumentalmente l'iniziativa economica privata, dall'altro ad essere inserito in una ampia trama di bilanciamenti con altri interessi costituzionalmente rilevanti.

l'art. 11 Cost. ed entra come valore e come fine non assoluti, ma, essendo una delle possibili dimensioni della regolazione del mercato, come un interesse costituzionale strumentale da bilanciare con il diritto dei singoli e con gli altri interessi di rango costituzionale, rispetto ai quali può ben soccombere¹⁷³.

Da quanto detto, emerge con chiarezza che l'art. 41 Cost. riconosce già, come recentemente sostenuto¹⁷⁴, l'economia di mercato e che se tale ordine in Italia gode di «un cattivo stato di salute», l'art. 41 Cost. va considerato «parte lesa» e non «imputato»¹⁷⁵. Sebbene l'art. 41 della Costituzione non sia «tra i più perspicui»¹⁷⁶, nell'interpretazione che la Corte fa di questo articolo, la concorrenza rappresenta un dato preliminare ineliminabile in entrambe le sue dimensioni: «l'apertura del mercato», di fatto, si interseca in un rapporto trilatero con l'utilità sociale e i fini sociali, clausole-leve della regolazione, volte a permettere l'intervento statale quando il valore-concorrenza appaia in contrasto con altri interessi costituzionalmente rilevanti¹⁷⁷.

Questa interpretazione, peraltro, lungi dallo stravolgere la concezione dei Costituenti, sembra in un'ideale continuità con quanto affermava Ruini in due occasioni diverse nella seduta antimeridiana del 13 maggio. In primo luogo, quando affermava, sull'indifferenza materiale del termine “piani” rispetto a “programmi”:

¹⁷³ In questo senso, si ridimensionano le paure recentemente sollevate in dottrina da ALGOSTINO, *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2009, 835 e si riespandono, viceversa, quelle potenzialità che, attraverso il paradigma funzionalista del mercato hanno consentito all'Unione una sempre maggiore integrazione per valori, su cui cfr. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella “Costituzione europea”*, in *Quad. cost.*, 1/2000, 15 ss. e ora in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 139 ss.

¹⁷⁴ Così DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammnimo.it, molto critico verso le recenti proposte di riforma dell'art. 41 Cost.

¹⁷⁵ ID., *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, cit., 1.

¹⁷⁶ GIANNINI, *Il diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 177.

¹⁷⁷ Cfr. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, cit., 1.

«Veniamo alla sostanza. La parola piano è per alcuni un feticcio, per altri uno spauracchio. [...] Piano non significa soltanto piano integrale, coattivo, alla russa, che sopprime l'iniziativa privata. Nella nostra Costituzione abbiamo messo che l'iniziativa economica privata è libera. Evidentemente un piano che sopprimesse l'iniziativa economica non è ammissibile [...]. Un metropolitano che diriga l'attività privata (l'esempio è nei libri recenti di neoliberisti come l'Hayek) non compie niente che non sia liberale, anzi assicura la libertà di circolazione. Un piano, naturalmente, può e deve essere di più della bacchetta di un metropolitano»¹⁷⁸.

E, poi, ancora più chiaramente, quando sosteneva, contrastando la proposta di Einaudi sui monopoli:

«Tutta una fase del pensiero scientifico, in economia, riteneva che bastasse la libertà e la concorrenza perché l'*optimum* si verificasse e non vi fossero monopoli. Si è constatato, invece, che questo non avviene; che la libera concorrenza fa sorgere deviazioni, approfittamenti, monopoli, ed allora la corrente liberale o neoliberista, di cui l'onorevole Einaudi è autorevole campione, vuole che per combattere il monopolio si restauri la libera concorrenza che sarebbe, non dirò artificiale, ma non spontanea e naturale. Occorrono interventi dello Stato per ristabilire e mantenere la libera economia di mercato: ed io ho avuto occasione, poco fa, di accennare che in alcuni casi si richiederebbero interventi, a fini di libertà, macchinosi come gli interventi che spaventano i liberisti»¹⁷⁹.

Riecheggia, in questi passi, la dimensione del mercato limitato in favore del commercio di cui già parlava Montesquieu¹⁸⁰, che deve conciliarsi, come emerge dallo stretto

¹⁷⁸ *Atti dell'Assemblea Costituente*, Roma, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1664.

¹⁷⁹ *Atti dell'Assemblea Costituente*, Roma, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1669.

¹⁸⁰ «L'Inghilterra proibisce l'esportazione delle sue lane; vuole che il carbone sia trasportato per mare nella capitale; non permette l'uscita dei cavalli se non castrati; le navi delle sue colonie che commerciano in Europa, devono gettare l'ancora in Inghilterra. Essa ostacola il commerciante, ma a tutto vantaggio del

collegamento richiamato in precedenza tra i lavori della I e della III Sottocommissione, anche con l'eredità del dibattito sull'*homme situé* nelle Costituzioni del pluralismo¹⁸¹, in una prospettiva in cui iniziativa economica, utilità sociale e mercato, nel delineare un *ordine economico vivente* che tenda alla «libera economia di mercato», non sono tra loro in contrapposizione, ma si integrano virtuosamente in un complesso e articolato, ma ricco, rapporto trilatero. In questo equilibrio può e deve trovare il suo spazio un ordine concorrenziale del mercato. Non dunque, nel quadro descritto, una «contrapposizione valoriale»¹⁸² quella tra libertà di iniziativa, concorrenza e utilità sociale, quanto, piuttosto, una necessaria osmosi tra valori in uno Stato democratico pluralista, nella consapevolezza che «una Costituzione, per quanto possa essere “liberista” non può (né deve) garantire il “mercato” come tale, altrimenti tutto diventerebbe suscettibile di valutazione economica e di disponibilità giuridica»¹⁸³.

commercio» così MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1968), vol. II, Milano, 2007, 657.

¹⁸¹ Cfr., su come questa concezione dell'uomo si ponga, come già era accaduto nell'esperienza weimariana, «al centro» del catalogo dei diritti della Costituzione italiana, nello sforzo di ricomporre «l'antitesi tra *Freiheit* e *Gleichheit*», RIDOLA, *La Costituzione, la politica e il conflitto in una pagina di storia della scienza giuridica italiana*, cit., 2909.

¹⁸² DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, cit., 9.

¹⁸³ PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, cit., 328.

CONCORRENZA, ISTITUZIONI E MERCATI REGOLATI NELLA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE¹

Andrea M. Altieri

*Dottorando di ricerca in Law and Economics
nell'Università di Siena*

Antonio Dell'Atti

*Dottorando di ricerca in Diritto della banca e del mercato
finanziario nell'Università di Siena*

Fabio Di Cristina

*Dottorando di ricerca in Law and Economics
nell'Università di Siena*

Il saggio intende indagare la libertà di concorrenza in prospettiva costituzionale. Dapprima le sue radici, così come intese dall'Assemblea costituente, poi l'evoluzione dovuta all'ordinamento europeo, con l'istituzione di autorità nazionali indipendenti, di cui si discuterà la legittimità costituzionale, nonché le complesse relazioni tra pubblici poteri ed ex-monopolisti.

The essay aims to analyze freedom of competition by a constitutional point of view. Firstly, its origin in the Constitution of 1948 will be analyzed. Secondly, its evolution, mainly due to the European law, will be chronicled. Thirdly, the legal implications of the establishment of independent regulatory authorities will be evaluated. Constitutional legitimacy of these authorities and the complex relationships between public institutions and incumbents in regulated sectors will also be highlighted.

Sommario

1. Introduzione
2. Brevi cenni storici su libertà di impresa e concorrenza: l'assetto pre-costituzionale

¹ Il presente lavoro è frutto di una riflessione comune. Ad Antonio dell'Atti possono essere attribuiti i paragrafi 2, 3 e 4, ad Andrea M. Altieri possono essere attribuiti i paragrafi 6 e 7, a Fabio Di Cristina può essere attribuito il paragrafo 5 ed i relativi sottoparagrafi. I paragrafi 1 e 8 è frutto di una comune sintesi. Suggestimenti ed errori possono essere segnalati a: and.altieri@yahoo.it; dellattiantonio@hotmail.it; f.dicristina@hotmail.it.

3. Il '48: la libertà di iniziativa economica ed i suoi limiti
4. Libertà di concorrenza e concorrenza effettiva: dalla problematica del fondamento di un principio all'individuazione di un bene giuridico da tutelare
5. Garanti e arbitri: assetti istituzioni e fini costituzionali delle autorità indipendenti alla luce della crisi economica
 - 5.1. Le istituzioni della concorrenza nella vecchia costituzione economica
 - 5.2. La nozione di concorrenza nel Trattato di Lisbona: innovazioni nella costituzione economica materiale e problemi aperti
 - 5.3. La funzione “politica” di regolamentazione dei mercati al tempo della crisi: rinascita della regolazione finalistica?
6. Il potere di mercato degli incumbent: rimedi istituzionali
7. La promozione della concorrenza nei mercati regolati: il nodo delle infrastrutture
8. Conclusioni

1. Introduzione

La trattazione che segue interseca tre piani distinti, unificati idealmente dalla comune prospettiva costituzionale. Il primo attiene alle radici della libertà di concorrenza, così come intesa in Assemblea costituente, nonché al suo precipitato normativo. Il secondo concerne il ruolo della regolazione dei mercati e della legittimazione costituzionale delle autorità preposte a tutelare la concorrenza, invero della c.d. “nuova costituzione economica” di matrice europea. Il terzo, di impianto squisitamente pratico, riguarda il rapporto tra attività degli *incumbent* nei settori regolati e principi costituzionali, intesi quale fulcro della disciplina costituzionale dei mercati.

Il *fil rouge* dei tre piani è di hegeliana memoria: la *tesi* è rappresentata dal “monolitico” impianto costituzionale, l'*antitesi* dal ruolo dei regolatori, di cui la dottrina non ha ancora chiarito del tutto la legittimazione costituzionale, la *sintesi* dall'attività di questi nei mercati, la quale prescinde dal rapporto strettamente formalistico con la Costituzione ma vive ed opera nel *law in action*.

L'art. 41 Cost. pone in luce un'evidente criticità, ossia quella del temperamento, da un lato, della sacralità e dell'inviolabilità della libertà di industria e di commercio (già teorizzata da John Locke nel *Trattato sul governo*) e, dall'altro, delle «ingerenze ingenerose» del potere politico, volte all'adattamento dell'attività economica dei privati all'interesse nazionale. Proprio l'interesse nazionale, funzionale a logiche di eterodirezione dell'attività economica e trasfuso nella Carta del Lavoro del 1927, aveva spinto Luigi Einaudi, in sede di Assemblea costituente, a considerare il compromesso dell'utilità sociale come una «pericolosa genericità».

L'influenza del diritto europeo ha determinato lo stato di quiescenza dei «limiti» contenuti nell'art. 41 Cost., compresi i «programmi e controlli» scaturenti da fonte primaria, affermando, seppur lentamente, l'esistenza di un unico “macro-limite” alla libertà economica individuale, immanente a quest'ultima e per ciò stesso penetrante. Si tratta, nello specifico, dell'esigenza di tutela del sistema economico di mercato, *recte* concorrenziale, in funzione del quale la predetta libertà risulterebbe univocamente conformata. Proprio il diritto europeo ha determinato la caduta di alcuni strumenti di regolazione

finalistica tipici della “vecchia costituzione economica”. Si pensi, in tal senso, all’erosione dei regimi di riserva *ex art. 43 Cost.* e all’abbandono dei monopoli pubblici. Il diritto della concorrenza italiano si ispira fedelmente alle norme contenute nei Trattati europei e ne riflette lo spirito. Quello che formalmente è stato una sorta di trapianto di norme ha dato nella sostanza risultati variegati², dovuti all’assenza di una precedente disciplina nazionale e di una cultura giuridica della concorrenza (*infra*, parr. 6-7).

La nozione costituzionale di «utilità sociale», intesa come obbligo di servizio universale, potrebbe limitare la libertà economica degli operatori dominanti senza che i regolatori debbano intervenire attivamente. Tale scenario è solo teoricamente realizzabile. Il ruolo attivo delle istituzioni e dei regolatori, in questo contesto, non può essere tralasciato. Da un lato, le istituzioni politiche, specialmente negli anni della crisi economica, hanno favorito uno “sbilanciamento” della regolazione di settore: questa è transitata da modelli monistici e condizionali, affermatasi in un periodo di fiducia negli assetti concorrenziali dei mercati, a modelli dualistici e finalistici tradizionali, tipici dello spirito costituzionale post-bellico. Dall’altro, la transizione dei mercati regolati verso la concorrenza appare ancora oggi un cammino incompiuto. Infatti, l’azione istituzionale, scontando l’eccessiva timidezza ed incertezza dei regolatori, non ha spinto verso la tutela dei “fini sociali” a cui si ispira l’impianto dell’art. 41 Cost., accettando, se non suggerendo, il *self-restraint* dei regolatori e la *self-regulation* degli operatori dominanti (*infra*, par. 5).

E’ opportuno muovere da questi presupposti per sollevare quattro questioni di fondo (*infra*, par. 5). La prima riguarda la desiderabilità degli attuali assetti di mercato e gli obiettivi insiti in questa “scelta tragica”. La seconda investe il ruolo stesso dello Stato in economia: questi deve essere “arbitro dei mercati”? La regolazione presuppone un ruolo passivo delle istituzioni o questo può essere, invece, pro-attiva? La terza interessa il ruolo delle autorità indipendenti, comprese quelle di settore. Queste

² Limitatamente ai settori delle reti si veda le conclusioni a cui giunge SCARPA, *Dieci anni di riforme dei grandi settori a rete. Tanto rumore per cosa?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 1, pp. 37-49.

possono promuovere la concorrenza, oltre che tutelarla? Possono negoziare con gli *incumbent* una regolazione più blanda in cambio di investimenti infrastrutturali con effetti di moltiplicazione? La quarta, infine, concerne gli assetti istituzionali e l'equilibrio tra poteri. Le autorità indipendenti hanno la legittimazione costituzionale per rendersi attive nella promozione di determinati assetti di mercato? Se così fosse, il limite dell'utilità sociale potrebbe essere efficacemente integrato dall'utilizzo dei rimedi strutturali? Più in generale, la questione sottesa riguarda la possibilità per le autorità indipendenti di limitare il potere dei privati, una delle finalità che storicamente hanno portato alla formazione del diritto antitrust e quale ne sia il principio costituzionale di riferimento.

A tal proposito, l'indagine di alcuni strumenti della regolazione pro concorrenziale è fondamentale per comprendere il pratico funzionamento dei principi della costituzione economica. Saranno vagliati il completamento dello scorporo delle reti e la precisa definizione degli obblighi a contrarre in capo agli *incumbent* rispetto alla fornitura di taluni servizi in tutte le zone del Paese (*infra*, par. 6). Tali obblighi potrebbero risultare invasivi della libertà economica di tali operatori: si cercherà di capire l'importanza del bilanciamento dei principi espressi nell'art. 41 Cost, per quanto riguarda la gestione e l'ampliamento delle reti infrastrutturali nei mercati regolati, bilanciamento che dovrà tener conto della crisi delle finanze pubbliche, della protezione degli investimenti compiuti dalle imprese e della sempre necessaria apertura ai terzi di queste reti per il perseguimento di un sistema aperto alla libera concorrenza (*infra*, par. 7). Il diritto europeo della concorrenza – che nasce dalle riflessioni degli ordoliberali in Germania sulla necessità di difendere la libertà individuale, anche quella di iniziativa economica sia dal potere dello Stato che da quello privato economico³ – che è entrato nel nostro ordinamento attraverso la ratifica dei trattati, si è *de facto* scontrato con la cultura giuridica del Paese, meno incline a mercati concorrenziali e più incline al

³ Cfr. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna 1998.

controllo pubblico dell’economia, concezione sancita nell’impianto costituzionale tradizionale⁴ (*infra*, parr. 2-3-4).

2. Brevi cenni storici su libertà di impresa e concorrenza: l’assetto pre-costituzionale

La prima manifestazione di interesse del legislatore nazionale per l’iniziativa economica privata è rintracciabile nella Carta del Lavoro del 1927, il cui art. IX disponeva che «*l’intervento dello Stato nella produzione economica (avesse) luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l’iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato*».

Tuttavia, soltanto con il codice civile del 1942 l’imprenditore, nonché la sua attività (per l’appunto, di impresa), assumerà rilievo giuridico autonomo, con l’introduzione dell’art. 2082, vero “spartì acque”, interno al codice, tra diritto privato e commerciale⁵ e l’introduzione, altresì, del capo I del Titolo X, rubricato “*Della disciplina della concorrenza*”.

Nell’ottica dell’assetto codicistico, previgente rispetto all’introduzione della Costituzione, «*la disciplina della concorrenza (avrebbe) governa(to) il concorso, anche eventuale, d’una pluralità d’imprenditori sullo stesso mercato*»⁶ e poche

⁴ Diversamente, in Germania era già presente prima della ratifica dei trattati europei una forte coscienza della necessità di una legge che tutelasse e promuovesse la concorrenza, coscienza che si riflette nel settore dell’energia elettrica con l’assenza storica di un monopolista pubblico e con la presenza invece di diversi operatori privati in concorrenza tra loro. Sul punto cfr. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, 2003, Simple 11, Università degli studi di Siena, facoltà di economia R. Goodwin.

⁵ Non si intende, in questa sede, trattare dell’annosa disputa tra “commercializzazione del diritto privato” e “privatizzazione del diritto commerciale” che, quasi naturalmente, evoca la dicotomia nel testo, potendosi, allo scopo, brevemente rinviare a quanto osservato da BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, V ed., 2005., 12 ss.

⁶ Cfr. PARDOLESI, *La disciplina della concorrenza: uno sguardo d’insieme*, in *ID.*, *La concorrenza e la tutela dell’innovazione*, vol. IV, t. I, in LIPARI - RESCIGNO (collana diretta da), *Diritto Civile*, Milano, 2009, 4. Una simile definizione, *latu sensu*, “giuridica” di concorrenza è fornita, altresì, da GUGLIELMETTI, voce *Concorrenza*, in *Dig. Comm.*, Torino, 2005, 301; FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Milano, 1960, 509.

disposizioni generali avrebbero dovuto strutturare la materia. Ed infatti, «*per lungo tempo le previsioni codicistiche (richiamate) hanno costituito l'unico corpus normativo dotato di una sia pur schematica omogeneità riferito alla disciplina della concorrenza*»⁷.

All'uopo, l'art. 2595 c.c.⁸, «*col suo monito affinché il cimentarsi dell'impresa (rectius, dell'imprenditore, n.d.a.) nel mercato non solo rispettasse i limiti stabiliti dalla legge, ma soprattutto non andasse a discapito degli interessi dell'economia nazionale*»⁹ forniva all'interprete un implicito riferimento «*ad un livello superiore di controllo del fenomeno economico complessivo, che rimaneva estraneo al tessuto codicistico, a mò di prius sostanzialmente eteronomo*»¹⁰.

Il riferimento agli interessi dell'economia nazionale, retaggio del sistema corporativo¹¹, descriveva, dunque, il criterio di legittimità dell'intervento (nonché dell'astensione da intervento) statale nell'economia¹².

In *Giurisprudenza*, la "unicità del mercato" è stata più volte richiamata come elemento indefettibile per l'applicazione della disciplina sulla concorrenza. Sul punto, cfr. Trib. Cagliari, 26 gennaio 2006, in *Riv. Giur. Sarda*, 119; Cass., sez. I, 11 aprile 2001, n. 5377; Cass., sez. I, 11 aprile 2001, n. 5375; Cass., sez. I, 14 febbraio 2000, n. 1617.

⁷ Cfr. ZANABONI, *sub art. 2595 c.c.*, in CATRICALÀ - TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 1510.

⁸ Si riporta, per semplicità di lettura, il testo normativo richiamato: «*La concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge [e dalle norme corporative]*».

⁹ Cfr. PARDOLESI, *La disciplina della concorrenza: uno sguardo d'insieme*, cit., 4. Il riferimento agli interessi nazionali è contenuto, *ex multis*, altresì nell'art. 2085 c.c. in tema di *indiritto della produzione*.

¹⁰ Cfr. ID., *La disciplina della concorrenza: uno sguardo d'insieme*, cit., 4.

¹¹ Norme abrogate *ex d. lgs. 369/44*. Sul punto, cfr. MAZZACANE, *Diritto, economia ed istituzioni nell'Italia fascista*, Baden Baden, 2002, 14. Altresì, cfr. OPPO, *Iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, parte I, 312, il quale chiarisce che «*la diversità tra ordine c.d. corporativo e ordine democratico muove, anche nella materia dei rapporti economici, dalla diversità dei fini: "benessere dei singoli e sviluppo della potenza nazionale", dunque fini economici e politici per la Dichiarazione seconda della Carta del Lavoro; fini sociali, per l'art. 41 e le altre norme della Costituzione che assegnano allo Stato e allo stesso ordine giuridico il compito di realizzare i valori di solidarietà, uguaglianza, libertà, dignità umana*».

¹² In una lucida ricostruzione politica, fornita recentemente dal Prof. Salvadori (cfr. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Bari, 2009, 52), l'illustre storico ammette che «*tra i più importanti elementi propri tanto del sistema*

Invero, la principale preoccupazione del legislatore del '42 non fu la tutela della concorrenza¹⁵, ma quella di incrementare la produzione nazionale, obiettivo che presupponeva un incisivo controllo statale volto a perseguire esigenze, per l'appunto, produttive e protezionistiche cui, se del caso, «l'assetto concorrenziale del mercato avrebbe altresì dovuto inchinarsi»¹⁴.

Anche e nonostante la caduta del regime fascista, le norme in esame, lungi dall'essere considerate espressione di una visione liberista dell'economia, sono state interpretate quali parte di un diritto speciale diretto ai soli imprenditori. In particolare, le stesse venivano lette considerando che il nuovo obiettivo, nell'Italia del dopoguerra, fosse costituito dalla tutela del corretto esercizio dell'attività imprenditoriale, senza «nessuna (particolare, n.d.a.) preoccupazione per l'assetto concorrenziale del mercato»¹⁵, ma implicante l'astratta applicazione

liberale classico quanto del primo sistema liberaldemocratico vi era il fatto che lo Stato mantene(ss)e il potere decisionale su un'economia che vedeva collocate prevalentemente nel suo territorio le imprese industriali e agricole e le istituzioni finanziarie», sicché «alla sfera dello Stato si affiancava (...) quella che era definita (...) l'economia nazionale».

¹⁵ Cfr. OPPO, *Iniziativa economica*, cit., 331, secondo il quale «il codice non (...) si è preoccupato dell'assetto concorrenziale del mercato ma solo di evitare una eccessiva compressione, nell'oggetto e nel tempo, dell'autonomia individuale, ammettendo anzi vincoli della concorrenza non solo volontari ma anche coattivi». In tal senso, altresì, BEDOGNI RABITTI, *Introduzione alla L. n. 287/90*, in CATRICALÀ - TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, LI; LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 6, 1551.

¹⁴ Sul punto, cfr. ZANABONI, *sub art. 2595 c.c., cit.*, 1509; TABACCHI - FALCIONI, *Diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, La concorrenza*, Torino, 2005, 47; OPPO, *Iniziativa economica*, cit., 313, secondo il quale «la funzione soltanto suppletiva, assegnata in principio all'intervento pubblico nella produzione, non impedì d'altra parte l'espansione della mano pubblica in settori essenziali e in forme che sono state ereditate e ritenute congrue ai propri fini, dall'ordine democratico». Sul *dirigismo economico*, cfr. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma - Bari, 2007, 15 ss.

¹⁵ Cfr. TABACCHI - FALCIONI, *Diritto civile e diritto della concorrenza*, cit., 47; ZANABONI, *sub art. 2595 c.c., cit.*, 1509. Anche in sede di costituente, il dibattito sull'art. 41 non coinvolse i temi della concorrenza: in tal senso, DE BENEDETTO, *Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano*, su <http://rivista.ssef.it/site.php?page=2004112912-0739175&edition=2010-02-01>.

dell'(implicitamente abrogato) art. 2089, nonché le correlate sanzioni (anch'esse abrogate) dell'art. 2091 c.c.

3. Il '48: la libertà di iniziativa economica ed i suoi limiti

Con l'entrata in vigore della Costituzione ed, in particolare, del suo art. 41, l'art. 2595 ha assunto *telòs* di mero coordinamento ed integrazione della norma costituzionale, comunque non direttamente applicabile ai rapporti tra imprenditori¹⁶ ed insuscettibile di portata precettiva¹⁷. Dunque, gli interessi dell'economia nazionale si sarebbero dovuti contemperare con la libera iniziativa economica.

La Corte Costituzionale ha sancito, da tempo¹⁸, la sostanziale affinità concettuale tra il criterio del rispetto degli *interessi dell'economia nazionale*, entro cui, *ex art. 2595 c.c.*, deve mantenersi lo svolgimento della iniziativa economica, ed il criterio della compatibilità con i «*fini di utilità sociale*» da cui è condizionata la realizzazione della correlata libertà¹⁹, di fatto realizzando un ponte tra la legislazione *ante '48* con quella successiva all'entrata in vigore della carta fondamentale²⁰.

¹⁶ In tal senso, cfr. GRISOLI, *Iniziativa economica privata e concorrenza*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 18, 1983, 310.

¹⁷ Cfr. in tal senso, MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Padova, 1969, 211, secondo il quale l'art. 2595 attribuisce rilevanza alla disciplina pubblicistica della concorrenza nei rapporti tra privati.

¹⁸ Cfr. Corte cost., 21 gennaio 1957, n. 29, in *Giur. Cost.*, 404 ss., secondo cui l'art. 41 «*enuncia sul piano costituzionale la libertà economica nella sua fondamentale manifestazione di libertà di iniziativa economica e privata, che si traduce nella possibilità di indirizzare liberamente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico. A tale libertà la Costituzione pone il limite del pubblico interesse, in quanto l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, intesa come conseguimento del bene comune*».

¹⁹ Cfr. GRISOLI, *Iniziativa economica privata e concorrenza*, *cit.*, 306.

²⁰ Si veda OPPO, *Iniziativa economica*, *cit.*, 312 il quale ritiene che abbia «*ragione sia chi dice che la Costituzione dà nuovi contenuti al diritto privato, sia chi dice che il diritto privato dà concreti significati alla norma costituzionale*».

L'art. 41²¹, dapprima, indica quali sarebbero gli interessi la cui tutela legittimerebbe la limitazione di questa libertà, individuandoli nell'utilità sociale, nonché nella sicurezza, libertà e dignità umana, e, di poi, pone una riserva di legge in favore della determinazione dei programmi e controlli opportuni affinché l'attività economica, pubblica e privata, possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Nonostante in dottrina sia stata affermata la disarmonicità²² e la contraddittorietà²³ della disposizione in esame, essa costituiva, secondo alcuni²⁴, il cardine di un sistema c.d. ad economia mista, tanto che la libertà di iniziativa economica (ovvero di intrapresa²⁵), ivi sancita, fosse considerata²⁶ un diritto fondamentale, analogamente alla libertà di manifestazione del pensiero, di associazione e religiosa. In realtà, simile orientamento non pare essere condivisibile sia perché l'art. 41 è posizionato nel titolo della Costituzione dedicato ai rapporti economici²⁷, ma anche in ragione dell'esistenza di limiti che ne escludono il carattere di assolutezza²⁸ tipico dei primi.

²¹ Sul dibattito in fase di costituente sull'articolo in commento, cfr. NIRO, *sub art. 41*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 849.

²² Cfr. MORTATI, *Iniziativa privata ed imponibile di mano d'opera*, in *Giur. Cost.*, 1958, 1191; NIRO, *sub art. 41, cit.*, 850.

²³ In tal senso, si vedano BARTOLOMEI, *Libertà di impresa e disciplina dei prezzi*, in *Giur. Cost.*, 1957, 977; GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1992, 175, secondo il quale questo articolo della costituzione «non (sarebbe) tra i più perspicui».

²⁴ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1962, 230; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, vol. XXI, 587 ss.

²⁵ Viene definita in tal modo da PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2003, 672.

²⁶ In tal senso, si veda, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico, cit.*, 228; MAZZONI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, vol. IV, Torino, 1983, 273.

²⁷ In tal senso, MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1.

²⁸ Cfr. *ex multis*, Corte cost., 28.03.1968, n. 16. Per l'analisi, altresì, dei motivi storici che portano ad escludere la libertà di intrapresa dai diritti fondamentali, si veda MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 1 s. Con riferimento alla sovra ordinazione di altri diritti rispetto a quello di iniziativa economica, si veda FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 238 s.

In particolare, il «*mancato espresso riconoscimento dell'inviolabilità di siffatta libertà, nonché l'apprestamento di vincoli assai più rigidi e penetranti di quelli previsti per le libertà civili all'esercizio della medesima, hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà uno status di libertà dimidiata, di un rango diverso ed inferiore rispetto a quelle civili, non configurabile, diversamente da queste ultime, come diritto fondamentale*»²⁹.

In verità, con l'accelerazione del processo di integrazione europea, realizzatasi nei primi anni dell'ultimo decennio del secolo scorso, nonché con il percorso di consolidamento del primato del diritto comunitario, che pare esser giunto al capolinea³⁰, le citate opzioni interpretative sono state definitivamente estromesse dal sistema, essendosi avviato il c.d. «*processo di emancipazione dallo schema dirigitico prefigurato dalla Costituzione*»³¹.

Con riferimento al contenuto della libertà in analisi, è da ritenersi superata l'opzione interpretativa che vorrebbe distinto il momento dell'iniziativa rispetto a quello dello svolgimento dell'attività economica e che applicherebbe i limiti *ex art. 41*, commi 2 e 3 soltanto al secondo dei due momenti³². Ed infatti, sul punto, la Consulta ha avuto modo di chiarire che la «*garanzia posta nel 1° comma dell'art. 41 (...) riguarda (sse) non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento*»³³ e, simile impostazione è stata autorevolmente sostenuta in dottrina³⁴.

²⁹ Cfr. NIRO, *sub art. 41, cit.*, 849. In tal senso, altresì, LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582 ss.

³⁰ Cfr. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono cogenti e sovraordinate*, in *Giur. Cost.*, Milano, 2010, vol. I, 382 ss.

³¹ Cfr. NANIA, *Libertà economiche e libertà di impresa*, in NANIA - RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, vol. I, 78. Sul punto, si veda diffusamente *infra*.

³² Cfr. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1959, 151; ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, 1952, 172.

³³ Si veda Corte Cost., 31 maggio 1960, n. 35; Corte Cost., 14 giugno 1962, n. 54, entrambe richiamate da NIRO, *sub art. 41, cit.*, 851.

³⁴ Cfr. OPPO, *Iniziativa economica, cit.*, 320, secondo il quale «*la libertà di iniziativa è libertà di determinazione, di scelta, di organizzazione e*

Nondimeno, non albergherebbe nell’art. 41 il fondamento costituzionale della libertà contrattuale essendo, quest’ultima, fondata soltanto in quanto si riveli strumentale alla realizzazione di una specifica situazione giuridica soggettiva, tutelata costituzionalmente³⁵, nel sol qual caso troverebbe applicazione l’articolo in questione, nel duplice verso di libertà e limiti³⁶.

Occorre, altresì, rilevare il rapporto di continenza esistente tra la libertà di iniziativa economica e di impresa³⁷, laddove la prima ha una portata più ampia³⁸ comprendendo, altresì, l’attività non etero-organizzata³⁹ ed occasionale⁴⁰, ma non anche quella subordinata⁴¹.

Di maggiore interesse è il dibattito sui limiti che la stessa carta costituzionale pone alla libera iniziativa economica.

Utilità sociale e fini sociali si risolvono in clausole generali talmente ampie e malleabili da minare costantemente la certezza del diritto, rimettendosi all’interprete l’infimo compito di ricondurre ad unicità fattispecie concrete fortemente eterogenee⁴².

articolazione degli strumenti operativi, libertà di continuare o cessare»; BUONOCORE, Manuale di diritto commerciale, cit., 31.

³⁵ Cfr. NIRO, *sub art. 41, cit.*, 853. In senso parzialmente differente pare essersi orientata la Consulta: Corte Cost. 22 maggio 2009, n. 162, secondo cui «l'autonomia contrattuale è tutelata dall'art. 41 Cost. in quanto strumento della libertà di iniziativa economica, il cui esercizio può essere limitato per ragioni di utilità sociale».

³⁶ Cfr. OPPO, *Iniziativa economica, cit.*, 311 s.

³⁷ Nel senso di riconoscere sostanziale corrispondenza tra libertà di iniziativa economica e libertà di impresa, si veda GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia, cit.*, 175; QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980, 64.

³⁸ Cfr. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. Cost.*, Milano, 1979, vol. I, 1231; MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 2. In termini poco chiari si esprime la Corte Cost. del 05.04.1984, n. 89 che riconosce l’esistenza di iniziativa economica laddove sussista «attività produttiva».

³⁹ Si allude, ovviamente, alle professioni intellettuali. Sul punto, si veda l’atteggiamento della Consulta: Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 7; Corte Cost., 25 marzo 1976, n. 59.

⁴⁰ Cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 2.

⁴¹ In tal senso, si veda MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 2. In senso contrario, M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro, cit.*, 151.

⁴² Sull’aleatorietà dei commi 2 e 3 dell’art. 41 Cost., cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 3; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica*

La Consulta si sarebbe spesso riferita ad *utilità sociale* e *fini sociali* «*ravvisando in talune leggi finalità riconducibili a tali concetti*»⁴⁵, senza fornirne una nozione generale ed unitaria. Ebbene, la rispondenza della legislazione che impone vincoli e limiti all'iniziativa economica privata sarebbe da vagliarsi alla luce del criterio di ragionevolezza⁴⁴ che investirebbe sia le finalità del dettato legislativo, che i mezzi all'uopo utilizzati⁴⁵: la libertà di iniziativa economica non potrebbe essere limitata «*oltre la misura che ragionevolmente potrebbe apparire consentita dalle finalità che si intendono perseguire*»⁴⁶.

L'utilità sociale, secondo autorevole *opinio doctorum*⁴⁷ «*è la situazione che favorisce il soddisfacimento di un bisogno, di un interesse economico della collettività o dei consociati in quanto tali o di categorie o gruppi in quanto parti della collettività*» e, «*in prospettiva dinamica, la situazione che favorisce o consente il progresso materiale della società*».

La differenza applicativa tra questo limite e quello dei fini sociali è rinvenibile nella eterogenea fonte della limitazione: ed infatti, mentre il comma secondo dell'articolo in esame non cita alcuna *riserva di legge* cui sottoporre l'individuazione concreta della situazione di *utilità sociale*, il comma terzo, invece, chiarisce che il coordinamento e l'indirizzo dell'attività economica verso *fini sociali* è riservato alla Legge⁴⁸.

privata, cit., 599 s.; NIRO, *sub art. 41, cit.*, 489, la quale cita Einaudi rispetto alla «*eccessiva genericità*» della clausola in esame.

⁴⁵ Cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 3, il quale, a sua volta, cita BASSI e COGURRA, *Corte costituzionale ed iniziativa economica privata*, in OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 283.

⁴⁴ Criterio indicato da MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 3.

⁴⁵ La Corte Costituzionale ha più volte affermato il proprio potere di verificare il rapporto di congruità tra nesso e fine, al fine di salvaguardare la libertà di iniziativa economica privata contro interventi arbitrariamente restrittivi: cfr. Corte Cost. 25 maggio 1970, n. 75; Corte Cost., 20 marzo 1978, n. 20; Corte Cost. 17 ottobre 1985, n. 231.

⁴⁶ Cfr. Corte Cost., 22 gennaio 1987, n. 14.

⁴⁷ Cfr. OPPO, *Iniziativa economica, cit.*, 324.

⁴⁸ In tal senso OPPO, *Iniziativa economica, cit.*, 310 s.

La rilevanza dei suddetti limiti è tale da far ritenere, a parte della dottrina⁴⁹, l’utilità sociale quale fondamento della libera iniziativa economica.

Seppure simile orientamento pare non essere *in toto* condivisibile, contiene frammenti di verità.

Si allude alla circostanza che l’utilità sociale possa non avere semplicemente una portata limitativa della libera iniziativa economica, ma che possa contribuire a garantirne la sostanziale applicazione. Sul punto, autorevole dottrina⁵⁰, ha chiarito che «*si può tentare (...) di individuare una funzione generale del controllo diffuso della “utilità sociale” delle attività produttive proprio in presenza della moltiplicazione, in relazione al tipo di attività, di “attività rischiose consentite perché giustificate dalla utilità sociale che apportano”: non, quindi, un’interpretazione dell’utilità sociale unicamente come limite all’iniziativa economica, ma anche (...) come causa esimente della responsabilità civile*».

Proprio in quest’ottica, anche l’utilità sociale può essere elemento su cui fondare i ragionamenti e le interpretazioni intorno la concorrenza (di *quale* concorrenza, lo si specificherà a breve) che, conseguentemente, finisce dal configurarsi da limite ad ulteriore elemento di esplicazione (e fattispecie) della libertà di impresa.

4. Libertà di concorrenza e concorrenza effettiva: dalla problematica del fondamento di un principio all’individuazione di un bene giuridico da tutelare

Il diritto antitrust ha radici lontane dalla nostra tradizione giuridica⁵¹.

⁴⁹ In tal senso, si vedano MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, 149; MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, 258 ss..

⁵⁰ Cfr. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 25.

⁵¹ Nella cultura giuridica americana questo ha origine nello *Sherman Antitrust Act* del 1890 ma, come vedremo più avanti, il diritto della concorrenza europeo, poi recepito dall’ordinamento italiano, muove dalle riflessioni giuridico – economiche del gruppo degli ordoliberali, attivi nella Germania degli anni trenta, anche se «*vera e propria disciplina della concorrenza nasce soltanto con lo Sherman Act (... atteso che) prima di allora, i limiti posti ai monopoli e alle*

Ciò nonostante, gli sforzi dell'interprete si sono, per molto tempo, concentrati nel tentativo di inquadrare sistematicamente i principi introdotti dalla rivoluzione europea, in tema di concorrenza, alla luce del dettato costituzionale vigente.

In verità, si è già accennato alla circostanza che, *ab origine*, un riconoscimento della tutela della concorrenza non fosse rintracciabile esplicitamente nel nostro ordinamento, atteso che le disposizioni di cui agli artt. 2595 ss. c.c. intervenissero sui rapporti tra privati e che le prime interpretazioni dell'art. 41 Cost. non fossero interessate all'aspetto *pluralistico* della libera iniziativa economica⁵², ma che simile riconoscimento (anche soltanto in via interpretativa) sia stato sollecitato dall'intervento del legislatore comunitario.

Il dibattito subisce gli effetti, ad avviso di condivisibile orientamento⁵³, di un malinteso: ossia, il confondere la (tutela della) libertà di concorrenza con la (tutela della) concorrenza. In particolare, mentre la prima si configurerebbe quale forma esplicativa della libertà *ex* art. 41, comma 1, la seconda concreterebbe un autonomo bene giuridico (c.d. *concorrenza effettiva*⁵⁴) che sembrerebbe aver assunto valenza nel nostro assetto costituzionale dapprima attraverso la diretta applicazione delle statuizioni comunitarie e, di poi, con l'esplicito inserimento dell'inciso «*tutela della concorrenza*» nell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost.

Libertà di concorrenza è libertà di scegliere se e come concorrere nel mercato, *ivi* rientrandovi anche condotte *negative*,

intese restrittive erano molto lacunosi e lasciavano ampio spazio al potee di mercato di imprese già forti e alla freedom of contract, anche se contrastante con la libera competizione economica. È con lo Sherman Act che vieta "every contract, combination or conspiracy in restraint of trade" e anche la "monopolization" e l'attempt to monopolize"». Sul punto cfr. D'ALBERTI, Poteri pubblici, mercati e regolazione, Bologna, 2008, 68 e. Sul punto cfr. D'ALBERTI, Poteri pubblici, mercati e regolazione, Bologna, 2008, 68 e AMATO, Il potere e l'antitrust, cit.

⁵² *Contra* cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 6 secondo il quale «*il favor verso l'economia concorrenziale, ricavabile dall'art. 41, 1° comma, funge da criterio guida delle norme ordinarie che regolano i rapporti intersoggettivi*».

⁵³ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, Milano, 2005, vol. II, 1429 ss.

⁵⁴ Si veda LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, cit., 1429.

mercé accordi tra imprenditori limitativi della propria concorrenza⁵⁵.

Di contro, la *concorrenza effettiva*, ovvero *in senso oggettivo*, quale autonomo bene giuridico tutelato, è tesa, tradizionalmente, proprio a rivolgersi ai privati che esercitino negativamente la propria libertà di concorrenza (magari negoziando cartelli) e con riferimento a questa si pone il duplice problema di individuarne il fondamento, nonché il contenuto.

Rispetto al fondamento, la dottrina è divisa tra chi ritiene che la tutela della concorrenza *effettiva* sia estranea alla copertura costituzionale, dovendosi all’uopo fare riferimento a fonti eteronome di legittimazione (quali potrebbero essere quelle comunitarie), chi sostiene che la citata copertura sia stata formalizzata soltanto con la modifica dell’art. 117 Cost.⁵⁶ e chi afferma che la stessa possa trovare agevole ospitalità nei confini dell’*utilità sociale*, di cui al comma secondo dell’art. 41, ovvero nello stesso primo comma della medesima disposizione costituzionale⁵⁷.

Di certo, l’inserimento della “*tutela della concorrenza*” tra i poteri-doveri dell’amministrazione centrale ha portato ad alcune conseguenze.

⁵⁵ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, cit., 1429.

⁵⁶ Si veda NIRO, *sub art. 41*, cit., 859 s. Sul punto, LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, cit., 1435, il quale, dopo aver effettuato una ricognizione sulle posizioni dottrinarie volte ad interpretare il significato dell’introduzione dell’inciso in esame, ritiene che sicuro *telòs* della stessa sia l’aver sancito la *doverosità della funzione di tutela della concorrenza da parte dello Stato*.

⁵⁷ Per una analisi succinta dei diversi orientamenti, si veda GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e soc.*, Padova, 2004, 439 ss. Dà contezza della suddetta divisione dottrina, altresì, LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, cit., 1430.

Si dà per assunta, in questa sede, la non divisibilità dell’orientamento che riconosce nel principio di uguaglianza il fondamento della concorrenza, ritenendosi che il principio di cui all’art. 3 della Costituzione presupponga parità di trattamento nell’accesso al mercato, libertà di gareggiare con mezzi propri, ma non anche «*il diritto di rimanervi e di rimanervi attraverso la repressione dell’iniziativa altrui*». In tal senso, si veda, altresì, OPPO, *Iniziativa economica*, cit., 331.

Questo *new deal* avviato dal legislatore, «*muovendo dalla libertà di concorrenza e passando attraverso il mercato concorrenziale comunitario e la concorrenza tout court di cui al nuovo art. 117*»⁵⁸ ha coinciso con una diversa declinazione della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale.

E, infatti, se è possibile rinvenire in alcune decisioni più risalenti della Corte la qualificazione della concorrenza unicamente quale libertà che «*integra (quella) di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori*» ed è ad un tempo «*diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti ed a contenerne i prezzi*»⁵⁹, o ancora quale «*valore basilare della libertà di iniziativa economica (...) funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori*»⁶⁰, è nelle decisioni più recenti che sembra sfumare il richiamo alla concorrenza nei termini di libertà (oramai dato acquisito) ed accentuarsi invece una ulteriore «*dimensione*» della stessa proprio sulla suggestione delle indicazioni comunitarie.

Con la sentenza n. 14 del 2004, i Giudici della Consulta hanno chiarito che «*dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, misure antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza*», precisando che la tutela della concorrenza «*costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere insita soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*»: il mercato concorrenziale, dunque, assurge a rilevanza in quanto sistema economico oggettivamente considerato, in ossequioso richiamo al principio ordinatore della politica economica dell'UE di un *economia di mercato aperta ed in libera concorrenza* (cfr.

⁵⁸ Cfr. NIRO, *sub art. 41, cit.*, 860.

⁵⁹ Si veda Corte Cost., 16 dicembre 1982, n. 223.

⁶⁰ Cfr. Corte Cost. 15 maggio 1990, n. 241.

art. 119, comma 1, T.F.U.E.), per la cui realizzazione sarebbe possibile «*il sacrificio o comunque la compressione delle medesime sfere di libertà economica* (nonché di concorrenza) *consacrate*»⁶¹ nell’art. 41.

Orbene, di là dal fondamento costituzionale (o sovra costituzionale) della c.d. concorrenza effettiva⁶², ciò che imporrebbe una (seppur breve pausa di) riflessione è la ricerca del *contenuto* del bene giuridico che *ivi* si esamina. Evidentemente, la tematica è facilmente inquinabile da giudizi di valore *economici*⁶³, sicché si rileva opportuna una mera indicazione descrittiva degli esiti possibili.

Volendo perseguire un ordine astrattamente cronologico, potrebbe affermarsi che la concorrenza, come bene giuridico tutelato, sia stata ricostruita dapprima sulla base del modello ideale di “*concorrenza perfetta*”, riconducibile alla tradizionale teoria microeconomica⁶⁴, secondo lo schema dell’equilibrio paretiano⁶⁵. Al citato approccio, tuttavia, è stato obiettato che la concorrenza perfetta sarebbe caratterizzata dall’«*assenza di innovazione*» e che, per tale ragione, non sarebbe «*funzionale rispetto all’obiettivo dello sviluppo economico e del maggior benessere economico collettivo*»⁶⁶. Sulla base delle critiche esposte si è delineata l’opzione della *workable competition*, ossia di una idea di concorrenza imperfetta che fosse distinta «da un forte processo dinamico di innovazioni e da effettiva possibilità di scelta per il consumatore»⁶⁷ arricchita, in seguito agli studi

⁶¹ Cfr. NIRO, *sub art. 41, cit.*, 860.

⁶² Sul punto, significativa è la proposta di legge costituzionale presentata il 15 dicembre 2010 alla Camera dei Deputati, n. 3967, secondo cui il nuovo testo dell’art. 41 cost. dovrebbe così essere riformulato: «*l’iniziativa economica privata è libera e deve svolgersi in condizioni di concorrenza (...)*».

⁶³ Per una succinta analisi degli orientamenti in tema di nozione di concorrenza oggettiva, si veda LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1431 s.

⁶⁴ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1432.

⁶⁵ Sul concetto di “*equilibrio paretiano*”, si veda, *ex multis*, già AMOROSO, *Meccanica economica*, Bari 1942, *passim*.

⁶⁶ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1432.

⁶⁷ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1433, il quale richiama, come fondatore della teoria in esame, l’economista J. M. Clark e rimanda, per l’analisi della suddetta teoria a PARAMITHIOTTI,

della scuola di Chicago ed all'orientamento post-Chicago, dall'idea che la concorrenza fosse *strumento necessario per garantire l'efficienza del sistema economico*.

In buona sostanza, col tempo, si è progressivamente consolidata una concezione più comprensiva della concorrenza (di cui si darà adeguata contezza, altresì, nel prosieguo del presente lavoro), «*volta ad evidenziare gli obiettivi di efficienza allocativa alla stessa stregua di quelli di efficienza produttiva e di efficienza dinamica*» (così come chiarito dalla citata sentenza della Corte Costituzionale), di fatto risolvendosi sulla base di «*tre elementi: a) la mancanza di barriere artificiali all'entrata, b) l'esistenza di una effettiva libertà di scelta dei consumatori e c) l'esistenza di un effettivo processo competitivo dinamico, caratterizzato da innovazioni tecniche, commerciali ed organizzative*»⁶⁸.

5. Garanti e arbitri: assetti istituzioni e fini costituzionali delle autorità indipendenti alla luce della crisi economica

Esplorati fondamento e contenuto della libertà di concorrenza, nonché i correlati nuovi «limiti» (ove tali possano considerarsi) della libera iniziativa economica, che impegnano l'interprete in costanti sforzi ermeneutici in ragione delle istanze comunitarie, risulta, ora, centrale l'analisi del ruolo attivo delle

L'evoluzione del concetto di concorrenza nella scienza economica, Politico (II), 1994, 37 ss.

⁶⁸ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1434. Rispetto proprio al livello *dinamico*, l'Autore riconosce la validità dell'impostazione ordoliberal di Friburgo, i cui punti cardine risiederebbero in quattro elementi: «a) ogni mercato ha bisogno, per poter funzionare come tale, di regole certe e di istituzioni che le facciano rispettare; b) il funzionamento "spontaneo" dei mercati conduce ad assetti non conformi all'utilità sociale, perché comporta normalmente l'insorgere di potere di mercato in capo ad alcuni soggetti e conseguente compressione della libertà e del benessere di altri; c) è compito dello Stato dare un ordine giuridico ai mercati, si da orientarne l'azione verso risultati di massimo benessere collettivo; d) in questo quadro si rende necessaria anche un'attiva politica antitrust, volta a combattere i cartelli e gli abusi di potere monopolistico». Sul punto, si veda, altresì, OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, su <http://www.associazionepreite.it/>, 2007, 2.

istituzioni e dei regolatori, chiamati a fornire risposte alle problematiche emergenti dai singoli casi concreti.

L’ordinamento italiano, come accennato, è stato lungamente caratterizzato dai regimi di riserva: nei settori liberalizzati a partire dagli anni ‘90, oggi oggetto di regolazione, la concorrenza, intesa nella vasta accezione indicata nel paragrafo precedente e come autorevolmente affermato da Sabino Cassese, «*va promossa oltre che tutelata*»⁶⁹. Per un verso, le istituzioni politiche, specialmente negli anni della crisi economica, hanno favorito uno “sbilanciamento” della regolazione di settore: questa è transitata da modelli monistici e condizionali, affermatasi in un periodo di fiducia negli assetti concorrenziali dei mercati, a modelli dualistici e finalistici tradizionali. Per l’altro, la transizione dei mercati regolati verso la concorrenza appare ancora oggi un cammino incompiuto⁷⁰. Infatti, l’azione istituzionale, scontando l’eccessiva timidezza ed incertezza dei regolatori, non ha spinto verso la tutela dei “fini sociali” a cui si ispira l’impianto dell’art. 41 Cost., accettando, se non suggerendo, il *self-restraint* dei regolatori e la *self-regulation* degli operatori dominanti.

Muovendo da questi presupposti possono essere brevemente evidenziati almeno tre nodi problematici: l’atteggiamento di fondo dei padri costituenti circa l’*antitrust* ed il retaggio che questo ha lasciato all’interno della Costituzione; i problemi aperti dalla “nuovissima costituzione economica” a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona; i rapporti realtà storica e principi costituzionali, nel caso di specie tra crisi economica e legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti.

⁶⁹ Cfr. TESAURO - D’ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001.

⁷⁰ Cfr. BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5, 2005; BERMANN, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un’analisi comparativa*, in TESAURO - D’ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rassegna giuridica dell’energia elettrica*, n. 2, 1998; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 2, 2002.

5.1. Le istituzioni della concorrenza nella vecchia costituzione economica

Le istituzioni della concorrenza nella vecchia costituzione economica hanno ricevuto l'iniziale diffidenza persino dei padri costituenti, almeno sul piano della costituzionalizzazione delle stesse: la neonata Repubblica doveva dotarsi di una legislazione antimonopolistica ma, secondo lo stesso Einaudi, nel testo della Costituzione non si dovevano inserire i principi ispiratori dell'*antitrust*⁷¹. Limpida era invece la tensione dell'Assemblea costituente verso la lotta ai monopoli. Secondo il democristiano Piero Malvestiti, futuro Commissario Europeo per il Mercato interno e Presidente della CECA, occorreva «*difendersi contro la formazione di egemonie monopolistiche*».

Il deputato Guido Cortese, liberale e meridionalista, richiamava, dal canto suo, la necessità di introdurre norme «*preventive*» indirizzate a tutelare la concorrenza ed il consumatore, in ottica sorprendentemente moderna. Egli riteneva che «*se v'è davvero una rivoluzione liberale da compiere, questa rivoluzione liberale nel campo dell'economia è proprio la rivoluzione diretta a ristabilire l'economia di mercato contro le degenerazioni capitalistiche, contro i cartelli, contro i trusts, contro i pools, contro i monopoli, e contro le sopravvivenze corporativistiche [...]*». Cortese aveva presentato un emendamento all'allora art. 39 Cost.: «*La legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore*». Il che significava, secondo il gergo tipico della *regulation*, vigilare ed intervenire, prevenire e reprimere, attraverso una legislazione antiprotezionistica e antimonopolistica.

Il 13 maggio 1947, Luigi Einaudi riconosceva nell'esistenza dei monopoli «*il male più profondo della società presente*», non certo la mancanza di programmi economici: di quelli, chiosava Einaudi «*ne abbiamo fin troppi*». «*Noi, in questa Costituzione, del monopolio non ne parliamo affatto*», sosteneva. Lo Stato, secondo il testo costituzionale in via di approvazione, si sarebbe

⁷¹ Sui rapporti tra legge ed istituzioni della regolazione, cfr. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford, 1997; SIDAK - SPULBER, *Deregulation and Managed Competition in Network Industries*, in *Yale Journal on Regulation*, n. 1, 1998.

fatto «seguitatore e quasi complice dei monopolisti [...]. È come se dinanzi al ladrone pubblico che svaligia i viandanti, noi si dicesse al carabiniere: tu non arresterai il ladrone, ma anzi ti convertirai in ladrone e a tua volta spoglierai coloro che camminano per le strade». E ancora: «Io non affermo che nello statuto fondamentale dello Stato si debbano indicare le norme con le quali la legge debba cessare dal creare dei monopoli, perché cadremmo nel vizio del legiferare senza adeguata meditazione. Affermo soltanto che è necessario che nella Costituzione sia stabilito il principio che la legge non deve creare i monopoli. [...]. I mezzi per controllare i monopoli sono infiniti e vari. Non dobbiamo adesso stabilire quali devono essere, ma dobbiamo dire che vi debbono essere mezzi per controllare i monopoli. Il controllo deve effettuarsi sempre per via di una amministrazione pubblica ma il compito può essere anche delegato».

5.2. La nozione di concorrenza nel Trattato di Lisbona: innovazioni nella costituzione economica materiale e problemi aperti

Il Trattato di Lisbona ha effettivamente innovato la costituzione economica materiale? Quale posto spetta, oggi, al principio di concorrenza e, per precipitato normativo, alle sue istituzioni? Dall’art. 3 del Trattato scompare l’indicazione della «concorrenza non falsata» come obiettivo fondamentale dell’Unione Europea. Ne derivano due conseguenze: lo sbilanciamento, guardato con favore da buona parte della dottrina⁷², del rifiuto del neo-liberismo e dell’affermazione dei «risultati sociali» che l’economia sociale di mercato può raggiungere; l’abbassamento della soglia costituzionale di legittimazione delle autorità indipendenti nazionali. Se, da un lato, il regolatore europeo si è mostrato pro-attivo durante il periodo della crisi economica, molti Stati hanno sfruttato il nuovo modello di politica economica suggerito dall’Unione per far retrocedere la funzione di regolazione dei mercati rispetto alla

⁷² *Ex multis*, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, 192 ss.

regolazione finalistica della politica. Va certamente ribadito, come già fatto nel par. 4, che l'attuale assetto costituzionale italiano riconosce, all'art. 117 Cost., una concezione funzionale di concorrenza che si riferisce non tanto allo spazio della regolazione amministrativa dei mercati, per il quale potrebbe al più adoprarsi riferimento all'attività interpretativo – ermeneutica realizzata dalla Corte Costituzionale sul primo comma dell'art. 41 (cfr. *supra* nel testo), quanto alla titolarità della funzione.

Nel celebre volume *I garanti delle regole*⁷³, Sabino Cassese richiama una frase di James Landis («*the need for the expertness*») pronunciata durante le lezioni tenute alla Yale Law School nel 1938 in maniera da rispondere a quanti sollevavano il problema della «*unelected administrators legitimacy*»⁷⁴, vero problema aperto degli assetti costituzionali ed istituzionali della concorrenza, soprattutto negli Stati membri dell'Unione. Tale argomento non va certamente nella direzione di una costituzionalizzazione delle autorità indipendenti (o quantomeno dei principi che ne ispirano l'istituzione ed il funzionamento, funzionalmente differenti dal comma 1 dell'art. 97 Cost. e dal principio di legalità formale che ne deriva⁷⁵). Peraltro, come accennato, gli stessi padri costituenti non volevano legiferare cadendo nel “vizio” di farlo senza adeguata meditazione, forse consci che l'attività di regolamentazione del mercato è sfuggibile e può essere flessibile rispetto alla contingenza storica.

In questo quadro, le istituzioni della concorrenza scontano una doppia “instabilità” del quadro normativo⁷⁶: da un lato, un

⁷³ Cfr. CASSESE - FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 220.

⁷⁴ Cfr. AMATO, *Citizenship and Public Services. Some General Reflections*, in FREEDLAND - S. SCIARRA, (A CURA DI), *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, 1998 e AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in TORCHIA - BASSANINI, (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Passigli, Firenze - Antella, 2005.

⁷⁵ Sul punto, Cfr. GNES, *Le autorità indipendenti*, in L. FIORENTINO *et. al.* (a cura di), *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, 93 ss.

⁷⁶ Cfr. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2001; NAPOLITANO - ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in GITTI, (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; SIDAK - SPULBER, *Deregulation and Managed Competition in Network Industries*, in *Yale Journal on Regulation*, n.

malcelato ritorno delle ragioni della stabilità rispetto a quelle di concorrenza, integrate e protette soprattutto negli anni '90 e nella stagione delle liberalizzazioni, dall'altro, il ritorno della politica e dei modelli di regolazione dei mercati “dualistici”⁷⁷ e finalistici.

5.3. La funzione “politica” di regolamentazione dei mercati al tempo della crisi: rinascita della regolazione finalistica?

La funzione di regolamentazione dei mercati, specialmente al tempo della crisi economica, si ammanta di una coloritura politica, sebbene sia stata da sempre inquadrata dalla dottrina tra le funzioni eminentemente tecnico-regolative.

La crisi economico-finanziaria, deflagrata nel 2008, pone alcuni rilevanti interrogativi sulla tenuta delle istituzioni deputate alla tutela della concorrenza. John Fingleton ha osservato, al proposito, che *«negli ultimi anni era venuta crescendo la fiducia nella capacità degli assetti concorrenziali di produrre effetti positivi. La crisi finanziaria e la recessione economica che ne è seguita hanno scosso i mercati, le classi politiche e l'opinione pubblica mettendo sostanzialmente a rischio tale fiducia»*⁷⁸.

La crisi economica, in tal senso, solleva il problema cruciale della sufficienza degli strumenti condizionali di intervento nell'economia. *«La recessione aumenta la pressione sui politici ad intervenire nei confronti delle imprese in crisi, della disoccupazione e della vulnerabilità dei consumatori. La crisi finanziaria, di là dal suo impatto sull'economia reale, modifica la fiducia sulla capacità dei mercati o dell'intervento dello Stato nel generare effetti virtuosi. E il distillato è stato una maggiore*

1, 1998; VESPERINI - NAPOLITANO, *Liberalizzazione e concorrenza*, Quaderni dell'Istituto giuridico dell'Università della Tuscia, annali 1998-1999.

⁷⁷ Cfr., tra i più recenti, BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2009.

⁷⁸ Si veda FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, 7. Si vedano anche POSNER, *A Failure of Capitalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, 75 ss.; NAPOLITANO - ZOPPINI (a cura di), *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009, 13 ss.

richiesta di intervento pubblico nei mercati»⁷⁹. La crisi, pertanto, ha determinato uno sbilanciamento della regolamentazione dei mercati in senso anticiclico⁸⁰: come autorevolmente osservato⁸¹, si è assistito, negli ultimi anni, alla richiesta delle imprese ad attenuare la concorrenza e alla inclinazione delle classi politiche ad accogliere queste istanze.

Se l'interrogativo a cui si vuol dare una risposta riguarda la rinascita della regolazione di stampo finalistico⁸², occorrerà necessariamente chiedersi se lo Stato regolatore rischia di uscire indebolito o, peggio, sconfitto dalla crisi economica⁸³. Inoltre, occorre chiedersi se la crisi abbia evidenziando la precarietà dello stesso e la capacità delle forme finalistiche di ingerenza pubblica nell'economia di rinascere dalle proprie ceneri⁸⁴. In punto di diritto, occorre chiedersi se la costituzionalizzazione delle autorità indipendenti nell'ordinamento italiano le avrebbe rese meno vulnerabili alla contingenza storica ed economica: tale riflessione può avallare le tesi di quanti sostengono l'insufficienza del quadro normativo sulle *authorities*. Il bilanciamento tra il rafforzamento della loro legittimazione e l'abbassamento della soglia di "costituzionalizzazione europea" del principio di concorrenza, nonché dal forte ritorno della politica, rappresenta il banco di prova più arduo per istituzioni che hanno tratto forza dall'Unione europea e che, oggi, appaiono indebolite.

⁷⁹ Cfr. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, cit., 9.

⁸⁰ Cfr. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, in CASSESE -FRANCHINI (a cura di), Bologna, 1994, II ed., 140 ss.

⁸¹ Cfr. CRANE, *Antitrust enforcement during national crisis: an un happy history*, in *GPC Magazine*, 2008, (consultabile su www.globalcompetitionpolicy.org), il quale osserva che «*antitrust laxity is often the government's first bargaining chip when it urgently needs something from industry*».

⁸² L'espressione è mutuata da TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992.

⁸³ Cfr. il celebre LA SPINA - MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

⁸⁴ Sul «ciclo della regolazione» e sulla «fenicie regolatoria», cfr. J. CHEN, *The legal Process and political Economy of Telecommunications Reform*, in *Columbia Law Review*, 1997, 835 ss., citato da CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in BONELLI - CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, 53.

6. Il potere di mercato degli incumbent: rimedi istituzionali

Se, come esposto precedentemente (*supra*, par. 4), la nostra Costituzione e il giudice delle leggi hanno accolto l'impostazione europea del diritto della concorrenza, rimangono nel nostro ordinamento alcuni riflessi della precedente costituzione economica. Seppur venuti meno molti monopoli, la nostra economia non ha completato il processo di liberalizzazioni intrapreso negli anni novanta sotto la pressione delle difficoltà di bilancio. Lo Stato rimane presente nell'economia in settori quali l'energia elettrica, il gas naturale, le poste, il trasporto ferroviario e i servizi pubblici locali.

Le politiche di liberalizzazione attuate dal legislatore italiano negli ultimi decenni, su spinta dell'ordinamento comunitario, hanno innanzitutto segnato un potenziamento e un più complesso intervento pubblico - attraverso processi di privatizzazione, apertura del mercato e regolazione - piuttosto che una sua riduzione⁸⁵. In Italia, il passaggio dal regime riserva esclusiva pubblica *ex art. 43 Cost.* al nuovo, ispirato ai principi di una economia aperta e in libera concorrenza⁸⁶, è segnato dalla trasformazione delle imprese pubbliche da enti pubblici economici a società per azioni⁸⁷. L'ottemperamento allo stesso tempo delle esigenze di servizio pubblico e di promozione della concorrenzialità del mercato ha richiesto una sofisticazione delle regole rispetto al precedente periodo in cui i servizi erano erogati in monopolio legale⁸⁸. Questa sofisticata regolazione *pro* concorrenziale va analizzata sotto due profili: nel suo rapporto con la libertà di iniziativa economica *ex art. 41*, comma 1, Cost. e

⁸⁵ Cfr. NAPOLITANO, *Crisi, trasformazione o rinascita dei servizi pubblici?*, in *Id.*, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

⁸⁶ La leva con la quale viene sancita la fine dei monopoli nazionali risiede nelle disposizioni di ravvicinamento delle legislazioni nazionali tese alla creazione di un mercato interno e le disposizioni in materia di energia e reti transeuropee (TFUE, parte terza, titoli I, XVI, XXI).

⁸⁷ Cfr. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, *cit.*, 83 ss.; NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 2199 ss.

⁸⁸ Cfr. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, *cit.*, RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, 18 ss.; BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, 1 ss.;

nel rapporto con le norme generali *antitrust* ed in particolare con la fattispecie dell'abuso di posizione dominante⁸⁹.

Tre sono state le tipologie di strumenti adottati dal legislatore per la promozione della concorrenza (declinata quale "effettiva" nei paragrafi precedenti) nei servizi infrastrutturali: la garanzia di accedere ai servizi a rete per tutti gli operatori di quel determinato servizio, la separazione sotto diverse forme delle imprese nei diversi segmenti del mercato, al fine di evitare il fenomeno dei sussidi incrociati tra attività liberalizzate e attività sottoposte a regime di esclusiva, e le misure atte a limitare la posizione dominante degli ex-monopolisti che, altrimenti, manterrebbero tale posizione anche nel mercato liberalizzato. Queste tipologie di strumenti, insieme all'operare di autorità di settore indipendenti, avrebbero dovuto impedire che a monopolisti pubblici si sostituissero monopolisti privati e che si creasse sul mercato un potere economico privato tale da limitare la libertà di iniziativa economica di altri attori.

Alla base dell'apertura alla concorrenza dei settori regolati vi è stata la possibilità che accedessero alle reti e alle altre infrastrutture strumentali alla fornitura dei servizi più operatori senza che il proprietario delle stesse potesse opporre un rifiuto a contrarre se non per ragioni strettamente tecniche. È il principio del *third party access*, reso necessario in presenza di quelle strutture di rete, *essential facilities*, duplicabili solo ad un altissimo costo sociale e necessarie affinché gli operatori «a monte» della rete possano erogare il servizio agli utenti situati «a valle». Al momento delle liberalizzazioni tali infrastrutture erano in mano agli ex-monopolisti, concorrenti delle nuove imprese appena entranti sul mercato in segmenti differenti rispetto alla rete. Questo elemento ha posto il legislatore di fronte a due possibilità: mantenere l'infrastruttura in mano pubblica oppure cederla ad un operatore privato con l'obiettivo di allineare le sue scelte a quelle della collettività attraverso la regolazione. Questa scelta può dipendere da molti fattori, tra i quali la scelta degli obiettivi per la propria politica infrastrutturale e necessità di bilancio⁹⁰.

⁸⁹ Cfr. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale*, cit., 5.

⁹⁰ *Ibidem*, 281s..

Le regolazioni settoriali di liberalizzazione hanno sempre previsto disposizioni che permettessero l'accesso alle infrastrutture a tutti i soggetti diversi dai proprietari e gestori delle reti. La finalità di tali disposizioni era ed è quella di vietare il c.d. *rifiuto a contrarre*, fattispecie nella quale l'impresa titolare in esclusiva di una risorsa indispensabile per la produzione di un altro bene, rifiuta l'accesso a tale risorsa ai suoi concorrenti. La c.d. *essential facility doctrine* presenta alcune condizioni: l'esistenza di un'infrastruttura controllata in esclusiva da un'impresa il cui accesso permette di svolgere l'attività economica a valle, l'impossibilità per le imprese a valle di duplicare l'infrastruttura, il diniego all'accesso opposto dal monopolista ai concorrenti sul mercato a valle - o l'accesso concesso a condizioni inique- l'assenza di una legittima ed obiettiva a questo diniego⁹¹.

Poiché nel caso italiano molte delle infrastrutture a rete sono rimaste nelle mani delle imprese ex-monopoliste, è stato necessario applicare alcuni criteri di separazione delle attività di gestione delle infrastrutture rispetto ad altri rami d'attività delle stesse imprese, come quelle di produzione a monte o di vendita a valle, affinché *incumbent* e operatori alternativi potessero concorrere ad armi pari in questi segmenti del mercato, il c.d. *levelled playing field*. Tra le soluzioni prospettate per la separazione possiamo citare quella contabile, quella societaria e quella proprietaria. La separazione contabile prevede che

⁹¹ Va aggiunto su tale ultimo punto che la dottrina nord-americana e comunitaria differiscono: mentre la prima permette un rifiuto ad accedere all'*essential facilities* in presenza di ragioni economiche di tipo efficientistico, la dottrina comunitaria fa prevalere un principio di responsabilità speciale in capo all'impresa in posizione dominante, cfr. FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., 155 s.. A tal riguardo è utile citare la sentenza *Bronner*, 26 novembre 1998, in cui la corte ammetteva il rifiuto a contrarre in quel caso, distribuzione di giornali a domicilio su scala nazionale, in presenza di *facilities* alternative e della possibilità comunque di duplicare la rete in questione. Cfr. anche BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *MCR*, 1999, 1, 149; DURANTE - MOGLIA - NICITA, *La nozione di Essential Facility tra regolamentazione e antitrust La costruzione di un test*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2001, 2, 257 ss. Più in generale, sulla nozione di potere di mercato nel pensiero ordoliberal, cfr. VATIERO, *The Ordoliberal notion of market power: an institutionalist reassessment*, in *European Competition Journal*, 2010, 3, pp. 689•707

l'organizzazione delle scritture contabile di un'impresa sia organizzata in maniera tale da distinguere costi e ricavi di rami di attività differenti come se facessero riferimento ad aziende diverse; la separazione societaria prevede la nascita di società distinte con la possibilità o il divieto che la proprietà possa essere la medesima; infine, la separazione proprietaria, la più invasiva rispetto al principio della libera iniziativa economica, prevede che vi siano divieti di possedere quote rilevanti di imprese impegnate nella stessa filiera di attività⁹².

Su questo aspetto, la situazione degli *incumbent* in Italia risulta variegata: nel settore delle telecomunicazioni, l'obbligo di separazione contabile è decaduto ma può essere imposto dall'Agcom ex art. 48 del d. lgs. 259/2003, nel settore dell'energia elettrica con il d.lgs. 79/1999 di recepimento della direttiva 96/92/CE si è proceduto allo scorporo della rete, andando anche oltre il dettato comunitario. La disciplina al riguardo nel settore del gas ha subito più modifiche: con il d. lgs. 164/2000 di recepimento della direttiva 98/30/CE, veniva stabilita la separazione societaria del trasporto e del dispacciamento dalle altre attività, anche qui andando oltre il dettato della direttiva comunitaria. Con il c.d. terzo pacchetto energia, nel 2009, l'Unione Europea ha inteso superare l'ostacolo alla concorrenza rappresentato da imprese verticalmente integrate proprietarie anche delle reti disciplinando diverse alternative: una diretta a realizzare una disaggregazione della proprietà mentre l'altra diretta a realizzare una separazione della gestione dalla proprietà⁹³. A tal riguardo il legislatore delegato, nel dare attuazione alla direttiva 2009/73/CE ha imposto all'impresa maggiore di trasporto, proprietaria della rete di trasporto nazionale e regionale del gas naturale, di conformarsi alla disciplina del "Gestore di trasporto indipendente" contenuta nel capo IV della direttiva⁹⁴. Al gestore del sistema di trasporto

⁹² Cfr. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 3, 470 s..

⁹³ Sull'adozione a livello europeo del terzo pacchetto energia cfr. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del "terzo pacchetto" legislativo*, in *Amministrare*, 2009, 2, 217 ss.

⁹⁴ Decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, *Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura*

viene garantita l’indipendenza finanziaria e decisionale rispetto all’impresa verticalmente integrata: infatti dispone di poteri decisionali per quanto riguarda i beni necessari alla gestione, alla manutenzione o allo sviluppo del sistema di trasporto e del potere di reperire fondi sul mercato dei capitali, in particolare mediante un prestito o un aumento di capitale⁹⁵.

L’ultimo gruppo di misure atte a promuovere la concorrenza nei mercati regolati contraddistinti da una *essential facility* è quello relativo alle disposizioni che limitino il potere di mercato degli ex-monopolisti nel nuovo mercato liberalizzato. Nell’esperienza italiana, il legislatore ha inteso preordinare un limite del 50% per la quota di produzione dell’energia elettrica, spingendo *de facto*, l’*incumbent* Enel a vendere a terzi impianti produttivi; ad Eni, invece, nel settore del gas naturale, è stato imposto un tetto alle importazioni fino al 2010 ed un obbligo di offrire parte del gas importato sul mercato regolamentato. Altre misure, invece, sono state assunte direttamente dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas che, per esempio, nel settore dell’energia elettrica, ha inteso limitare i maggiori operatori fissando dei tetti alle quote sia per quanto riguarda il c.d. Cip 6 che per quanto riguarda l’importazione di energia⁹⁶.

Nonostante le numerose e diverse misure poste in essere dal legislatore, gli ex-monopolisti nell’energia sono riusciti a mantenere molto del loro potere di mercato e si deve constatare una duplice tendenza: da una parte, i tentativi di cattura della regolazione da parte degli stessi soggetti regolati e, dall’altra, una non chiara ripartizione tra Stato e privati del compito di ampliare la dotazione infrastrutturale⁹⁷ di cui si parlerà nel prossimo

comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE. (11G0136), pubblicato in Gazzetta Ufficiale n.148 del 28 giugno 2011 - Suppl. Ordinario n. 157, art. 10, comma 1, lett. a).

⁹⁵ Direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE*, Gazzetta ufficiale n. L 211 del 14/08/2009, art. 18, comma 1.

⁹⁶ Cfr. BRUTI LIBERATI, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori*, in BRUTI LIBERATI -DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 171 ss.

⁹⁷ *Ibidem*, 167; cfr. RANCI, *La promozione della concorrenza nel campo dell’energia: profili economici*, in BRUTI LIBERATI - DONATI (a cura di), *Il nuovo*

paragrafo. Questo dato porta con sé la necessità di nuove misure che promuovano la concorrenza (intesa quale autonomo bene giuridico da tutelarsi *ex art. 41 Cost.*) e che, come già ricordato, non si limitino ad una mera garanzia della stessa. Le misure vertono soprattutto, ancora una volta, sulle reti infrastrutturali, sia dal lato della loro neutralità sia per quanto riguarda l'assunzione di una regolazione capace di incentivarne l'aumento di capacità. Alla luce di queste prime riflessioni sui mercati regolati, possiamo in parte affermare che le preoccupazioni degli ordoliberali di garantire la libertà individuale sia dal potere pubblico che da quello economico dei privati rimangono attuali, in quanto la presenza di *incumbent* sui mercati regolati porta a chiedersi quale sia il livello di libertà economica su questi stessi mercati. Allo stesso modo ci si potrebbe interrogare sul fatto che, le norme antitrust europee, trapiantate nell'ordinamento italiano, siano state in parte neutralizzate da un'applicazione delle stesse tesa più che altro a mantenere una qualche forma di controllo pubblico, seppur indiretto, su alcuni settori economici ritenuti strategici.

7. La promozione della concorrenza nei mercati regolati: il nodo delle infrastrutture

La questione della capacità infrastrutturale è contestuale all'esistenza e alla natura dell'*incumbent*: l'ex-monopolista proprietario delle reti, infatti, investirà per incrementarne la capacità solo nella misura in cui riuscirà a mantenere integra la sua posizione dominante sul mercato. Infatti nella passata esperienza, spesso l'impresa in posizione dominante ha spiegato il proprio rifiuto ad aumentare la capacità delle reti con un rischio di una bolla, cioè un'offerta di molto superiore alla domanda. La promozione della concorrenza attraverso l'incremento delle capacità delle reti è perseguibile in diverse modalità: un investimento pubblico diretto, con gli evidenti limiti di finanze di cui si è già parlato, un investimento diretto di

diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza, *cit.*, 94 ss. Sulla cd. *capture theory* si veda NAPOLITANO - ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, 84.

privati che godendo *ex post* dei benefici alla costruzione di nuove reti decidono di farsi carico anche della costruzione *ex ante*, una regolazione che incentivi il proprietario delle reti ad investire in base ad un sistema di premi e penali. Gli obblighi di *facere*, rispetto alla costruzione delle reti, che possono incombere su talune imprese in virtù degli effetti positivi in termini di maggiore concorrenza vanno attentamente soppesati con la stessa libertà economica di queste imprese, nell’ottica del dettato dell’art. 41 Cost.

In una fase di gravi ritardi infrastrutturali e di crisi delle finanze pubbliche è necessario riflettere approfonditamente sull’allocazione dei costi e dei benefici della costruzione di nuove reti⁹⁸. Se le reti rimangono in parte ancora di proprietà dell’ex-monopolista appare ragionevole assumere una qualche forma di responsabilità speciale in quanto proprietari di un bene di interesse collettivo e quindi tale fattispecie necessita di essere regolata anche per garantire all’impresa proprietaria delle reti il ritorno dei propri investimenti. Al contrario, se tale situazione viene considerata troppo invasiva o il bene è considerato particolarmente strategico per la politica industriale del paese, sorge la necessità di una chiara assunzione di poteri da parte del pubblico con una partecipazione diretta o un’azione indiretta. Poiché dove c’è bassa separazione tra proprietà delle reti e resto del mercato c’è necessità di maggiore regolazione, di conseguenza bisognerà garantirne l’indipendenza affinché possa prendere decisioni tali da stimolare investimenti infrastrutturali di lungo periodo senza il condizionamento dell’agire politico più concentrato sui risultati di breve⁹⁹ (con le difficoltà legata al

⁹⁸ Si veda GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in DE VINCENZI – VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006, 283.

⁹⁹ Per un’analisi riguardante i rapporti tra governo e Autorità per l’energia elettrica e il gas cfr. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l’autorità per l’energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 2, 435 ss. In generale sull’argomento cfr. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in DE VINCENZI – VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, cit., 53 ss.; SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato Concorrenza, Regole*, 2003, 2, pp. 337-354; MARZI - PROSPERETTI - PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, 2005. In una prospettiva legata alle riflessioni degli ordoliberali già richiamate nel

rapporto delle autorità con il potere politico affrontate nel par. 5.3). Un regolatore indipendente, competente ed efficace è una garanzia di stabilità normativa per il mercato e risulta essere un catalizzatore degli investimenti privati con la conseguenza che non si cristallizza alcuna posizione dominante e sono ottemperate sia libertà economica dei privati che la tutela degli interessi dei consumatori¹⁰⁰.

Nel caso di Terna, proprietario e gestore della rete elettrica nazionale, nella proprietà sono coinvolti operatori sia pubblici che privati, in particolar modo investitori istituzionali tradizionalmente attenti a ritorni di lungo periodo come quelli legati alla costruzione di opere infrastrutturali. Nonostante il risultato raggiunto per quanto riguarda l'indipendenza della rete elettrica, parte della dottrina ha autorevolmente contestato il metodo dirigistico con cui il gestore della rete ha attuato i piani d'investimenti senza dare priorità ad alcune opere; un metodo basato sull'incentivazione economica, e non solo sulla scelta delle priorità da parte delle autorità pubbliche, avrebbe portato ad una più veloce costruzione almeno di quelle opere di maggiore importanza che permettono il ritorno dei costi in un anno o due¹⁰¹. Regole incentivanti devono essere introdotte con premi e penali anche per quanto riguarda il possibile miglioramento delle prestazioni delle reti; il meccanismo incentivante per ridurre le interruzioni nella distribuzione di energia elettrica nella rete di trasporto ha dato ottimi risultati nel periodo 1999-2004¹⁰².

Il caso delle telecomunicazioni e la costruzione dei *next generation networks* pone la questione del rapporto tra libertà di iniziativa economica e la promozione della concorrenza di fronte a nuovi interessi in gioco. Il timore di rafforzare la posizione dell'*incumbent* che gioverebbe della costruzione di queste nuove reti, ha portato ad un rallentamento del progetto a causa della divergenza sulle scelte tecnologiche, e di conseguenza sui costi e

testo, cfr. VATIERO, *Valutazione delle autorità di regolazione una nuova introduzione*, in *Economia pubblica*, 5-6, 2009, 5 ss..

¹⁰⁰ Su *regulatory governance* e *regulatory incentives* cfr., *ult. op. cit.*, 8 ss.

¹⁰¹ Cfr. RANCI, *La promozione della concorrenza nel campo dell'energia: profili economici*, *cit.*, 100 ss.

¹⁰² *Ibidem*, 98 ss.

benefici, tra l'*incumbent* e gli altri operatori, cd. alternativi¹⁰⁵. Non potendo essere lo Stato il costruttore diretto, dovrà assumere la decisione regolatoria migliore affinché siano stimolati investimenti privati così importanti, allo stesso tempo senza eccessivo detrimento per le ragioni pro concorrenziali di apertura delle reti. Gli investimenti per la banda larga sono presenti nell’agenda di ogni paese, sia in funzione anticiclica che come stimolo alla produttività del sistema¹⁰⁴ ma sono inevitabilmente sottoposti allo stretto vincolo di bilancio prima accennato. Un paese come il Regno Unito, anch’esso alle prese con pesanti difficoltà finanziarie, aveva inizialmente scelto di tassare le compagnie telefoniche (*landline duty*) con il fine di finanziare gli investimenti per la banda larga¹⁰⁵. Dopodiché, in coincidenza anche con il cambio di governo, si è optato per una misura meno invasiva della libertà delle imprese e si è proceduto con il favorire gli investimenti delle imprese private attraverso la semplificazioni amministrative¹⁰⁶.

8. Conclusioni

Il quadro che si è delineato mostra come il diritto della concorrenza europeo, originatosi dalle riflessioni degli ordoliberali, sia stato sicuramente recepito dall’ordinamento

¹⁰⁵ Cfr. FOTINA, *Al palo la newco sull’Ngn*, in *Il sole 24 ore*, 13 maggio 2011. Riflessioni più ampie sul cambiamento di paradigma nella definizione di posizione dominante sul mercato in seguito alla costruzione della banda ultralarga sono contenute in PROSPERETTI, *Essential facilities in via di costruzione? Una riflessione sulle politiche pubbliche nei confronti delle Next Generation Networks*, in *L’industria*, 2011, 1, 3.

¹⁰⁴ Gli investimenti per la banda larga sono uno dei pilastri del piano di rilancio dell’economia europea redatto dalla Commissione, si v. *A European Economic Recovery Plan*, Bruxelles, 26.11.2008, COM(2008) 800, 13 ss. Questi investimenti rientrano anche nella strategia europea per la competitività *Europa 2020; Investment in High Speed Internet in the Course of Economic Stimulus Packages*, CESifo DICE Report 3/2009, disponibile al sito www.cesifo-group.de/portal/page/portal/ifoHome/b-publ/b2journal/40publicde.

¹⁰⁵ Cfr. HM TREASURY, *Budget Report 2010*, March, 130.

¹⁰⁶ Cfr. HM TREASURY, *Budget Report 2010*, June, 29. Sulle misure pensate ed attuate in Italia per favorire la costruzioni di reti di banda larga cfr. TONETTI, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga: vera semplificazione?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 1, 117 ss.

italiano con un cambiamento sensibile rispetto alla costituzione economica del 1948. Rimane tuttavia una certa diffidenza culturale verso i principi della concorrenza e del libero mercato sancita dalla permanenza dello Stato in molti settori anche se in maniera molto minore rispetto al cd. *capitalismo di Stato*¹⁰⁷. La cultura giuridica predominante nell'Assemblea costituente, che vide minoritarie le tesi di Einaudi, sembra permanere nella costituzione economica attuale nonostante i moltissimi cambiamenti occorsi dal 1948 ad oggi quali la ratifica dei trattati europei e l'ingresso del diritto antitrust nel nostro ordinamento anche attraverso la legge del 1990 e l'istituzione di numerose autorità di regolazione. Queste autorità sono spesso sottoposte alle pressioni del potere esecutivo che preme per riappropriarsi delle funzioni prima delegate in nome della protezione di interessi pubblici e quindi di una regolazione finalistica. Inoltre, le autorità stesse rimangono tuttora prive di una legittimità costituzionale che le limita sul piano dell'*accountability* e della *responsiveness*. Questi fattori rendono difficile il completo dispiegarsi della concorrenza nonostante la presenza di norme in questa direzione nel nostro ordinamento e di contro tendono, alla fine, a riproporre un nuovo equilibrio formato da troppo potere pubblico o troppo potere privato¹⁰⁸.

Alla luce della contrapposizione tra libera iniziativa economica e garanzia dei diritti di proprietà da una parte, ed altri principi rilevanti per i pubblici poteri quali l'utilità sociale derivante dalla promozione della concorrenza, si può affermare che i rimedi al troppo potere privato di matrice istituzionale, quali la separazione tra reti infrastrutturali e i mercati a monte e a valle, sono benefici ed attuali in virtù dei notevoli effetti positivi per cittadini e imprese. Le finalità sociali che legittimano l'intervento pubblico in economia sono ancora presenti e coperta da garanzia costituzionale: tale intervento è finalizzato a garantire che le reti siano neutrali e contendibili. Naturalmente, questo intervento va limitato, alla luce dei principi di

¹⁰⁷ Cfr. SCARPA, *Dieci anni di riforme dei grandi settori a rete*, cit.

¹⁰⁸ «Come ci hanno insegnato gli "ordoliberali" (e non solo loro) i mercati non vivono mai in una specie di stato di natura e cercano sempre limiti ai flussi naturali che li attraversano. O quei limiti sono imposti dall'ordine legale della concorrenza o saranno limiti di altro genere, espressione di altri ordini o forse di inesorabili disordini», cfr. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., 116.

proporzionalità ed adeguatezza, a quei settori e quelle misure in grado di garantire gli investimenti, lo sviluppo e la concorrenza dei mercati, affinché i benefici della regolazione pro concorrenziale che si vuole assumere superino i costi derivanti dai limiti imposti alla libertà economica dei privati.

La strada tracciata è quella dell'art. 41 Cost.: il corretto bilanciamento tra la necessità di perseguire un maggior livello di benessere, promuovendo la libera concorrenza, e la libertà economica riconosciuta ai privati, anch'essa foriera di un maggior benessere per la collettività, deve essere costantemente ricercato ponendo limiti alla formazione tanto del potere pubblico quanto del potere privato.

**DISCIPLINA ANTITRUSTE LIMITI ALL'INIZIATIVA
ECONOMICA PRIVATA:
DIFFICOLTÀ DI COORDINAMENTO ALLA LUCE DEL
CASO ALITALIA**

Antonia Libera Oliva

*Dottoranda di ricerca in Diritto dei mercati
nell'Università di Siena*

Attraverso la ricostruzione e l'analisi del caso Alitalia, il paper intende descrivere le dinamiche e gli equilibri intercorrenti tra la normativa nazionale posta a tutela della concorrenza e del mercato (l. 287/90) e il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica, sancito all'art. 41 Cost., con particolare attenzione al ruolo interpretativo rivestito dalla Corte Costituzionale, in riferimento ai concetti di utilità sociale ed interesse pubblico, e a quello riservato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Analysing the Alitalia merger case, the paper aims to describe the existing dynamics and balances between national Antitrust Law (Act 287/90) and the constitutional principle of free enterprise, sanctioned by Art. 41 of the Italian Constitutional Law, with particular attention to interpretative function of Constitutional Court, relating to the concepts of social utility and public interest, and to the role of National Competition Authority.

Sommario

1. Il caso Alitalia: contesto, cause della crisi e soluzione
2. Contesto normativo
3. Aiuti di salvataggio e aiuti di ristrutturazione
- 3.1. Disciplina dell'amministrazione straordinaria e ordinamento comunitario
- 3.2. Lo storico interesse della Commissione europea nel caso Alitalia
4. Il caso Alitalia: dal provvedimento dell'AGCM alla Corte costituzionale
- 4.1. L'art. 4, c. 4-*quinquies* e il provvedimento dell'AGCM
- 4.2. Concentrazioni e decisioni delle Autorità Garanti
- 4.3. I ricorsi davanti al Tar Lazio e la questione di costituzionalità
5. La pronuncia della Corte costituzionale
6. Critiche alla decisione della Consulta: la marginalizzazione del ruolo dell'AGCM e il contesto europeo

1. Il caso Alitalia: contesto, cause della crisi e soluzione

Il caso Alitalia si situa in una difficile fase dell'economia italiana e globale, rappresentando l'ennesimo, eclatante fallimento di una delle più grandi imprese nazionali, dopo quello di Cirio e Parmalat. Per le ultime due, il crollo era imputabile a politiche di crescita del gruppo sbagliate che, a fronte di una redditività operativa insufficiente a sostenere l'indebitamento, hanno fatto ricorso, quasi esclusivamente, all'emissione di titoli di debito; per Alitalia, verosimilmente dovuto ad una gestione sotto più profili negligente. In ciascuno di questi casi, tuttavia, l'emersione pubblica della crisi è stata ritardata attraverso la catalizzazione di un consenso diffuso, procurato da una gestione piegata all'interesse dell'azionista di maggioranza (pubblico), nonostante il danno, con ciò procurato, agli interessi degli investitori privati¹. In particolare, venendo al caso Alitalia, a seguito del clamoroso crack della nostra compagnia di bandiera, l'intervenuta modifica legislativa sull'amministrazione straordinaria ha consentito di assicurare la prosecuzione dell'attività imprenditoriale in crisi, tutelando *in primis* i lavoratori, a discapito della protezione della concorrenza e del mercato, autorizzando una pericolosa, poiché potenzialmente anticoncorrenziale, operazione di concentrazione delle due principali compagnie aeree italiane, Alitalia ed Air One. I soggetti protagonisti della discussa operazione di concentrazione sono la nostra compagnia di bandiera, Air One e la società CAI. Alitalia è una società per azioni quotata in borsa, il cui controllo è detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, che possiede il 49,9% del capitale sociale, mentre la restante parte di tale capitale è detenuto da soggetti privati; la società esercita l'attività di trasporto aereo di persone e merci, nazionale e internazionale. In data 29 agosto 2008 Alitalia veniva ammessa in amministrazione straordinaria, e, in data 5 settembre 2008, il Tribunale di Roma ne dichiarava lo stato di insolvenza. Air One è una società attiva nel trasporto aereo di passeggeri a livello nazionale e internazionale. Il capitale sociale di Air One è detenuto per il 99,9% dalla società Toto Costruzioni Generali, a sua volta riconducibile alla famiglia Toto.

¹ NUZZO, *Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 110.

Nel novembre 2008, il Commissario straordinario di Alitalia accetta un'offerta di acquisto, consistente nell'integrazione dei due principali operatori del mercato domestico italiano nella nuova compagnia aerea CAI, società tutta italiana il cui capitale è ripartito tra numerose persone giuridiche, avente ad oggetto l'esercizio di linee e collegamenti aerei per il trasporto di persone e cose in Italia, fra l'Italia e i Paesi esteri e in Paesi esteri. In ragione delle disposizioni statutarie, nessun azionista di CAI può esercitare, singolarmente o congiuntamente, un'influenza determinante sull'azienda.

2. Contesto normativo

Il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 ha riformato l'amministrazione straordinaria nel nostro ordinamento, introducendo un comma 4-*quiquies* nell'art. 4 del d.l. 347/2003, prevedendo che «*per le operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009 da grandi imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, sottoposte ad amministrazione straordinaria, è esclusa la necessità di autorizzazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*».

Per quanto la norma sia stata formulata apparentemente in modo generico, riferendosi potenzialmente ad ogni operazione di concentrazione realizzata entro un determinato termine, e che riguardi imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, poste in amministrazione straordinaria, è evidente che, di fatto, a possedere le caratteristiche richieste ai fini dell'applicazione dell'art. 4, c. 4-*quiquies* fosse solo Alitalia.

Lo stesso decreto 134/2008 è stato ribattezzato "decreto Alitalia", a conferma del fatto che si sia trattato di un intervento *ad hoc*, pensato per fronteggiare e gestire una situazione molto particolare, stante la delicatezza degli interessi coinvolti, pubblici e privati, il settore di servizi interessato dalla crisi (quello del trasporto aereo), la centralità nell'economia italiana della protagonista del crack finanziario.

La disposizione incriminata, l'art. 4, c. 4-*quiquies*, è stata adottata sulla base dell'art. 25 della legge 287 del 1990 (intitolata *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*), disposizione che costituisce un compromesso tra una soluzione dirigistica, che avrebbe visto il Governo come arbitro unico, e

una liberista, che avrebbe attribuito forti poteri all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito AGCM), prevedendo che per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale, ma garantendo pur sempre la tutela della concorrenza, il Governo possa autorizzare, eccezionalmente, operazioni di concentrazione, vietate ai sensi dell'art. 6 della legge citata, attribuendo all'AGCM poteri di concreta attuazione della norma derogatoria.

Tale norma non era mai stata applicata, in assenza della cornice regolatoria, prevista dallo stesso art. 25, che avrebbe consentito all'AGCM di attuare il regime di deroga. Il presidente dell'AGCM ne auspicava, già dal 2005, un'elaborazione, paventando interventi estemporanei e particolari, che avrebbero soltanto danneggiato il sistema economico. Tale timore si è per l'appunto materializzato nella recente vicenda Alitalia.

La citata legge 287/90 all'art. 1 definisce il suo ambito di applicazione, quale legge di attuazione dell'art. 41 della Costituzione, a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica. L'art. 41 della Costituzione sancisce la libertà dell'iniziativa economica privata, ponendo come limite, oltre al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana, anche l'utilità sociale. L'utilità sociale, così come i fini sociali, di cui parla l'ultimo comma della medesima disposizione, sono concetti molto vaghi e poco definiti, su cui la Consulta ha tentato più volte di fare luce nelle sue pronunce.

Al riguardo, già in una decisione del 1982, la Corte costituzionale poneva l'accento sul fatto che la libertà di concorrenza dovrebbe, da un lato, integrare la libertà di iniziativa economica, che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, proteggere la collettività, garantendo con la concorrenza prodotti di qualità a prezzi concorrenziali (sent. 223/1982)². Poiché l'autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall'ordinamento "una protezione assoluta" (sent. 279/2006)³, occorre ponderare i valori in gioco, bilanciando le esigenze di utilità sociale con la concorrenza, attraverso misure che non siano palesemente incongrue (sent. 152/2010)⁴, anche

² *Foro it.*, 1983, I, 12.

³ *Foro it.*, 2007, I, 1066.

⁴ *Foro it.*, 2010, I, 1681.

con riguardo al carattere temporalmente limitato delle stesse (sent. 94/2009)⁵. La necessità che dette misure siano ragionevoli e non realizzino un'ingiustificata disparità di trattamento rende chiara la correlazione tra gli artt. 3 e 41 Cost. Diviene così particolarmente delicato e complesso bilanciare la libertà di concorrenza e l'utilità sociale, che ne consentirebbe una limitazione.

La legge 287/90 sembra evidenziare alcuni di tali limiti, definendoli in misura più nitida; e così, quando un'operazione di concentrazione (come definita all'art. 5)⁶ superi determinate soglie di fatturato, va comunicata all'AGCM, che può avviare un'istruttoria, all'esito della quale vieta l'operazione o dispone misure a salvaguardia della concorrenza.

Si comprende, in riferimento al caso Alitalia, la delicatezza degli interessi in gioco e la difficoltà di armonizzare il sistema introdotto dall'art. 4, c. 4-*quinquies*, che priva l'AGCM del suo potere autorizzatorio, con il contenuto normativo dell'art. 41 Cost. e con i principi della concorrenza e del libero mercato, a livello nazionale e comunitario.

Sorgono spontanei alcuni interrogativi: se la Costituzione imponga uno specifico modello di economia; fino a che punto l'economia dipenda dal sistema della carta costituzionale; nonché

⁵ *Giur. costit.*, 2009, 833.

⁶ Art. 5: *Operazioni di concentrazione.*

1. *L'operazione di concentrazione si realizza:*

a) *quando due o più imprese procedono a fusione;*

b) *quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese;*

c) *quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune.*

2. *L'assunzione del controllo di un'impresa non si verifica nel caso in cui una banca o un istituto finanziario acquisti, all'atto della costituzione di un'impresa o dell'aumento del suo capitale, partecipazioni in tale impresa al fine di rivenderle sul mercato, a condizione che durante il periodo di possesso di dette partecipazioni, comunque non superiore a ventiquattro mesi, non eserciti i diritti di voto inerenti alle partecipazioni stesse.*

3. *Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione.*

che tipo di incidenza abbiano le pronunce e gli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea, paladina del sistema del libero mercato e della concorrenza tra gli Stati membri⁷.

3. Aiuti di salvataggio e aiuti di ristrutturazione

3.1. Disciplina dell'amministrazione straordinaria e ordinamento comunitario

A questo punto parrebbe opportuno, ad avviso di chi scrive, contestualizzare il caso Alitalia anche in una dimensione di respiro europeo, alla luce delle posizioni espresse negli anni da Corte di Giustizia e Commissione su casi analoghi, nonché con riguardo alla nostra stessa compagnia di bandiera.

Con l'introduzione della disciplina dell'amministrazione straordinaria della grandi imprese in crisi in stato di insolvenza⁸, sono stati mossi molti dubbi sulla compatibilità della normativa nazionale con la legislazione sugli aiuti di stato, contenuta negli artt. artt. 87 e 88 TCE (ora artt. 107 e 108 TUE), confermati dalle pronunce della Corte di Giustizia e della Commissione.

La Corte europea, infatti, nelle pronunce *Ecotrade* e *Piaggio*⁹, ha espresso la propria posizione sulla summenzionata procedura, ritenendo che si fosse in presenza di un aiuto di Stato vietato se un'impresa fosse autorizzata a continuare la sua attività economica in circostanze in cui una tale eventualità sarebbe stata esclusa nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento; la normativa sull'amministrazione straordinaria, secondo la Corte, non integra di per sé un aiuto di Stato vietato, situazione che si verifica solo se l'ammissione in amministrazione straordinaria e la continuazione dell'attività economica dell'impresa abbiano effettivamente comportato oneri supplementari per lo Stato (per

⁷ SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel "singolare" caso Alitalia*, in *Foro amm. Tar*, 2009, 1444.

⁸ D.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modifiche nella l. 3 aprile 1979, n. 95 (cosiddetta "legge Prodi").

⁹ *Ecotrade c. Altiforni e Ferriere di Sevola*, C-200/97, 1° dicembre 1998, in *Racc.*, I, 7907; *Rinaldo Piaggio c. Ifitalia*, C-295/97, 17 giugno 1999, in *Racc.*, I, 3735.

esempio nell'ipotesi in cui Stato o altri enti pubblici figurino quali principali creditori di un'impresa in crisi).

La valutazione spetta in concreto al giudice nazionale, chiamato ad analizzare gli effetti pratici conseguenti all'ammissione in amministrazione straordinaria, confrontandoli con quelli che si sarebbero avuti nel caso di applicazione della ordinaria disciplina sul fallimento.

3.2. Lo storico interesse della Commissione europea nel caso Alitalia

L'interesse della Commissione europea è stato e resta costantemente acceso nei confronti della *dolorosa istoria* della nostra compagnia di bandiera¹⁰: tra aiuti al salvataggio e aiuti alla ristrutturazione, dal 1997 ad oggi, l'Europa si è più volte espressa sulla compatibilità delle politiche di finanziamento della nostra compagnia di bandiera con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato.

In materia di sovvenzioni di Stato, la Commissione ha riassunto la propria posizione negli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, del 1° ottobre 2004¹¹, e, per quanto concerne il settore dell'aviazione civile, negli *Orientamenti comunitari sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CE e dell'articolo 61 dell'accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione*, del 10 dicembre 1994¹².

Gli aiuti per il salvataggio sono, a dire della Commissione, una *forma di assistenza temporanea e reversibile*. La finalità precipua di tali aiuti è quella di mantenere in attività un'impresa in difficoltà, nel periodo necessario ad elaborare un piano di ristrutturazione. Gli aiuti per la ristrutturazione, in cui gli aiuti per il salvataggio possono convertirsi, si basano sull'esistenza di un piano di ristrutturazione, consistente nella riorganizzazione delle attività produttive, nella redistribuzione delle risorse di

¹⁰ OSTI, *Alitalia: la dolorosa istoria*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, 317 ss.

¹¹ G.U. U.E. C 244 del 1 ottobre 2004.

¹² G.U. U.E. C 350 del 10 dicembre 1994.

produzione e nell'abbandono delle attività non più redditizie, purché l'accordo sia chiaramente diretto ad eliminare le cause che hanno prodotto la crisi, e non solo a fornire una temporanea integrazione delle perdite registrate. La Commissione conferma, comunque, il carattere assolutamente eccezionale degli aiuti alla ristrutturazione, ciascuno dei quali potrà essere concesso una volta sola e solo dopo che siano decorsi dieci anni almeno dalla concessione dell'aiuto per il salvataggio, ovvero dalla fine della realizzazione del piano di ristrutturazione.

Il finanziamento concesso alla nostra compagnia di bandiera nell'aprile 2008, nell'ambito del crack finanziario che ha interessato Alitalia, è un prestito "ponte", giuridicamente qualificato dalla Commissione come aiuto alla ristrutturazione, ritenuto illegale e, pertanto, da recuperare entro quattro mesi dalla notifica della decisione¹⁵. Al paragrafo 16 della decisione, la Commissione afferma che il Governo, concedendo il prestito suddetto, non si sarebbe comportato «*come un azionista avveduto che persegue una politica generale o settoriale, poiché guidato da prospettive di redditività dei capitali investiti a più lungo termine rispetto a quelle di un investitore comune*»; inoltre, al paragrafo successivo, si legge che l'aiuto dava ad Alitalia «*un vantaggio economico che non avrebbe avuto in normali condizioni di mercato*». In ogni caso la nostra compagnia di bandiera aveva già beneficiato di aiuti per il salvataggio e per la ristrutturazione¹⁴.

Secondo la Commissione, il problema concorrenziale degli aiuti alle imprese in difficoltà, con particolare riferimento agli aiuti di ristrutturazione, sta nel fatto che questi possono creare una disparità di trattamento rispetto ad altri produttori che riescono ad operare senza aiuti, nonché rispetto ad altri Stati membri, con un grave *vulnus* alla concorrenza.

È stato sostenuto che la tutela concorrenza, pregiudicata da tali aiuti alla ristrutturazione, non vada inquadrata nell'ambito della disciplina *antitrust*, in riferimento alla quale il fatto che un operatore del mercato possa non gradire l'azione di un suo

¹⁵ Decisione della Commissione n. C26/08 del 12 novembre 2008.

¹⁴ BONINI, *Caso Alitalia: ricostruzione della vicenda alla luce della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e sul mercato comune*, in *Rivista it. diritto pubblico comunitario*, 2009, 787.

concorrente è segno che la concorrenza funzioni; ma, al contrario, la disciplina di riferimento sarebbe, forse più correttamente, quella della concorrenza sleale.

Infatti, l'impresa in difficoltà che beneficia di sovvenzioni statali, da una parte, e lo Stato che sussidia tale impresa, dall'altra, commettono un atto di concorrenza sleale se l'aiuto sussidiato non è distribuito in modo efficiente, se la crisi non potrebbe essere sanata attraverso la "mano invisibile" del mercato, per cui si mantiene sul mercato un'impresa che, senza aiuti, ne sarebbe naturalmente uscita.

Nel caso Alitalia, i concorrenti slealmente toccati dall'azione della nostra compagnia di bandiera sarebbero Air One, all'interno del mercato nazionale, Air France, British Airways e simili, nel mercato internazionale; ma, nel caso di specie, per differenti motivi, nessuno di tali soggetti può dirsi realmente danneggiato dall'operazione di risanamento Alitalia: in particolare, le citate compagnie straniere rivestono sui rispettivi mercati nazionali una posizione molto più forte e stabilmente preponderante rispetto a quella che Alitalia riveste nel mercato nazionale; allo stesso modo, tali compagnie padroneggiano sulle rotte intercontinentali, dove la nostra compagnia di bandiera è comunque debole¹⁵.

La posizione citata, sulla quale potrebbe essere interessante riflettere, nel mettere fortemente in discussione l'opportunità e l'utilità di interventi della Commissione sulle operazioni di risanamento di una grande compagnia di bandiera, risente probabilmente della sfiducia nelle istituzioni comunitarie (l'autore scrive a distanza di breve tempo dalla bocciatura della Costituzione europea da parte di Francia, Olanda e Irlanda), soffermandosi sull'effettiva assenza di legittimazione politica della Commissione e auspicando la creazione di una politica economica federale.

¹⁵ OSTI, *cit.*

4. Il caso Alitalia: dal provvedimento dell'AGCM alla Corte costituzionale

4.1. L'art. 4, c. 4-*quinquies* e il provvedimento dell'AGCM

A seguito della fallita trattativa con Air France, interessata all'intero complesso aziendale per un prezzo complessivo di quasi 3 miliardi di euro, il Piano Fenice, proposto dal gruppo CAI per salvare la nostra compagnia di bandiera e consistente, come già accennato, nella realizzazione di un'operazione di concentrazione tra Alitalia e Air One, al prezzo di acquisto di 400 milioni di euro per la sola *good company*, viene notificato all'AGCM, ex art. 4, c. 4-*quinquies* del d.l. 134/08.

Tale ultima disposizione, in attuazione dell'art. 25 della legge 287/90, sottrae all'Autorità Garante il controllo preventivo sulle operazioni di concentrazione, all'esito di un'attività istruttoria, ordinariamente attribuite dall'art. 16 della legge citata, per valutare, se vi sia il rischio concreto di costituzione, rafforzamento o abuso di una posizione dominante sul mercato, tale da ridurre o falsare la concorrenza.

Tralasciando per un attimo la disciplina eccezionale introdotta, vale la pena ricordare che l'Autorità dispone, di regola, di ampi poteri discrezionali, al fine di compiere una valutazione in prospettiva dei potenziali rischi anticoncorrenziali di un'operazione. All'esito dell'istruttoria, l'AGCM emette un provvedimento con cui vieta una concentrazione considerata anticoncorrenziale, o la autorizza, prescrivendo eventualmente le misure comportamentali del caso, per impedire effetti anticoncorrenziali. Tale normativa nazionale si applica se, e fintantoché, il rischio di attività anticoncorrenziali sia circoscritto a livello nazionale; nel caso di ripercussioni transfrontaliere sulla concorrenza, infatti, entra in gioco la disciplina comunitaria sulle intese e gli abusi di posizione dominante (artt. 101 e 102 TUE).

Invocando l'esistenza dei *rilevanti interessi generali dell'economia nazionale*, richiamati dall'art. 25 della l. 287/90, il Legislatore italiano, senza peraltro illustrare le modalità di individuazione di tale preminenza dell'interesse generale, ha ritenuto che le operazioni di concentrazione previste nel Piano Fenice potessero legittimamente comprimere il potere di valutazione ordinariamente attribuito all'AGCM dalla normativa *antitrust* nazionale.

In esecuzione della procedura introdotta dall'art. 4, comma 4 - *quinquies*, quindi, l'operazione di concentrazione Alitalia-Air One veniva notificata all'AGCM che, privata dei poteri autorizzatori, poteva unicamente, nei trenta giorni successivi alla notificazione, disporre un'integrazione delle misure già previste nell'ambito del Piano Fenice, per ridurre effetti anticoncorrenziali a danno dei consumatori, fissando altresì un termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le operazioni di monopolio eventualmente determinate sarebbero dovute cessare.

Pertanto, a seguito della notificazione dell'operazione, l'AGCM, con provvedimento n. 19248 del 2009¹⁶, preso atto del contenuto e delle modalità di attuazione dell'operazione, disponeva le seguenti misure comportamentali, da osservarsi fino al 31 dicembre 2011, termine massimo entro il quale si sarebbero dovuti verificare gli effetti della concentrazione sugli equilibri di mercato, stabilendo un termine massimo entro il quale rimuoverli: in primo luogo, accoglieva la misura proposta dalla stessa CAI, in ordine all'impegno a garantire su tutte le rotte piena ed ampia copertura del proprio programma di fidelizzazione *frequent flyer*.

Disponeva, secondariamente, misure atte a limitare l'esercizio del potere di mercato della nuova compagnia aerea, tra cui: il mantenimento di un'articolazione dei listini che assicurasse ampia copertura rispetto a tutti i segmenti di mercato e tale da garantire, su ogni volo, la disponibilità di almeno il 10% dei biglietti alla tariffa *economy*; la garanzia del pagamento di un adeguato indennizzo in caso di cancellazione del volo, per i passeggeri che non ricevessero adeguata riprotezione, o nel caso di ritardo prolungato del volo. Prevedeva, infine, un programma di trasparenza e gratuita informazione e assistenza, attivando un numero verde gratuito. Il potere dell'AGCM è limitato, quindi, alla previsione di misure che limitino i danni dell'operazione per i consumatori, senza alcuna possibilità di disporre misure a tutela delle imprese concorrenti.

Dalla sintetica descrizione della procedura introdotta dal discusso art. 4, c. 4-*quinquies*, risulta *in primis* opinabile e discutibile la scelta di attribuire all'AGCM poteri limitati alla disposizione di misure di integrazione meramente

¹⁶ Pubblicato sul Bollettino n. 46 del 12 gennaio 2009.

comportamentali e non anche strutturali, quali, ad esempio, la cessione di rami d'azienda, che sarebbero sicuramente più efficienti, al fine di eliminare effetti anticoncorrenziali dannosi dell'operazione.

Per quanto riguarda, invece, le eventuali posizioni di monopolio derivanti dalla concentrazione, che dovessero persistere alla scadenza del termine minimo di tre anni previsto dalla norma, non è chiaro se l'AGCM abbia o no i poteri necessari a limitare il potere di mercato dell'impresa in posizione dominante, o no¹⁷.

4.2. Concentrazioni e decisioni delle Autorità garanti

Per quanto l'AGCM, nel provvedimento citato, neghi che l'operazione abbia dimensioni comunitarie, ai fini del controllo sulle operazioni di concentrazione, motivando tale affermazione in ragione della natura dei soggetti coinvolti nell'operazione (Alitalia e Air One) viene comunque naturale riflettere sui problemi di conciliazione tra l'esigenza di salvare un'impresa in crisi e il rispetto della normativa *antitrust*, nazionale e comunitaria.

Le Autorità *antritrust*, per valutare gli effetti di una concentrazione sui mercati interessati, hanno spesso fatto riferimento alla nozione di *failing firm defense*, ovvero "concentrazione di salvataggio". Tale concetto è stato elaborato dalla giurisprudenza nord-americana ed utilizzato per la prima volta dalla Commissione europea all'inizio degli anni '90, nel caso *Kali und Salz*¹⁸, in cui si è concluso che un'operazione non debba essere vietata ogni qual volta il deterioramento della struttura competitiva risultante dalla concentrazione di sarebbe verificato comunque, anche a prescindere dalla realizzazione della concentrazione, a seguito del fallimento dell'impresa oggetto di acquisizione e della sua uscita dal mercato. Ogni concentrazione presuppone l'esistenza di un nesso di causalità diretta tra l'operazione sottoposta al vaglio dell'Autorità e le modifiche strutturali del mercato che da essa derivino e deve

¹⁷ OLIVIERI - PEZZOLI, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 128.

¹⁸ Decisione 14 dicembre 1993, in G.U.C.E., L186 del 21/7/1994.

essere vietata se e soltanto se si ritenga altamente probabile che sia la causa efficiente delle variazioni del mercato, che altrimenti non si sarebbero verificate.

Qualora l'impresa versi in uno stato di crisi irreversibile, tale da determinarne a breve l'uscita dal mercato, se non vi sono soluzioni alternative ad un'operazione di concentrazione per evitarne l'uscita, allora la creazione di una posizione dominante rappresenta la soluzione più efficiente per il mercato; in tal senso ha deciso la Corte nel caso *NewsCorp/Telepiù*¹⁹, autorizzando, nel rispetto di stringenti misure di natura comportamentale e strutturale, la concentrazione tra Telepiù e Stream, consentendo la costituzione di Sky, in posizione di sostanziale monopolio nel mercato italiano della *pay-tv*. Accanto a questo strumento, che viene gestito dalle autorità, nella legislazione dell'Unione Europea e in diverse legislazioni nazionali, sono contemplati meccanismi che intendono far fronte a situazioni particolari, mettendo in secondo piano il ruolo delle autorità stesse.

A livello comunitario, in materia di concentrazioni bancarie, il Governo britannico ha autorizzato una concentrazione tra i *Lloyds* e la *HBOS*²⁰, nonostante i rischi concorrenziali insiti nell'operazione, al fine di salvare l'impresa acquisita da un ormai ineludibile fallimento.

Il diritto *antitrust*, sia esso comunitario o nazionale, se correttamente applicato, contiene tutti gli strumenti atti a consentire un'adeguata valutazione della crisi di impresa e ad evitare che, operazioni di concentrazione con finalità di salvataggio, comportino restrizioni non giustificate della concorrenza a danno dei consumatori²¹.

Viene legittimamente da interrogarsi se il Legislatore italiano, con la scelta normativa dell'intervento *ad hoc* per il caso Alitalia, abbia fatto un uso opportuno ed efficiente degli strumenti del diritto nazionale *antitrust* fornitigli dalla l. 287/90.

¹⁹ Decisione 2 aprile 2003, disponibile sul sito: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_en.pdf

²⁰ Decisione 31 ottobre 2008, disponibile in lingua originale sul sito www.berr.gov.uk/files/file48745.pdf

²¹ OLIVIERI - PEZZOLI, *cit.*.

4.3. I ricorsi davanti al Tar Lazio e la questione di costituzionalità

Con le ordinanze n. 682, 683 e 684 del 27 maggio 2009²², il Tar Lazio si pronuncia sui ricorsi rispettivamente proposti da Federconsumatori e da Meridiana ed Eurofly, con i quali si sostiene l'illegittimità del provvedimento dell'AGCM, chiedendone l'annullamento, per contrarietà dell'art. 4, c. 4-*quinquies* agli artt. 3, 41 e 117 Cost, nonché per la violazione degli artt. 81, 82 e 86 TCE. I ricorrenti deducevano, in particolare, che il congelamento dei poteri dell'Autorità Garante, violasse le norme costituzionali (l'atto è illegittimo in quanto è stato emesso sulla base di norma costituzionalmente illegittima) e comunitarie indicate.

Il Tar Lazio analizza dapprima la presunta contrarietà della normativa alle disposizioni del Trattato CE: in particolare, esclude la violazione dell'art. 81 TCE, in quanto non pertinente al caso di specie, poiché tale norma ha ad oggetto le intese e gli accordi tra le imprese che abbiano come effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato. Parimenti, secondo il Tar Lazio, non sussiste violazione dell'art. 82 TCE, che sanziona l'abuso di posizione dominante, poiché la normativa italiana, investita da questione di incostituzionalità, non deroga quella comunitaria, ma ne fa espressamente salvi gli effetti, richiamandosi, altresì, all'art. 3 della l. 287/90, articolo che rappresenta la trasposizione, sul piano nazionale, dell'art. 82 TCE; per il Tar Lazio. Conclusivamente, un rafforzamento di posizione dominante non equivale necessariamente ad un abuso.

Secondo il Tar Lazio, la normativa nazionale non inibisce in assoluto i controlli a tutela della concorrenza e del mercato, ma ne disciplina transitoriamente il loro esercizio con modalità diverse, escludendo l'esigenza di un'autorizzazione preventiva all'operazione da parte dell'AGCM; resta ferma, infatti, l'applicazione degli artt. 2 e 3 della l. 287/90; né può ritenersi contraria all'art. 86 TCE, il quale non esclude che gli Stati membri possano riconoscere diritti speciali, purché giustificati dall'esigenza di tutela di interessi nazionali e a patto che non si

²² Tutte riportate in *Foro it., Le banche dati*, archivio *Merito extra*.

crei contrasto con i principi del Trattato CE. Nessuna direttiva o decisione è stata poi rivolta dalla Commissione all'Italia, come previsto dall'art. 86, par. 3 TCE, in esercizio del potere di vigilanza ivi previsto.

Per quanto riguarda, invece, la contrarietà dell'art. 4, c. 4-*quinquies* alla Costituzione, il Tar Lazio osserva, con specifico riferimento all'art. 3 Cost., che la norma in esame rappresenta un tipico caso di legge provvedimento, poiché, pur avendo un contenuto particolare e concreto, è potenzialmente diretta ad un numero indefinito di soggetti. La Corte costituzionale ha più volte chiarito che non è precluso alla legge ordinaria di disciplinare materie normalmente affidate all'Autorità amministrativa, non sussistendo un divieto codificato di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto, né, tanto meno, una riserva di amministrazione.

Tuttavia, l'attuazione del principio di uguaglianza, sancito all'art. 3 della nostra carta costituzionale, richiede che, qualora il Legislatore faccia ricorso alla legge provvedimento, debba applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza, motivando e descrivendo i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione per evitare delle discriminazioni arbitrarie. Nel caso di specie, per quanto la disposizione non si sostituisca al provvedimento amministrativo, che viceversa viene adottato dall'AGCM, tuttavia il Legislatore ne esaurisce i margini di discrezionalità.

L'art. 4, c. 4-*quinquies*, stabilisce che le operazioni di concentrazione *de quibus* rispondono a non meglio precisati "*preminente interessi generali*" e sono escluse dall'obbligo di autorizzazione preventiva dell'AGCM. Secondo il Tar Lazio, tale previsione non rispetta l'art. 3 della Costituzione poiché non spiega quali siano i valori costituzionali perseguiti che, in un ottica di bilanciamento, possano giustificare il sacrificio di altro valore costituzionale che è la libertà di concorrenza tutelata dall'art. 41 Cost. La norma non dà conto di quali siano tali preminenti interessi generali, né del perché debbano prevalere sulla libertà di concorrenza; il fatto che si tratti di servizi pubblici essenziali non giustifica di per sé la deroga alla disciplina ordinaria in materia di controllo sulle concentrazioni, poiché non si capisce, scrive il Tar, «perché tale risultato debba essere perseguito attraverso una norma discriminatoria per gli altri operatori del settore aereo che forniscono lo stesso servizio

pubblico essenziale e lesiva del principio di tutela della libertà di concorrenza» (ord. 682/09). Oltre che l'art. 3, la norma impugnata, secondo il Tar Lazio, ponendosi in aperto contrasto con la disciplina della l. 287/90, viola l'art. 41 Cost, di cui la legge nazionale rappresenta l'attuazione.

Pertanto, il giudice amministrativo rinvia la questione al giudice di legittimità, paventando la violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione: «a fronte dell'utilizzo della legge singolare che incide sull'oggetto 'economia' in modo anticoncorrenziale, da altri denominata legge 'fotografia', la Corte costituzionale ha il compito di sindacarne la legittimità e di annullarla per violazione dei principi costituzionali *antitrust*, analogamente a quanto fa il giudice amministrativo nell'ipotesi in cui annulla per violazione del principio di concorrenza i bandi-fotografia volti ad individuare uno specifico concorrente come vincitore»²⁵.

5. La pronuncia della Corte costituzionale

La Corte Costituzionale, investita della questione, con sentenza 22 luglio 2010, n. 270²⁴, ha statuito nel senso dell'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, c. 4-*quinquies*, non integrandosi alcuna violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

Sulla natura di legge provvedimento della disposizione impugnata, e la conseguente violazione dell'art. 3 Cost., la Corte osserva che, per quanto non vi siano dubbi sulla natura provvedimentale della norma, il Legislatore non sarebbe tenuto ad una motivazione in senso tecnico dei motivi che lo hanno indotto ad adottare una legge-provvedimento, non essendo la motivazione componente identificativa dello strumento legislativo, ma è sufficiente che gli interessi oggetto di tutela e la *ratio* della norma siano desumibili dalla norma stessa, anche in via interpretativa, in base agli ordinari strumenti ermeneutici.

I concetti di "utilità sociale" e "fine sociale", richiamati all'art. 41 Cost., che giustificano una limitazione del principio della libertà di concorrenza, non devono necessariamente risultare da ragioni

²⁵ SPUNTARELLI, *cit.*, 1455.

²⁴ *Foro it.*, 2010, I, 2901, con nota di PALMIERI - PARDOLESI.

contenute in dichiarazioni espresse del Legislatore; il giudizio in ordine all'utilità sociale, alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata, concerne solo la rilevanza dell'intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo.

I summenzionati concetti devono essere bilanciati con la libertà di iniziativa economica: a tal fine, all'AGCM si demanda *«una valutazione prevalentemente economica, che resta coerente con la natura tecnica e indipendente dell'Autorità, in quanto limitata alla verifica del perseguimento dei cosiddetti obiettivi economici del mercato, in particolare del suo assetto concorrenziale»*.

Nel caso di specie, tuttavia, osserva la Corte, entrano in gioco interessi generali che vengono valutati alla luce di principi comunitari espressi nel Regolamento del 20 gennaio 2004, n. 139/04 (*Regolamento Comunitario sulle concentrazioni*), il quale consente all'interprete nazionale di valutare la convenienza e l'efficienza di una concentrazione per il mercato nazionale. Il criterio di valutazione fondato sul test di efficienza *«è che i consumatori non devono ritrovarsi in una situazione peggiore a seguito della concentrazione»*; *«a tal fine, i miglioramenti di efficienza devono essere considerevoli e tempestivi e, in linea di principio, apportare dei vantaggi ai consumatori in quei mercati rilevanti nei quali sarebbero altrimenti probabili problemi sotto il profilo della concorrenza»* (*Orientamenti della Commissione* del 1° ottobre 2004, paragrafo 79).

Una concentrazione valutata negativamente può, inoltre, essere ritenuta *«compatibile con il mercato comune, se una delle imprese partecipanti alla concentrazione versi in stato di crisi»*, in base ad un apprezzamento condotto sulla scorta di criteri prestabiliti (*Orientamenti*, paragrafi 89-90). Peraltro, anche anteriormente al regolamento n. 139/04, la circostanza che l'impresa da salvare potesse rischiare altrimenti di uscire dal mercato è stata ritenuta un fattore suscettibile di positiva valutazione. Il citato regolamento presuppone, poi, l'esistenza di norme *antitrust* nazionali, ma non necessariamente di norme che impongono l'autorizzazione preventiva alle concentrazioni.

Per di più, le legislazioni *antitrust* di diversi Stati membri, quali Francia, Germania e Regno Unito, prevedono la possibilità di sottrarre all'Autorità garante il controllo preventivo sulle concentrazioni. Tali operazioni possono essere valutate, prosegue

la Corte, in modo molto più elastico rispetto ad altre operazioni di mercato, per le efficienze di gran lunga positive che possono generare.

Secondo la Corte, quindi, l'art. 4, c. 4-*quinquies* realizzerebbe il contemperamento di interessi tra la libertà di iniziativa economica e l'utilità generale, giustificando la compressione della prima attraverso il ricorso ai preminenti interessi generali, non peccando di ragionevolezza la disposizione, per diversi motivi: prima di tutto poiché inserita in un decreto legge che per sua stessa natura presuppone un'urgenza e una necessità di provvedere; tale urgenza è rappresentata dalla crisi di un'impresa, Alitalia, operante nel settore dei servizi pubblici essenziali; l'operazione è temporalmente limitata, proprio in ragione della esigenza di fronteggiare la crisi profilatasi e funzionale, quindi, alla sua risoluzione, escludendo ciò che il Legislatore comunitario, nel regolamento 139/04, chiama "pregiudizio durevole per la concorrenza". La norma impugnata, infine, fa salvi gli artt. 2 e 3 della l. 287/90. In ragione di tali presupposti, la Corte costituzionale ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, c. 4-*quinquies*, adducendo quale giustificazione principale, in grado di garantire la compatibilità della norma con il trattato costituzionale, la clausola dell'utilità sociale.

6. Critiche alla decisione della Consulta: la marginalizzazione del ruolo dell'AGCM e il contesto europeo

A fronte di questo discutibile verdetto, che di fatto ha aperto il via libera ad una sorta di "*merger to monopoly*", senza nemmeno vagliare l'opportunità di contromisure di un qualche spessore, si possono formulare alcune considerazioni critiche²⁵, sia in ordine alla vicenda in cui il Legislatore è intervenuto, sia, più in generale, in ordine allo stato in cui versa la disciplina sulla

²⁵ Tra i contributi più recenti: STECCHETTI, *Il ventennale dell'Antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, 459-468; FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*, in *Il fallimento*, 2011, 2, 145.

concorrenza che, per quanto riguarda il sistema italiano, è dichiaratamente strumento attuativo dell'art. 41 Cost.

Una prima valutazione critica può essere formulata in riferimento al ragionamento che la Corte sviluppa sulla legittimità della forma regolamentare prescelta dal Legislatore – una legge provvedimento – per introdurre la criticata disciplina. In particolare, sembrerebbe quasi che la Consulta rinvenga nella decretazione d'urgenza e nel carattere temporalmente limitato della sua portata applicativa (concentrazioni che si fossero realizzate entro il 30 giugno 2009) la prova e la giustificazione della ragionevolezza della stessa. Sarebbero quasi i mezzi a giustificare il fine in questo caso, poiché la legittimità e l'inevitabilità della forma provvedimento prescelta giustificerebbero, secondo il ragionamento della Corte, il contenuto così introdotto. Ma a tale ragionamento si può tranquillamente opinare che ciò che si contesta non è tanto la legittimità della forma normativa prescelta, quanto piuttosto i contenuti che la legge provvedimento introduce nel nostro ordinamento, la legittimità dei quali non può essere fatta tautologicamente discendere dal tipo di fonte adoperata.

Un secondo ordine di critiche riguarderebbe le argomentazioni della Consulta relative all'individuazione degli "altri interessi" costituzionalmente rilevanti, tali da giustificare una limitazione della concorrenza, per ragioni di utilità sociale. In particolare, una prima giustificazione a tale compressione si è rinvenuta, secondo la Corte, nella tutela occupazionale, nonché nella necessità di garantire l'integrità di un servizio pubblico essenziale, quale il servizio di trasporto aereo fornito da Alitalia. Ma a tali considerazioni, si può obiettare come il fine della tutela occupazionale, dedotto quale giustificazione dell'operazione, sia stato ampiamente disatteso dalla Nuova Alitalia, che ha preferito, per esempio, e contrariamente alle aspettative, per lo più far uso dell'*out sourcing*, non reintegrando i dipendenti in cassa integrazione.

Sulla collocazione del servizio offerto da Alitalia tra quelli pubblici essenziali, si può facilmente osservare come tale qualificazione sarebbe stata sicuramente più opportuna e corretta se la Nuova Alitalia fosse stato l'unico vettore aereo in grado di effettuare il trasporto dei passeggeri nel nostro paese. Ma così non è: le concorrenti di Alitalia sono state di fatto danneggiate

dalla posizione di monopolio di CAI, che offre il servizio in modo esclusivo sulla maggior parte delle rotte nazionali.

La Corte costituzionale ha, poi, osservato come l'operazione di concentrazione non fosse illegittima, sulla base della ulteriore considerazione che l'impugnata normativa nazionale che l'ha consentita abbia trovato riscontro non solo nelle legislazioni di diversi Stati membri europei, ma anche nella disciplina comunitaria (Reg. 139/04), non eliminando, per giunta, il controllo dell'AGCM, ma collocandolo semplicemente in un momento successivo. Non è difficile ribattere, a tal proposito, che la stessa natura della normativa antitrust è di tipo preventivo e che la finalità è quella di impedire, ad esempio, che si creino posizioni dominanti, difficili da rimuovere: un controllo successivo alla costituzione di una posizione di monopolio, attraverso una concentrazione, come nel caso di specie, non solo vanifica la finalità e la *ratio* del diritto posto a tutela della concorrenza, ma rinnega, altresì, la natura preventiva dell'*antitrust*. Cosicché tale normativa, anziché celebrare il ventennale della istituzione dell'AGCM, sembra piuttosto consacrarne il declino. La Corte costituzionale ha, nei fatti, convalidato la decisione del Legislatore di marginalizzare il ruolo dell'Autorità nella funzione di controllo del mercato.

Infine, risulta poco convincente la rassicurazione della tutela dei consumatori, che la stessa normativa impugnata garantirebbe, secondo la Corte, attraverso le misure comportamentali imposte a CAI dall'AGCM. La stessa tipologia e natura delle misure suddette (servizio di messaggistica, numero verde per informazioni su cancellazioni e ritardi dei voli, voli *low cost* su ogni tratta) ben poco avrebbe tutelato gli interessi dei consumatori, come i fatti hanno poi dimostrato. Dei tanti interessi invocati dalla Corte a giustificazione della compressione della libertà di iniziativa economica, attraverso un'operazione di bilanciamento, sembrerebbe non restare altro che un interesse privato, quello degli investitori italiani di CAI. Il salvataggio di Alitalia, o, come è stato da altri sostenuto²⁶, il salvataggio ad ogni costo dell'italianità della nostra compagnia di bandiera, si è risolto in un disperato tentativo di salvarne l'integrità e di dare

²⁶ STECCHETTI, *Law cost: ripercussioni della legge 'salva Alitalia'*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, 513.

l'illusione che la stessa continuasse ad esistere; in realtà, «Alitalia è morta e defunta con la dichiarazione di insolvenza, mentre una nuova società, che della vecchia Alitalia è destinata ad assumere il nome, ha proseguito o ripreso una parte delle sue attività»²⁷. Si è preferito “svendere” Alitalia ad una società italiana, disposta tra l'altro ad acquistare solo la *good company*, piuttosto che accettare la lauta offerta di Air France, disposta ad offrire un prezzo di gran lunga superiore, rispetto a quello proposto da CAI, acquistando anche la *bad company*.

La Consulta sembrerebbe quasi aver arrestato, o comunque rallentato, il processo di «costituzionalizzazione sostanziale progressiva della concorrenza»²⁸, consistente nella sua acquisizione al patrimonio culturale indeclinabile dell'operatore giuridico italiano. La crisi affrontata da Alitalia avrebbe giustificato, secondo il ragionamento seguito dalla Consulta, la scelta del Legislatore italiano di accantonare regole ritenute fino ad un momento prima di importanza capitale, perché capaci di innervare il tessuto effettivo della “carta costituzionale economica” del nostro paese. E per giustificare l'operazione è sufficiente un'interpretazione elastica della clausola dell'utilità sociale, contenuta nell'art. 41 Cost.

Il fatto che molte legislazioni nazionali degli Stati membri prevedano meccanismi eccezionali per gestire gravi crisi economico-finanziarie interne, autorizzando operazioni di concentrazione che incidano su interessi di rilievo generale, poteva più correttamente essere inteso, dal Legislatore prima e dalla Consulta poi, nel senso che fosse doveroso sperimentare *in primis* le valvole di sfogo disponibili nell'ordinamento interno, nel rispetto dei valori concorrenziali in gioco, evidentemente sacrificati. Affacciandoci sugli scenari nazionali di altri Paesi europei, non può non osservarsi, effettivamente, come, ad esempio, la Germania abbia attribuito al proprio Governo il potere di annullare le decisioni dell'Autorità garante nazionale che abbia bloccato un'operazione di concentrazione, ritenuta lesiva per la concorrenza, giustificando tale sacrificio degli

²⁷ ANTONINI, *Il caso Alitalia: salvataggio o fallimento?*, in *Diritto dei trasporti*, 2009, 121.

²⁸ BERRUTI, *La concorrenza sleale nel mercato. Giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, Milano, 2002.

equilibri di mercato con l'esigenza di tutela di un interesse pubblico, altrimenti non tutelabile. Non diversamente, il Legislatore irlandese ha approvato, nell'ottobre 2008, una normativa di emergenza attribuendo al Ministro della Finanza il potere di autorizzare operazioni di concentrazione potenzialmente pericolose per la concorrenza, sulla base della necessità di tutelare la stabilità finanziaria del Paese. Non da ultimo, nel Regno Unito, l'*Enterprise Act 2002* (d'ora in avanti l'*Act*), entrato in vigore a partire da giugno 2003, ha previsto, accanto all'ordinario sistema del doppio controllo sulle concentrazioni "pericolose" da parte dell'OFT (*Office of Fair Trading*) e della CC (*Competition Commission*), ambedue Autorità garanti politicamente indipendenti, anche il potere del Segretario di Stato di intervenire risolutivamente. In particolare, la procedura ordinaria prevede che la CC inibisca e sanzioni le concentrazioni anticoncorrenziali, previa relazione sul punto dell'OFT, il quale svolge, a tal riguardo, un'evidente funzione di filtro, rimettendo al controllo successivo solo le operazioni cosiddette SLC, vale a dire tali da determinare una "sostanziale diminuzione della concorrenza". Tuttavia, l'*Act* attribuisce al Segretario di Stato il potere di autorizzare operazioni di concentrazione, pur lesive della concorrenza, invocando la tutela di interessi pubblici prevalenti, previsti espressamente dall'*Act*, o che comunque lo stesso Segretario ritenga dovessero essere previsti, previa modifica normativa integrativa da parte del Parlamento. In tali circostanze, a seguito di una relazione dell'OFT sul punto, il Segretario decide se sottoporre l'operazione controversa ad un'inchiesta approfondita della CC, ovvero ritenere la concentrazione necessaria e autorizzarla. Estrema appare, quindi, la discrezionalità attribuita al Governo britannico sul punto²⁹. Questa situazione si è verificata nella contestata operazione di concentrazione dei due colossi del sistema bancario e finanziario britannico, con l'acquisto da parte della Lloyds TSB della rivale HBOS³⁰. In tale circostanza il Segretario di Stato, invocando la necessità di tutelare l'equilibrio e l'assetto del sistema finanziario nazionale, ha autorizzato

²⁹ GOMES DA SILVA, - SANSOM, *Antitrust Implications of the Financial Crisis: A UK and EU View*, in *Antitrust*, Vol. 23, n. 2, Spring, 2009, 24-31.

³⁰ Cfr. nota 21.

l'operazione, nonostante l'OFT avesse consigliato un'inchiesta più dettagliata da parte della CC.

Sicuramente, tutti i citati interventi normativi degli Stati membri, peraltro considerati dalla Corte costituzionale quali conferme della "non eccezionalità" del caso Alitalia in relazione ad un più ampio scenario europeo, rappresentano la risposta dei governi europei alla crisi economico-finanziaria degli ultimi anni; ma è altrettanto vero che, in relazione alle vicende che hanno interessato la nostra compagnia di bandiera, siano ravvisabili le incongruenze non marginali sopra evidenziate. In altri termini, pur di salvare l'italianità di Alitalia, che ben venga anche la creazione di una posizione monopolistica o l'abuso di posizione dominante: per fronteggiare la crisi della compagnia di bandiera si sacrifica il libero mercato, con l'illusione che, a crisi superata, le distorsioni causate dall'operazione potranno essere rimosse senza alcun *vulnus* duraturo per il mercato. Come non si sa.⁵¹

⁵¹ L'AGCM nella riunione del 30 novembre 2011 ha avviato l'istruttoria per individuare gli effetti della fusione Alitalia-Cai sul mercato. L'istruttoria dovrà ultimarsi entro il 29 febbraio 2012; entro il 28 ottobre 2012, la società dovrà rimuovere situazioni di monopolio o di dominanza in precedenza accertate.

**LO SVILUPPO COMPETITIVO DELLE IMPRESE
MERIDIONALI: INADEGUATEZZA DELLE MISURE ED
INIDONEITÀ DEGLI STRUMENTI DI FINANZA
PUBBLICA PER L'AVVIO DI PROCESSI INDIRIZZATI
ALLA CRESCITA ECONOMICA**

Laura Letizia

*Ricercatrice di diritto tributario
nella Seconda Università degli studi di Napoli*

La centralità del ruolo della finanza pubblica e degli strumenti da essa predisposti tesi a risolvere i ritardi di sviluppo e crescita dell'economia italiana nel suo complesso ed, in particolar modo, di quella meridionale, aggravati dalla congiuntura in atto che somma in un'algebra che pare impossibile l'urgenza di un significativo stimolo interno con la cogenza di un pressante vincolo esterno, hanno condotto alle riflessioni che seguono e che sottopongono ad esame critico talune previsioni di carattere fiscale latu sensu agevolative introdotte nella manovra correttiva 2011-2012, nel Decreto Sviluppo e nella recente manovra bis, nonché ulteriori, ad esse strettamente correlate, sugli obiettivi, per lo più programmatici, indicati nel Piano per il Sud e nel Piano nazionale per le riforme.

Il sentiero tracciato, ad una prima lettura, ha parso esprimere la consapevolezza che il ricorso a politiche fiscali differenziate insieme alla corretta utilizzazione delle risorse aggiuntive rappresenti uno dei congegni elitari per tentare di risolvere, almeno in parte, alcune difficoltà del nostro sistema economico-finanziario. Tuttavia, un'analisi più approfondita ha evidenziato, ancor prima della loro concreta operatività, evidenti carenze: sul piano giuridico, per una serie di ostacoli che ne comprometteranno l'applicazione; sul piano economico, per mancanza di convenienze nel ricorrere ad essi; sul piano temporale, per le scadenze già previste. Peraltro, anche quando (e se mai lo saranno), i predetti strumenti diverranno operativi difficilmente riusciranno ad alleviare, in modo significativo, gli atavici ritardi che involgono (soprattutto) il nostro Mezzogiorno anche in ragione della contemporanea richiesta, determinata dalla crisi internazionale, dell'accelerazione della manovra finanziaria verso il raggiungimento del pareggio di bilancio.

The centrality of public finance role and the tools it set up in order to address gaps and delays in development and growth of the italian economy as a whole, with an emphasis to the South of Italy, exacerbated by the current economic and financial turmoil coupled

with external pressures that demand a quick realignment to foreign best practices sum up in an impossible algebra. Following are some thoughts on this depicted scenario with critical examination of some fiscal incentives measures for the years 2011-2012 and in Decreto Sviluppo, closely related to Piano per il Sud and Piano nazionale per le riforme.

A first reading of the path traced by those measures seems to reveal some level of awareness on the advantages obtained with proper use of differentiated tax policies and a different employment of additional resources represents one of the most effective ways to solve some of the difficulties in our economic and financial system.

However, a closer examination of those measures shows a series of shortcomings and pitfalls which are described in the paper.

Sommario

1. Introduzione e definizione del tema di indagine
2. I Piani e le misure finalizzati allo sviluppo delle *aree sottoutilizzate*
3. Le nuove ipotesi di *fiscalità compensativa*
4. Considerazioni finali

1. Introduzione e definizione del tema di indagine

La centralità del ruolo della finanza pubblica e degli strumenti da essa predisposti tesi a risolvere i ritardi di sviluppo e crescita dell'economia italiana nel suo complesso ed, in particolar modo, di quella meridionale, aggravati dall'attuale congiuntura che somma in un'algebra che pare impossibile l'urgenza di un significativo stimolo interno con la coerenza di un pressante vincolo esterno, hanno condotto alle riflessioni che seguono e che sottopongono ad esame critico talune previsioni di carattere fiscale *latu sensu* agevolative¹ introdotte nella manovra correttiva 2011-2012, nel c.d. *Decreto Sviluppo* e nella recente manovra bis, non prescindendo da talune osservazioni sugli obiettivi, al momento per lo più programmatici, indicati nel *Piano per il Sud* e nel *Piano nazionale per le riforme*.

Con la legge n. 122 dello scorso anno, infatti, tra le urgenti disposizioni in materia di stabilizzazione dei conti pubblici, contrasto all'evasione fiscale e competitività economica, particolare interesse destano le disposizioni, non ancora in vigore, contenute negli artt. 40 e 41 in quanto potenzialmente idonee ad introdurre fattispecie fiscali finalizzate allo sviluppo ed allo stimolo della concorrenza².

Con il d.l. n. 70/2011, in vigore da maggio u.s., tra le varie fattispecie incentivanti le attività imprenditoriali meridionali (per

¹ Come, infatti, ha sottolineato BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni*, in *Rass. trib.*, 2002, 425, manca nel nostro ordinamento una chiara qualificazione formale del concetto di agevolazione fiscale per l'assoluta genericità terminologica delle locuzioni ad esso di volta in volta associate e, pertanto, preclusive di un'univoca elaborazione dottrinale. In tal senso, v. anche DEL FEDERICO, *Agevolazioni fiscali nazionali e aiuti di Stato tra principi costituzionali e ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2006, 19, nonché FIORENTINO, *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, in Ingresso, Tesauro (a cura di), *ibidem*, Napoli, 2009, 376.

² In relazione al tema di indagine è basilare la previsione indicata nell'ex art. 87, comma 1, TCE, ora 107 TFUE, che attribuisce valore primario al principio di concorrenza con conseguente incompatibilità «sotto qualsiasi forma» di aiuti concessi agli Stati membri ovvero mediante risorse statali, nella misura in cui incidano sugli scambi tra essi e che possano favorire talune imprese o produzioni sì da falsare o minacciare di falsare la concorrenza. Sull'argomento, oggetto di numerosi e autorevoli contributi dottrinali, si rinvia per tutti a GALLO, *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. trib.*, 2003, 2282 ss.

la costituzione delle reti di impresa; per i distretti turistico-alberghieri; per la nautica da diporto; per la costruzione di opere pubbliche e private; per l'istituzione delle c.d. *zone a burocrazia zero*), è stata inserita la norma che riconosce un credito di imposta per ogni lavoratore assunto a tempo indeterminato entro i dodici mesi successivi dalla data di entrata in vigore del predetto. Con il d.l. n. 98/2011, infine, è stata prevista la concentrazione di numerosi regimi fiscali agevolati contemplandosene, nel contempo, il relativo *taglio lineare* se con la legge delega fiscale-assistenziale non si riusciranno a produrre significativi risparmi³.

Sugli interventi segnalati si avrà modo di ritornare. Ciò che appare, invece, opportuno evidenziare sin d'ora è che se il sentiero da essi tracciato parrebbe esprimere la consapevolezza che il ricorso a politiche fiscali differenziate insieme alla corretta utilizzazione delle *risorse aggiuntive* rappresenti il congegno elitario per tentare di provare a risolvere, almeno in parte, alcune *difficoltà* del nostro sistema economico-finanziario estremamente in affanno, un'analisi più approfondita, come quella che si tenterà di compiere nelle pagine che seguono, manifesta, ancor prima della loro concreta operatività, evidenti carenze: sul piano giuridico, per una serie di ostacoli che ne comprometteranno l'applicazione; sul piano economico, per mancanza di *convenienze* nel ricorrere ad essi; sul piano temporale, per le *scadenze* prefissate.

Peraltro, anche quando i predetti congegni potranno essere operativi (se mai lo saranno), difficilmente contribuiranno in modo significativo ad alleviare gli atavici ritardi che involgono

³ Essi, infatti, saranno ridotti automaticamente del 5 per cento nel 2013 e del 20 per cento nel 2014 se, entro il 30 settembre 2013, l'Esecutivo non sarà in grado di recuperare dal riordino della spesa sociale e dalla riforma del fisco almeno 4 miliardi di euro alla prima scadenza indicata e 20 miliardi nella seconda (art. 40). Tra queste agevolazioni rientrano, peraltro, anche le detrazioni e le deduzioni attualmente applicabili all'imposta sul reddito, nonché le aliquote Iva al 4 per cento ed al 10 per cento, inferiori all'aliquota ordinaria, essa stessa del resto oggetto di incremento. Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, Commissione Finanze, *Audizione informale sulla riforma fiscale e assistenziale di V. Ceriani*, Presidente del gruppo di lavoro *Erosione fiscale*, istituito presso il Ministero dell'economia e finanza nell'ambito dell'istruttoria legislativa sul disegno di legge C. 4566, recante «*Delega al Governo per la riforma fiscale ed assistenziale*», 22 settembre 2011.

(soprattutto) il nostro Mezzogiorno in ragione della contemporanea richiesta, determinata dalla crisi internazionale, dell'accelerazione della manovra finanziaria verso il raggiungimento del pareggio di bilancio con conseguente inesorabile arresto *forzato* del percorso attuativo del c.d. *federalismo fiscale* viste le esigue risorse di cui potranno disporre le autonomie territoriali, tra l'altro non adeguatamente coinvolte nel relativo processo decisionale così come l'attuazione della riforma del titolo V, parte seconda, della Costituzione impone.

Invero, l'assenza di risultati soddisfacenti in termini di crescita e sviluppo del Meridione non può semplicisticamente risolversi per una serie di articolate circostanze concomitanti che rinviando, in larga misura, al generale e prolungato ristagno dell'economia nazionale rispetto alla maggior parte dei Paesi europei, le cui evidenze negative sono state influenzate, soprattutto, dai seguenti ordini di fattori: modesta efficacia delle politiche regionali di sviluppo a causa della diminuzione complessiva, rispetto al programmato, della dimensione della spesa pubblica in conto capitale ad esso destinata⁴, pur nel giusto ossequio degli obiettivi quantitativi posti dalla *Nuova Programmazione*; inadeguatezza degli strumenti di agevolazione fiscale concessi o da concedere; trasversale *pressione nordista* che facendo leva sulla *questione settentrionale* l'ha contrapposta alla storica e strutturale *questione meridionale*, sebbene quest'ultima sia tale solo in apparenza trattandosi, ormai, con lo scorrere del tempo, di un problema nazionale essendo il Mezzogiorno inserito nel gruppo dinamico delle regioni europee.

Le misure incentivanti l'attività di impresa in generale da ultimo predisposte, nonostante i proclami contrari, sono apparse, del resto, allo stesso Esecutivo inadeguate ed il *Rapporto*

⁴ Per un interessante confronto con quanto sostenuto nel testo possono risultare utili i dati per il 2008 relativi alla spesa in conto capitale elaborati dal Dipartimento per lo sviluppo e la coesione economica che smentiscono, con evidenza, l'idea diffusa di un Mezzogiorno a cui sono state destinate ingenti risorse pubbliche e palesano, ulteriormente, come la spesa in conto capitale aggiuntiva in tale area sia stata utilizzata, soprattutto negli ultimi anni, per compensare i *deficit* della spesa ordinaria. A tale negativa rappresentazione deve ulteriormente aggiungersi la mancata pubblicazione del *Quadro finanziario unico* che ha determinato il mancato monitoraggio dell'impegno pubblico nel Meridione.

strategico 2009 del Ministero dello sviluppo economico⁵ costituisce, pur se antecedente ad alcune di esse, un chiaro emblema. In esso, infatti, si può testualmente leggere che la congiuntura economica lo ha *condotto* a dover destinare a finalità diverse le risorse nazionali originariamente destinate al Meridione, così come una parte cospicua delle risorse europee ha *dovuto* subire un *dirottamento* per sopperire alla mancanza di risorse statali con una riduzione del 15 per cento dell'addizionalità delle risorse indicate dal Q.S.N. 2007-2013⁶. La quota di spesa in conto capitale, pertanto, non ha superato il limite del 34,8 per cento del totale nazionale⁷ con violazione del principio di addizionalità che impone, per assicurare un reale impatto economico, l'insostituibilità degli stanziamenti dei fondi strutturali con le spese pubbliche di uno Stato membro.

Un'inversione di tendenza, tuttavia, (anche) per tali aspetti non sembra in atto e ciò può desumersi sia dalle decisioni sul FAS di recente adottate che hanno continuato a destinare ad altre realtà risorse che, invece, avrebbero dovuto essere attribuite al Sud⁸, sia dai contenuti del *Rapporto annuale 2010* del Dipartimento per lo sviluppo e la coesione economica sugli interventi da effettuare nelle *aree sottoutilizzate*⁹.

⁵ Cfr. MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Rapporto strategico 2009*, in www.dps.tesoro.it/QSN/qsn_rapp.asp.

⁶ L'obiettivo di addizionalità *ex ante*, fissato dai servizi della Commissione europea e dalle Autorità italiane nei paragrafi V.5 e V.6 del Q.S.N. è stato approvato nel luglio 2007. Per la verifica *in itinere* dell'obiettivo *Convergenza*, la Commissione - in cooperazione con ciascuno Stato membro - dovrà procedere entro il 31 dicembre di quest'anno alla valutazione della sua conformità con i requisiti *ex ante*; per la verifica *ex post*, invece, si procederà entro il 30 giugno 2016. Cfr. MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, D.P.S., *Il principio di addizionalità comunitario*, in www.dps.tesoro.it.

⁷ I dati riportati si riferiscono al biennio 2008-2009.

⁸ Per un'interessante ricostruzione si rinvia a VIESTI - PROTA, *Ecco dove sono finiti i fondi FAS*, in www.melmerito.com, 27 gennaio 2011.

⁹ Le questioni (e le mancate soluzioni), nuovamente poste sul finire del 2009 con il *Documento Samecki* e, prima ancora, con il *Rapporto Barca*, rimangono immutate pur se, almeno teoricamente, l'individuazione degli strumenti in grado di garantire che determinate condizioni e/o requisiti di carattere istituzionale, amministrativo, organizzativo e tecnico possano costituire la premessa essenziale per un'efficace cammino su cui impostare le politiche di sviluppo segnala che dal piano dell'analisi si è passati quanto meno a quello della verifica della loro potenzialità per poterne fare il pilastro centrale dell'impostazione del periodo di programmazione 2013-2020.

Si annota, in particolare, rispetto agli stanziamenti previsti dalla legge di stabilità 2011¹⁰ in favore di queste ultime¹¹ una riduzione derivante, per l'appunto, dal segnalato utilizzo *deviato* dello stanziamento FAS dovuto alle determinazioni assunte dal nostro legislatore; ancora, sia su di esso che sul *Fondo di rotazione* emergono significativi *residui finanziari* a valere sulle varie annualità che evidenziano le difficoltà di utilizzo delle relative risorse.

Il sistematicamente mancato obiettivo della destinazione dell'85 per cento dei fondi di *sostegno* destinati alle regioni meridionali per il continuo spostamento di loro quote rilevanti verso altre aree geografiche ed altre priorità ne ha smantellato la peculiare funzione di promozione dello sviluppo, non essendo stata presa in considerazione nemmeno la *specialità* della spesa in conto capitale per specifici territori, giungendosi ad utilizzare la spesa corrente in modo generalizzato¹².

A deprimere l'efficacia della complessiva politica regionale interna ed europea hanno concorso, comunque, una molteplicità di elementi tra i quali, la scarsa qualità e/o la molteplicità degli interventi (troppo) spesso rispondenti a domande localistiche, nonché una serie di deficienze inserite in un contesto di politica regionale sovranazionale non in grado di cogliere la peculiarità, quanto ad arretratezza relativa dei territori, di un fenomeno tradizionalmente identificato come *dualistico*¹³.

La strada percorsa appare pertanto inesorabilmente rivolta, a

¹⁰ L. 13 dicembre 2010, n. 220 recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato».

¹¹ Essi ammontano, nel complesso, a 61,2 miliardi di euro nel periodo compreso tra il 2011 ed il 2015, la cui maggior quota è riservata proprio al FAS che dispone di un totale di 44,9 miliardi di euro, ai quali si affiancano gli importi del *Fondo di rotazione* (l. n. 185/1987), ove viene allocato il cofinanziamento nazionale di tutti i programmi finanziati dai fondi strutturali europei sia nelle regioni meridionali che nel resto del Paese.

¹² Cfr. SVIMEZ, *Nota per l'Audizione davanti alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, schema di d.lgs n. 528. Attuazione dell'articolo 16 della l. 5 maggio 2009, n. 42, e successive modificazioni, in materia di risorse aggiuntive e interventi speciali per la rimozione degli squilibri economici e sociali*, 23 febbraio 2011.

¹³ Per interessanti osservazioni in senso critico, cfr. INGROSSO, *Il federalismo demaniale e il suo impatto sul Mezzogiorno*, in *Innovazione e Diritto, Riv. fac. giur. di Napoli "Federico II"*, n. 4/2010, 1 ss.

meno di auspicabili ed urgenti ripensamenti in corso d'opera¹⁴, per i diversi elementi brevemente indicati, verso un *federalismo* del solo debito pubblico ove le diverse fattispecie di intervento predisposte saranno del tutto inefficaci a favorire il risanamento e finiranno con il determinare un'ulteriore occasione mancata per lo sviluppo di tutto il nostro sistema produttivo; in aggiunta, la stessa *spending review*¹⁵ non pare strutturata nel senso di assicurare i necessari margini per un rilancio della spesa in conto capitale.

Le questioni poste restano così, ancora una volta, tutte aperte; il Mezzogiorno, del resto, evoca questioni *normative* sul come e cosa fare che finiscono inevitabilmente con l'essere contigue al dibattito politico *tout-court* ove occorre acquisire posizioni nel mercato del consenso¹⁶.

Gli esiti cui si è pervenuti paiono, dunque, velleitari. Tutti partono dal presupposto di riuscire a raddrizzare *l'albero storto della finanza pubblica*¹⁷ tralasciando la crescita viste le carenti prospettive per una tempestiva messa in campo di politiche strutturali incisive soprattutto in campo fiscale ed i relativi congegni per l'attuazione finiranno, così, con l'essere funzionali a reiterate discriminazioni territoriali per l'incertezza dei flussi di entrata con conseguente acutizzazione di tensioni e conflitti, preclusivi della coesione sociale e dell'unità economico-giuridica della Repubblica¹⁸, ossia dei vincoli invulnerabili che gli strumenti del coordinamento dinamico della finanza pubblica avrebbero dovuto realizzare e sostenere¹⁹.

¹⁴ Nel momento in cui si scrive paiono di imminente predisposizione una serie di nuove misure integranti la *manovra di ferragosto* per tentare di risolvere il *mal di lenta crescita* del nostro Paese.

¹⁵ In argomento, MURARO, *Torna la spending review ma indebolita*, in *www.lavoce.info*, 8 luglio 2011.

¹⁶ Cfr. BARUCCI, *La condizione del Mezzogiorno - ieri, oggi, domani - tra vincoli e opportunità*, lezione, *A 100 anni dalla nascita di Pasquale Saraceno*, in *Quad. Informazioni Svimez*, Roma, giugno 2003, 17.

¹⁷ L'espressione è stata più volte utilizzata da TREMONTI. Per un riferimento, v. *Conferenza stampa sul federalismo municipale*, Roma, 4 febbraio 2011.

¹⁸ Così si esprime TERRACCIANO, *L'attuazione dell'art. 119 Cost. tra reali esigenze di autonomia finanziaria delle regioni ed enti locali e fumose aspirazioni di federalismo fiscale*, in *Atti e contributi del Simposio scientifico internazionale Justice, Cooperation, Peace*, 16 e 17 novembre 2007, Napoli, 2010, II, 756.

¹⁹ In tema BRANCASI, *Ambito e regole del coordinamento dinamico della finanza*

2. I *Piani* e le misure fiscali indirizzati allo sviluppo delle *aree sottoutilizzate*

Nello scenario descritto e nell'intento di avviare una nuova fase rivolta allo sviluppo del Meridione, il Consiglio dei Ministri nel novembre del 2010 approvava il *Piano per il Sud*²⁰, un documento programmatico ispirato a criteri di recupero di efficienza del sistema ed accrescimento delle capacità di innovazione delle imprese che, preceduto da specifico mandato conferito al Ministro dello sviluppo economico in coordinamento con il Dipartimento delle politiche sociali, era indirizzato a circoscrivere i principi cardine per la «razionalizzazione, concentrazione, raccordo, accelerazione della spesa e misurazione dei risultati»²¹ da porre a base della proposta, poi varata.

Il *Piano*, strettamente connesso a due dei decreti attuativi del c.d. *federalismo fiscale* e ad una delibera del CIPE²², si è posto

pubblica e del sistema tributario: il quadro costituzionale, relazione, convegno *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica*, Cagliari, 15-16 ottobre 2011; CAVALLINI CADEDDU, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica nelle riforme*, in www.federalismi.it, 31 maggio 2011.

²⁰ Cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Dossier, Piano nazionale per il Sud*, 29 novembre 2010.

²¹ MINISTERO PER LO SVILUPPO ECONOMICO, D.P.S., *Rapporto annuale 2009, Le politiche di sviluppo regionale: strategie e strumenti*, in www.sviluppoeconomico.gov.it.

²² Nello specifico, in primo luogo, con il decreto legislativo in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione degli squilibri economici e sociali (Atto 328), trasmesso dal Consiglio dei Ministri il 2 febbraio 2011, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 42/2009. Ancora, con il decreto di attuazione dell'art. 22 della legge in materia di perequazione infrastrutturale che ha stabilito le modalità con cui procedere alla ricognizione degli interventi necessari a rimuovere le disparità di dotazione tra i territori attraverso investimenti mirati e coordinati sia con gli interventi aggiuntivi (di cui al decreto suddetto), sia con gli interventi speciali ai sensi dell'art. 16 della l. n. 42, a sua volta attuativo del comma 5 dell'art. 119 Cost., oltre ad individuare per ciascun settore i *gap* infrastrutturali su cui dovrebbero operare i programmi di investimento pluriennali da inserire nel Documento di economia e finanza. Infine, con la delibera CIPE n. 79 del 30 luglio 2010 indicante gli obiettivi, i criteri e le modalità per l'attuazione degli interventi finanziati con le risorse FAS, nonché finalizzata ad accelerare gli interventi finanziati dai fondi strutturali 2007-2013. Per gli opportuni approfondimenti, si rinvia a PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI

svariati obiettivi, più volte ribaditi²³, per la rimozione di alcuni tra i più significativi elementi ostativi al recupero di sviluppo del sud Italia, quali: l'intensificazione del coordinamento tra la spesa pubblica ordinaria con l'aggiuntiva di carattere regionale, nazionale ed europeo; l'attrazione di maggiori risorse private nazionali ed internazionali; la massimizzazione dell'efficacia degli strumenti di programmazione, ricorrendo ad iniziative di *alto profilo strategico*; l'innovazione delle azioni di *governance* delle politiche economiche; la verifica dei risultati ottenuti attraverso le diverse ipotesi di intervento per renderle *concrete e costantemente misurabili*²⁴.

Per quanto riguarda specificamente le politiche per le imprese, il documento ministeriale, partendo dall'evidenza statistica della struttura produttiva meridionale, aveva desunto la presenza di tassi di natalità e mortalità più elevati rispetto al territorio nazionale nonché l'elevata incidenza di realtà imprenditoriali di dimensioni ridotte in assenza di *leadership* di filiera e di sistemi a rete, quali alcuni degli elementi non compatibili per adeguati livelli competitivi, ritenendo di ovviarvi attraverso la predisposizione di una serie congegni volti a favorire la crescita dimensionale delle imprese in funzione di *testa di ponte* verso i mercati e procedendo alla razionalizzazione del sistema degli incentivi, ora predisposta per alcuni di essi seppur in maniera a dir poco fumosa, con l'ultima manovra finanziaria, da realizzare attraverso la *concentrazione delle risorse in cooperazione istituzionale tra regioni e Governo centrale* e completare con lo *snellimento delle procedure di carattere amministrativo*²⁵.

Il *Piano*, articolato in otto macro aree, è apparso ispirato a principi simili a quelli che poi, a livello sovranazionale, sono stati espressi dalla *Quinta relazione sulla coesione territoriale*,

MINISTRI, *Repertorio atti*, 10/CU, in www.governo.it, 20 gennaio 2011, nonché a COMMISSIONE PARLAMENTARE PER L'ATTUAZIONE DEL FEDERALISMO FISCALE, *Resoconto*, in www.camera.it, 19 aprile 2011.

²³ Cfr. CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Comunicato n. 125*, in www.governo.it, 9 febbraio 2011.

²⁴ MINISTERO PER LO SVILUPPO ECONOMICO, D.P.S., *Rapporto annuale 2009, Le politiche di sviluppo regionale: strategie e strumenti*, cit. Si rimanda, in particolare, al *Riquadro J, Il Piano Sud*, 162.

²⁵ MINISTERO PER LO SVILUPPO ECONOMICO, D.P.S., *Rapporto annuale 2009*, cit., 163 ss.

economica e sociale contenente l'analisi delle disparità regionali oltre al contributo dell'Unione europea a favore delle amministrazioni nazionali e regionali per la coesione e l'analisi dell'impatto che avranno le relative politiche nel ridisegnare gli interventi *post 2013*²⁶.

Tuttavia, occorre rilevare - come già si è avuto occasione di segnalare in altra sede²⁷ - che le aree critiche su cui attraverso tale progetto si intende intervenire sono state ravvisate non solo in modo sommario ma difettano di indicazioni precise anche rispetto alle risorse finanziarie da impiegare ed al relativo svolgimento temporale²⁸.

In stretto rapporto con i temi sottoposti a valutazione ed osservando le misure introdotte dall'ultima manovra bis occorre, poi, aver riguardo alla disposizione che ha attribuito la *facoltà* a cinque nostre regioni meridionali rientranti nell'*Obiettivo convergenza* di poter superare i limiti di spesa imposti dal Patto di stabilità interno rispetto all'utilizzo delle risorse correlate alle politiche nazionali ed europee di coesione. La Basilicata, la Calabria, la Campania, la Puglia e la Sicilia (con esclusione dell'Abruzzo), infatti, possono - già per l'anno in corso - escludere dal *Patto* i finanziamenti a valere sul FAS, rinominati *Fondo per lo sviluppo e la coesione sociale*²⁹, nonché il

²⁶ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle regioni e alla BCE, Conclusioni*, COM(2010) 642.

²⁷ Cfr. LETIZIA, ROTONDO, *Considerazioni su alcuni strumenti di finanza pubblica indirizzati allo sviluppo ed alla concorrenza delle attività imprenditoriali nel Meridione di Italia*, cit.

²⁸ Evidenze di quanto riportato nel testo, si evincono da diversi documenti. Tra questi, v. *Comunicazioni del Governo sulla situazione politica generale*, cit., 29 settembre 2010; *Fiscalità di vantaggio per rilanciare il Sud*, intervista al Ministro del tesoro G. Tremonti, *Il Mattino*, 12 marzo 2010; *Conferenza stampa del Ministro Fitto*, Palazzo Chigi, in www.agenparl.it, 28 gennaio 2011. Da ultimo il CIPE con la delibera n. 1 del 3 agosto 2011, approvando il documento programmatico di attuazione del *Piano nazionale per il Sud*, ha assegnato (circa) 7,3 miliardi di euro per la realizzazione di interventi strategici di rilievo nazionale, infraregionale e regionale individuati nel Piano stesso. Per alcune osservazioni critiche si rinvia, tra gli altri, a TRIGLIA, *Piano per il Sud? Questione di coerenza*, in *Il Sud*, 22 marzo 2011.

²⁹ Cfr. il d.lgs. n. 88/2011.

cofinanziamento dei fondi strutturali europei, comprese le risorse oggetto di riprogrammazione³⁰.

L'innovazione, almeno ad una prima lettura, appare significativa.

Il FAS, infatti, prima della previsione in esame, era incluso interamente nel *Patto* mentre, rispetto ai fondi strutturali, ne era prevista la sua esclusione solo per la quota di provenienza europea, giustificandosi tanto in virtù dei rigidi vincoli posti dalla finanza pubblica reputati, peraltro, una concausa delle irrisorie *performance* delle regioni meridionali nella gestione delle risorse a loro disposizione con conseguenti ritardi nell'attuazione dei programmi sia dal lato degli impegni che dei pagamenti.

L'apertura contenuta nella *manovra* sembra però e, purtroppo, anch'essa non risolutoria in relazione alle questioni sin ora segnalate: l'alleggerimento del *Patto* a favore delle regioni del Mezzogiorno comporterà un'inevitabile compensazione in aumento per le altre che saranno *costrette* a dover procedere nel senso del suo ulteriore irrigidimento.

Per tale via, non si potrà realizzare alcuna riduzione nell'entità complessiva delle manovre future e la diversa distribuzione delle risorse, tra l'altro, non sarà soddisfacente per le autonomie territoriali che saranno penalizzate pur gestendo una quota rilevante di quelle europee³¹.

³⁰ L'art. 5-bis del d.l. n. 138/2011, infatti, dispone che: «*al fine di garantire l'efficacia delle misure finanziarie per lo sviluppo delle regioni dell'obiettivo convergenza e l'attuazione delle finalità del Piano per il Sud, a decorrere dall'anno finanziario in corso ed al momento dell'entrata in vigore della presente legge, la spesa in termini di competenza e di cassa effettuata annualmente da ciascuna delle regioni predette a valere sulle risorse del fondo per lo sviluppo e la coesione sociale (...) sui cofinanziamenti nazionali dei fondi comunitari a finalità strutturale, nonché sulle risorse individuate ai sensi di quanto previsto dall'art. 6-sexies d.l. n. 112/2008 (...), può eccedere i limiti di cui all'art. 1, commi 126 e 127, della l. n. 220/2010, nel rispetto, comunque, delle condizioni e dei limiti finanziari stabiliti ai sensi del comma 2*». In argomento, CAMERA DEI DEPUTATI, Servizio Studi, *Dossier di documentazione*, A.C. n. 4612/XVI, Progetto di legge n. 535, 8 settembre 2011, 290 ss.

³¹ Quanto all'entità della deroga favorevole per le regioni del Mezzogiorno, nonché sulle modalità di attribuzione allo Stato ed alle altre regioni dei relativi maggiori oneri dovrà intervenire un decreto del Ministero dell'economia e finanze da adottare di intesa con la Conferenza Stato-Regioni entro il 30 settembre di ogni anno e garante, in ogni caso, del «rispetto dei tetti complessivi, fissati dalla legge per il concorso dello Stato e delle regioni predette

Dai provvedimenti indicati, la maggior parte dei quali peraltro ancora in fase di progetto, non sembra pertanto che si sia giunti alla predisposizione di corrette modalità per riuscire a sciogliere i nodi fondamentali che coinvolgono il *sistema meridionale*, anche perché la questione, nel dibattito relativo alle scelte di politica economico-finanziaria interna, ha assunto un ruolo marginale che solo ultimamente e con grave ritardo pare assurgere a questione fondamentale.

Il percorso individuato, inoltre, traslascia una problematica preliminare alle altre che sono state al momento poste e che riguarda le modalità con le quali si riusciranno a coordinare scelte che spostano, in gran parte, dalla periferia al centro gli investimenti con i divergenti obiettivi istituzionali che tentano di muoversi nell'opposta direzione federalista. Invero, i divari di sviluppo meridionale sono talmente ampi e radicati che solo attraverso un processo di riqualificazione di lungo periodo della spesa pubblica coniugato ad una stabile e duratura ripresa degli investimenti, ad un sistema di agevolazioni fiscali concrete ed invocabili, ad un rapido miglioramento della capacità di utilizzo dei fondi strutturali europei, si può immaginare di colmarli, almeno parzialmente, sì da alimentare un circolo virtuoso funzionale per una reale crescita³² che - per i termini in cui è stata posta e per gli strumenti che sono stati predisposti - appare sempre più un *coup de théâtre* dell'agenda governativa piuttosto che una delle sue priorità in assenza, peraltro, di un dialogo idoneo ad attivare la mobilitazione di competenze maggiormente qualificate a rappresentarne la realtà socio-economica.

Emerge, in particolare, il mancato coinvolgimento dei comuni e, dunque, l'abbandono dei principi e degli strumenti propri della *governance* multilivello in evidente contrasto con il ruolo riconosciuto alle autonomie locali dal rinnovato titolo V, parte seconda, della Costituzione, loro attribuito anche dall'Unione europea per lo sviluppo della politica di coesione dalla *terza dimensione* introdotta nel Trattato³³; ancora, restano in ombra gli interventi indicati nella *Priorità 8* del QSN 2007-2013

alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica per l'anno di riferimento».

³² Cfr. AREA MEZZOGIORNO CONFINDUSTRIA, SRM - STUDI E RICERCHE PER IL MEZZOGIORNO, *Check-up Mezzogiorno*, luglio 2011.

³³ Cfr. COM (2010) 642/3.

(*competitività ed attrattività delle città e dei sistemi urbani*)³⁴.

Quanto alle *agevolazioni* o *esenzioni fiscali* per le imprese aventi carattere specificamente *promozionale*³⁵ rispetto ai tributi su cui intervengono e sulle quali si compiranno talune osservazioni nel paragrafo che segue, si rischia di riproporre una strada già percorsa senza risultati non avendo esse inciso sull'edificazione di un sistema economico-finanziario in grado di risolvere *bottlenecks* persistenti³⁶.

Alle considerazioni espresse occorre aggiungerne ulteriori che pervengono dall'analisi del contenuto del recentemente approvato *Piano nazionale di riforma*³⁷ ove, mentre si è dichiarato che l'attenzione sul Mezzogiorno deve essere focalizzata sull'obiettivo prioritario di predisporre nuove infrastrutture di *collegamento nazionale*, sull'utilizzo pieno e reale dei fondi europei *in base ad una regia nazionale*, sulla *fiscalità di vantaggio*, sull'istituzione, in ciascuna regione meridionale, di almeno dieci *red tape zones*, si afferma la contemporanea necessità di dare priorità «*a pochi grandi progetti strategici, in grado di attivare lo sviluppo territoriale in modo da non disperdere le risorse disponibili*»³⁸.

In sostanza, gli obiettivi da perseguire appaiono ambigui anche perché il *Patto per l'Euro*³⁹, rinominato *Euro Plus Pact*⁴⁰, imponendo stringenti limiti di carattere temporale ha sottolineato che per l'evoluzione economico-finanziaria a livello regionale gli Stati aderenti devono «*dimostrare un reale impegno a favore del cambiamento ed assicurare lo slancio politico necessario per raggiungere gli obiettivi comuni*», facendo convergere ogni anno, al massimo livello, una serie di azioni concrete da realizzare entro dodici mesi dalla loro predisposizione.

³⁴ V. ANCL., *Documento di posizione sulla riforma delle politiche comunitarie*, Roma, 24 febbraio 2001.

³⁵ In tema, per interessanti osservazioni, si rinvia a INGROSSO, *La comunitarizzazione del diritto tributario*, in *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, cit., 55.

³⁶ Cfr. *Report on EU macro-structural bottlenecks to growth at the national level*, presentato ad Ecofin ed al Consiglio europeo nel giugno 2010.

³⁷ DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA 2011, sez. III, 14 aprile 2011.

³⁸ DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA 2011, sez. III, cit., 29.

³⁹ CONSIGLIO EUROPEO, *Conclusioni*, in www.consilium.europa.eu.

⁴⁰ In argomento, BAGLIONI - BORDIGNON, *Prove di nuova governance europea*, in www.lavoce.info, 29 marzo 2001.

Per tornare a ragionare in maniera realistica sui temi fondamentali atti a realizzare un efficace e complessivo rilancio di tutto il nostro sistema economico-finanziario *in primis* e, correlativamente, sulla sua capacità di *fare impresa* anche nel Mezzogiorno, con conseguente sviluppo della concorrenza, occorrerebbe attenersi, in definitiva, al *Codice di condotta sull'attuazione del Patto di stabilità e crescita*⁴¹ ma, ancor di più, alle *aperture* che potenzialmente esso offre per porre in essere politiche regionali, ordinarie ed europee interconnesse⁴², senza procedere ad acrobazie su promesse che assai difficilmente si potranno mantenere.

3. Le nuove ipotesi di *fiscalità compensativa*

Gli aiuti orizzontali a carattere regionale concessi per favorire lo sviluppo di determinate aree svantaggiate all'interno dell'Unione europea attraverso investimenti a favore delle imprese o, anche, in casi particolari, il loro funzionamento, sono sottoposti sia nell'*an* che nel *quammmodo* a canoni dettagliatamente disciplinati a livello sovranazionale ed, in particolare, dall'ex art. 87, paragrafo 3, TCE, dagli *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013* e dalle *Carte degli aiuti* approvati dalla Commissione europea. Peraltro, affinché essi possano essere considerati compatibili con il mercato comune è necessario che i loro effetti siano *diretti* e *proporzionati* a soddisfare interessi meritevoli di tutela pur se suscettibili, nel breve periodo, di provocare distorsioni ed ostacolare la concorrenza all'interno degli Stati membri; ancora, tali aiuti devono essere sia *decreascenti* che in grado di produrre *effetti duraturi* dopo la scadenza prefissata dalla loro

⁴¹ L. 7 aprile 2011, n. 39 recante «*Modifiche alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, conseguenti alle nuove regole adottate dall'Unione europea in materia di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri*».

⁴² Per superare l'*impasse*, qualche indicazione in positivo riguardo al *Piano per il Sud* si era potuta cogliere nella *proposta Fitto* che prevedeva una sua differente elaborazione da far confluire poi in un decreto legge. Cfr. *Il Piano Fitto: il governo prepara un decreto legge*, in *Il Sole 24 ore*, 22 ottobre 2010; *Fitto: il federalismo non è contro il Sud*, in *Il Corriere del Mezzogiorno*, 8 novembre 2010; *Piano Sud. Come ripartirà il Mezzogiorno: banche, sicurezza, efficienza, incentivi*, in *Il Corriere del Mezzogiorno*, 22 novembre 2010.

concessione⁴⁵.

Sulla scorta di tali precisazioni ed in ossequio agli obiettivi di indagine definiti nel paragrafo introduttivo, si tenterà ora di compiere una disamina in senso critico delle agevolazioni fiscali recentemente immesse nel nostro ordinamento e, tra queste, la prima presa in considerazione è quella indicata nell'art. 40 dalla manovra correttiva 2011-2012⁴⁴ per lo *start up* delle attività imprenditoriali nelle regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia. Queste, infatti, potranno apportare, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea e degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia, modifiche nelle aliquote Irap sino ad azzerarle oltre a disporre esenzioni, detrazioni e deduzioni purché ravvisino corrispondenti compensazioni nei loro bilanci. Il tutto, ancora, dovrà operare con un complessivo *effetto neutrale* sui saldi di finanza pubblica in «*anticipazione del federalismo fiscale*» ed in stretto collegamento con l'art. 2, comma 2, lett. *mm*), della l. n. 42/2009⁴⁵ volto ad individuare «*forme di fiscalità di sviluppo, con particolare riguardo alla creazione di nuove attività di impresa nelle aree sottosviluppate*»⁴⁶.

⁴⁵ In tema di aiuti a fiscalità regionale anche in funzione dello sviluppo della concorrenza nonché sulle relazioni tra l'ordinamento italiano e l'europeo, tra gli altri, CASALE, *Aiuti di Stato e distorsioni alla libera concorrenza* e LA SCALA, *Gli aiuti a finalità regionale tra autonomia statutaria, solidarietà e libero mercato*, entrambi in Ingrosso, Tesauro, cit., rispettivamente 155 ss. e 755 ss. In anticipo e più in generale, SCHÖN, *Taxation and State aid law in the european Union*, in *Common market law Review*, 36, 1999, 911 ss.

⁴⁴ Cfr. il d.l. n. 78 del 31 maggio dello scorso anno recante «*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*», modificato ed integrato in sede di conversione dalla l. n. 122/2010.

⁴⁵ L'art. 27 della l. n. 42/2009 (*Coordinamento della finanza delle regioni a statuto speciale e delle province autonome*), ha indicato, peraltro, tra gli oggetti delle norme di attuazione degli statuti speciali, la *fiscalità di sviluppo* ai sensi del comma 3, lett. *c*), per cui le rispettive regioni dovranno individuarli nel rispetto della norma citata nel testo, nonché alle condizioni di cui all'art. 16, comma 1, lettera *d*) riguardante gli interventi speciali dello Stato ex art. 119 Cost., comma 5. La *fiscalità di vantaggio* quale fulcro della logica ispiratrice della legge delega è stata evidenziata da ANTONINI (a cura di), in *Prospettive della sussidiarietà: la fiscalità regionale di vantaggio*, Napoli, 2007. Per alcune osservazioni, sia consentito il rinvio anche a LETIZIA, *L'autonomia finanziaria regionale nella Costituzione italiana: il caso della fiscalità di vantaggio*, in Ingrosso, Tesauro (a cura di), cit., 513 ss.

⁴⁶ Il concetto di *aree sottoutilizzate*, precedentemente identificate dalla l. n.

Il periodo di imposta a decorrere dal quale troveranno applicazione le leggi regionali che potranno disporre in tal senso non è stato ancora definito; si resta, infatti, in attesa di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che dovrà essere emanato di intesa con ciascuna delle regioni suindicate (art. 40, comma 2).

La norma, dunque, che si inserisce nella nuova visione dell'autonomia impositiva regionale attribuendo ai relativi legislatori prerogative di differenziazione nel regime fiscale che consentono l'adozione di misure vantaggiose di carattere territoriale attraverso modifiche nelle aliquote dei tributi, fatti salvi gli elementi strutturali degli stessi, contribuisce ad integrare un'ipotesi di *fiscalità regionale di sviluppo*⁴⁷ nonostante la stessa definisca la fattispecie, piuttosto genericamente, di *fiscalità di vantaggio*⁴⁸.

La previsione, peraltro, è stata testualmente ripresa dall'art. 5 (*Riduzione Irap*), del decreto legislativo sul *federalismo regionale* approvato, in via definitiva, dal Consiglio dei Ministri il 1° aprile 2011⁴⁹. In relazione ad essa, che non desta particolari perplessità,

208/1998 come *deprese*, è stato introdotto dalla legge finanziaria per il 2003 (l. n. 289/2002).

⁴⁷ Ossia rivolte alla «*garanzia del mantenimento di un adeguato livello di flessibilità fiscale nella costituzione di insiemi di tributi e partecipazioni, da attribuire alle regioni e agli enti locali, la cui composizione sia rappresentata in misura rilevante da tributi manovrabili, con determinazione, per ciascun livello di governo, di un adeguato grado di autonomia di entrata, derivante da tali tributi*». Del resto, l'art. 16, lett. d) della l. n. 42/2009 dispone, a sua volta, la necessità di procedere alla «*individuazione di interventi diretti a promuovere lo sviluppo economico, la coesione delle aree sottoutilizzate del Paese e la solidarietà sociale*» al fine di rimuovere gli squilibri economici e favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona. In tema DEL FEDERICO, *La fiscalità di vantaggio degli enti territoriali fra decisioni politiche e limiti territoriali*, w. p., Università "G. D'Annunzio", n. 4/2011.

⁴⁸ Così GIANNINI - GUERRA, *Leva fiscale per attrarre gli investimenti*, in *Lavoce.info*, 26 luglio 2010. In argomento anche GIANNOLA, *Diritto comunitario, legge delega e fiscalità di sviluppo... dei più forti*, in *nelmerito.com*, 20 marzo 2009. Per alcune interessanti osservazioni, da ultimo, MELIS, *La c.d. "fiscalità di vantaggio" nella delega sul federalismo fiscale e gli aiuti di Stato: alcune riflessioni*, in La Scala (a cura di), *Federalismo fiscale e autonomia degli enti territoriali*, Torino, 2011 e, precedentemente, ID., *La delega sul federalismo fiscale e la cosiddetta fiscalità di vantaggio: profili comunitari*, in *Rass. trib.*, 4/2009, 997 ss.

⁴⁹ Cfr. il d.lgs. n. 68 del 6 maggio 2011 recante «*Disposizioni in materia di*

sebbene si presti a scontati rilievi estendendo un'ipotesi di *fiscalità di vantaggio* inizialmente riservata al Mezzogiorno a tutte le regioni a statuto ordinario, colpisce l'assordante silenzio su strumenti fiscali compensativi a tutela delle aree *sottoutilizzate* vista l'assoluta inadeguatezza del fondo sperimentale di riequilibrio: questo, infatti, pur qualificandosi come strumento di ausilio per le attività imprenditoriali non sembra di agevole utilizzo da parte dei governi di tale livello territoriale per il concomitante vincolo sul limite all'addizionale regionale all'Irpef⁵⁰.

La norma, in ogni caso, si pone - così come la previsione contenuta nell'art. 40 - in sintonia con il *Piano nazionale delle riforme* (che inciderà in via postuma), pur se riconosce a tutte le regioni a statuto ordinario e con decorrenza dal 2013, la facoltà di ridurre, con proprie leggi, le aliquote Irap fino ad azzerarle oltre a disporre deduzioni dalla relativa base imponibile⁵¹.

Ad una prima lettura, la valutazione sulla disposizione introdotta dovrebbe essere conseguentemente positiva; tuttavia, considerazioni più attente ne limitano fortemente la capacità di incidere sulle difficili condizioni di crisi dell'apparato produttivo meridionale e tra queste, soprattutto, quelle relative al carico finanziario che è stato rimesso esclusivamente sul bilancio regionale con conseguente mancata realizzazione in carenza di gestioni avvedute⁵².

La questione che pare insolubile è, dunque, relativa al come potranno le regioni individuate reperire (ulteriori) risorse in grado di realizzare un'effettiva concorrenza fiscale nei confronti delle altre. L'abolizione dell'imposta o una sua sensibile riduzione, inoltre, non sarà in grado di compensare i consistenti costi che gli investitori dovranno sostenere ponendo in essere nuove attività produttive.

autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario».

⁵⁰ V. l'art. 6, d.lgs. n. 68/2011. Le regioni che hanno deliberato un incremento dell'addizionale regionale Irpef superiore allo 0,5 per cento non possono, infatti, disporre della riduzione dell'aliquota Irap.

⁵¹ Resta fermo, in ogni caso, il potere di variazione dell'aliquota di cui all'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 446/1997 ed il minor gettito derivante dalla riduzione dell'imposta posto, anche in tal caso, a carico delle regioni non determina alcuna forma di compensazione perequativa.

⁵² Cfr. DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA 2011, cit., 86.

Come potranno, poi, essere evitati fenomeni di elusione fiscale? Molte imprese, infatti, pur di invocare l'applicazione della norma potrebbero dichiarare *cessata* in modo fittizio l'attività pur continuando, sostanzialmente, a produrre i medesimi beni e/o servizi.

Il tema dell'individuazione di strumenti di agevolazione fiscale a favore delle imprese meridionali, certamente non nuovo⁵³ ma che ha assunto rinnovato slancio in seguito alla crisi economico-finanziaria per i problemi di liquidità e la progressiva perdita di competitività dell'intero nostro sistema produttivo, se ha imposto la ricerca di interventi che riescano nel più breve lasso di tempo ad incidere sui fattori che determinano la scarsa competitività, soprattutto meridionale, non pare essere stato colto con la fattispecie incentivante esaminata.

Diversamente, il recupero di *performance* di profitto per le imprese dovrebbe essere realizzato attraverso misure che ne modifichino radicalmente la struttura produttiva per adattarla, senza più alcun ritardo, alle nuove condizioni del mercato; un pervasivo processo di innovazione, infatti, dovrebbe essere l'obiettivo prioritario per qualsiasi politica di sviluppo così come fanno e perseverano nel fare i maggiori Paesi europei per sostenere la concorrenza.

⁵³ Tra i vari interventi pare opportuno ricordare che Commissione europea nel febbraio 2008 pervenne ad un'importante decisione riguardo la possibilità di effettuare investimenti agevolati attraverso la concessione di crediti di imposta a favore delle regioni meridionali approvando il c.d. pacchetto *Visco-sud*, di cui alla legge finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006, art. 1, commi 271-279), consistente in aiuti economici riconosciuti alle predette attraverso il sistema della concessione di crediti di imposta automatici, non ammessa precedentemente in ragione della formulazione contenuta nell'art. 4, comma 4-bis, d.l. n. 300/2006 perché reputata non compatibile con i principi del Trattato in materia di aiuti di Stato. Alle imprese che effettuano l'acquisizione di determinati beni strumentali nuovi destinati a strutture produttive site nelle aree delle regioni Calabria, Campania, Puglia, Sicilia, Basilicata, Sardegna, Abruzzo e Molise è stato riconosciuto, dal periodo di imposta 2007 e sino al 31 dicembre 2013, un credito nella misura massima consentita in applicazione delle intensità di aiuto previste dalla *Carta italiana degli aiuti a finalità regionale* non cumulabile con il sostegno *de minimis* né con altri aiuti di Stato aventi ad oggetto i medesimi costi ammissibili. Sull'argomento cfr. INGROSSO, *Le agevolazioni fiscali vigenti*, in *Aiuti di Stato e agevolazioni fiscali*, cit., 549 ss., nonché precedentemente, COPPOLA, *Le attuali agevolazioni fiscali a favore del Mezzogiorno alla luce dei vincoli del Trattato CE poste a tutela del principio della libera concorrenza tra Stati*, in *Rass. trib.*, n. 6/2007, 1677 ss.

Gli *aiuti indiretti* se lasciati da soli appaiono insufficienti avendo bisogno di adeguati livelli di *governance*: un sistema incentivante per poter essere efficace ed efficiente deve partire, *in primis*, da un quadro di obiettivi programmatici di medio/lungo periodo e deve essere definito in termini quanti-qualitativi. Al contrario, si è assistito ad un'evoluzione del sistema delle *agevolazioni* in generale, soprattutto di carattere fiscale, che ha generato uno scenario oltremodo complesso per la presenza di un elevato numero di strumenti caratterizzati, spesso, da notevoli difficoltà nelle modalità operative e che ha posto in essere, per effetto di inevitabili duplicazioni, una competizione tra i vari livelli di governo con conseguenti problemi di coordinamento, sovrapposizioni e diseconomie nell'impiego delle risorse che ha finito con il disorientare proprio i destinatari finali - le imprese - nell'operare le scelte più convenienti ed adeguate.

Gli effetti economici di una legislazione pletorica ed instabile hanno così disincentivato piuttosto che favorito gli investimenti e ciò, soprattutto, nelle attività più innovative.

Dal punto di vista delle Amministrazioni pubbliche, poi, l'enorme quantità delle agevolazioni offerte, le costanti modifiche normative apportate, le incerte modalità applicative, il macchinoso coordinamento istituzionale tra il governo centrale ed i periferici, hanno reso difficili le analisi ed i confronti sugli effetti addizionali delle risorse impiegate attraverso le varie misure di intervento, rendendo tortuosa anche l'attività di programmazione e strutturazione delle nuove politiche di sostegno. Soltanto i vincoli di finanza pubblica, che hanno causato il mancato rifinanziamento di alcuni di questi strumenti, hanno fatto sì che fosse ridotto il numero delle misure ma la semplificazione del sistema è stata *indotta* e non pianificata⁵⁴.

Una decisa azione di riordino complessivo era, quindi, urgente ma quella da ultimo avvenuta non pare disegnare condizioni ordinate di funzionamento in carenza della ridefinizione strategica delle priorità, degli obiettivi e degli strumenti in un generale ed effettivo processo di semplificazione amministrativa quale primo passo per il riequilibrio della

⁵⁴ Cfr. ASSOCIAZIONE STUDI E RICERCHE NEL MEZZOGIORNO, *Il sistema degli incentivi alle imprese nel Mezzogiorno. Analisi, scenari e riflessioni*, Napoli, 2009, in particolare 133 ss.

governance.

Le finalità perseguite sembrano rivolte solo a *far cassa* ricorrendo, peraltro, a modalità operativo-procedurali non chiare, mancando una visione unitaria delle scelte strategiche e di indirizzo sulle divergenze territoriali del Paese che finiranno con il non garantire la pur imprescindibile alea che caratterizza l'attività imprenditoriale.

Altra norma di carattere tributario dedicata allo sviluppo ed alla concorrenza non solo meridionale, sebbene potenzialmente strutturata per incidere (anche) su di essa ed introdotta, parimenti, dalla manovra triennale della scorsa estate, è stata l'articolo 41 che ha previsto il *regime fiscale di attrazione europea*⁵⁵ con la finalità di favorire «*la circolazione di sottosistemi giuridici all'interno dell'Unione*»⁵⁶.

La disposizione, tipico caso di *home State taxation*, è indirizzata ad incoraggiare le imprese europee che intenderanno intraprendere nuove iniziative economiche in Italia, producendo ulteriori effetti - sebbene non automatici - sul regime relativo ai redditi da lavoro percepiti dai loro dipendenti e collaboratori⁵⁷. Esse, infatti, potranno scegliere tra uno dei regimi fiscali vigenti negli altri Stati membri richiedendo l'applicazione della normativa tributaria di un qualunque altro Stato dell'Unione⁵⁸ in

⁵⁵ Per alcune osservazioni sull'argomento, cfr. LETIZIA, *Strumenti innovativi di intervento pubblico per lo sviluppo del Mezzogiorno: profili giuridici e riflessioni critiche*, cit., 13 ss.

⁵⁶ Cfr. M.E.F., *Relazione illustrativa della Bozza di decreto attuativo per il regime fiscale di attrazione europea*, 8 aprile 2011, nonché AGENZIA DELLE ENTRATE, *Circolare 4/E: chiarimenti sulla tassazione di imprese estere in Italia*, 15 febbraio 2011.

⁵⁷ Il regime estero prescelto dall'impresa straniera non verrà, infatti, applicato in modo automatico potendo risultare ad essa meno conveniente rispetto a quello previsto dal nostro ordinamento. Cfr. M.E.F., *Relazione illustrativa della bozza di decreto attuativo per il regime fiscale di attrazione europea*, cit.

⁵⁸ Per «*normativa tributaria vigente in uno degli Stati membri dell'Unione europea*» devono intendersi le disposizioni relative alla determinazione della base imponibile e delle aliquote applicabili in materia di imposta sul reddito delle società e di imposta sul reddito delle persone fisiche, ad esclusione dei regimi di aiuti di Stato, delle disposizioni oggetto di valutazione negativa ai sensi del *Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese* adottato con risoluzione del Consiglio del 1° dicembre 1997 e delle specifiche agevolazioni concesse o previste dalla normativa tributaria di cui viene richiesta l'applicazione. E' stata esclusa l'applicazione degli istituti di consolidamento previsti dalla normativa tributaria vigente in uno degli Stati membri dell'Unione

luogo della nostra, attraendo per tale via capitali ed investimenti con limitazioni degli effetti delle politiche di *dumping* fiscale penalizzanti la competitività⁵⁹.

Per poter beneficiare del regime fiscale prescelto, i soggetti interessati - persone fisiche, società o *«qualsiasi ente considerato giuridico ai fini dell'imposizione»*, con esclusione delle *«entità fiscalmente trasparenti»* - dovranno presentare una specifica istanza di interpello ex art. 8, d.l. 30 settembre 2003, n. 269⁶⁰ e, la relativa opzione, resterà ferma per tre periodi di imposta. Quanto al regime fiscale sostituibile esso dovrà riferirsi alla *«normativa tributaria statale»* dovendo, pertanto, escludersi le imposte di competenza dei comuni, delle province e delle regioni.

L'ultimo comma della norma in commento, infine, ha delegato ad un decreto di natura non regolamentare del Ministero dell'economia e delle finanze le disposizioni attuative

europea. Cfr. M.E.F., *Bozza di decreto attuativo per il regime fiscale di attrazione europea*, 8 aprile 2011, art. 3, commi 3-4.

⁵⁹ Al fine di attrarre realmente gli investimenti di soggetti esteri nel nostro Paese attraverso l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali, il comma 1-bis della bozza di decreto aveva subordinato la presenza di due condizioni: 1) le attività economiche non dovevano risultare già esistenti al 31 maggio 2010; 2) le imprese, le persone fisiche o qualsiasi ente giuridico considerato tale ai fini dell'imposizione dovevano esercitate effettivamente la loro attività nel territorio italiano.

⁶⁰ *«Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici»*. L'art. 8, comma 1, dispone che *«le imprese con attività internazionale hanno accesso ad una procedura di ruling di standard internazionale, con principale riferimento al regime dei prezzi di trasferimento, degli interessi, dei dividendi e delle royalties»*. La procedura si conclude con un accordo vincolante stipulato tra il competente ufficio dell'Agenzia delle entrate ed il contribuente per il periodo di imposta nel corso del quale e' redatto e che incide anche sui due periodi di imposta successivi a meno che non intervengano mutamenti nelle circostanze di fatto o di diritto rilevanti purché risultanti nell'accordo sottoscritto (comma 2). In base alla normativa sovranazionale, l'amministrazione finanziaria è tenuta a trasmettere copia dell'accordo all'autorità fiscale competente degli Stati di residenza o di stabilimento delle imprese con i quali i contribuenti pongono in essere le relative operazioni (comma 3). Per i periodi di imposta indicati nel comma 2, l'Amministrazione finanziaria esercita i poteri ex artt. 32 ss. del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 solo rispetto a questioni diverse da quelle oggetto dell'accordo (comma 4). La richiesta di *ruling* deve essere presentata al competente ufficio (Milano o Roma) dell'Agenzia delle entrate secondo quanto stabilito con provvedimento del Direttore della stessa (comma 5).

dell'*attrazione europea* che, recentemente presentato in bozza⁶¹, è stato aperto «ad ogni proposta di miglioramento e/o cambiamento»⁶² sebbene numerosi suoi elementi siano stati dettagliatamente prefissati. Tra questi: l'obbligo di residenza da almeno un biennio in uno Stato dell'Unione per i *soggetti* che intraprenderanno le nuove attività economiche⁶³ i quali, peraltro, una volta entrato in vigore il decreto dovranno trasferire anche quella fiscale in Italia o costituire, sempre, nel nostro territorio una o più stabili organizzazioni⁶⁴ oppure società controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c.⁶⁵.

Con riguardo, poi, alla procedura di interpello per ottenere il riconoscimento dell'applicazione del regime fiscale straniero, la *bozza* prevede che la domanda dovrà essere presentata entro trenta giorni a decorrere dalla data del trasferimento della residenza fiscale, della costituzione della stabile organizzazione o della società controllata o collegata⁶⁶ in base a modalità da stabilirsi (anche queste) in un futuro provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate.

Quanto al regime relativo alla determinazione del reddito di impresa e della relativa aliquota di imposizione dello Stato membro, si applicheranno per il periodo di imposta nel corso del quale la domanda sarà proposta, oltre che per i due successivi;

⁶¹ V. M.E.F., *Bozza di decreto attuativo*, cit.

⁶² Cfr. M.E.F., *Primo piano, Regime fiscale di attrazione europea*, in www.tesoro.it.

⁶³ Nelle «nuove attività economiche» rientrano anche quelle non ancora avviate da un soggetto residente nell'Unione ed esercitate anche attraverso l'acquisizione di una partecipazione ad un'attività preesistente sul territorio italiano. Cfr. M.E.F., *Bozza di decreto attuativo*, cit., art. 2, comma 2.

⁶⁴ Per «stabile organizzazione» deve essere intesa l'entità individuata dal *Trattato contro le doppie imposizioni* non applicandosi la definizione contenuta nella normativa tributaria dello Stato membro prescelto. Cfr. M.E.F., *Bozza di decreto attuativo*, cit., art. 2, comma 5.

⁶⁵ Ai fini dell'individuazione della residenza del soggetto estero e, quindi, anche allo scopo di evitare ipotesi di doppia residenza, dovrà essere richiamato quanto contenuto nella *Convenzione per evitare le doppie imposizioni* stipulata dall'Italia con il Paese membro con l'ulteriore supporto, qualora necessario, dei chiarimenti contenuti nel *Commentario* al modello OCSE.

⁶⁶ Cfr. art. 4, comma 1. A fini antielusivi, inoltre, per il requisito dell'*effettiva operatività* si dovrà fornire nell'istanza la dimostrazione che i soggetti di cui all'art. 1, comma 1, non rappresentino una «costruzione di puro artificio» (art. 4, comma 2).

dal quarto periodo, invece, dovranno richiamarsi le disposizioni previste dalla normativa tributaria italiana. Se, poi, i requisiti riguardanti le attività e/o i soggetti richiedenti dovessero decadere, il regime fiscale favorevole verrà meno a partire dal periodo di imposta in cui si verificheranno tali variazioni. Infine, per quanto concerne gli adempimenti in materia di liquidazione, accertamento, sostituti di imposta, dichiarazioni, riscossione e contenzioso dovranno applicarsi le norme sulle imposte sui redditi in vigore nel nostro ordinamento.

Questa, dunque, la previsione. Appare necessario compiere, però, anche rispetto ad essa talune osservazioni che attengono, in questo caso, alla sua effettiva applicabilità in quanto, se lasciata immutata, non mancherà di produrre rilevanti problematiche tra le quali quella inerente il rapporto con la riforma federale del nostro ordinamento fiscale. Pur essendo, infatti, esplicitamente previsto che l'alternabilità nell'applicazione della normativa tributaria più favorevole dovrà avere *carattere statale* rimane intatta la questione che la possibilità di derogare solo ad essa implicherà, pur sempre, la sottoposizione delle imprese europee anche alle disposizioni fiscali di competenza degli enti territoriali intervenendo a ridefinire, in chiave sistematica, la soggettività passiva all'Irpef ed all'Ires attraverso l'individuazione di una categoria di soggetti economici che, nella determinazione e quantificazione delle imposte dovute in Italia, seguiranno principi e regole vigenti in un diverso ordinamento.

Ulteriori problemi riguardano l'identificazione della quota del gettito prelevato su imprese e lavoratori secondo le regole tributarie di un altro Paese europeo, nonché i criteri di ripartizione previsti dal nostro ordinamento: a quali di essi avranno diritto le regioni ed i comuni rispetto alle compartecipazioni Irpef, all'addizionale Irpef (regionale e comunale) e all'Imu sulle imprese?

Altri ed, invero, preliminari impedimenti emergono in relazione al principio posto dall'art. 3 Cost., nonché dall'art. 53 Cost. che ne è sua specificazione ed applicazione in campo tributario. Non essendo incostituzionale, infatti, una discriminazione in quanto tale ma in quanto non ragionevole, sorgono seri dubbi di legittimità costituzionale: la norma in commento favorisce un soggetto che intende esercitare in Italia nuove attività economiche pur avendo già un'impresa residente all'estero ricevendo, per tale via, indubbi vantaggi rispetto ad un

altro residente in Italia che intende intraprendere, nel suo territorio, un'attività imprenditoriale oppure che, avendo un'impresa già operante nel nostro Paese, decide di avviare una nuova attività economica.

In definitiva, se lo scopo della norma è di favorire lo *start up* imprenditoriale con vantaggi riflessi sull'economia meridionale, non si comprende per quali motivi si debbano preferire nuove imprese estere rispetto alle italiane e perché un soggetto straniero, già imprenditore, debba godere di un regime fiscale più favorevole per l'esordio della sua impresa nel nostro Paese rispetto ad un nostro connazionale già imprenditore o meno⁶⁷.

Tali diversità di trattamento tra soggetti che versano in situazioni sostanzialmente simili creano, ulteriormente, problemi di compatibilità con le norme sugli aiuti di Stato e con il *Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese*⁶⁸, sebbene la bozza del decreto provveda, diversamente dalla precedente impostazione, ad escludere fattispecie che possano con essi contrastare. Ciò, però, non impedirà, sebbene il limite sia stato teoricamente posto, che potranno manifestarsi divergenze con conseguente (elevata) probabilità di valutazione *pregiudizievole* dal punto di vista fiscale: le ipotesi analizzate, infatti, manifestano carattere preferenziale e/o selettivo e, dunque, sono potenzialmente condizionanti l'ubicazione delle attività imprenditoriali.

Ancora, non tutte le imprese dei vari Stati membri adotteranno la stessa disciplina fiscale dal momento che il vantaggio che riceveranno applicando l'una o l'altra sarà strettamente connesso alle caratteristiche specifiche dell'impresa, ai dettagli delle aliquote, agli elementi delle basi imponibili.

Con riguardo, poi, al rapporto che intercorrerà tra le imprese nazionali e le extra-europee che opereranno in Italia occorre segnalare che entrambe saranno esposte alla concorrenza con altre che beneficeranno di vantaggi fiscali più convenienti (anche rispetto alla tassazione degli utili e/o al costo del lavoro), con

⁶⁷ Così BOCCALATTE, *Un pizzico di paradiso all'inferno (fiscale)*, in *IBL focus*, 20 luglio 2010.

⁶⁸ Sul *Codice di condotta* si rimanda a GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005, 776 ss.; BORIA, *Il sistema tributario*, Milano, 2008, 1086. Per taluni dei rilievi espressi nel testo, cfr. DI PIETRO, *Residenti a rischio discriminazione*, in *Il Sole24ore*, 19 luglio 2010, 2.

evidente violazione delle regole dell'OCSE⁶⁹ finalizzate ad evitare competizioni fiscali dannose⁷⁰.

Rimane, ancora, del tutto invariato un ostacolo su cui si è già avuto l'occasione di riflettere⁷¹: l'Agenzia delle entrate sarà obbligata, per valutare l'applicazione corretta delle imposte da parte di ciascuna attività di impresa, ad esaminare tutte le diverse normative tributarie, tra l'altro compilate nella lingua di ciascuno Stato (nonché la relativa regolamentazione secondaria rispetto alla tassazione dell'impresa ed, eventualmente, anche dei suoi dipendenti e collaboratori)⁷². Uguale cognizione sarà richiesta agli organi giudicanti eventualmente coinvolti per dirimere contenziosi in materia, con conseguenti lungaggini applicative.

Procedendo nell'analisi occorre prendere ulteriormente in considerazione due recenti ipotesi di *agevolazione fiscale* per le attività imprenditoriali ubicate nel Mezzogiorno introdotte dal *Decreto Sviluppo*. Di queste, in primo luogo, l'attenzione deve

⁶⁹ Per questi aspetti, *amplius*, GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., 149 ss.

⁷⁰ L'argomento è stato oggetto, nel tempo, di puntuale disamina da parte della dottrina. Tra i vari Autori, in particolare, v. MELIS, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in *Enc. dir., Annali I*, 2006, Milano, 300 ss.; LUPI, *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. trib.*, 2004, 989 ss.; SELICATO, *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione e lo sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. trib. int.le*, 2004, 399 ss.; CARINCI, *Autonomia tributaria delle regioni e vincoli del Trattato dell'Unione europea*, in *Rass. trib.*, 2004, 1201 ss.; GALLO, *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. trib.*, 2003, 2271 ss. Con grande anticipo, F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998.

⁷¹ LETIZIA, *Strumenti innovativi di intervento pubblico per lo sviluppo del Mezzogiorno: profili giuridici e riflessioni critiche*, cit.

⁷² Alcune considerazioni paiono necessarie anche rispetto alla disparità del regime di tassazione applicabile ai lavoratori italiani di un'impresa multinazionale. La relazione tecnica al d.l. n. 78 non forniva delucidazioni rispetto a tale ipotesi ed, infatti, il minore introito era quantificato approssimativamente e con riguardo alla sola Ires, nonostante la norma non si riferisca esclusivamente ad essa ma, piuttosto, a tutte le disposizioni fiscali dell'impresa oltre a quelle relative ai suoi dipendenti e collaboratori. La relazione illustrativa alla bozza attuativa del decreto prosegue, purtroppo, nello stesso senso. Così GIANNINI - GUERRA, *Leva fiscale per attrarre investimenti*, cit., che forniscono, tra l'altro, un esempio concreto comparando il nostro regime di tassazione con quello estone.

essere rivolta all'art. 2⁷³ che consente alle predette, qualora effettuino nuove assunzioni entro l'anno successivo alla data di entrata in vigore del decreto, di poter usufruire di un credito di imposta per ogni lavoratore assunto a tempo indeterminato.

Dalla lettura della disposizione emergono però immediati ed evidenti limiti.

In primis, l'agevolazione è consentita solo per gli incrementi occupazionali rilevati mensilmente l'anno precedente l'entrata in vigore del decreto dovendosi tener conto, in aggiunta, dei licenziamenti o delle diminuzioni occupazionali dell'impresa. Ancora, il credito di imposta può essere utilizzato esclusivamente in compensazione con le imposte a debito e deve esser effettuato entro tre anni dalla data di assunzione.

La prerogativa, poi, invocabile solo per i lavoratori *svantaggiati* o *molto svantaggiati*⁷⁴, è concessa, per i primi, nella misura del 50 per cento dei costi salariali sostenuti dall'impresa nei dodici mesi successivi all'assunzione e, per i secondi, con riferimento al biennio successivo.

Il predetto credito di imposta, peraltro, decade: qualora il numero dei dipendenti sia inferiore o pari a quello dell'anno di riferimento (ossia i dodici mesi precedenti l'entrata in vigore del decreto); i posti di lavoro agevolati non siano mantenuti per un periodo minimo di tre anni che divengono due per le piccole e medie imprese; l'impresa abbia commesso violazioni fiscali o contributive definitivamente accertate con irrogazione di sanzioni di importo non inferiore a 5,000 euro; vi siano state condanne per condotta antisindacale o per violazioni relative alla normativa sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori⁷⁵.

⁷³ D.l. 13 maggio 2011, n. 70 nel testo coordinato con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106 -«*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*».

⁷⁴ Per *lavoratori svantaggiati* devono intendersi coloro che, alternativamente, siano: privi di impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi; non abbiano un diploma di scuola media superiore o professionale; abbiano superato i cinquant'anni; siano membri di una minoranza nazionale; siano occupati in professioni-settori con elevato tasso di disparità tra uomo e donna; vivano da soli ed abbiano una o più persone a carico (art. 2, n. 18, Regolamento (CE) n. 800/2008). Rientrano nella seconda categoria, invece, coloro che siano privi di lavoro da almeno un biennio (art. 2, n. 19, del predetto Regolamento).

⁷⁵ Cfr. art. 2, comma 7, d.l. n. 70/2011, nel testo coordinato con la legge di conversione n. 106/2011, cit.

La seconda norma, parimenti inserita dal *Decreto Sviluppo*, è poi l'art. 2-bis che, seppur in modo non originale⁷⁶, ha introdotto un credito di imposta per gli investimenti nelle *aree sottoutilizzate* in ossequio al *Patto Europlus* del marzo 2011⁷⁷ ed al *Piano per il Sud*.

La disposizione, questa volta, è da accogliere positivamente. Essa prevede, infatti, che il Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale e previa intesa in sede di Conferenza permanente, potrà stabilire con un decreto di natura non regolamentare i finanziamenti ed i limiti del suddetto credito di imposta *«per ciascuna regione interessata, la durata dell'agevolazione nonché le disposizioni di attuazione necessarie a garantire la coerenza dello strumento con le priorità e le procedure dei Fondi strutturali europei, in particolare quelle previste dal regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio dell'11 luglio 2006 e con la cornice programmatica definita con il Quadro strategico nazionale 2007-2013»*.

Le risorse necessarie all'attuazione della norma saranno individuate, previo consenso della Commissione europea, utilizzando congiuntamente le risorse del Fondo europeo di sviluppo regionale e del cofinanziamento nazionale destinate ai territori delle regioni individuate⁷⁸.

Infine, richiamando le considerazioni precedentemente espresse, il d.l. n. 98/2011 ha previsto la concentrazione di

⁷⁶ V. nota n. 43.

⁷⁷ Sull'argomento per interessanti osservazioni cfr. MONTI, *Il Patto per l'Euro*, in *Corriere della Sera*, 28 marzo 2011.

⁷⁸ Ex art. 2-bis, comma 4, le citate risorse nazionali ed europee, per ciascuno degli anni in cui il credito di imposta è reso operativo con il decreto di cui al comma 2: *«sono versate all'entrata del bilancio dello Stato e successivamente riassegnate, per le suddette finalità di spesa, ad apposito programma dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze. A tale fine, le amministrazioni titolari dei relativi programmi comunicano al Fondo di rotazione di cui all'art. 5, l., n. 183/1987, gli importi, dell'Unione europea e nazionali, riconosciuti a titolo di credito d'imposta dall'Unione europea, da versare all'entrata del bilancio dello Stato. Ai sensi dell'articolo 17, comma 12, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, il Ministro dell'economia e delle finanze provvede al monitoraggio degli oneri di cui al presente articolo»*. Ancora, in virtù del comma 5 della stessa norma, entro il 31 gennaio di ciascun anno il Ministro dell'economia e delle finanze deve riferire alle Camere, con apposita relazione, lo stato di attuazione del decreto.

diverse fattispecie agevolative di natura tributaria attraverso il loro *taglio lineare* qualora con la legge delega fiscal-assistenziale non si riusciranno a produrre significativi risparmi⁷⁹.

4. Considerazioni finali

La drastica strategia di rientro dal debito prospettata nei prossimi anni per il nostro Paese se ha imposto l'adozione di misure tassative in materia economico-finanziaria non mancherà di produrre, nel contempo, per come al momento strutturata, un duplice carattere squilibrante per il Mezzogiorno.

Un primo, generale, dato dagli effetti deflazionistici più intensi che si dispiegheranno in un'area già di per sé *debole* e, pertanto, meno capace di reagire predisponendo strumenti che possano assicurare sbocchi compensativi sui mercati; un secondo, di natura specificamente finanziaria, determinato dalla circostanza che il taglio delle spese e l'espansione delle entrate tese ad alimentare consistenti avanzi primari fino al conseguimento del pareggio di bilancio, determinerà un'intensa redistribuzione delle risorse che finirà con il penalizzarlo ulteriormente⁸⁰.

In questo quadro s'inserisce, del resto, la prospettiva del concreto avvio del *federalismo fiscale* che tenderà, a sua volta, per come impostato, a determinare aggiuntivi effetti redistributivi sfavorevoli⁸¹.

Per contrastare i rischi insiti in tale scenario e pur con le indubbe difficoltà poste dalla *spending review*, le misure da intraprendere dovrebbero muoversi nel senso di introdurre efficaci fattispecie compensative di carattere fiscale⁸² a favore

⁷⁹ V. la nota 3.

⁸⁰ Cfr. SVIMEZ, *Rapporto 2011, Nord e Sud: insieme nella crisi, divergenti nella ripresa*, Conferenza stampa, 29 luglio 2011

⁸¹ In questo senso, tra gli altri, cfr. URICCHIO, MONGELLI, *La riforma della finanza e della contabilità pubblica tra federalismo e controlli*, Roma, 2010, 16. Peraltro DE MITA, in *Le basi costituzionali del federalismo fiscale*, Milano, 2009, 33, aveva sottolineato come la mancata riproduzione nel testo del nuovo art. 119 Cost. dei contributi speciali per il Mezzogiorno e le Isole abbia di fatto precluso la costituzionalizzazione della questione meridionale.

⁸² Per talune osservazioni critiche, da ultimo BARBIERI, *Incentivi, fisco, Sud: promesse al palo*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 settembre 2011.

soprattutto degli investimenti, avendo già pagato il Meridione un prezzo troppo alto. La ridefinizione delle politiche per il suo sviluppo deve, di conseguenza, divenire una reale priorità nazionale da affidare ad interventi volti a modificare, nei prossimi anni, la specializzazione produttiva nei settori suscettibili di maggiore crescita, erodendo le cause che hanno prodotto, producono e continueranno a produrre, se non vi saranno fattivi cambiamenti, le innumerevoli *intermediazioni improprie* in esso presenti e che solo una *buona amministrazione* potrà elidere.

Gli strumenti della fiscalità di compensazione da ultimo introdotti appaiono, in definitiva, del tutto insufficienti nel contribuire alla soluzione delle problematiche finalizzate alla crescita economica delle *aree depresse*. Essi, infatti, pur essendo certamente più efficaci rispetto alle tradizionali politiche basate sull'erogazione di agevolazioni finanziarie che, peraltro, se operanti indistintamente su tutto il territorio nazionale - sia pure con diverse graduazioni di intensità - non determinano un *residuo fiscale*⁸⁵ differenziato tale da creare significative convenienze di spostamento nella localizzazione degli investimenti a favore dei territori che ne usufruiscono⁸⁴, dovevano essere definiti con maggiore attenzione o perché non determinanti o perché produttivi di una serie di difficoltà, non solo applicative, che finiranno con annullare la funzione per la quale sono stati predisposti.

⁸⁵ In argomento MORO, *Una politica fiscale regionale per lo sviluppo economico del Mezzogiorno*, in *Riv. pol, ec.*, XCII, maggio-giugno 2002, 396 ss.; precedentemente, ID. *Incentivi fiscali e politiche di sviluppo economico regionale in Europa*, in *Moneta e Credito*, LIV, n. 215, settembre 2001, 343 ss. Cfr. anche CARILLO - PAPAGNI - MORO - VINCI (a cura di), *Dualismo, nuove teorie della crescita e sviluppo del Mezzogiorno*, Bologna, 2008.

⁸⁴ In anticipo, FRANZINI, *Development policies in Italian Mezzogiorno. Lesson from the past*; BARCA, *Rethinking development policies in Italy*; BOLLINO - SIGNORELLI, *Evolution of production structure in the Italian regions*; FILIPPINI - ARACHI, *The fiscal decentralization and the autonomy of the local government*, in Di Matteo, Piacentini (a cura di), *The Italian economy at the dawn of the XXI century*, Aldershot, 2003, rispettivamente 104 ss., 129 ss., 150 ss., 261 ss.; MARELLI, -SIGNORELLI, *Economic growth and structural features of transition*, New York, gennaio 2010.

Del resto, come ha ricordato l'OCSE⁸⁵ in una recente riflessione sull'individuazione dei meccanismi finalizzati al superamento dei dualismi di sviluppo territoriale ciò che occorre è un nuovo approccio di *policy integrata* per la crescita delle realtà regionali che presentano elementi di sottosviluppo: politiche di sostegno ed interventi che favoriscano l'innovazione e, più in generale, supportino gli ambienti imprenditoriali che devono, comunque, rendersene propulsori⁸⁶.

In conclusione, solo una politica di *risposta multidimensionale* potrà garantire lo sviluppo economico ed il rilancio della competitività, problemi che involgono ormai in modo drammatico e non più preminente il solo Mezzogiorno.

⁸⁵ OECD, *Italy-Better regulation to strengthen market dynamic, in Reviews of Regulatory Reform*, Paris, 2009.

⁸⁶ Invero, con grande lungimiranza, già nel 1989 il *Rapporto Delors* nell'aprire la strada alla moneta unica, sottolineò il ruolo fondamentale dell'Europa per lo sviluppo dei Sud: «L'esperienza storica suggerisce che in assenza di politiche di riequilibrio, l'impatto complessivo dell'integrazione economica sulle regioni periferiche potrebbe essere negativo. I costi di trasporto e le economie di scala tendono a favorire lo spostamento delle attività economiche dalle regioni meno sviluppate, specialmente se si trovano alla periferia della Comunità, verso le aree più sviluppate, al centro. L'unione economica e monetaria dovrebbe incoraggiare e guidare gli aggiustamenti strutturali che possono aiutare le regioni povere a ridurre le distanze da quelle più ricche». Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Committee for the study of economic and monetary union, Report on economic and monetary union in the European Community*, Bruxelles, 1989. Queste parole, appaiono ancora più significative vista l'inadeguatezza, al momento in cui si scrive, delle Istituzioni sovranazionali nel fornire risposte immediate alla gravissima crisi economico-finanziaria in atto, la cui risoluzione complessiva non può peraltro prescindere dal loro intervento. Del resto, anche rispetto ai divari regionali, le questioni sino ad ora sono state affrontate a livello europeo con il solo ed assai limitato modo in cui poteva intervenire, soprattutto per le caratteristiche e le esigue dimensioni del bilancio europeo, ossia attraverso i fondi strutturali. In effetti, un'Europa ben coordinata potrebbe tentare di risolvere le disuguaglianze molto più efficacemente di quanto possano fare individualmente i singoli Stati membri e certamente di più di quanto essa stessa ha sino ad ora fatto rispetto ai divari interni in ciascun Paese. A tanto, un coordinamento delle politiche tributarie potrebbe certamente contribuire sì da porre in essere politiche maggiormente redistributive dal lato delle entrate senza temere la *fuoriuscita* delle risorse produttive.

BUONA FEDE E ART. 41 COST.:
ALLA RICERCA DI UN DIRITTO CONTRATTUALE
“GIUSTO”

Ivan Libero Nocera

*Dottorando di ricerca in diritto privato
nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa*

Attraverso la valorizzazione dell’assetto valoriale costituzionale e della nuova dimensione europea del diritto dei contratti si disegna un nuovo rapporto contratto-giudice-mercato, al fine di superare l’eguaglianza formale davanti alla legge, facendo sì che la distribuzione della ricchezza sia regolata dalle regole del mercato affrancato da situazioni anticoncorrenziali, perturbazioni della razionalità economia o asimmetrie cognitive. Il collegamento tra buona fede e art.41 Cost. è derivante da una lettura del dovere pubblico di rimuovere gli ostacoli fattuali di ordine economico e sociale previsto dall’ art.3, comma 2, Cost. e soprattutto dal principio di libertà e consapevolezza della scelta desumibile dal limite della libertà posto all’iniziativa privata dall’art. 41, cpv., Cost.

The current axiological approach in the European dimension of contract law has shown a new involvement between judges, contracts and the market economy. The link between good faith and art.41 of the Italian Constitution has its foundation in light of the public duty to remove de facto economic and social obstacles (art. 3, §2, of the Italian Constitution). Good faith is also grounded in the principle of freedom and awareness of choice as deduced from the limitations of the right of private economic initiative (art. 41, § 2, of the Italian Constitution), a translation of the duties of economic and social solidarity in the field of economic freedom ex art. 3.

Sommario

1. Premessa
2. Il dilemma dialettico tra autonomia ed eteronomia
3. Art. 41 Cost. e giustizia contrattuale
4. La ricerca di un modello unificante in risposta al frammentismo normativo
5. Una nuova ermeneutica dell’art. 41 Cost. tra ordinamento comunitario e regole speciali
6. L’art. 1366 c.c. come “ghiandola pineale”

7. Conclusioni

1. Premessa

Leggendo il titolo del profilo che ho scelto di sviluppare - “La libertà di iniziativa economica privata come limite e fondamento della libertà contrattuale dei privati?” – credo sia opportuno concentrare l’attenzione sull’apparente ossimoro “limite e fondamento” che rende immediatamente palese come la materia sia intrinsecamente connotata da un tratto paradossale e dialettico, da una problematicità rafforzata dal punto interrogativo finale, il quale sollecita la nostra riflessione su un tema la cui ampiezza e complessità mi costringono ad una sintesi del tutto personale, e dunque incompleta, nella scelta del profilo di indagine.

2. Il dilemma dialettico tra autonomia ed eteronomia

L’autonomia privata, relativamente al potere di determinare il contenuto del contratto, costituisce, usando le parole di Amato un vero e proprio «dilemma della democrazia liberale»¹, che si inserisce nel discorso più ampio circa il rapporto tra libero mercato e intervento eteronomo².

In tale contesto aleggia l’ombra di un duplice dubbio: come impedire l’“autofagia” dell’autonomia contrattuale, ovvero che l’esercizio della libertà contrattuale diventi un pericolo per l’autonomia altrui? E, al contempo, come scongiurare che il potere istituzionale, destinato a tutelare i soggetti strutturalmente più deboli, non travalichi i propri limiti autoimposti e non giunga a obliterare o comunque corrodere le libertà che dovrebbe proteggere? Il dilemma poi diviene apparente paradosso se si pone mente alle opposte tendenze dell’attuale diritto dei contratti, al centro di un vortice di correnti contrarie che vede la compresenza di una forza centrifuga costituita dalla dilatazione

¹ Così G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, Bologna, 1998, 8.

² Sul tema si veda la preziosa analisi di IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, *passim*; GRISI, *L’autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell’economia*, Milano, 1999; CUBEDDU, *Il problema dell’ordine e la filosofia delle scienze sociali*, in Id. (a cura di), *L’ordine eccentrico*, Napoli, 1993; SAGNOTTI, *Le teorie del mercato*, Torino, 2000.

degli spazi di autonomia privata, e di una forza centripeta volta ad incrementare l'eteronormazione da parte dell'ordinamento.

Emerge quindi una dimensione dialettica del concetto di autonomia privata, che evidenzia una limitazione posta dalla legge a se stessa³. A ben vedere tuttavia, considerando anche che al privato non si riconosce una libertà bensì un'autonomia, al centro del sistema si riscontra l'ordinamento giuridico che riconosce e tutela tale potere attraverso l'autorità giudiziale. Il principio di autonomia contrattuale sarebbe infatti una formula vuota se non incastonata in un confine normativo, purché anche questo non sia gravido di nuove contraddizioni⁴.

Nell'inevitabile attività ermeneutica che si accompagna all'applicazione della regola formale alla fattispecie specifica la discrezionalità giudiziale si spinge a considerare le pattuizioni concordate dai contraenti non più come nucleo essenziale del contratto, ma come porzione di un più ampio regolamento sul quale il giudice esercita un particolare potere di intervento. Tale potere si concreta nell'uso di strumenti idonei a incidere sulla singola situazione giuridica, come i concetti-valvola costituiti dalle clausole generali, *in primis* la buona fede quale principio normativo regolatore della relazione contrattuale⁵. Vale fin da adesso precisare come la buona fede assuma sia il ruolo di principio, ovvero di direttrice generale di correttezza, sia quello di clausola che demanda al giudice l'individuazione della regola applicabile alla fattispecie concreta⁶.

³ Cfr. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, 6.

⁴ Si veda in argomento l'approfondita disamina di BRECCIA, *Il contratto in generale. Causa*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. III, Torino, 1999, 192.

⁵ Sulla rilevanza delle clausole generali si rinvia ancora a BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e dir.*, 2007, 411; SASSI, *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed «europeo»*, in SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, 237. Sulle clausole come concetti-valvola si veda l'approfondita analisi di BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 211.

⁶ Sul frequente slittamento terminologico tra i vari significati della buona fede si veda in generale BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2011, 295; GALGANO, *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, 311; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 11 NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza*

La verifica delle possibilità operative della buona fede e dell'equità, suo complemento⁷, comporta inevitabilmente l'imbattersi nel problema della giustizia contrattuale e dei poteri che la clausola di buona fede accorda al giudice. Il terreno di indagine si dimostra insidioso in quanto vi si concentrano autonomia contrattuale, esigenze egualitarie, intervento giudiziale. La questione inoltre coinvolge il problema del rapporto tra disciplina generale e discipline di settore, ponendosi inevitabilmente al centro del tema del ruolo dei principi e delle regole nell'ambito del modello sociale europeo⁸.

È pertanto necessario esperire un'*actio finium regundorum* tra le diverse libertà dei privati, al fine di evidenziare una soglia che nel crinale dialettico tra autonomia e arbitrio, tra esigenze di equilibrio e interventismo del giudice, esprima la regola «che favorisca libertà e parità effettive senza vanificare l'efficienza economica», in modo da «combinare certezza e duttilità»⁹. Come nel paradosso del sorite, la scoperta di tale confine - necessario quanto difficile da definire - costituisce una delle principali sfide del giurista contemporaneo.

In tale labirinto, reso ancora più intricato dall'affermazione della nuova *lex mercatoria* rappresentata dalle forme giuridiche della globalizzazione economica, un possibile filo d'Arianna potrebbe rintracciarsi nell'art. 41 Cost., ma anche qui l'ambiguità pare inseguire l'interprete, il quale è tenuto a confrontarsi con

economica, in *Contratti*, 2010, 252; GRONDONA, *Buona fede e solidarietà: giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, t. II, 242; ID., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 733.

⁷ In merito si vedano le approfondite osservazioni di BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 539.

⁸ Si veda in argomento BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea (atti del convegno in onore di A. Burdese)*, Padova, 2003, I, 190; VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 135.

⁹ Così BRECCIA, *Causa*, cit., 192. Lo stesso autore in *Causa e «consideration»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 597, sottolinea peraltro il passaggio «da un'immagine dell'autonomia corrispondente al brocardo mitico *stat pro ratione voluntas* a un'immagine dell'autonomia che debba conciliarsi, in contesti adeguati, con una razionalità pratica valutabile in termini di efficienza e di coerenza complessiva dei rapporti economici e sociali».

una norma di palese compromesso tra le istanze di libero mercato, il richiamo sociale ai limiti negativi della tutela della persona, e l'accento su una concezione organica di un'economia pianificata¹⁰. Tantomeno appare agevole individuare nell'ambito della libertà di iniziativa economica affermata al comma primo un principio direttamente applicabile alle relazioni tra privati, dal momento che risulta evidente il riferimento ad una protezione "verticale" nei confronti dello Stato nell'ambito tuttavia di una concezione organica e dirigista delle attività economiche. Su questo punto si ribadisce dunque l'affermazione - già presente nella Carta del lavoro - di una funzionalizzazione dell'economia privata agli interessi dello Stato, orientando tuttavia gli interventi operativi ad una programmazione economica democratica¹¹.

Il mancato riferimento costituzionale all'autonomia in senso "orizzontale" appare tuttavia voluto dal Costituente là dove si lascia alla disciplina del codice civile la regolamentazione dei rapporti tra imprenditori e consumatori, come anche della concorrenza considerata un "affare privato"¹². Sembraerebbe

¹⁰ Correttamente IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 19 sottolinea nell'art. 41 Cost. il ruolo dominante dell'istanza dirigitica, ovvero il comma 3°, in cui è scolpita una norma «insieme dualistica e totalitaria (...), dualistica, poiché contempla, con pari dignità e senza delimitazioni di ambiti, imprese private e imprese pubbliche. Totalitaria, poiché affida alla legge, e dunque allo Stato, come fonte produttiva di norme, il disegno globale dell'economia: il dovere di indirizzarla e coordinarla a fini sociali. Nel confluire di tradizione liberale e solidarismo cattolico e dirigismo socialista, l'art. 41, oscillando tra l'uno e l'altro impulso, riesce ad una visione imperativa e totalitaria dell'economia: come di un tutto organico, che sia indirizzabile verso fini sociali». Si veda sul punto anche l'imprescindibile analisi di MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 2.

¹¹ Riecheggia MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 155 laddove osserva che «chiusa la parentesi del corporativismo autoritario, il problema sta nel realizzare con strumenti giuridici un ordine che renda possibile un compromesso fra i due modelli estremi dell'economia di libero mercato e dell'economia totalmente pianificata da un organo centrale, riassumendo in sé l'intero potere politico ed economico; di realizzare insomma una combinazione della libertà individuale e di gruppo con la direzione statale dell'economia»

¹² Come afferma ancora IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 110, «Il carattere di "verticalità" vuol cogliere l'esclusivo rapporto tra privato e Stato (...). Manca la prospettiva orizzontale, dello svolgersi dell'iniziativa nei confronti di altri soggetti privati, i quali o concorrono nella produzione dei medesimi beni o si pongono in relazione di scambio con le imprese produttrici»

quindi potersi quasi ripetere l'assunto di Vittorio Scialoja, il quale però nell'imperio dello Statuto albertino, asseriva che il diritto civile è il diritto, il diritto penale è il fatto, il diritto pubblico è il nulla, se non altro perché quest'ultimo deve rivolgersi alle altre branche del diritto per colmare delle lacune¹⁵. Sono dunque fondate le recenti istanze di riforma dell'art. 41 Cost. per una «liberalizzazione delle attività d'impresa» posto che questo non menziona la concorrenza e anzi si presta a interpretazioni «che hanno riportato il Medioevo»¹⁴?

3. Art. 41 Cost. e giustizia contrattuale

Con la fine del mito liberista - che assumeva il mercato a strumento di regolazione esclusivo delle funzioni economiche e per il quale quindi l'utilità sociale coincideva con la libertà contrattuale¹⁵ - non sembra più possibile sostenere una presunzione di giustizia del contratto basata sul rilievo che la conformità al volere concorde delle parti assicura *ob torto collo* un equilibrato assetto di interessi¹⁶. Il contratto infatti non è più ritenuto latore di "naturale giustizia" per cui, secondo una celebre massima di Alfred Fouillée, *qui dit contractuel dit juste*¹⁷,

¹⁵ Così SCIALOJA, *La riforma dei codici di diritto privato in Italia*, (1923), ora in *Studi giuridici*, IV, Roma, 1933, 208.

¹⁴ Cfr. TREMONTI, *Liberalizzare: troppe leggi sono la tirannia da abbattere*, in *Corriere della sera*, 12 gennaio 2011, 1.

¹⁵ L'equazione automatica della regola contrattuale con la regola giusta è contestata da D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2004, 157, secondo cui l'espressione "giustizia contrattuale" includerebbe la stessa forza vincolante del contratto e le regole che la assicurano, assumendosi il brocardo "*pacta sunt servanda*" quale precetto etico, espressione di valori di giustizia, senza che ciò comporti un giudizio di necessaria conformità a giustizia dei contenuti pattizi.

¹⁶ A tale proposito, SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 2004, p. 23, evidenziano come il contratto venga concluso «in un quadro economico dominato da cento strettoie», che, evidentemente, adulterano il corretto funzionamento del mercato, allontanandolo dal modello di mercato perfetto, postulato dalla concezione liberista.

¹⁷ Cfr. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Parigi, 1880, 410, citata in GHESTIN, *Le contrat*, in *Traité de droit civil*, vol. II, *Les obligations*, 1, II éd., Parigi, 1988, 20. Con riferimento al nostro codice FERRO LUZZI, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, in VETTORI (a cura di),

semplicemente perché spesso non è concluso tra soggetti “eguali” che possano concordare liberamente le regole, avendo la stessa forza economica: di conseguenza essendo falsati “i blocchi di partenza”, per dirla con Dworkin¹⁸, cade la premessa del sillogismo secondo il quale la parte non acconsentirebbe mai ad un accordo destinato ad arrecarle più perdite che vantaggi.

Non sono tuttavia mancate storicamente interpretazioni dell’art. 41 Cost. che hanno fatto derivare da tale norma la necessità di interventi di “mediazione propulsiva”¹⁹, finalizzati a ridurre l’area di negoziazione privata rimediando alla disuguaglianza dei contraenti. Si affermava infatti una lettura “sociale” e “dirigista” dell’iniziativa economica privata, che considerava il comma 2 dell’art. 41 Cost. come norma di coordinamento fra i principi costituzionali, e che riteneva quindi l’utilità sociale come elemento interno all’essenza della libertà di iniziativa privata²⁰. A tale idea di “funzionalizzazione sociale” ha fatto seguito la concezione che distingueva il profilo dell’iniziativa, espresso dal primo comma, da quello del suo svolgimento, individuando dunque nell’utilità sociale un principio-valvola di adattamento dell’ordinamento al mutare degli atti sociali; in questo caso tuttavia l’utilità sociale è considerata come limite “esterno”, nell’ambito del quale l’individuo possa esercitare la propria autonomia²¹.

Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori, Padova, 2005, 554, rinviando a RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2002 osserva che nella legislazione del 1942 «così come per quanto concerne il prezzo, tutte le altre condizioni contrattuali sono considerate dall’ordinamento “giuste” in quanto e per il solo fatto di essere state liberamente individuate dai contraenti, indipendentemente dalla circostanza che siano o meno “eque” (ovviamente nel senso di “proporzionate alle esigenze”)».

¹⁸ Così DWORKIN, *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, Princeton, 1981, 308, secondo il quale “*the starting gate theory*” comporta sì l’eguaglianza dei punti di partenza ma non riconosce il diritto al risarcimento per gli individui che successivamente patiscono una “sorte brutta” sopportando svantaggi che non dipendono da loro scelte.

¹⁹ In tal senso MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 2.

²⁰ Si vedano in merito le analisi di PERLINGIERI, *Sull’attività della Corte Costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, 489; e BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 156.

²¹ Sul punto cfr. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 117; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, 380.

Entrambe le letture legittimavano l'ingerenza autoritativa nel contenuto del contratto privato per garantirne una giustizia sostanziale, assoggettando il regolamento negoziale ad un controllo giudiziale di equità attraverso la declaratoria di inefficacia delle clausole squilibrate: queste ultime risultavano ingiuste in quanto contrarie ad una buona fede rivisitata sulla base del riferimento preminente all'utilità sociale, intesa quale veicolo per la trasformazione della società, in accordo con il principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost.²².

Con la crisi della concezione dirigitica, unita all'impulso esercitato dall'Atto unico europeo che riconosceva allo Stato il ruolo di mero regolatore del mercato e garante della sua efficienza, si avvalorava una nuova ermeneutica della Costituzione economica, che conferiva allo Stato il compito di

²² *Sul fenomeno di "funzionalizzazione" o "socializzazione" del diritto privato si veda BARCELLONA, L'interventismo europeo e la sovranità del mercato, in Eur. dir. priv., 2011, 329; MAZZAMUTO, Libertà contrattuale e utilità sociale, ivi, 2011, 365; GIORGIANNI, Il diritto privato e i suoi attuali confini, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, 411; FERRI, Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato, in Dir. dell'econ., 1966, 18; PERLINGIERI, Incidenza della programmazione sulle situazioni soggettive del privato, in Dir. dell'econ., 1970, 4. La connessione tra buona fede e principio costituzionale di solidarietà sociale, cui si riconosce immediata efficacia precettiva nei rapporti tra privati, è stata affermata per lo più nella civilistica degli anni '60 e '70 per cui si veda ex multis le osservazioni di BUSNELLI, Note in tema di buona fede ed equità, cit., 556; RODOTÀ, Ipotesi sul diritto privato, in Il diritto privato nella società moderna, Bologna, 1971, 9; DOLMETTA, voce Exceptio doli generalis, in Enc. Giur. Treccani, vol. XIII, Roma, 1997, 9; DI MAJO, Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale, in Corr. giur., 1991, 795; BIANCA, Diritto civile, vol. III, cit., 505). È tuttavia da precisare che, come ha sostenuto autorevole dottrina (CASTRONOVO, L'avventura delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986, 125), per ragioni storiche e di gerarchia delle fonti sono i principi costituzionali a trovare concretizzazione nella norma ordinaria e ad attribuirgli senso. Allo stesso modo la connessione tra buona fede e principio solidaristico si rinviene anche in Germania e Francia su cui si veda WHITTAKER-ZIMMERMAN (a cura di), Good Faith in Eur. Cont. L., Cambridge, 2000, 7; FABRE - MAGNAN, Droit des obligations. I - Contrat et engagement unilatéral, Parigi, 2008, 81, oltre che, progressivamente, anche nei sistemi di common law come sostengono tra gli altri CASTRONOVO, Il contratto nei Principi di diritto europeo, in MAZZAMUTO (a cura di), Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, Torino, 2002, 653, e C. AMATO, Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito, Milano, 2003, 123.*

rimuovere gli ostacoli al funzionamento ottimale del mercato. Il principio della “sacertà del contratto”, espressione del dogma della volontà e basato sulla parità formale delle parti, era notevolmente corroso attraverso la promozione di tutele “riequilibratrici”.

Con l'emersione di una maggiore sensibilità verso nuove esigenze di controllo buona fede ed equità divengono dunque strumento non di un nuovo interventismo, ma di garanzia e affrancamento del libero mercato rispetto alle asimmetrie cognitive che di fatto determinano vistose disparità contrattuali²⁵. L'argomento si palesa gravido di molteplici implicazioni, costringendo a ripensare il diritto contrattuale e a discutere in termini di “crisi” del diritto dei contratti o di “nuovo” diritto dei contratti²⁴.

La predetta equazione tra contrattuale e giusto non si rivela quindi più esaustiva, esigendo un'ulteriore elemento rappresentato dal sindacato giudiziale su un'area ben più ampia delle situazioni di patologia tradizionalmente oggetto del controllo del giudice, il quale è oramai affrancato da un sistema di tutele applicabile unicamente in presenza di determinate peculiarità soggettive strutturali²⁵.

²⁵ La centralità del principio di buona fede nell'ambito del libero scambio è sottolineata in particolar modo da BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 395, e MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in D'ANGELO – MONATERI – SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli Cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, 57.

²⁴ È chiaro che si tratta di una crisi diversa da quella ipotizzata negli anni '70, come spiegano lucidamente LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2004, 513; e JAMIN - MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Parigi, 2003.

²⁵ Come osserva VETTORI, in *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 42: «Nessun dato legittima un potere del giudice di sindacare la congruità del prezzo o il giudizio di convenienza delle parti, ma sono diversi dal passato le modalità del controllo e il bilanciamento di valori richiesto all'interprete (...). A ben vedere vi è qualcosa di diverso e ulteriore che l'ordinamento richiede all'interprete nel valutare un atto che presenti straordinari oneri a carico di una delle parti e risulti visibilmente squilibrato. In tal caso il giudice non potrà affermare che il contratto è il contratto, ma porsi il problema di un contrasto con la garanzia prevista per l'autonomia privata». Si veda inoltre l'approfondita analisi di PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 568.

Se, come dimostra anche il diritto privato europeo in formazione, si assiste infatti ad un controllo declinante demandato a elementi strutturali quali la causa, cui corrisponde una crescente valutazione sul contenuto del contratto affidata al controllo di razionalità²⁶, è presente il rischio di una “solitudine” del giudice alle prese con la clausola generale di buona fede, elastica *in re ipsa*. Egli infatti, in assenza di criteri perspicui, si espone al pericolo di cadere nell’estro arbitrario, che sfocia in un inaccettabile interventismo dal quale potrebbero dedursi massime generali risolvibili nella negazione sostanziale del principio che si vuole affermare o, all’opposto, nella citazione meramente esornativa della buona fede stessa, la quale rappresenterebbe una mera forma-limite del potere del giudice²⁷. Un possibile approdo alla storica fuga “dalle” clausole generali o “nelle” clausole generali²⁸ sarebbe allora astrattamente individuabile nella ricerca di coordinate teoriche ovvero di direttrici che possano sostenere il giudice, senza una contrapposizione manichea tra oggettività delle fonti c.d. determinate e soggettività delle fonti c.d. indeterminate²⁹, in

²⁶ Esempi paradigmatici in tal senso sono, oltre ai Principi *Unidroit* e al *Draft*, i recenti codici civili dei Paesi Bassi e di Israele, su cui cfr. BROGGINI, *Causa e contratto*, in VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, Il Congresso Aristec, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995*, Torino, 1997, 31. Si vedano in merito le lucide considerazioni di BRECCIA, *Causa*, cit., 3; ID., *Morte e resurrezione della causa: rimedi*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 241; ID., *Causa e «consideration»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 597; VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 18; CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa*, in ID., (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XV.

²⁷ Tale insidia è esplicitata con riferimento all’annullamento della buona fede nell’anodina clausola della ragionevolezza che, non essendo supportata da un retroterra consolidato di riferimento, rischia di condurre ad un giudice *legibus solutus*, come osserva BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 555. Si veda anche Sacco, *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi e la regola unica preterlegale*, in CABELLA PISU - NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli Anni Novanta*, Padova, 1998, 272.

²⁸ L’immagine è di BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., 444.

²⁹ In tal senso si segnala lo scetticismo di autorevolissima dottrina (SACCO, *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1957, 798) là dove afferma che «le contrapposizioni tra un’equità dal contenuto ineffabile, tutta legata al giudice ed al giudizio, una correttezza oggettivata e ben definibile, una buona fede come elemento di riferimento di una clausola

modo da identificare parametri non eccessivamente tipizzati ma sufficientemente dotati di un grado di certezza⁵⁰.

4. La ricerca di un modello unificante in risposta al frammentismo normativo

Dalla seconda metà degli anni '90 si è assistito all'affermazione di un approccio di derivazione comunitaria, che pretende di erigere a sistema numerosi interventi settoriali relativi a generiche fattispecie astratte, dal consumatore all'impresa in stato di dipendenza economica, accomunate dalla contrapposizione tra contraente forte e contraente debole⁵¹. Queste assumono la rilevanza di veri e propri "statuti", sulla scia della scelta codicistica di creare delle classi di individui (il lavoratore dipendente, l'affittuario di un fondo rustico, l'inquilino, il bracciante agricolo) meritevoli di tutela attraverso una disciplina che si distacca da quella sul contratto in generale.

generale, sono il risultato di edificazioni teoriche che ripartiscono tra i vari sistemi considerati le caratteristiche generali proprie di ogni regola di pura opinione, là dove queste caratteristiche affiorano o si nascondono a seconda del punto di vista da cui la regola di opinione viene osservata».

⁵⁰ È infatti palese come le tipizzazioni casistiche, oltre ad essere ontologicamente mai esaustive, privano le clausole generali di un reale contenuto normativo e del loro imprescindibile respiro sistematico, risultando spesso più generiche delle stesse clausole generali.

⁵¹ Basti ricordare i frastagliati indici del contratto ingiusto i quali fanno riferimento in ambito *antitrust* all'*abuso di posizione dominante* che si concretizza nell'imporre condizioni contrattuali *ingiustificatamente gravose* (art. 3 l. n. 287/1990), per poi assumere le vesti del *significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi* nei contratti dei consumatori (art. 35, 1° comma, cod. consumo), le quali, in caso di abuso dello stato di *dipendenza economica* di un'impresa su un'altra, mutano in *eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*, che può consistere nell'imposizione di condizioni contrattuali *ingiustificatamente gravose o discriminatorie* (art. 9, 1° e 2° comma, l. n. 192/1998). Nei rapporti tra parti non soggettivamente qualificate si ricorda il contratto usurario laddove si considerano i vantaggi o compensi *sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità* in presenza di *condizioni di difficoltà economica e finanziaria* (l'usurarietà è fatta derivare da un semplice calcolo aritmetico); mentre nella normativa in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali è colpito da nullità il patto che, per una qualunque circostanza, risulti *gravemente iniquo* in danno del creditore (così l'art. 7, 1° comma, d.lgs. n. 231/2002).

Le ipotesi attuali risultano tuttavia prive di una dimensione sistematica e coerente per interessi tutelati e tecniche rimediali, con il risultato di abbandonare l'interprete ad un uso scomposto delle clausole generali³². Emerge infatti un "cortocircuito" tra la buona fede codicistica e l'iperfetazione di regole di provenienza comunitaria, tale da revocare in dubbio il traluzio rapporto generalità-specialità³³.

In quello che è stato definito un «magma confuso di tentativi settoriali, che spesso pretendono di reagire agli abusi e agli squilibri in maniera lacunosa e improvvisata»³⁴ non è individuabile una regola generale per tutti i casi di grave sproporzione oggettiva fra le prestazioni corrispettive, né sarebbe auspicabile, come pure è stato ipotizzato, la generalizzazione di un modello di squilibrio che comporterebbe l'indebita forzatura di un unico tipo di disparità applicato a tutte le fattispecie³⁵.

Appare tuttavia innegabile dotare l'interprete di un parametro certo e duttile, – individuare, per così dire, una sorta di "dignità di prezzo" – al pari dei casi di asimmetria sociale, là dove l'art. 36 Cost. pone alla definizione della retribuzione del lavoratore il limite dell'*esistenza libera e dignitosa*.

³² Giungono ad analoga conclusione LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Corso di diritto civile, Padova, 2003, 274, e, con riferimento ad un preteso principio di equità, VETTORI, *Libertà di contratto e disparità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 743. Tentativi di sistemazione sono stati prospettati tra gli altri da ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 23; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669; e MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663.

³³ In merito si rinvia all'approfondita analisi di BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 347.

³⁴ Così BRECCIA, *Causa*, cit., 86.

³⁵ Ricontrano un principio generale di tutela del contraente debole GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, 135; PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 641. Osserva invece la mancanza di una categoria generale ed astratta di giustizia contrattuale VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, 743 e BAZOLI, *Giustizia e uguaglianza. Modelli Biblici*, Brescia, 2005, 5.

La riflessione sulla buona fede, lungi dal rimanere circoscritta in ambito nazionale, ha manifestato una profonda vocazione espansiva, “contaminando” i più avanzati testi di *soft law*³⁶ e assumendo rilevanza, sebbene in maniera polisensa, in pressoché tutti gli ordinamenti europei quale vettore del principio di uguaglianza sostanziale, fonte di un diritto contrattuale di tipo conflittuale e solidale³⁷. Tuttavia è opportuno precisare che se si fatica a concordare con chi ritiene che la buona fede non abbia «nulla a che vedere (...) con il recente fenomeno della tutela civilistica del contraente debole», né «nulla a che fare con la Costituzione»³⁸, allo stesso modo bisogna evitare una connessione “forte” tra la buona fede e istanze riconducibili ad una etica solidaristica, che assegnerebbero alla clausola un ruolo moralizzatore dello scambio³⁹. Infatti alcune pronunce della

³⁶ Nel recente *Draft Common Frame Of Reference* ad esempio la clausola di buona fede diviene quindi cartina di tornasole per misurare l'iniquità del contratto, provocandone in caso di violazione l'invalidità o la possibilità per la parte debole di domandare l'intervento modificativo del giudice. L'ingiustizia del contratto tuttavia non assurge *ex se* a regola di validità del contratto, rivelandosi imprescindibile la sussistenza di uno stato di debolezza provocata da un precedente rapporto con l'altra parte, da condizioni esterne oggettive che ne stimolano il bisogno ovvero da una condizione soggettiva di ignoranza o inesperienza. Si veda in merito PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame Of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 669.

³⁷ Si veda in merito SOMMA, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo*, in *Pol. dir.*, 2004, 263, le cui riflessioni si rinvengono già in BARCELONA, *I controlli della libertà contrattuale*, in Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 285.

³⁸ Così PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 710.

³⁹ In tal senso autorevole dottrina si è spinta a ritenere le limitazioni all'autonomia privata prescindenti da un generale interesse del mercato cfr. BIANCA, *Il contratto*, cit., 473; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 112; PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 150; OPPO, *Principi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da BUONOCORE, Torino, 2001, 68; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr.e impr.*, 2000, 924. Criticamente cfr. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 617; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 331, e soprattutto le lucide osservazioni di BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 166.

Cassazione, sovente richiamate al fine di sostenere una lettura della buona fede alla luce del principio solidaristico, emergente dagli artt. 2 e 41 Cost., si risolvono ad un più attento esame in un riferimento meramente retorico della buona fede⁴⁰.

5. Una nuova ermeneutica dell'art. 41 Cost. tra ordinamento comunitario e regole speciali

Nell'evitare le opposte derive di una buona fede ridotta a orpello argomentativo o strumentalizzata a fini espropriativi della volontà dei privati, si rivela opportuno individuare una nuova interpretazione della buona fede direttamente connessa ad una differente lettura dell'art. 41 Cost., il quale, seppur indirettamente, si conferma inevitabile punto di riferimento dell'autonomia privata.

Negli ultimi lustri l'art. 41 Cost. è apparso schiacciato tra norme comunitarie improntate al principio di un'economia di mercato "aperta e in libera concorrenza"⁴¹ e norme ordinarie - spesso derivanti da direttive europee - chiamate a rispondere, pur in maniera frammentata, allo squilibrio tra contraente debole e contraente forte. Risulta altamente sintomatica in proposito la disciplina *antitrust* di cui alla legge n. 287/1990 là dove, benché si affermi emanata in attuazione dell'art. 41 Cost., prevede esplicitamente all'art. 1, 3° cpv., che debba essere interpretata in base ai principi dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza. Per evitare una progressiva obsolescenza della norma costituzionale ispirata, come detto, ad una concezione prettamente organico-dirigista, si rende necessaria una lettura che eviti l'aggravamento della Costituzione da parte del diritto del mercato, costretto altrimenti a guardare ad altre fonti.

⁴⁰ Si vedano *ex multis* il noto «caso Fiuggi» di cui Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296; e inoltre Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Foro pad.*, 2000, I, 347; Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Corr. giur.*, 2003, 174. Per un'analisi puntuale di queste decisioni da cui emerge un rilievo meramente esornativo dell'applicazione del principio di buona fede in chiave solidarista si veda GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 733.

⁴¹ Così del resto recita l'art. 4 del Trattato CE.

A questo fine appare ultronea e inutile la proposta recentemente avanzata dall'agone politico, diretta ad una riforma dell'art. 41 Cost. nel senso di un'implementazione della libertà d'impresa e di una recezione costituzionale del principio di libera concorrenza⁴². Ultronea in quanto la tutela della concorrenza è già presente nel nuovo art. 117 Cost.⁴³, inutile giacché è recepita da numerose norme europee e riconosciuta da una pletora di pronunce della Corte Costituzionale⁴⁴.

Più che una riscrittura si dovrebbe procedere ad una rilettura di tale norma. Infatti, nella sua ambiguità ideologica di fondo l'art. 41 Cost. è incentrato su formule sintetiche quali "iniziativa economica", "utilità sociale", "dignità umana", che fanno riferimento a un modello indeterminato e aperto a letture intrinsecamente dialettiche⁴⁵; peraltro il terzo comma, più analitico, ha prodotto un'unica legge piano (l. n. 48/1967) che ha stabilito l'ordinamento del Ministero della programmazione economica e creato il Cipe.

Vale dunque applicare all'art. 41 Cost. l'insegnamento del Crisafulli⁴⁶ secondo il quale ogni atto normativo va interpretato

⁴² La proposta di legge costituzionale prevede la sostituzione del testo dell'art. 41 cost. con il seguente: «L'iniziativa economica privata è libera e deve svolgersi in condizioni di concorrenza. Chi la intraprende ne è esclusivo responsabile» (Proposta di l. cost. 15 dicembre 2010, *Modifica dell'articolo 41 della Costituzione, concernente la libertà d'iniziativa economica e il principio della concorrenza*). Cfr. TREMONTI, *Liberalizzare: troppe leggi sono la tirannia da abbattere*, cit., 1.

⁴³ Si veda in merito LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir. Annali*, vol. III, Milano, 2010, 195; Id., *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2; ID., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 441.

⁴⁴ In tema cfr. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett.e): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, 4, 3448; 1429. In una prospettiva anche europea, cfr., DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale*, *Dir. Un. Eur.*, 2005, 1, 99

⁴⁵ Sul punto cfr. le osservazioni di D'ALBERTI, *Considerazioni intorno all'art. 41 della Costituzione*, in Aa. Vv., *La Costituzione economica. Prospettive di riforma dell'ordinamento economico*, Ricerca dell'ISLE a cura di D'ANTONIO, Milano, 1985, 144; e LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 83.

⁴⁶ Cfr. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 51.

magis ut valeat, ossia al meglio delle sue capacità espansive⁴⁷. Non apparirebbe quindi eversiva un'esegesi della suddetta norma che, in conformità con l'ordito costituzionale, possa legittimare la formazione di sotto-sistemi legislativi socialmente volti a evitare indebiti squilibri nei contratti, ma pur sempre orientati al buon funzionamento del mercato di cui la Costituzione «diffida nel momento stesso in cui lo difende»⁴⁸. Del resto il limite della libertà individuato nel comma 2 dell'art. 41 Cost. può certamente intendersi nel senso di evitare il pregiudizio della libertà d'iniziativa economica degli altri operatori del mercato⁴⁹.

Il collegamento tra buona fede e Costituzione è quindi sì presente, ma derivante, più che dal valore enunciato dall'art. 2 Cost.⁵⁰, da una lettura del dovere privato di solidarietà alla luce del dovere pubblico di rimuovere gli ostacoli fattuali di ordine economico e sociale previsto dall'art. 3, comma 2, Cost.⁵¹, e

⁴⁷ Tale principio, cardine della scienza interpretativa civilistica (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*, Iul. l. 12 D. *de rebus dubiis* 34, 5), è codificato anche in diversi ordinamenti nazionali ed sovranazionali, infatti si rinviene, oltre che nell'art. 1367 c.c. e nei corrispondenti artt. 1157 del *code civil* e 1284 del *código civil* spagnolo, anche all'art. 5.101 dei *Pecl*, all'art. 4.1 degli *Unidroit Principles*, e nel recente *Draft* all'art. II – 8:101.

⁴⁸ Così G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7.

⁴⁹ Sul punto si vedano le approfondite riflessioni di PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 328, laddove afferma che «Il “valore” sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche non è (...) la “libertà di mercato” idonea di per sé, a incidere su altri interessi primari: la salute, la sicurezza ecc.); il valore “presupposto” dalla nostra Costituzione è, piuttosto, la libertà di iniziativa economica privata, nella configurazione positiva che essa ha nel primo e nel secondo comma dell'art. 41; e da cui discende, in quei medesimi limiti la “libertà del mercato”».

⁵⁰ Si veda sul punto BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 556; RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, cit., 9; DI MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, cit., 1991, 793; BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, cit., 505).

⁵¹ Sul dibattito relativo all'immediata precettività dell'art. 3, cpv., Cost., sugli atti di autonomia privata si veda RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966; GALOPPINI, *Osservazioni sul principio di parità di trattamento nel diritto privato*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, t. II, 7; RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971; BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Bari, 1973; LIPARI (a cura di), *Diritto privato: una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974; PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, n. 3, 724.

soprattutto dal principio di libertà e consapevolezza della scelta desumibile dal limite della libertà posto all'iniziativa privata dall'art. 41, cpv., Cost.⁵². Per la qual ragione l'idea che il contratto possa essere utilizzato in funzione di giustizia, nel senso di una restrizione della libertà contrattuale in favore della tutela delle parti deboli, è perseguita in modo da assicurare a tutti i consociati, individualmente considerati, pari *chances* di partenza nel conflitto sociale, secondo un modello di giustizia distributiva già presente nel codice agli artt. 1447 e 1448 c.c.⁵³.

Dunque l'iniziativa economica a cui è riconducibile l'autonomia contrattuale non può essere vulnerata da un

⁵² La Corte Cost. nella sentenza del 15 maggio 1990, n. 241, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2785, ha peraltro precisato che «il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., (...) va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie». In merito alla rimozione degli ostacoli limitativi dell'uguaglianza si rinvia su tutti a ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 3; e DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, ivi, 5. La lettura dell'art. 41, cpv., Cost. come specificazione dell'art. 2 Cost. è approfondita da OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA. VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano 1990, 66; IRTI, *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 115. Per una differente prospettiva si vedano GALGANO, *Art. 41*, in GALGANO - RODOTÀ, *Rapporti economici*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1982, 11; DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico. Appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, 335. In generale sulla problematica relativa alla tutela costituzionale dell'autonomia privata si rinvia a LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano, 1971, *passim*, e MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 1.

⁵³ Si vedano in argomento il contributo portato dal Manifesto che una comunità di giuristi europei (*Study Group on Social Justice in European Private Law*) ha sottoscritto per affermare il contenuto di giustizia sociale proprio del diritto civile, e del diritto contrattuale in particolare, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *Eur. L. J.*, 2004, 653. Il manifesto è stato pubblicato in Italia nel 2005, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005; SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007; BARCELLONA, *L'«idea sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 717. Per una differente prospettiva si rinvia alla lettura di SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787, e PH. FABBIO, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in OLIVIERI - ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma - Bari, 2008, 153.

oltremodo invasivo controllo giudiziale dell'equilibrio negoziale, che violerebbe esso stesso la tutela costituzionale ponendosi oltre i limiti riconosciuti *ex art. 41, cpv., Cost.*⁵⁴, pregiudicando ad esempio quelle situazioni idiosincratiche in cui l'iniquità dello scambio sussiste senza la concorrente presenza di condizioni di difficoltà economica o informativa di una parte, in quanto corrispondente alla volontà delle parti⁵⁵.

È quindi il sistema giuridico stesso a fornire le direttive di composizione dei conflitti che la buona fede è deputata a definire, secondo un'assiologia che coniuga il piano del mercato con un piano valoriale di funzionalizzazione sociale⁵⁶. Peraltro anche adottando una prospettiva *law and economics* si nota che le più avanzate versioni dell'analisi economica del diritto dimostrano come l'utilitarismo comprenda le ragioni della giustizia distributiva, osservando come la buona fede permetta di reagire ai fallimenti del mercato in modo da ridurre le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalle asimmetrie

⁵⁴ In proposito MENGONI, in *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 4, afferma che i principi costituzionali «possono vincolare la libertà di contratto solo con la mediazione della legge e nella misura in cui sono specificati dalla disciplina legale degli atti di autonomia». Con riferimento all'imprescindibile contesto europeo relativo ai limiti all'autonomia dei privati si veda l'analisi di NATALI, *Tutela della libertà d'impresa, nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza*, in *Contr.*, 2004, 729.

⁵⁵ Si pensi al caso di un collezionista stravagante disposto a pagare un prezzo spropositato rispetto a quello di mercato pur di accaparrarsi quello specifico oggetto. Nell'ordinamento anglosassone il contratto, visto come espressione della *sovereign party intention*, riconosce tutela in caso di sproporzione dello scambio solo nel caso in cui lo squilibrio del sinallagma sia derivato da un'anomalia in sede di manifestazione della volontà ovvero mostri la sussistenza di un grave stato di debolezza di una parte. Si veda in merito TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, 1993, 116. In particolare si noti come nella legislazione statunitense lo *Uniform Commercial Code (Section 2 - 302)* ed il *Restatement* in materia contrattuale abbiano esteso il vaglio giudiziale relativo al contenuto negoziale, assegnando rilevanza alle disparità contrattuali prodotte in presenza di *unconscionability* ogni qualvolta una clausola appaia iniqua, avendo riguardo al generale contesto commerciale e alle esigenze specifiche di un determinato negozio.

⁵⁶ Si veda in merito NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 529, e SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 482.

informative che incidono su un'adeguata valutazione della convenienza dell'affare⁵⁷.

La relazione tra legge e mercato si sviluppa dunque su un piano che vede le sperequazioni sociali derivare dalla discrasia tra le prassi contrattuali e l'autentico paradigma del libero scambio. Di conseguenza si riserva alla legge l'ufficio di riconoscere e salvaguardare ai privati la libertà dell'*an* e del *quommodo* del contratto, facendo sì che la distribuzione della ricchezza sia governata dalle regole del mercato affrancato da situazioni anticoncorrenziali, perturbazioni della razionalità economica e asimmetrie cognitive. Queste ultime, infatti, potrebbero condurre la parte debole a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe concluso, a concluderlo a condizioni differenti da quelle alle quali l'avrebbe stipulato o a non concludere un contratto che altrimenti avrebbe stipulato.

La buona fede è dunque chiamata a farsi interprete di una sensibilità che promuove la libertà contrattuale sostanziale inverando sia i principi di trasparenza e del consenso consapevole e informato, attraverso la previsione dei c.d. doveri di informazione⁵⁸, sia la tutela della capacità di

⁵⁷ Le stesse indagini giuseconomiche riconoscono la conciliazione tra una politica concorrenziale e la tutela del consumatore all'insegna della buona fede oggettiva purché le forme redistributive operate attraverso il diritto dei contratti implicino sempre un controllo rigoroso dell'effettività della misura adottata. Si esclude infatti che si possa rispondere alle istanze distributive facendo leva solamente nella fiscalità pubblica. Allorché il problema della redistribuzione si pone rispetto a classi di soggetti (consumatori, lavoratori, ecc...), allora le regole del diritto privato in genere, e quelle del diritto dei contratti in particolare, «possono essere uno strumento efficace e desiderabile anche sul piano dell'efficienza» come afferma SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 330. Più in particolare si vedano su tutti POSNER, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, in *Yale L. J.*, Yale, 2003, 112, 829, e VICKERS, *Economics for consumer policy*, speech to the British Academy Keynes Lecture, 2003, disponibile al sito www.offt.gov.uk. In merito al problema delle asimmetrie informative si veda l'approfondita analisi di PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, in COMANDÉ (a cura di), *Diritto privato europeo e diritto fondamentali*, Torino, 2004, 149.

⁵⁸ Sul tema della asimmetria informativa nel diritto contrattuale e l'equivalenza tra difesa del consumatore e tutela della sua libertà di preferenza si vedano le analisi DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; GENTILI *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*,

autodeterminazione, necessaria a consentire al contraente debole di scegliere in maniera efficiente i beni e i servizi offerti⁵⁹. Poiché la giustizia in sé rappresenta un miraggio in quanto «*il giudizio uman come spesso erra*»⁶⁰, non appare possibile determinare obiettivamente il prezzo giusto utilizzando un riferimento ontico quale il valore intrinseco o d'uso del bene, se non imponendolo alle parti. Di conseguenza si avrà un contratto giusto se il processo formativo che origina le previsioni contrattuali sarà condotto all'insegna della pari libertà e consapevolezza della scelta tra le parti⁶¹. L'ingerenza giudiziale risulterà ammissibile unicamente a fronte di squilibri della parità sostanziale dei contraenti o qualora emergano dei diritti primari della persona, *in primis* la dignità, posta insieme alla sicurezza e alla libertà come limite dell'iniziativa di mercato dall'art. 41, cpv., Cost.⁶².

2004, 555; IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 139. Sull'idoneità di un'asimmetrica distribuzione delle informazioni di causare effetti anche di grave alterazione del mercato si veda il fondamentale apporto di AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics* (The MIT Press), vol. LXXXIV, 1970, 488.

⁵⁹ Si vedano in merito le lucide osservazioni di BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 66; e Di Giovanni, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998. Per il substrato economico si rinvia alle teorie neoclassiche espresse tra gli altri in STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e merc.*, 2000, 3.

⁶⁰ ARIOSTO, *Orlando furioso*, I, ottava 7.

⁶¹ In proposito si rinvia alle approfondite riflessioni di IRTI, *Persona e mercato*, in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 101, che richiama le analisi di VON HAYEK, *Verso la schiavitù*, trad. it. di COSTANZI, Milano, 1948, 66; ID., *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. di MONATERI, Milano, 1994, 316; EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1948, 8.

⁶² Vale ricordare come in merito non si ravvisi univocità nel formante dottrinario. Infatti mentre alcuni riconoscono nel perseguimento del massimo profitto il valore unico e ultimo cui devono tendere le dinamiche mercantili, sostenendo l'equazione tra libero mercato e utilità sociale (cfr. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 441; OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, t. II, 543; SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, t. II, 421, e, in posizione differente MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in D'ANGELO – MONATERI – SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 57).

Peraltro anche le proposte funzionali al processo di armonizzazione europea del diritto contrattuale prodotte dal formante dottrinario non appaiano sorde al richiamo di una buona fede dal respiro “costituzionale”. Infatti, nel recente *Draft* si afferma che il contratto può essere vincolato solo al fine di stabilire il presupposto di un’autodeterminazione non iniquamente distorta, in modo da preservare i principi di libertà e giustizia che si compongono nel rispetto delle condizioni di un effettivo e paritario esercizio dell’autonomia negoziale, e altresì sull’istanza della *security* contrattuale⁶⁵. La buona fede è elevata quindi a “lampada di Diogene”, quale regola generale di riferimento da perseguire utilizzando le direttrici rappresentate dalle libertà fondamentali, dai diritti umani e da «ogni legge costituzionale applicabile», alla luce delle quali si devono interpretare le norme del *Draft* (art. I - 1:102)⁶⁴.

L’indirizzo europeo prospetta dunque una buona fede come espressione della funzione di “socialità mercantile” assegnata al diritto privato, allo scopo di perseguire il fine dichiarato di bilanciare le istanze del libero mercato e dell’equa concorrenza

Un’altra scuola dottritaria adotta un concetto sintetico di mercato che deve tendere, oltre al raggiungimento di un assetto libero ed efficiente, alla tutela dei diritti fondamentali della persona, rispondendo agli squilibri macroeconomici con la salvaguardia del quadro assiologico valoriale (così NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 529; BUSNELLI, *Conclusioni*, in Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 161; ID., *Carta dei Diritti e autonomia privata*, in VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione europea*, Padova, 2005, 59; SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, cit., 482).

⁶⁵ Si precisa che all’interno del *Draft* si distinguono due categorie di principi: *underlying principles* e *overridings principles*, la prima include i principi di libertà, sicurezza, giustizia ed efficienza, mentre la seconda comprende i principi di protezione dei diritti umani, di promozione della solidarietà e della responsabilità sociale, di salvaguardia della diversità culturale e linguistica, della difesa e promozione del *welfare*, degli incentivi alla formazione del mercato interno. Per una più dettagliata descrizione si rinvia a VON BAR, BEALE, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monaco, 2009, 57.

⁶⁴ Sul rilievo dei principi fondamentali del *Draft* e la loro connessione con i principi comunitari si veda l’analisi di BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel “comune quadro di riferimento europeo”* (*Draft Common Frame of Reference*), in *Contr.*, 2010, 99.

con un approccio che contempra le istanze di tutte le possibili parti deboli⁶⁵.

6. L'art. 1366 c.c. come "ghiandola pineale"

Tentando di tratteggiare una prospettiva di tutela che superi le distinzioni particolareggianti delle fattispecie per pervadere l'intera area contrattuale, risulta necessario individuare un riferimento normativo che possa fungere da collegamento tra principi costituzionali e regole settoriali, che possa unire, come la cartesiana ghiandola pineale, l'"anima" e il "corpo" dell'ordinamento. È possibile rintracciare tale parametro sostanziale utilizzando la chiave rappresentata dall'art. 1366 c.c. quale vettore tra le regole speciali e i principi, in modo da "misurare" alla luce dei diritti e delle libertà fondamentali dell'ordinamento anche le circostanze del caso concreto in contratti non aprioristicamente ascrivibili in uno dei tipi previsti⁶⁶.

Appare dunque utile e necessario, fuggendo visioni parziali, individuare un livello alto di astrazione e generalizzazione soggettiva attraverso il ruolo delle clausole generali che possano concretizzare i principi nel dialogo con le sottocategorie.

⁶⁵ Precisando l'obiettivo nell'introduzione all'ultima versione, in senso "relativistico", si legge: «*It is clear that the DCFR does not perceive private law, and in particular contract law, as merely the balancing of private law relations between equally strong natural and legal persons. But different readers may have different interpretations of, and views on, the extent to which the DCFR suggest the correction of market failures or contains elements of "social justice" and protection for weaker parties*». Così VON BAR, BEALE, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, cit., 10. Si vedano in merito le riflessioni critiche di BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 303; e MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Persona e Mercato*, 2011, 12.

⁶⁶ Tale costruzione è prospettata da BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, *passim*; EAD., *L'interpretazione del contratto*, in SCHELSINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 1991, 208; EAD., *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994, 153; EAD., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1988, 170. Si veda inoltre BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, Torino, 1986, I, 2, 792.

L'obiettivo prefissato è quello di giungere anche in quegli spazi esclusi dalla razionalizzazione funzionale in cui tuttavia lo strumento contrattuale è funzionale a scopi di pura sopraffazione, sorretto da motivazioni emulative o antieconomiche⁶⁷. Nell'ambito di una complessità mobile del diritto emerge quindi un quadro multilivello, in cui al rapporto generalità-specialità non corrisponde più biunivocamente il rapporto integrazione-deroga, dal momento che è possibile rintracciare nuclei normativi trasversali pseudosettoriali che superano i tradizionali steccati, aggregandosi attorno a principi comuni che sorgono da essi per riannodarsi attraverso le clausole generali ad un'accezione affermativa della libertà in linea con i diritti costituzionali⁶⁸.

All'interno di tali direttrici il giudice, in ossequio all'art. 1366 c.c., dovrà dunque appurare se il regolamento contrattuale sia stato in concreto inficiato dalla disparità contrattuale tramite l'abuso di una posizione di forza, e intervenire nel quadro delle clausole generali del diritto civile: si realizza dunque una comunione tra i criteri esegetici rappresentati dai principi espressi nella Costituzione e ora anche dalla Carta dei diritti fondamentali della UE, invernati e filtrati dalla buona fede, e la salvaguardia della comune e paritaria intenzione delle parti⁶⁹.

⁶⁷ I principali indirizzi attorno ai quali si sono polarizzate le varie posizioni dottrinali vedono da un lato chi afferma un generalizzato dominio mercantile, dall'altro chi individua nelle clausole generali un'espansione dell'autonomia dei codici civili. Si vedano in proposito MONATERI, *Ripensare il contratto: per una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409; MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1036; e per un quadro d'insieme cfr. BUSNELLI, *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, in VETTORI (a cura di), *Contratto e costituzione europea*, Padova, 2005, 59.

⁶⁸ Oltre alle varie leggi speciali il principio di giustizia negli scambi contrattuali o per meglio dire di proporzionalità è ricavabile nel codice civile dagli artt. 2873, comma 2, 2875, 1941, comma 1 e 3, art. 1448, mentre la spinta verso una "parità di trattamento" si ricava già nella fornitura di beni e servizi da parte del monopolista (art. 2597 c.c.), nei servizi di trasporto (art. 1679 c.c.), oltre che nella disciplina di tutela dei consumatori prevista già agli artt. 1339, 1341, 1342, 1370, 1525, 1526 c.c..

⁶⁹ Sul punto si rinvia alle approfondite osservazioni di VETTORI, *L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 675; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 531; BUSNELLI, *Carta dei Diritti e autonomia privata*, cit., 59.

Tale procedimento non dovrà certo effettuarsi ricomponendo presuntivamente la volontà dei contraenti, bensì ricostruendo ciò che le parti avrebbero dovuto prevedere nel contratto usando buona fede⁷⁰. Questa infatti può fungere da comune denominatore che, attraverso il filtro dell'art. 1366 c.c., connette e armonizza la disciplina generale e quella speciale all'interno di un sistema complesso e reticolare di tutela, conformando per mezzo di un complessivo giudizio di congruità e rilevanza la specifica regola contrattuale all'assetto di interessi dei contraenti: si effettua così un'indagine che muovendo dalle norme speciali risale ai principi generali dell'ordinamento⁷¹. L'uso delle clausole generali permette quindi, grazie alla loro funzione di collante tra le previsioni particolari e l'assetto valoriale dell'ordinamento, di ricostruire *in casibus* il contenuto dell'obbligo applicabile in assenza di una previsione normativa astratta, attraverso una sorta di fenomenologia della buona fede che, alla stregua dello spirito assoluto⁷², muove dalle fattispecie concrete ai principi per

⁷⁰ Si veda in merito su tutti CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, cit., 54.

⁷¹ Sul punto si veda BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, cit., 179; Ead., *L'interpretazione del contratto*, cit., 208; EAD., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, cit., 41 e 73, laddove afferma che la valutazione del regolamento contrattuale «potrà esaurirsi o in un giudizio di conformità del negozio al principio stesso, lasciando intatta la regolamentazione accertata *stricti iuris*, ovvero in un giudizio di non conformità, lasciando, allora, al giudice il compito di conferire al contratto quella particolare colorazione che la regola di buona fede è capace di attribuirgli e, perciò (...) l'unico significato che esso può assumere tenuto conto delle posizioni reciproche delle parti e delle circostanze in ordine alle e nelle quali il regolamento stesso è destinato ad operare, conformemente ai principi generali dell'ordinamento giuridico». In generale sul vigore e sulla continua attualità del codice ed in particolare della parte generale del diritto dei contratti si vedano le riflessioni di BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, in AA. VV., *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglese e italiana a confronto*, Milano, 1983, 211, e Gorgoni, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, 211.

⁷² In proposito vale qui osservare come lo stesso HEGEL nel § 236 dei *Lineamenti della filosofia del diritto* (a cura di CICERO, Milano, 2006, 395) si sofferma sul carattere di reciprocità dei rapporti tra produttori e consumatori, da cui deriva il rifiuto della contrapposizione tra tutela dei consumatori e difesa del sistema concorrenziale di mercato, come conferma Irti, *La fondazione hegeliana del "diritto dei consumatori"*, SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Milano, 475.

rinnovarsi nelle regole speciali. In merito una recentissima pronuncia della Cassazione ha infatti sottolineato «l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informatori o fondanti dell'ordinamento stesso»⁷³.

La valenza della buona fede si esprime dunque quale strumento capace di adattarsi a una realtà mutevole e volto a preservare le ragioni di un sistema giuridico aperto. Questo si presenta saldamente imperniato nella disciplina codicistica e implementato dalle normative speciali, con radici costituzionali e sovranazionali che donano linfa all'intero impianto di regole suscettibili di reciproca integrazione, componendo dunque un sistema in circolare e virtuoso movimento⁷⁴.

⁷³ Così la Cass., 1° aprile 2011, n. 7557, in *Guida al dir.*, 2011, 23, 72 la quale osserva che «i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente ed alla liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti: in tal senso dovendosi ormai intendere la nozione di "ordinamento giuridico", cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati».

⁷⁴ Peraltro la dialettica tra libertà economica e diritti sociali, vive di un continuo dialogo tra Corte di Giustizia e Corti nazionali, come testimoniato diffusamente da MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009, 37; PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra costituzione e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 401; SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Persona e Mercato*, 2011, 127; . Per un'approfondita disamina del ruolo dei principi costituzionali nel diritto privato si vedano BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 687; MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 322; MAZZAMUTO - NIVARRA, *Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano*, in AA. VV., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 742. L'apertura alle clausole generali da parte del diritto europeo è sottolineato ancora da BRECCIA, *Considerazioni sul diritto private sovranazionale tra modelli interpretative e regole effettive*, in AA. VV., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 147; MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno. Diritto privato. Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, 509; VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., 133; BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 548; e più recentemente, ID., *La faticosa evoluzione dei principi*

Il quadro assiologico espresso dagli artt. 3, cpv., e 41, cpv., Cost., e dalla Carta dei diritti UE - preludio di una futura Costituzione comunitaria - rappresenta l'indispensabile riferimento valoriale per l'ambito operativo della buona fede nella sua interazione con un contesto di mercato multirelazionale⁷⁵.

7. Conclusioni

Risulta dunque un "diritto civile costituzionale" derivante dal superamento della distinzione tra norme di rango ordinario e costituzionale; di conseguenza le direttrici costituzionali fungono da architettura essenziale ai fini dell'armonizzazione complessiva, comprendendo in un'ottica garantista anche le logiche di razionalità economica.

Un ritorno alla «virtù dei principi»⁷⁶ non appare eversivo rispetto alle esigenze mercantili: qualora si avesse cura di seguire il precetto scolastico *distingue frequenter*⁷⁷ si noterebbe infatti che l'antitesi tra giustizia contrattuale e mercato concorrenziale non presenta necessariamente i caratteri dell'assolutezza. Infatti, in via logica il mercato libero esige per attuarsi che la medesima

europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali, cit., 287.

⁷⁵ Inevitabili sono i riferimenti ai diversi modelli offerti dall'ordoliberalismo tedesco (cfr. ROPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*, Bologna, 2004) dal liberalismo economico (cfr. AA.VV., *Luigi Einaudi: Libertà economica e coesione sociale*, a cura di Gigliobianco, Roma – Bari, 2011), oltre che dalla Dottrina sociale della Chiesa (cfr. Compendio di dottrina sociale della Chiesa, 2004, oltre all'Enciclica di Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, 2009).

⁷⁶ L'espressione è di OPPO, *Principi*, in Buonocore (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, sez. I, t. I, Torino, 2001, 46. Si vedano in merito anche BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., *passim*; PANETTI, *Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 528; NATALI, *Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza*, in *Contr.*, 2004, 730.

⁷⁷ Ovvero se si pone mente all'ammonimento dantesco per cui «*quelli è tra li stolti bene a basso, che senza distinzione afferma e nega ne l'un così come ne l'altro passo*», *Paradiso*, XIII, 115-117.

libertà qualifichi i contraenti, la cui scelta deve essere consapevole e scevra da costrizioni, in modo da raggiungere il massimo risultato di soddisfazione al minimo prezzo possibile. Autonomia contrattuale e giustizia costituiscono le finalità compatibili nell'ambito del medesimo sistema normativo, in quanto è possibile sviluppare una logica competitiva solamente con alcuni limitati controlli legali, ancorati alle tutele costituzionali dei diritti individuali nelle aree di alta conflittualità⁷⁸. Peraltro è opportuno sottolineare come la gerarchia valoriale costituzionale sia naturalmente mutevole e duttile, prestandosi particolarmente alle esigenze regolative delle circostanze concrete, in modo da poter effettuare il bilanciamento delle ragioni di efficienza con quelle di giustizia nella dimensione applicativa del caso singolo⁷⁹.

Vale affermare dunque una persistente vitalità dell'art. 41 Cost. in cui autoregolamentazione economica, ovvero libera iniziativa privata, ed etero-determinazione politica - utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana - sono esaltate dal collegamento con l'art. 3, comma 2, Cost., realizzando quell'osmosi virtuosa tra regolamentazione e concorrenza, che legittima l'adozione di misure limitative dell'autonomia privata al fine di correggere i fattori di *market failure*.

Il ruolo "portante" nell'orientare il mercato di una buona fede quale serbatoio dei canoni assiologici di derivazione costituzionale trova conferma a chiare lettere nel *Draft*, in cui si assegna un marcato rilievo giuridico ai principi generali. Questo accade là dove il già visto art. I - 1:102 precisa che tutte le norme contenute in tale testo debbano interpretarsi in modo da salvaguardare i diritti umani, le libertà fondamentali e le tradizioni costituzionali comuni, e l'art. II - 7:301 si spinge fino a

⁷⁸ Come sostiene MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, cit., 24 «Non sembra, pertanto, che il diritto europeo incentivi fino in fondo l'idea dell'individuo astratto dalla società la cui attività economica deve essere informata al liberismo estremo e neppure l'idea del mercato onnivoro del c.d. terzo capitalismo, ma piuttosto rivela una insospettata sensibilità per le istanze sociali sia sul piano "costituzionale", valorizzando i diritti fondamentali, sia sul piano degli strumenti di *policy*, ricorrendo a regimi di mercato alternativi a quello concorrenziale».

⁷⁹ Sul punto si rinvia alle lucide osservazioni di ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 182, e MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 116.

comminare la nullità dei contratti che violino «un principio riconosciuto come fondamentale negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea»⁸⁰.

Il rapporto tra libertà del mercato ed esigenze di giustizia, che appare *prima facie* inconciliabile, si rivela quindi componibile solo dalla razionalità dell'assiologia valoriale, idonea a ripristinare la premessa egalaritaria alla base della formula *qui dit contractuel dit juste*. Il sistema economico sembrerebbe quindi riappropriarsi della logica del mercato, rispetto al quale lo Stato, nell'ambito di una teoria garantista del diritto civile, dovrebbe limitarsi a porre regole di correttezza e trasparenza⁸¹, facendo in modo, per tornare alle suggestioni del titolo del profilo, che l'autonomia contrattuale scopa nel proprio limite l'utilità del limite stesso⁸².

⁸⁰ In merito vale osservare come «L'ampio spettro delle origini dei principi fondamentali di rilevanza europea soprattutto si concentra, dunque, su di un quadruplice ordine di fattori: Trattati UE e CE; convenzioni internazionali; tradizioni costituzionali; direttive "civili" degli Stati che aderiscono all'Europa. Questi fattori concorrenti (non c'è, infatti, una formale gerarchia, ma una rete di rinvii: da ordinarsi in base a criteri assiologici di natura materiale) trovano, o dovrebbero trovare, un momento primario di "armonizzazione" nella giurisprudenza (...)». Così BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo"* (Draft Common Frame of Reference), cit., 100.

⁸¹ Cfr. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 476; MENGONI, in *Persona e mercato*, a cura di Vettori, Padova, 1996, 35; IRTI, *Persona e mercato*, a cura di VETTORI, Padova, 1996, 9; ID., *Concetto giuridico del mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 185, e in parzialmente diversa prospettiva le riflessioni di FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 11. Riecheggiano le parole di Luigi Einaudi allorché afferma che «l'uomo liberale non si oppone alla estensione del metodo dei vincoli, delle norme obbligatorie dai campi già regolati dal diritto romano a quello dei rapporti economici e sociali nati nelle età moderne; ma vuole che i vincoli siano uguali per tutti, oggettivamente fissati e non arbitrari» (EINAUDI, *Discorso elementare sulle somiglianze e sulle dissomiglianze fra liberalismo e socialismo*, in ID., *Prediche inutili*, IV, Torino, 1957, 218).

⁸² Come affermava LECLERCQ in *Liberté et vérité*, 1954, «*La contrainte en elle-même est deminutive de la liberté; mais il faut que, sur un autre point, elle crée de la liberté*». Del resto già KANT nella *Metafisica dei costumi* osservava come la coercizione medesima si accordi con la libertà se la si intende come repressione di un impedimento della libertà.

LIMITI ALL'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA E TUTELA DEL LAVORATORE SUBORDINATO: IL RUOLO DELLE C.D. "CLAUSOLE SOCIALI"

Stefano Costantini

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
nell'Università di Genova*

L'indagine ha ad oggetto il rapporto fra la disciplina delle c.d. "clausole sociali" ed il principio della libertà dell'iniziativa economica, e, più in particolare, il rapporto fra diritti sociali, libertà dell'iniziativa economica e disciplina della concorrenza. Le indicazioni che giungono dalla giurisprudenza comunitaria inducono a riflettere sulla legittimità di questo modello di politica legislativa, consolidato nell'ordinamento interno.

This essay is based on the analysis of the relationship between the so-called "labour clauses" and the principle of economic freedom and, particularly, the relation between social rights, the free enterprise and the regulation of concurrency. Recent judgments of the European Court of Justice lead us to think about the legitimacy of this model of legislative policy, well-established in the domestic legal system.

Sommario

1. Ambito dell'indagine
 - 1.1. Campo di applicazione dell'art. 41 Cost.
 - 1.2. Contenuto della libertà d'iniziativa economica
 - 1.3. Natura dei limiti della libertà d'iniziativa economica
 - 1.4. Rapporto fra libertà d'iniziativa economica e libertà di concorrenza
 - 1.5. Itinerario della ricerca
2. Le clausole sociali di "prima generazione": l'art. 36, l. n. 300/1970, ed il principio di libera iniziativa economica
 - 2.1. Le clausole sociali di prima generazione nei "mercati fisicamente limitati"
 - 2.2. Il trattamento dei lavoratori dipendenti come potenziale "barriera all'entrata" per i *new comers*
 - 2.3. La Corte di Giustizia e le clausole sociali di prima generazione
 - 2.4. Dalla libertà di concorrenza alla libertà di prestare servizi
3. Le clausole sociali di "seconda generazione": la tutela dei livelli occupazionali ed il principio di libera iniziativa economica
 - 3.1. Successione cronologica nell'appalto e trasferimento d'azienda

- 3.2. Tutela dei livelli occupazionali e libertà d'iniziativa economica nelle sentenze della Corte Costituzionale
- 3.3. L'impatto del diritto dell'UE sulle clausole di seconda generazione
 - 3.3.1. Gli spazi a disposizione della contrattazione collettiva nella tutela dell'occupazione dei lavoratori
 - 3.3.2. Il principio della libera prestazione di servizi e la tutela dei livelli occupazionali
- 4. Considerazioni conclusive

1. Ambito dell'indagine

Nel nostro ordinamento vi sono disposizioni di legge che impongono l'onere di garantire ai lavoratori una tutela economica e normativa minima, attraverso l'osservanza dei contratti collettivi di lavoro, alle imprese che intendano usufruire dei provvedimenti di concessione di benefici e agevolazioni di carattere finanziario o creditizio accordati dallo Stato, o che vogliano acquisire appalti e concessioni pubbliche. Sono presenti, inoltre, disposizioni tese a regolare gli effetti sociali dei processi di liberalizzazione del mercato e di privatizzazione delle imprese operanti in determinati settori dell'economia, (anche) attraverso l'imposizione alle imprese dell'obbligo di garantire l'occupazione ai lavoratori coinvolti. Siffatte disposizioni, sebbene differenti fra loro per natura e funzione, sono tutte egualmente riconducibili al modello di politica legislativa delle clausole sociali¹.

È di tutta evidenza che le clausole sociali, volte alla tutela del diritto al lavoro, inteso nel duplice senso di diritto a condizioni di lavoro dignitose e di diritto all'occupazione, possono entrare in conflitto con la libertà d'iniziativa economica dell'impresa. Al fine di verificare se queste clausole possano essere considerate legittime e quale sia il limite massimo entro cui può essere costretta la tutela della libertà d'iniziativa, a fronte della salvaguardia dei diritti sociali, appare necessario svolgere qualche considerazione preliminare sul significato del principio di libera iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost.: una disposizione complessa, che ha dato adito a molteplici interpretazioni, di cui non è possibile dare conto in questa sede². Ci si limiterà, pertanto, a riepilogarle brevemente.

¹ Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, 133 ss.

² Sull'art. 41 Cost., cfr. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, voce *Enc. Dir.*, Vol. XXI, 582 ss.; GALGANO, *Sub Art. 41*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, t. II, Art. 41-44, Bologna-Roma, 1982, 1 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, 309 ss.

1.1. Campo di applicazione dell'art. 41 Cost.

Una prima questione, sulla quale si sono manifestate opinioni contrastanti, riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 41 Cost.

A noi pare di dover accogliere l'opinione secondo cui la disposizione in esame non si riferisce ad ogni attività economica, ma esclusivamente all'impresa. Quest'affermazione contiene un'approssimazione. La dottrina³, infatti, ha rilevato che, nonostante l'espressione "iniziativa economica" sia usata indifferentemente come sinonimo di "impresa" nei lavori preparatori della Costituzione⁴, non ci può essere perfetta coincidenza fra il concetto di "iniziativa economica" e quello di "impresa", poiché esistono attività economiche non esercitate professionalmente e comunque non organizzate⁵.

In questa sede, tuttavia, quest'approssimazione sembra accettabile, nel senso che far coincidere l'attività economica con l'impresa fa sì che non sia possibile ritenere che l'ambito di applicazione dell'art. 41 Cost. si estenda ad ogni attività avente finalità economiche: in particolare, è sufficiente a respingere la tesi che riconduce nell'ambito dell'art. 41 Cost. il lavoro subordinato⁶. Infatti, per quanto certamente anche il lavoro

³ Per tutti, cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 70.

⁴ Cfr. Atti dell'Assemblea Costituente, III Sottocommissione, 16° seduta antimeridiana, martedì 1° ottobre 1946, 107-115.

V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 71; cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 11-12; OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 315; MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, voce *Enc. Giur. Trec.*, par. 3. È dubbio se le prestazioni di lavoro autonomo e le professioni liberali siano protette dall'"ombrello" dell'art. 41 Cost. (in tal senso BELVISO, *Il concetto d'iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, 157), ovvero se rientrino nella protezione accordata dagli artt. 4, c. 1, (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 70), e 35 Cost. (ICHINO, *Il contratto di lavoro*, t. I, Milano, 2000, 3 ss.). Cfr. anche OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 317-318, e PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, par. 4.2.1.

⁶ Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 69 ss., e BARRESI - COMUNALE, *Libertà d'iniziativa economica e utilità sociale (il problema della c.d. funzionalizzazione dell'impresa privata)*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 212, nota 14 (i quali rilevano che «l'iniziativa economica non è certo dei lavoratori subordinati. In che cosa consisterebbe per tali soggetti la libertà d'iniziativa? Come potrebbero contrastare, nell'esplicazione della loro attività, l'utilità sociale?»). Cfr. anche MORBIDELLI, *Iniziativa economica*, cit., par. 3. In termini più dubitativi, cfr. PERA,

subordinato sia un'attività con finalità economiche, i lavoratori dipendenti sono «destinatari di specifiche disposizioni costituzionali, idonee per contenuto a distinguersi in modo netto da (e talora anche a contrapporsi a) quelle dedicate (...) alla controparte datoriale»⁷.

1.2. Contenuto della libertà d'iniziativa economica

Per quanto riguarda il contenuto della libertà d'iniziativa economica (altra questione ampiamente dibattuta), sembra di poter accogliere l'opinione secondo cui questa consiste non solo nella libertà dell'impresa di decidere se intraprendere un'attività economica, ma anche in quella di organizzarla: la libertà d'iniziativa economica è, quindi, la libertà «di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre»⁸. In altri termini, l'art. 41, comma 1, Cost. tutela sia la fase propulsiva, sia la fase di svolgimento dell'attività economica.

Non sembra, invece, convincente l'opinione che separa la libertà dell'iniziativa economica, sancita dall'art. 41, comma 1, Cost., riferendola alla sola fase propulsiva, dallo svolgimento dell'attività, che sarebbe invece regolato dall'art. 41, comma 2 e 3, Cost.⁹.

Da un lato, come ha rilevato la dottrina, quest'ultima tesi non ha saldo fondamento, non potendosi trovare a sostegno di essa,

Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro, ristampa con appendice, Milano, 1970, 132, nota 108. Di opinione contraria, M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 151; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, t. I, Torino, 1965, 295; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova, 1992, 465.

⁷ PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.1. Per converso, gli imprenditori possono essere esclusi dal novero dei destinatari dell'art. 4 Cost.: cfr. G. U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. Pubb.*, 2009, 21 ss.

⁸ GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 4. Cfr. anche M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 152.

⁹ Cfr. BALDASSARRE, voce *Iniziativa*, cit., par. 7, secondo cui l'iniziativa economica ed il suo svolgimento sono «disciplinati separatamente dai primi due commi dell'art. 41» Cost.; invece, «l'attività economica in tutta la sua estensione, dal suo inizio fino al suo completo spiegamento», formerebbe «l'oggetto della disciplina prevista nel terzo comma». Cfr. anche M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 16.

nell'art. 41 Cost., né argomenti letterali¹⁰, né logici¹¹. Dall'altro lato, occorre sottolineare come sia stata proprio la Corte Costituzionale ad affermare che «la libertà di organizzazione e di gestione dell'impresa (...) è un elemento della libertà d'iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.»¹². L'opzione interpretativa, secondo cui l'art. 41 Cost. garantisce sia la fase dell'iniziativa, sia quella del concreto svolgimento dell'attività economica, trova dunque supporto nella giurisprudenza costituzionale¹³.

Quest'interpretazione dell'art. 41 Cost. non è priva di conseguenze. Se l'art. 41, comma 1, Cost. estende la garanzia della libertà sia alla fase propulsiva, sia alla fase di svolgimento dell'attività economica, anche i limiti che l'art. 41, comma 2, Cost. letteralmente riferisce allo svolgimento dell'iniziativa economica privata¹⁴ devono essere considerati comuni ad entrambe le fasi in cui si articola l'attività economica¹⁵. Infatti,

¹⁰ Secondo V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 232 ss., l'art. 41, c. 1, Cost. farebbe riferimento all'iniziativa economica privata in contrapposizione alla gestione pubblica dell'economia, «rispetto alla quale vuol tutelare (...) i valori dell'impulso conferito dall'interesse privato alla produzione: e non può intendersi pertanto, per una ingannevole assonanza di radici verbali, come allusiva alla mera fase iniziale delle singole intraprese in cui si snoda tale processo propulsivo».

¹¹ Cfr. PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.1, secondo cui qualsiasi attività economica si articola in una serie di atti concatenati, per cui «scindere un'ipotetica iniziativa originaria dal suo successivo svolgimento sarebbe concettualmente impossibile».

¹² Corte Cost. 22 novembre 1991, n. 420.

¹³ Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 17, che ricorda la sent. Corte Cost. 16 dicembre 1958, n. 78, e PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.1, il quale richiama la sent. Corte Cost. 8 aprile 1965, n. 30. Ampi riferimenti in PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 461; LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Il Foro Amm. T.A.R.*, 2004, par. 4.

¹⁴ Non si affronta la questione se i limiti di cui all'art. 41, c. 2, Cost. siano immediatamente percettivi (cfr. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, vol. I, Milano, 1955, 97; BARRESI - COMUNALE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 233), o se questa disposizione contenga un'implicita riserva di legge (cfr. GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 42-43). In merito, cfr. PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 480 ss.

¹⁵ Cfr. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, 37. Analogamente PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 463. Di opinione contraria M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 19, il quale sostiene che, se si ritiene possibile distinguere il momento propulsivo dell'attività economica e quello del suo svolgimento, si può affermare che la garanzia "piena" di cui all'art. 41, c. 1, Cost. riguarda solo il primo momento, grazie all'esclusione

«se identico è l’oggetto della libertà d’iniziativa di cui al primo comma dell’art. 41 e della libertà di svolgimento delle iniziative limitata nel secondo comma, allora bisogna dedurre che il diritto di cui al primo e al secondo comma dell’art. 41 non è riconosciuto dalla Costituzione in modo assoluto, ma solo entro i limiti fissati dal secondo comma». Quest’ultima affermazione, peraltro, è confermata dall’analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale, secondo cui «è all’iniziativa (e non quindi solo allo svolgimento e/o all’attività) che sono ricondotti i limiti di cui all’art. 41, cc. 2 e 3, Cost.»¹⁶.

1.3. Natura dei limiti della libertà d’iniziativa economica

Pur senza entrare qui nel merito della definizione dei concetti di sicurezza, libertà e dignità umana¹⁷ e di utilità sociale¹⁸, è

dell’applicabilità dei “limiti” di cui ai commi secondo e terzo (p. 14): soltanto nei momenti dell’attività economica successivi all’iniziativa, «chi la esercita può essere sottoposto ad obblighi non solo negativi, ma anche di *pati* (...) o di *facere*» (p. 71, e lì, nota 164, per la distinzione fra limiti “positivi” e “negativi” all’iniziativa economica).

¹⁶ M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 18, con analisi critica delle argomentazioni della Corte Costituzionale.

¹⁷ Sull’ampiezza da attribuire alle espressioni “sicurezza”, “libertà”, e “dignità umana”, nel senso di stabilire se queste debbano essere riferite alla generalità dei cittadini, ovvero soltanto ai lavoratori subordinati, cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 190, e V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa economica*, cit., 237-241. Senza soffermarsi sulle tesi intermedie (ancora M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 188), è sufficiente ricordare che al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana corrispondono «altrettante situazioni giuridiche costituzionali attive»: i limiti alla libera iniziativa economica di cui all’art. 41, c. 2, Cost., cioè, altro non sono «se non il versante passivo di altri diritti costituzionali direttamente azionabili» (PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.2). Sulla nozione di “dignità umana”, cfr. da ultimo FERRANTE, *Dignità dell’uomo e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2011, 211.

¹⁸ Il significato della formula “utilità sociale” ha da sempre suscitato un intenso dibattito. L. EINAUDI (Atti dell’Assemblea Costituente, seduta antimeridiana, martedì 13 maggio 1947, 3938) ha affermato che questa formula appare priva di «un significato preciso»: in merito, cfr. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione (natura giuridica, efficacia, garanzie)*, in MORTATI, *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, t. III, Milano, 1972 (scritto originario del 1953), 166. Altri hanno sostenuto che l’“utilità sociale” debba essere identificata con il concetto di

necessario soffermarsi almeno sulla questione della natura di questi limiti. Secondo l'orientamento prevalente (che riteniamo di poter condividere), i limiti posti dall'art. 41, c. 2, Cost. rappresentano un limite "esterno" e non già un limite interno all'essenza della libertà d'iniziativa economica¹⁹. Si esclude, perciò, che l'utilità sociale costituisca un fine determinante la legittimità dell'iniziativa economica²⁰: in altri termini, si esclude la funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale. Infatti, la dottrina prevalente ha messo in luce che il problema della legittimità dell'iniziativa economica è disgiunto da quello della sua utilità sociale. Sono stati gli stessi padri costituenti «a prendere, implicitamente, posizione sul rapporto fra iniziativa economica privata e utilità sociale, ponendo l'esigenza di programmi e di controlli opportuni perché l'attività economica (...) possa essere indirizzata e coordinata "a fini sociali"»²¹. Ciò significa che, in assenza di programmi e controlli che indirizzino e coordinino l'attività economica, la sua

“benessere economico collettivo”, trascendendo da valori espressamente tutelati dalla Costituzione (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 246-250); altri ancora, invece, hanno fatto riferimento al “benessere collettivo” *tout court*, cioè al benessere collettivo politico, economico e sociale (M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 133). Dibattuto è anche il fatto se il concetto di utilità sociale faccia riferimento ad interessi collettivi (NATOLI, *Limiti costituzionali*, cit., 91) o generali (per un riepilogo, cfr. BARRESI - COMUNALE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 225, nota 37). PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.2, ha rilevato che la Corte Costituzionale ha spesso giustificato i limiti di legge apposti all'iniziativa economica, argomentando la loro rispondenza ai requisiti dell'utilità sociale «attraverso un collegamento con altri beni costituzionalmente garantiti in modo espresso». Soltanto in un numero minore di casi, la Corte ha ritenuto giustificate le limitazioni legislative alla libera iniziativa economica «in forza d'interessi non direttamente riconducibili a specifici interessi costituzionali».

¹⁹ Cfr. GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 4, nota 3. In precedenza già M. MAZZIOTTI, *Iniziativa economica privata, proprietà privata e diritto del lavoro*, in *Giur. Cost.*, 1958, 1210. Recentemente cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2005, 65; DE SIMONE, *Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, vol. XXIV, *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 2007, 258.

²⁰ Di opinione contraria, NATOLI, *Limiti costituzionali*, cit., 105; BARRESI - COMUNALE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 232-238. Cfr. anche BELVISO, *Il concetto d'iniziativa*, cit., 153.

²¹ GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 4, nota 3.

destinazione sociale non può essere garantita; tuttavia, questo non implica che, in mancanza di programmi e controlli, l'iniziativa economica privata sia illegittima. Non solo. All'accettazione della tesi della "funzionalizzazione" dell'impresa verso l'"utilità sociale", è connesso il pericolo di «rendere intangibile il potere dell'imprenditore, dal momento che risulta ben difficilmente attaccabile la posizione di chi è chiamato a svolgere una funzione sociale»²².

Se, dunque, la legittimità dell'iniziativa economica non può essere valutata in ragione della sua finalizzazione al raggiungimento dell'utilità sociale, allora «il parametro di valutazione della legittimità delle norme che regolano il processo economico» non può essere rappresentato dal «loro scopo, cioè il loro riferirsi o meno a quelle esigenze sociali cui deve conformarsi la gestione privata della produzione (e l'intervento pubblico che la regola)», ma, piuttosto, è costituito dalla misura in cui queste norme sono poste a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti²³.

1.4. Rapporto fra libertà d'iniziativa economica e libertà di concorrenza

Resta un ultimo punto da chiarire, ai fini della nostra indagine: il rapporto tra libertà dell'iniziativa economica e libertà di concorrenza. In proposito, si ritiene di dovere accogliere l'opinione secondo cui dalla libertà di cui all'art. 41 Cost. discende il riconoscimento della libertà di concorrenza, nel senso che «la libertà d'iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza»²⁴. In altri termini, l'individuazione del principio di libera iniziativa economica «è al contempo fonte di una libertà del cittadino verso lo Stato e di una libertà del cittadino verso gli

²² Cfr. GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 41, nota 5, secondo cui «concepire l'imprenditore come una sorta di funzionario dell'utilità sociale» rischia di «giustificare, una volta per sempre, il profitto dell'imprenditore come una remunerazione del servizio sociale da lui reso».

²³ M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 18.

²⁴ GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 11; cfr. anche OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 329, e MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, cit., par. 10.

altri cittadini»: e di questa libertà «possono fruire, per un medesimo settore di attività, più imprenditori e, in linea di principio, una pluralità illimitata d'imprenditori»²⁵.

In verità, per lungo tempo sono state poste due questioni controverse: se la libertà di concorrenza potesse essere considerata un principio costituzionalmente garantito; se, in caso affermativo, la libertà di concorrenza potesse essere ricondotta nell'ambito della tutela garantita dall'art. 41 Cost. all'iniziativa economica.

Per quanto riguarda la prima questione²⁶, si può affermare che la libertà di concorrenza da sempre sia stata considerata un principio generale del nostro ordinamento giuridico²⁷. Soltanto più recentemente, invece, la dottrina ha riconosciuto unanimemente che la libertà di concorrenza trova una diretta tutela nella Costituzione, a seguito della crescente influenza del diritto dell'UE sull'ordinamento italiano, nonché dell'approvazione della l. n. 287/1990²⁸ e dell'entrata in vigore del novellato Titolo V della Costituzione (con particolare riferimento al nuovo art. 117 Cost.²⁹, in cui la "tutela della concorrenza" è stata posta fra le materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato)³⁰.

²⁵ GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e Soc.*, 2003, 499. Originariamente cfr. MORTATI, *Il diritto al lavoro*, cit., 177 e 179.

²⁶ Per un riepilogo delle differenti posizioni in dottrina, cfr. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, 347 ss.

²⁷ Cfr. già gli atti dell'Assemblea Costituente, su cui GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale*, cit., 478, ma anche Corte Cost. 15 giugno 1956, n. 6, in cui è stato affermato che l'indirizzo fondamentale di libera concorrenza (...) può ben essere ritenuto uno dei principi del nostro ordinamento giuridico» (cfr. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 380).

²⁸ Sulla portata della normativa antitrust, cfr. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, 543; CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995, 53 ss.

²⁹ Cfr. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza"*, cit., 362 ss.

³⁰ Cfr. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale*, cit., 455; ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza*, cit., 382; ARCONZO, *La Corte, padrona del giudizio in via principale, riconosce che senza tutela della concorrenza non c'è libertà d'iniziativa economica privata*, in *Giur. Cost.*, 2007, 632.

A risolvere la seconda questione, in senso affermativo, ha invece dato un notevole contributo la più recente giurisprudenza costituzionale³¹: nella sent. 9 marzo 2007, n. 64, infatti, la Corte Costituzionale ha esplicitamente ricondotto all'art. 41 Cost. il fondamento giuridico della libertà di concorrenza³². Si può allora concludere che la libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, c. 1, Cost. è una libertà del privato non solo verso lo Stato ("dimensione verticale"), ma anche verso gli altri soggetti privati ("dimensione orizzontale"): dunque, «il principio di libera concorrenza si esprime nella libertà del singolo di poter concorrere sul mercato con la propria attività economica e, stando all'art. 41, c. 1, Cost., di potervi concorrere liberamente»³³.

Per quanto riguarda la "dimensione orizzontale" della libera iniziativa economica, tuttavia, è opportuna un'ulteriore distinzione. Come ha affermato la Corte Costituzionale nelle sent. 23 novembre 2007, n. 401, 14 dicembre 2007, n. 430, e 12 febbraio 2010, n. 45, il principio di libertà di concorrenza concerne «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti e i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati», e «le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando i vincoli al libero

³¹ In dottrina, propendevano per la soluzione negativa V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 224; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 95 (secondo cui «la libertà d'iniziativa economica non contiene in sé il principio di libertà di concorrenza. La libertà (...) è una *figura verticale*; la concorrenza, una *figura orizzontale*. L'una indica sfere di azione, protette *contro* lo Stato; l'altra indica rapporti *tra* imprenditori, cioè tra soggetti che esercitano, o hanno esercitato, la libertà d'iniziativa economica») e CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 987.

³² Corte Cost. 16 dicembre 1982, n. 223, aveva già affermato che «la libertà di concorrenza tra imprese (...) integra la libertà d'iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori».

³³ GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale*, cit., 502. Secondo BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 211, la concorrenza, essendo caratteristica strutturale del mercato, «si attergerebbe a condizione affinché la libertà d'iniziativa economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale» e, perciò, sarebbe tutelata non dal comma 1, ma dal comma 2, dell'art. 41 Cost.

esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese»³⁴. Detto altrimenti, la nozione di concorrenza deve essere studiata non soltanto in un'ottica che possiamo definire "soggettiva", in cui «il "valore" sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche» è «la "libertà del mercato"», intesa come «la risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura»³⁵, ma anche in un'ottica che possiamo indicare come "oggettiva", in cui il valore è quello dell'apertura dei mercati quale condizione prodromica per poter concorrere su di essi.

Queste due visioni della concorrenza non sono fra loro antitetiche, ma complementari o, meglio, "coessenziali"³⁶: la concorrenza, infatti, non può prescindere dall'apertura dei mercati, che implica l'eliminazione delle barriere all'entrata e la riduzione dei vincoli al libero esplicarsi della competizione. Tenendo conto di entrambe le prospettive, la nozione interna di concorrenza riflette quella adottata dall'Unione europea³⁷, che guarda la concorrenza sia in ottica soggettiva (art. 119, comma 1, TFUE, cui si sommano i divieti di comportamenti anticoncorrenziali e di aiuti di Stato, ex artt. 101, 102, 106 e 107 TFUE), sia in ottica oggettiva (artt. 26 e 56 TFUE)³⁸.

1.5. Itinerario della ricerca

Le considerazioni preliminari svolte servono a chiarire il quadro di riferimento di questo studio, che sarà condotto analizzando la disciplina delle differenti clausole sociali (nell'accezione precisata all'inizio del paragrafo). Partendo dal

³⁴ Cfr. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in *Riv. Ass. It. Cost.*, 2010, n. 0, 19.

³⁵ PACE, *Libertà "del" mercato e libertà "nel" mercato*, in *Pol. Dir.*, 1993, 328-329.

³⁶ DI GASPARE, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Dir. Pubb.*, 2008, 887.

³⁷ Cfr. Corte Cost. n. 401/2007; n. 430/2007; n. 45/2010.

³⁸ Sulle caratteristiche della disciplina della concorrenza nel mercato dell'Unione europea, cfr. CASSESE, *La nuova costituzione*, cit., 47 ss.

presupposto che i diritti dei lavoratori tutelati dalle clausole sociali trovano origine in disposizioni costituzionali differenti rispetto a quelle poste a protezione della fase propulsiva e della fase di svolgimento dell'attività economica (nonché della libertà di concorrenza), la riflessione si concentrerà sul tema dell'incontro-scontro fra i diritti sociali dei lavoratori e la libertà d'iniziativa economica.

Da un lato, i diritti dei lavoratori, intesi come i «diritti della persona “concreta e situata in un determinato contesto”, nel quale, per ragioni culturali, sociali, fisiche o sociologiche, essa viene a trovarsi»³⁹, possono essere considerati diritti fondamentali: come ha messo in luce la dottrina, dalla constatazione che tutti i diritti consacrati in Costituzione hanno eguale rango discende l'inserimento dei diritti sociali dei lavoratori nella categoria dei diritti fondamentali⁴⁰.

Dall'altro lato, la libertà d'iniziativa economica «è, per sé, libertà e non diritto», anche se «crea diritti»⁴¹: non è cioè la mera somma di altri diritti riconosciuti, ma è «un quid pluris, che è dato dall'utilizzazione congiunta di una somma di diritti e di libertà per l'esercizio di un'attività (...) al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi»⁴². Tale libertà, però, si sostanzia in «una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente tutelata»⁴³, che appartiene «al più ampio genus dei diritti della persona, solitamente denominati “diritti di libertà”, proprio perché (...) è la libertà a costituirne il contenuto»⁴⁴. Dunque, la libertà d'iniziativa economica, al pari dei diritti sociali, è «un principio istituzionale, cui la recezione nella Carta fornisce l'elemento formale della guarentigia costituzionale, necessario per assurgere a dignità di libertà fondamentale; in particolare non

³⁹ BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *Lav. Dir.*, 2000, par. 4, la quale precisa che «i diritti sociali, dunque, non sono diritti di tutti, in quanto “tengono conto” delle diverse condizioni dalle quali dipende il bisogno di protezione». Cfr. anche M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 117.

⁴⁰ Per tutti, cfr. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 3.

⁴¹ OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 322.

⁴² GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 4.

⁴³ OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 319-320.

⁴⁴ PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2009, par. 1.

potendo dubitarsi che questa sia dichiarata come proiezione della personalità individuale tutelata dall'intero ordinamento, la pretesa del singolo a vederla rispettata e quindi a godere della posizione contemplata dalla relativa norma assume la natura di un vero diritto fondamentale»⁴⁵.

In verità, nel passato, parte della dottrina ha negato la possibilità di ricondurre la libertà d'iniziativa economica ai diritti fondamentali⁴⁶. Oggi, però, i dubbi potrebbero essere superati tenendo conto della supremazia del diritto dell'UE: gli artt. 15 e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (d'ora innanzi "Carta di Nizza"), infatti, riconoscono esplicitamente come diritti fondamentali la libertà di prestare servizi e la libertà d'impresa (che sottende non solo la libertà «di esercitare un'attività economica o commerciale, ma anche quella contrattuale e quella di concorrenza»⁴⁷). Peraltro, lo "statuto" dei diritti fondamentali

⁴⁵ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 228; OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 319-320. Sul riconoscimento tardivo a livello costituzionale della libertà d'iniziativa economica, GROTANELLI DE' SANTI, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà d'iniziativa economica*, in *Studi e Note di Economia*, 1996, 10.

⁴⁶ Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 42, secondo cui la libertà d'iniziativa economica non sarebbe un diritto fondamentale, in quanto priva dei caratteri d'indisponibilità e d'irrinunciabilità che contraddistinguono questa categoria di diritti. In merito, cfr. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, cit., par. 5.3, nota 146, secondo cui (nella misura in cui si distingue la libertà d'impresa dai diritti relativi all'azienda) l'individuo, esercitando i diritti di libertà, esplica la propria personalità umana e afferma la sua dignità di uomo. L'intrasferibilità, l'irrinunciabilità, l'indisponibilità e l'imprescrittibilità, dunque, sarebbero propri del diritto d'iniziativa economica in virtù della «sua qualificazione come "diritto della persona"» (PACE, *La variegata struttura dei diritti costituzionali*, in *Associazione per gli Studi e Ricerche parlamentari. Quaderno n. 8. Seminario 1997*, Torino, 1998, 77). In posizione minoritaria anche BALDASSARRE, voce *Iniziativa*, cit., par. 6, il quale ritiene che il potenziale contrasto fra dignità umana e libertà d'iniziativa economica, varrebbe ad escludere «tale libertà dal novero dei diritti della personalità, i quali, per definizione (...) sono espressioni viventi della stessa personalità umana» e, quindi, dai diritti costituzionali primari. In senso contrario a questa tesi, è stato rilevato che, in virtù della pluralità di valori fondamentali incorporati in tutte le costituzioni contemporanee, è del tutto possibile (se non probabile) che i principi costituzionali primari configghino fra loro (cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 40, nota 82).

⁴⁷ VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 674.

contenuti nella Carta di Nizza⁴⁸ è oggi più “sicuro”, in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dal momento che la Carta «è espressamente richiamata dall’art. 6, c. 1, TUE, che le assegna lo stesso valore giuridico dei Trattati. La Carta è insieme un Bill of Rights (cioè una dichiarazione a sé stante, non inserita in una costituzione), ma è anche una “fonte” in senso tecnico»⁴⁹.

Dato per acquisito che sia la libertà d’iniziativa economica sia i diritti sociali dei lavoratori possano essere considerati come diritti fondamentali⁵⁰, si pone il problema del loro (eventuale) “conflitto”. Per risolvere questa potenziale contrapposizione, occorre tenere presente che «un diritto fondamentale può essere limitato solo da un altro diritto di pari rango»⁵¹ e che i diritti sociali, nel loro complesso (come anche la gran parte dei diritti di libertà), «sono in conflitto con il mercato, nel senso che possono essere garantiti solo a condizione che sia adeguatamente limitata e ristretta la sfera del mercato»: ne discende che la limitazione della sfera del mercato non può che passare per la limitazione ed il restringimento dei diritti di libertà che la costituiscono, cioè la proprietà privata e (soprattutto, per ciò che qui rileva) la libertà d’iniziativa economica⁵². In questa sede, allora, si cercherà di

⁴⁸ GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell’Unione europea*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 19, ricorda che la Carta di Nizza sancisce «l’equiordinazione, attorno al valore centrale e unificante della dignità della persona, dei diritti civili, politici, economici e sociali» e si caratterizza per l’affermazione «del principio dell’indivisibilità, interdipendenza e complementarità dei diritti di prima, seconda e terza generazione».

⁴⁹ BALLESTRERO, *Globalizzazione e diritto del lavoro: la tutela dei diritti sociali oltre la dimensione nazionale*, in www.diobma.udg.edu, 2010, par. 4. La tecnica del rinvio adottata dall’art. 6, c. 1, TUE, per conferire alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, è diversa da quella dell’incorporazione, prevista originariamente nel titolo II del Trattato per la Costituzione europea: ciò non muta l’efficacia giuridica conferita alla Carta medesima. In merito, cfr. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 81/2010, 9, nota 18.

⁵⁰ E che possano ritenersi superate la priorità assiologica dei diritti di libertà e la “minorità” dei diritti sociali: cfr. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 55/2007, 4.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. e cit. DICIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2004, n. 4, 69, e, in modo più diffuso, DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Bologna, 2009, 73 ss. Sull’ulteriore distinzione fra diritti sociali *self*

stabilire fino a che punto le clausole sociali poste a tutela dei diritti dei lavoratori consentano una compressione della libertà del mercato.

2. Le clausole sociali di “prima generazione”: l’art. 36, l. n. 300/1970, ed il principio di libera iniziativa economica

Conclusa questa lunga premessa, si può entrare nel merito della disciplina delle clausole sociali, partendo dalle disposizioni che impongono all’imprenditore impegnato nella realizzazione di un’opera pubblica, ovvero in un pubblico appalto, nonché agli imprenditori concessionari, l’onere di garantire (e far applicare) ai propri dipendenti (ed ai dipendenti di eventuali subappaltatori⁵⁵) un trattamento minimo, previsto nei contratti collettivi.

Queste clausole sociali, che definiamo “di prima generazione”, hanno una storia più che secolare: il primo esempio risale addirittura all’art. 340, l. n. 2248/1865, all. F)⁵⁴. Da allora, l’utilizzo delle clausole sociali si è costantemente consolidato nel tempo⁵⁵ e la loro diffusione non si è registrata soltanto in Italia, ma anche in altri Stati europei⁵⁶, fino a trovare esplicita previsione nella Convenzione OIL n. 94/1949, *Labour clauses (public contracts) convention*⁵⁷.

executing e diritti sociali “condizionati” (nel senso che il loro soddisfacimento richiede l’intervento dei pubblici poteri), cfr. BALLESTRERO, *Europa dei mercati*, cit., 4.

⁵³ Cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, in PROSPERETTI (a cura di), *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, vol. II, Milano, 1975, 1220.

⁵⁴ Su cui NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, I, 267 ss.

⁵⁵ Cfr., ad esempio, l’art. 21, l. n. 272/1906, sulla disciplina degli appalti nelle ferrovie concesse in gestione privata. Sui progetti di legge presentati nel corso dei primi anni del secolo scorso, cfr. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1909, I, 416 ss.

⁵⁶ Sull’esperienza francese ed inglese, cfr. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l’estensione della applicazione del contratto collettivo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, 709.

⁵⁷ Su cui VINCENTI, *Origine ed attualità della c.d. “clausola sociale” dell’art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, 435, e BRUUN, JACOBS,

Per molto tempo ancora, tuttavia, nell'ordinamento italiano il ricorso alle clausole sociali non è stato previsto in una norma di carattere generale: le clausole erano di volta in volta contemplate nei provvedimenti che dettavano una specifica disciplina per la realizzazione di opere pubbliche in un determinato settore produttivo⁵⁸ e nella legislazione relativa ai provvedimenti di concessione di agevolazioni e benefici accordati dalla P.a.⁵⁹. È stato necessario attendere la l. n. 300/1970, per giungere ad una disciplina generale delle clausole sociali: l'art. 36, l. n. 300/1970, infatti, impone agli enti pubblici diversi dallo Stato l'obbligo d'inserire nei capitolati d'appalto per l'esecuzione delle opere pubbliche la clausola determinante l'onere per l'appaltatore «di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona»⁶⁰.

In questa sede non è possibile soffermarsi su tutte le questioni connesse alla disciplina delle clausole sociali⁶¹: è

SCHMIDT, *La Convenzione 94 dell'ILO alla luce del caso Ruffert*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, I, par. 2.

⁵⁸ Come l'art. 2, l. n. 1054/1960; l'art. 2, d.P.R. n. 1192/1961, e gli artt. 17 e 19, d.P.R. n. 1063/1962 (cfr. VINCENTI, *Origine ed attualità*, cit., 434).

⁵⁹ Cfr. l'art. 8, l. n. 695/1956, e, più in generale, la legislazione degli anni '60, in materia di incentivi per lo sviluppo del Mezzogiorno e di ausilio alle imprese (con particolare riferimento ai provvedimenti a sostegno dell'occupazione nelle aree di crisi: cfr. ROMEO, *Sul raccordo tra benefici all'impresa privata e tutela del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1983, I, 258; TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, 35-39).

⁶⁰ In generale, sull'art. 36, l. n. 300/1970, ASSANTI, *Sub art. 36*, in ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, 419 ss.; MANCINI, *Sub art. 36*, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Statuto dei diritti dei Lavoratori. Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1972, 542. In questa sede, l'analisi si incentrerà sull'art. 36, l. n. 300/1970, in quanto "archetipo" delle clausole sociali: non saranno prese in considerazione, perciò, altre disposizioni più recenti, quali l'art. 118, c. 6, d.lgs. n. 163/2006, o l'art. 1, c. 1175, l. n. 296/2006, che sono strutturate proprio sul modello dell'art. 36, l. n. 300/1970.

⁶¹ Le problematiche sollevate dall'analisi dell'art. 36, l. n. 300/1970, sono molteplici. Sulla natura delle clausole, che la maggioranza della dottrina riconduce alla fattispecie del contratto con clausola a favore di terzi, indeterminati ma determinabili, cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1224 ss. Sulla mancata inserzione delle clausole sociali nelle fonti negoziali o provvedimentali ed il loro possibile inserimento in virtù dell'art. 1339 c.c., cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1218-1219; BORTONE, *Sub art. 36*, in GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, 649; VINCENTI, *Origine ed attualità*, cit., 438; V. LUCIANI, *La clausola sociale di*

sufficiente rilevare che l'art. 36, l. n. 300/1970, non impone un incostituzionale obbligo di applicazione *ultra partes* del contratto collettivo, ma configura soltanto un meccanismo di rinvio per *relationem* all'accordo collettivo⁶² assunto alla stregua di un parametro di riferimento per la determinazione del trattamento economico-normativo minimo da applicare ai lavoratori⁶³.

È però interessante sottolineare come, in virtù della precisa formulazione dell'art. 36, l. n. 300/1970, restavano esclusi dall'area applicativa della disposizione «gli appalti di servizi e, in genere, i contratti di fornitura alle P.a., nonché le concessioni di servizio pubblico, realizzandosi così una sostanziale diversità di trattamento fra fattispecie similari»⁶⁴: queste esclusioni, peraltro,

equo trattamento nell'art. 36, in *Dir. Lav. Merc.*, 2010, 914. Sugli ulteriori aspetti problematici dell'art. 36, l. n. 300/1970, cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1194 ss. e, recentemente, FALERI, *Sub art. 36*, in GRANDI, PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, IV ed., Padova, 2009, 860, cui si rinvia per riferimenti giurisprudenziali.

⁶² Cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1200; TULLINI, *Finanziamenti pubblici*, cit., 45; GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 135. In base all'art. 36, l. n. 300/1970, gli imprenditori si assoggettano liberamente al rispetto dei minimi di trattamento previsti dalla disciplina collettiva, nel momento in cui vogliono operare come appaltatori per le P.a., o ricevere dalla P.a. le agevolazioni previste nella legislazione di sostegno. Proprio perché il rinvio al contratto collettivo serve al raggiungimento di interessi generali, il legislatore può liberamente selezionare i contratti collettivi da prendere a riferimento, utilizzando anche la maggiore rappresentatività sindacale dei soggetti stipulanti come criterio per individuare il contratto collettivo da prendere in considerazione (VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, in *Lav. Dir.*, 1987, 252).

⁶³ Sul confronto fra i trattamenti erogati dall'imprenditore e quelli di riferimento, indicati nei contratti collettivi, cfr. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori»*, cit., 711. In dottrina, è dibattuto se le condizioni di lavoro previste nei contratti collettivi da prendere in considerazione ai fini del rispetto dell'art. 36, l. n. 300/1970 siano quelle retributive e normative (GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 136), ovvero se sia sufficiente il rispetto dei soli contenuti retributivi (ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 213, e quanto precisato, in nota 135, su Cass., Sez. Un., n. 486/1999). Il legislatore ha più volte specificato, all'interno della disciplina delle clausole sociali, che le condizioni da rispettare sono sia quelle economico-retributive, sia quelle normative (cfr. l'art. 18, c. 7, l. n. 55/1990, e l'art. 118, c. 6, d.lgs. n. 163/2006, su cui SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, I, 773).

⁶⁴ GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 142, e lì ulteriori rinvii alla dottrina.

rendevano la disciplina dell'art. 36, l. n. 300/1970, non conforme ai principi della Convenzione OIL n. 94/1949.

L'irragionevole differenza fra appalti per la realizzazione di opere pubbliche e appalti pubblici tout court è stata superata con la l. n. 327/2000, sulla valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto di lavori pubblici, di servizi e di forniture⁶⁵.

Già la Corte Costituzionale, nella sent. 19 giugno 1998, n. 226⁶⁶, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 36, l. n. 300/1970, per contrasto con l'art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui non prevede «l'inserzione obbligatoria, nei contratti aventi ad oggetto la concessione di pubblici servizi, della clausola di equo trattamento, determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare, nei confronti dei lavoratori dipendenti, condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona». La sentenza ora ricordata è utile ai fini della nostra indagine, perché in essa la Corte Costituzionale ha identificato esplicitamente la *ratio* dell'art. 36, l. n. 300/1970: questa risiede «nell'esigenza – laddove nell'esercizio di un'attività imprenditoriale intervenga la P.a. – di garantire uno standard minimo di tutela ai dipendenti coinvolti»⁶⁷. In particolare, la Corte ha rilevato come la clausola sociale svolga «un ruolo essenziale non solo nell'ambito dell'appalto ma anche nella concessione del pubblico servizio, in quanto è funzionale alla scelta del contraente secondo i principi della concorrenza fra imprenditori (...) e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara (...) In tal senso, anche i costi per le imprese, derivanti dall'obbligo di "equo trattamento", concorrono alla migliore individuazione del soggetto idoneo»⁶⁸.

È evidente, dunque, che la libertà d'iniziativa economica e la libertà di concorrenza incontrino un limite inderogabile nel

⁶⁵ Su cui ROMEO, *La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e L. n. 327/2000*, in *Lav. Giur.*, 2001, 615 ss. La l. n. 327/2000 è stata abrogata e sostituita dal d.lgs. n. 163/2006 (cfr. V. LUCIANI, *La clausola sociale*, cit., 911).

⁶⁶ Cfr. PERA, *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi*, in *Gius. Civ.*, 1998, I, 2423.

⁶⁷ GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 142.

⁶⁸ MARESCA, *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici*, in *QAgens*, 2001, n. 1, 38.

trattamento economico e normativo minimo a favore dei lavoratori delle imprese appaltatrici di opere o servizi pubblici, o concessionarie, ovvero beneficiarie di agevolazioni pubbliche⁶⁹. La presenza di tale limite si ricollega, da una parte, «alle finalità essenziali dell'ente pubblico, che gli impongono di essere il model employer»⁷⁰; dall'altra parte, all'esigenza del soggetto pubblico «di selezionare le imprese contraenti contrastando forme di concorrenza sleale ed evitando che siano avvantaggiate, con il concorso dello Stato ed in violazione dell'obbligo di buon andamento della P.a. (...), le imprese che non applicano i contratti collettivi di lavoro»⁷¹.

2.1. Le clausole sociali di prima generazione nei “mercati fisicamente limitati”

Secondo parte della dottrina, le clausole sociali modellate sull'art. 36, l. n. 300/1970, possono comportare effetti limitativi della libertà d'iniziativa economica di dubbia legittimità, quando siano inserite in atti di autorizzazione o concessione ad agire in mercati connotati da “ineliminabili vincoli naturalistici” (quali, ad esempio, il mercato portuale e quello aeroportuale)⁷². Infatti – si afferma – per gli imprenditori che vogliano operare in regime di concessione o di autorizzazione in mercati “fisicamente limitati”, il mancato rispetto dei minimi di trattamento economico e normativo imposti dalla clausola sociale è preclusivo della possibilità di accesso al mercato. Questa sarebbe

⁶⁹ Per tutti, cfr. ASSANTI, *Sub art. 36*, cit., 421; BORTONE, *Sub art. 36*, cit., 647.

⁷⁰ CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro*, cit., 416.

⁷¹ GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 137. PERA, *Il rispetto della contrattazione*, cit., 2427, ritiene che soltanto la volontà di evitare l'insorgere di conflitti collettivi giustifichi l'inserimento di una clausola sociale, da parte di un ente pubblico, in un capitolato d'appalto. Secondo l'A., non si potrebbe ricondurre un siffatto inserimento ai principi «di acquisizione della prestazione alle condizioni più favorevoli per la P.a.» e «di parità di trattamento tra gli imprenditori concorrenti alla gara», perché la P.a. potrebbe avere interesse «a stipulare l'appalto con imprese praticanti trattamenti deteriori rispetto a quelli sindacalmente previsti, questo consentendo alla medesima P.a. di concludere l'affare a condizioni più favorevoli».

⁷² Cfr. PROIA, *Contrattazione collettiva e sostegno legale tra vincoli costituzionali e comunitari*, in *QAgens*, 2008, n. 1, 57 ss.

«quindi, una situazione diversa sia da quella in cui si trovano le imprese interessate dall'art. 36, l. n. 300/1970, sia da quella in cui si trovano le imprese interessate dalla disciplina sulla fiscalizzazione degli oneri sociali, le quali possono continuare ad operare anche se, rispettivamente, scelgono di non stipulare appalti (e di non ottenere concessioni di pubblico servizio) e di non godere del beneficio della fiscalizzazione»⁷³. Perciò, nel caso dei mercati fisicamente circoscritti, le limitazioni delle libertà di cui all'art. 41 Cost. imposte all'impresa dalle clausole sociali sarebbero ben più significative rispetto a quelle imposte dall'art. 36, l. n. 300/1970, in diverse situazioni di mercato, e potrebbero addirittura apparire costituzionalmente illegittime.

La fondatezza di tale opinione appare tuttavia dubbia.

Premesso che l'art. 41 Cost. garantisce anche la libertà di concorrenza, si deve evidenziare però che l'unica soluzione in grado di tutelare la funzionalità di un mercato "fisicamente limitato" è permetterne l'accesso, dopo apposita gara, soltanto ad alcuni operatori selezionati.

Un mercato fisicamente limitato, infatti, è in grado di attrarre un numero di aspiranti gestori superiore all'effettiva capienza dello stesso. E quando si è in presenza di limiti fisici del mercato, non è possibile assicurare la perfetta concorrenza al suo interno: questo è uno dei casi di "fallimento del mercato". Tuttavia, anche in una siffatta ipotesi, la competizione fra le imprese deve essere incoraggiata, garantendo la concorrenza per entrare nel mercato: con l'emanazione, cioè, di disposizioni legislative ed amministrative che assicurino procedure competitive tali da consentire la più ampia apertura del mercato possibile e la selezione degli imprenditori più meritevoli⁷⁴. Soltanto la selezione di alcune imprese può scongiurare fenomeni di *free riding* fra gli imprenditori che agiscono in un mercato fisicamente limitato ed assicurare un corretto (seppur parziale) svolgimento del gioco concorrenziale⁷⁵.

⁷³ PROIA, *Contrattazione collettiva*, cit., 57.

⁷⁴ Cfr. Corte Cost. n. 401/2007 e n. 45/2010, ove si parla di "concorrenza per il mercato".

⁷⁵ Cfr. CARBONE - MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006, 72 ss., in riferimento al mercato dei *terminals* portuali.

2.2. Il trattamento dei lavoratori dipendenti come potenziale “barriera all’entrata” per i *new comers*

Come abbiamo detto, le clausole sociali di prima generazione impongono un limite inderogabile, consistente nel trattamento economico e normativo minimo, previsto nei contratti collettivi a favore dei lavoratori dipendenti, alla libertà d’iniziativa economica ed alla libertà di concorrenza delle imprese appaltatrici di opere o servizi pubblici, o concessionarie, o beneficiarie di agevolazioni di natura finanziaria e creditizia.

Può essere allora interessante riflettere sul ruolo dell’autonomia collettiva nell’impianto delle clausole sociali, individuando quale sia il rapporto fra la contrattazione collettiva ed il principio di libera iniziativa economica.

In merito, la dottrina ha escluso che l’art. 36, l. n. 300/1970, abbia come funzione primaria il sostegno alla contrattazione collettiva⁷⁶. Infatti, pur essendo evidenti gli aspetti di promozione e valorizzazione dell’attività contrattuale quale strumento di disciplina del rapporto di lavoro, i valori costituzionalmente protetti dall’art. 36, l. n. 300/1970, che giustificano una compressione della libertà garantita dall’art. 41 Cost., sono la tutela del lavoro subordinato ed il buon andamento della P.a.: la contrattazione collettiva, all’interno delle clausole sociali, non rappresenta allora un bene in sé tutelato, ma semplicemente lo strumento attraverso cui il legislatore persegue la strategia di equo trattamento dei lavoratori dipendenti⁷⁷.

Ci si è chiesti, allora, se lo strumento della contrattazione collettiva possa essere utilizzato in modo improprio dagli imprenditori, operanti su un mercato fisicamente limitato, per innalzare i minimi inderogabili di trattamento economico e normativo, soddisfacendo così un proprio interesse a che i (potenziali) concorrenti (o *new comers*) non possano

⁷⁶ Come, invece, sostiene CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1203 (ma già cfr. MANCINI, *Sub art. 36*, cit., 546).

⁷⁷ Cfr. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori»*, cit., 712 ss.; GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 143.

incrementare la competitività, praticando ai dipendenti trattamenti inferiori⁷⁸.

Il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dalle osservazioni svolte dagli studiosi di analisi economica del diritto, i quali hanno dimostrato come il saggio di salario possa essere utilizzato «*as a barrier to entry*» da quelle imprese che «*control a scarce resource which prevents potential rivals from entering*»⁷⁹. In particolare, nel caso di mercati fisicamente limitati, ove la concessione ad operare rappresenta una risorsa scarsa in senso economico, e caratterizzati da prestazioni *labour intensive*, le associazioni degli imprenditori potrebbero avere interesse alla stipulazione di un contratto collettivo (da prendersi a riferimento per la determinazione dei minimi inderogabili nei provvedimenti di autorizzazione o di concessione) che stabilisca standards di trattamento particolarmente elevati: in questo modo, verrebbero innalzate barriere all'ingresso per potenziali *new comers*⁸⁰, perseguendo un interesse alla limitazione della concorrenza fra imprese, «non protetto dal principio costituzionale di tutela della libertà d'iniziativa economica», anzi, «potenzialmente con esso configgente»⁸¹.

Queste considerazioni, nonostante mettano nella giusta evidenza i possibili effetti distorsivi della concorrenza causati dalla contrattazione collettiva, non appaiono condivisibili. Anzitutto, non pare corretto un richiamo “selettivo” alle conclusioni raggiunte dagli studiosi di analisi economica del diritto: nell'affrontare il tema delle “clausole sociali”, non devono essere messi in luce soltanto gli effetti di *foreclosure* del mercato, che possono essere prodotti dai comportamenti strategici tenuti

⁷⁸ Cfr. ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel Titolo III della Costituzione*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di G. Giugni*, Bari, 1999, 540.

⁷⁹ WILLIAMSON, *Wage rates as a barrier to entry: the Pennington Case in perspective*, in *Quar. Jour. Economics*, 1968, 108. In generale, sulle *cost-raising strategies*, cfr. SALOP - SCHEFFMAN, *Cost-raising strategies*, in *The Journal of Industrial Economics*, 1987, 19 ss.

⁸⁰ Cfr. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, 641, secondo cui, «soprattutto nei settori dei servizi *labour intensive*», la concorrenza fra lavoratori può «manifestarsi direttamente anche sotto forma di concorrenza fra imprese, onde la limitazione della prima può tradursi immediatamente in una limitazione anche della seconda».

⁸¹ ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione*, cit., 540.

dagli imprenditori in sede di contrattazione, ma devono essere anche considerati i possibili effetti di «*labour peace*»⁸² che tali condotte possono avere. Infatti, dai comportamenti opportunistici quali quelli prima ipotizzati, discendono «quattro tipologie di effetti in termini di welfare: inefficienze statiche, riduzione delle rendite per l'esistenza di costi irrecuperabili o di assets irriducibili, effetti di progressione e pace nelle relazioni industriali»⁸³.

Dal punto di vista economico, le inefficienze statiche e le riduzioni delle rendite non comportano necessariamente un risultato di non efficienza, rispetto all'«ottimo sociale», poiché, nella determinazione di quest'ultimo, devono essere tenuti in considerazione gli influssi positivi sulle relazioni industriali (specie se a risultati di pace sociale «non sia dato pervenire agevolmente in modo diverso»⁸⁴). E, dal punto di vista giuridico, non si può sottovalutare l'interesse della P.a. alla prevenzione di conflitti collettivi, che possano ritardare l'esecuzione di un'opera pubblica o l'erogazione di un servizio di pubblica utilità.

In secondo luogo, abbiamo già ricordato che, secondo la Corte Costituzionale, le clausole di equo trattamento sono tese alla realizzazione dell'interesse pubblico, attraverso la concorrenza fra gli imprenditori e la parità di trattamento dei concorrenti nella gara: in quest'ottica, i costi per le imprese, derivanti dall'obbligo di «equo trattamento» dei lavoratori, concorrono all'individuazione del soggetto idoneo. Infatti, la capacità di «sopportare» un elevato saggio di salario, specialmente nei segmenti del mercato *labour intensive*, può rappresentare un elemento per identificare gli imprenditori più meritevoli di ottenere un'autorizzazione o una concessione e per garantire il corretto svolgimento del gioco concorrenziale sul mercato, scongiurando fenomeni di *free riding* fra le imprese. E,

⁸² WILLIAMSON, *Wage rates*, cit., 115.

⁸³ DI VIA, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, 303. Le «inefficienze statiche» si riferiscono «agli effetti di *welfare* associati a una semplice distorsione nei prezzi di un fattore produttivo», che implicano un impiego dei fattori non efficiente rispetto all'ottimo. La «riduzione delle rendite» è dovuta all'esistenza di costi irrecuperabili o di *assets* irriducibili, a fronte del cambiamento nell'utilizzo del *mix* dei fattori produttivi. Gli «effetti di progressione» si riferiscono al possibile sviluppo del settore interessato dalle *salary-raising strategies*.

⁸⁴ *Ibidem*.

frequentemente, nel caso di servizi *human intensive*, la qualità dei beni prodotti e dei servizi offerti è tanto maggiore, quanto più alti sono gli standard occupazionali⁸⁵.

Quando allora sono valutati gli effetti dei possibili comportamenti opportunistici adottati nella fase di contrattazione dagli imprenditori concessionari o autorizzati, devono essere considerate non tanto (o non solo) le ricadute negative sulla libertà d'iniziativa economica di potenziali *new comers*, quanto i benefici che gli assetti concorrenziali del mercato possono trarre da saggi di salario elevati, in termini di corretto svolgimento della competizione fra imprese, stabilità nelle relazioni industriali e qualità dei beni prodotti o dei servizi offerti. Benefici che, peraltro, sono connessi al principio costituzionale di buon andamento della P.a.

2.3. La Corte di Giustizia e le clausole sociali di prima generazione

Come abbiamo appena avuto modo di vedere, gli studiosi di analisi economica del diritto propongono un approccio al problema della legittimità delle clausole sociali, enfatizzando il libero accesso al mercato come momento prodromico per poter concorrere sul mercato medesimo. La valorizzazione della libertà di accesso al mercato come dimensione oggettiva della libertà di concorrenza emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (CGCE).

Il riferimento è alla nota sent. CGCE 3 aprile 2008, C-346/2006, Dirk Ruffert e Land Niedersachsen. Ricapitolato per sommi capi, il caso al vaglio della CGCE era il seguente: una disposizione del Land Bassa Sassonia prevedeva che gli appalti nel settore pubblico potessero essere assegnati soltanto alle imprese che si fossero impegnate a corrispondere ai propri dipendenti una retribuzione non inferiore a quella minima prevista negli accordi collettivi del luogo di esecuzione e comunque pari al salario minimo obbligatorio previsto dal contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale: questo onere non gravava soltanto sull'aggiudicatario, ma anche

⁸⁵ Cfr. CARBONE - MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit., 77.

sugli eventuali subappaltatori. Il Land Bassa Sassonia aveva assegnato nel 2003 un appalto alla società Objekt und Bauregie, ma lo aveva revocato nel 2004, una volta appurato che il subappaltatore polacco aveva retribuito i dipendenti distaccati secondo parametri inferiori a quelli imposti dal contratto collettivo del luogo di esecuzione. Il quesito sollevato davanti alla CGCE riguardava la compatibilità della disposizione del Land Bassa Sassonia con la dir. 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, interpretata alla luce dell'art. 49 TCE (ora art. 56 TFUE)⁸⁶.

La Corte di Giustizia ha dato risposta negativa a questo interrogativo, prendendo le mosse dall'art. 3.1, dir. 96/71/CE⁸⁷, in cui è sancito che gli Stati membri garantiscono «ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale le tariffe salariali previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale a norma dell'art. 3.8» della direttiva medesima⁸⁸. Il contratto collettivo oggetto della controversia, però, non è stato ricondotto alle previsioni di cui agli artt. 3.1 e 3.8, dir. 96/71/CE, dal momento che non ha, per sua natura, efficacia *erga omnes* e che il suo effetto vincolante «si estende solamente ad una parte del settore edilizio», in particolare a quello degli appalti pubblici e non già anche a quello degli appalti privati⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. BORELLI, *Social clauses in public contracts, the Posted Workers Directive and Article 49 EC: the Rüffert Case*, in *Transfer*, 2008, 358 ss. e BRINO, *Gli equilibri della Corte di Giustizia: il caso Rüffert*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, 479 ss. Sulle conclusioni dell'Avv. Gen. Y. BOT, presentate il 20 settembre 2007, cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?*, in *Rel. Lab.*, 2008, n. 15-16, par. 4.

⁸⁷ Sulla dir. 96/71/CE, cfr. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 115 ss. e GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, 85 ss. Sull'attuazione italiana della dir. 96/71/CE, cfr. NADALET, *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lav. Dir.*, 2008, 37 ss.

⁸⁸ Cfr. e cit. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, 129.

⁸⁹ Par. 29 sent. CGCE C-346/2006. Come ha sottolineato la dottrina, il contratto collettivo, di cui è chiesto il rispetto alle imprese temporaneamente presenti sul territorio, «deve avere efficacia generale e vincolare tutte le imprese che operano nel settore interessato dalla prestazione di servizi». La necessaria

In virtù di questa considerazione, non è stato possibile ritenere il livello retributivo contemplato nel contratto collettivo, preso a riferimento in base alla clausola sociale, ma non applicato volontariamente dall'impresa straniera⁹⁰, alla stregua di un "minimo di trattamento", ai sensi dell'art. 3.1, dir. 96/71/CE: ciò poiché tale trattamento era più favorevole rispetto a quello spettante, in ragione del contratto collettivo applicato nel paese d'origine, ai lavoratori distaccati, e superiore al livello minimo individuato dal contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale, previsto e vigente nell'ordinamento del Land Bassa Sassonia. Ma, secondo la CGCE, è proprio quanto previsto all'art. 3.1, lett. a)-g), dir. 96/71/CE, a determinare «ciò che gli Stati Membri sono autorizzati a fornire come massimo di tutela da applicarsi ai lavoratori distaccati» (a meno che essi non godano, in applicazione delle leggi e di contratti collettivi dello Stato d'origine, di condizioni di lavoro ed occupazione più favorevoli)⁹¹.

La Corte di Giustizia arriva così alla conclusione che la clausola sociale è incompatibile con l'impianto e le finalità della dir. 96/71/CE sul distacco dei lavoratori all'interno di una prestazione di servizi transnazionale (e, in ultima istanza, con il principio della libertà di prestare servizi all'interno del mercato UE, alla base della dir. 96/71/CE⁹²).

Tale clausola, peraltro, non può essere giustificata dall'obiettivo della tutela dei lavoratori, in quanto si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati. In altri termini, la tutela derivante da una tariffa salariale,

efficacia generale del contratto nazionale è motivata dalla volontà di limitare la possibilità per le imprese dello Stato ospite di contrattare in deroga a livello decentrato: ipotesi che può configurare un vantaggio competitivo non ammesso dall'art. 49 TCE. Cfr. ORLANDINI, Viking, Laval e Rüffert: *i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, 65.

⁹⁰ Cfr. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, 303.

⁹¹ Cfr. e cit. RÖDL, *La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materiale salariale nell'esperienza tedesca*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, cit., 137.

⁹² Sul rapporto fra dir. 96/71/CE e art. 49 TCE, GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 105.

superiore ai minimi retributivi applicabili ai lavoratori distaccati da un'impresa situata in un altro Stato membro ed al minimo previsto dal contratto collettivo efficace *erga omnes* vigente nel Land Bassa Sassonia, non può essere considerata necessaria, in quanto tesa a tutelare i lavoratori occupati non nell'intero mercato del lavoro, ma soltanto in un determinato segmento di questo⁹⁵.

Questo percorso argomentativo della CGCE ha sollevato due ordini di critiche in merito all'interpretazione della dir. 96/71/CE.

Il primo ordine di critiche si pone in linea di continuità con i rilievi mossi alla precedente sent. CGCE 18 dicembre 2007, C-341/2005, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, *Byggettan*, Svenska Elektrikerförbundet⁹⁴, con riguardo all'interpretazione dell'art.

⁹⁵ Par. 39-40 sent. CGCE C-346/2006 (in merito, cfr. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 66/2008, 16).

⁹⁴ La sentenza ricordata, come la precedente sent. CGCE 11 dicembre 2007, C-438/2005, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, ha messo in luce un atteggiamento di sfavore della CGCE nei confronti della dimensione sociale e dell'autonomia collettiva rispetto alla dimensione d'integrazione economica dei mercati. In questa sede non ci si sofferma sulle rilevanti differenze che intercorrono fra il caso CGCE C-346/2006 e quello C-341/2005: si ricorda soltanto che, in quest'ultima controversia, si era posta una questione preliminare in ordine alla competenza dei giudici, chiamati a valutare la legittimità non di una disposizione di legge o di contratto collettivo, bensì di un'azione collettiva. Nella sent. CGCE C-341/2005, infatti, la Corte di Giustizia ha dovuto sciogliere alcuni nodi teorici (l'effetto diretto orizzontale dell'art. 49 TCE e la riconducibilità delle azioni collettive nel campo di applicazione dell'art. 49 TCE medesimo; la qualificazione dell'azione collettiva come restrizione alla libertà di circolazione dei servizi; il riconoscimento del diritto di azione collettiva come diritto fondamentale riconosciuto dall'Unione europea) prima di affrontare il tema del bilanciamento fra diritti fondamentali e della possibilità di giustificare una restrizione alla libertà di prestare servizi, sulla base della legittimità dell'obiettivo e della proporzionalità dell'azione collettiva rispetto agli scopi prefissati: cfr. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 2008, 385, ma anche ZOPPOLI, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2008, 151 ss., e CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit., 111 ss.

3.7, dir. 96/71/CE, «secondo cui la protezione minima, di cui all'art. 3.1, lett. a)-g), dir. 96/71/CE, ha la funzione di riconoscere ai lavoratori distaccati migliori condizioni di lavoro e di occupazione, quando il livello di protezione nello Stato membro di origine sia inferiore al livello di protezione minima riconosciuto nello Stato membro ospitante»⁹⁵. Nel caso al vaglio della Corte di Giustizia, il trattamento previsto nel contratto collettivo, preso a riferimento in virtù della clausola sociale, stabiliva condizioni retributive più favorevoli rispetto a quelle applicabili ai lavoratori distaccati in ragione del contratto collettivo applicato nel Paese d'origine e, comunque, di quello di categoria dotato di efficacia generale⁹⁶.

«Dov'è il problema, viene da chiedersi: non è forse vero, infatti, che l'art. 3.7, dir. 96/71/CE, stabilisce che i paragrafi da 1 a 6 dello stesso articolo non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per i lavoratori? È vero»⁹⁷. Il problema, però, secondo la CGCE, esiste, e risiede nel fatto che l'art. 3.7, dir. 96/71/CE, deve essere interpretato nel senso che è vietato «allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima»⁹⁸.

Questa lettura “minimalista”⁹⁹ dell'art. 3.7, dir. 96/71/CE (confermata anche nella sent. CGCE 19 giugno 2008, C-

⁹⁵ BALLESTRERO, *Le sentenze Viking*, cit., 386.

⁹⁶ Nel caso al vaglio della CGCE, il livello salariale che l'impresa distaccante era tenuta ad applicare ai propri lavoratori «era trasparente e facile da accertare anticipatamente» (BRUUN, JACOBS, SCHMIDT, *La Convenzione 94*, cit., 664). Ciò rappresenta una differenza sostanziale rispetto al caso al centro della sent. CGCE C-341/2005, dove si valutava la legittimità di un sistema di contrattazione collettiva che, per l'individuazione del saggio di salario, richiedeva una trattativa caso per caso, sui luoghi di lavoro. Tale sistema, secondo la CGCE, avrebbe reso «impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte del prestatore di servizi stabilito in altro Stato, degli obblighi» a cui avrebbe dovuto «conformarsi in materia di minimi salariali» (BALLESTRERO, *Le sentenze Viking*, cit., 386).

⁹⁷ BALLESTRERO, *Le sentenze Viking*, cit., 387.

⁹⁸ Par. 33 sent. CGCE C-346/2006 (ma già in precedenza, par. 79 ss. sent. CGCE C-341/2005).

⁹⁹ Cfr. ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., 16 (e lì, in nota 36, ulteriori rinvii alla dottrina).

319/2006, Commissione delle Comunità Europee c. Granducato di Lussemburgo), non è fondata sul dato letterale della disposizione (che, anzi, sembra indicare la soluzione opposta), ma, piuttosto sul concetto di “effetto utile” della direttiva¹⁰⁰. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, una lettura dell’art. 3.7, dir. 96/71/CE, tale da permettere agli Stati membri di subordinare lo svolgimento di una prestazione di servizi nel proprio territorio al rispetto di condizioni di lavoro che vanno oltre le norme di protezione minima, «finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame»¹⁰¹. Da questa impostazione discende che se uno Stato membro imponesse «condizioni più gravose di quelle rientranti nella protezione minima, il prestatore di servizi stabilito in uno Stato membro new comer si vedrebbe drasticamente ridotto il vantaggio competitivo assicurategli dai più bassi costi del lavoro: dunque, l’imposizione di condizioni più favorevoli ai lavoratori impedisce o comunque ostacola la libera circolazione dei servizi»¹⁰². Sulla base di questi presupposti la Corte di Giustizia ha affermato che una clausola sociale, quale quella al centro della controversia, rappresenta una restrizione al principio della libertà di prestare servizi all’interno del mercato UE.

Giunti a questo punto del ragionamento, la CGCE si interroga ancora se una siffatta restrizione possa essere giustificata dal fine della tutela dei lavoratori. Infatti, una disposizione che comporti una restrizione alla libera circolazione dei servizi, per poter essere considerata legittima, deve rispondere a ragioni imperative d’interesse generale (nonché essere necessaria ed adeguata allo scopo): a questo proposito, la CGCE ha da sempre considerato le disposizioni finalizzate alla tutela dei lavoratori rientranti nelle norme dettate da ragioni imperative d’interesse generale¹⁰³.

¹⁰⁰ Cfr. RÖDL, *La Corte di giustizia*, cit., 138.

¹⁰¹ Par. 33 sent. CGCE C-346/2006 (ma già in precedenza, par. 80 sent. CGCE C-341/2005).

¹⁰² BALLESTRERO, *Le sentenze Viking*, cit., 387.

¹⁰³ Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 91; BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione europea*, Bologna, 2009, 104 ss. PALLINI, *Law shopping e autotuelu sindacale nell’Unione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, 20, precisa che, quando argomenta circa la “tutela dei lavoratori”, la CGCE si riferisce «non già ai lavoratori appartenenti al mercato

Come abbiamo avuto già modo di evidenziare, però, la Corte di Giustizia ha negato¹⁰⁴ che la clausola sociale in esame possa essere giustificata dall'obiettivo della tutela dei lavoratori, poiché impone l'estensione del contratto collettivo solo negli appalti pubblici e non anche in quelli privati. Quest'affermazione rappresenta una novità, nelle argomentazioni della CGCE, che non si era mai preoccupata «dell'applicazione universale delle disposizioni controverse», prima della sent. C-346/2006, dal momento che in precedenza si era limitata «a stabilire se dalle disposizioni portate in giudizio poteva scaturire un vantaggio effettivo per il lavoratore»¹⁰⁵.

Il secondo ordine di critiche in merito all'interpretazione della dir. 96/71/CE riguarda l'art. 3.10, in virtù del quale la direttiva «non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura, condizioni di lavoro e di occupazione» – in relazione a materie differenti rispetto a quelle contemplate all'art. 3.1 – «laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico». In altri termini, l'art. 3.10, dir. 96/71/CE, sul distacco transnazionale consentirebbe allo Stato ospitante di estendere alle imprese straniere le norme (di legge e contrattuali) applicate alle imprese nazionali, anche se eccedenti il livello minimo di tutela: ma tale estensione dovrebbe essere finalizzata alla tutela di esigenze di «ordine pubblico»¹⁰⁶. Nel caso delle clausole sociali di prima generazione, si potrebbe essere portati a pensare che le esigenze di ordine pubblico risiedano nel principio della salvaguardia dell'organizzazione sociale ed economica dello Stato membro e, in particolare, dell'esigenza che, in una procedura di assegnazione pubblica di appalti o di benefici di legge, le risorse pubbliche non siano destinate ad imprese che non garantiscano ai lavoratori trattamenti economici dignitosi: principio, peraltro, espressamente riconosciuto dalla Convenzione OIL n. 94/1949¹⁰⁷.

del lavoro nazionale, bensì ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati da imprese stabilite in altri Stati membri».

¹⁰⁴ Cfr. par. 38 sent. CGCE C-346/2006.

¹⁰⁵ Cfr. e cit. RÖDL, *La Corte di giustizia*, cit., 139.

¹⁰⁶ Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 118 ss.

¹⁰⁷ ROBIN OLIVIER, *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale: le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail*,

La Corte di Giustizia, tuttavia, nelle più recenti sentenze, ha adottato una nozione di ordine pubblico particolarmente ristretta, attribuendole non una valenza di “ordine pubblico sociale” nazionale, ma interpretandola in modo assai prossimo alla nozione di “ordine pubblico internazionale”¹⁰⁸. Il che esclude che in tale nozione «rientri la normativa lavoristica per il solo fatto di essere considerata “imperativa” ed “inderogabile” per il diritto interno» ed a fortiori esclude che possa invocarsi «il generico principio del favor per estendere l’intero sistema del diritto del lavoro nazionale ai lavoratori stranieri»¹⁰⁹. Infatti, le norme di ordine pubblico devono essere intese alla stregua di disposizioni vincolanti cui non si può derogare poiché, per natura ed obiettivo, rispondono a valori fondamentali riconosciuti dalla comunità internazionale, quali «il divieto di lavoro forzato o il coinvolgimento della autorità pubbliche nella sorveglianza del rispetto della legislazione concernente le condizioni di lavoro»¹¹⁰. In base all’interpretazione della nozione di “ordine pubblico” come ordine pubblico internazionale, la possibilità di sostenere la

in *Rev. Trim. Droit Eur.*, 2008, 492 ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, El caso Ruffert, cit., 102. Secondo DE SALVIA, *Non c’è due senza tre: la corte di giustizia nel caso Ruffert*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 1425, nella sent. CGCE C-346/2006, è stata trascurata la circostanza che la fattispecie in esame configura un appalto pubblico e che, nella dir. 2004/18/CE, relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, è prevista, all’art. 26, la possibilità dell’inserimento di clausole sociali purché compatibili con il diritto comunitario. ORLANDINI, Viking, Laval, cit., 2009, 70, però, afferma che «un argine agli effetti della sentenza *Ruffert* ben difficilmente può ricavarsi dalla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici», poiché gli obblighi imponibili alle imprese straniere devono essere previsti negli stessi termini della dir. 96/71/CE per gli appalti privati. Inoltre, l’art. 55, dir. 2004/18/CE, «si limita a prevedere che in caso di “offerte anormalmente basse”, venga provato il “rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione”» e, dunque, questa norma appare differente rispetto all’usuale formulazione delle clausole di prima generazione. Sulle conseguenze del conflitto fra i principi contenuti nella Convenzione OIL n. 94/1949 e quelli desumibili dalla sent. CGCE C-346/2006, cfr. BRUUN, JACOBS, SCHMIDT, *La Convenzione 94*, cit., 666 ss.

¹⁰⁸ Cfr. PALLINI, *La tutela dell’“ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, cit., 204 ss.

¹⁰⁹ Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 120.

¹¹⁰ GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 120, nota 92; PALLINI, *La tutela dell’“ordine pubblico sociale”*, cit., 206.

legittimità delle clausole di prima generazione, alla luce dell'art. 3.10, dir. 96/71/CE, viene meno.

2.4. Dalla libertà di concorrenza alla libertà di prestare servizi

In virtù delle considerazioni svolte, è evidente che il nodo della legittimità delle clausole sociali di prima generazione, a fronte dei principi di libera iniziativa economica e (soprattutto) di libertà di concorrenza, appare particolarmente difficile da sciogliere, in quanto il punto di equilibrio fra ragioni e principi del mercato e diritti sociali (in particolare, il diritto a condizioni di lavoro “decenti”, ovverosia eque e dignitose¹¹¹), raggiunto nell'ordinamento interno non coincide con quello raggiunto alla luce dei principi dell'UE.

La Corte Costituzionale, nella sent. n. 226/1998, ha privilegiato una visione prettamente “soggettiva” della libertà di concorrenza, considerata come la condizione in cui le imprese godono di pari opportunità, all'interno delle limitazioni previste dalla normativa applicabile; la disciplina posta a tutela dei lavoratori è stata ritenuta dalla nostra Corte una legittima “pre-condizione” per accedere al mercato, insindacabile ed in ogni caso incompressibile dalla libertà di concorrenza. La Corte di Giustizia, invece, ha guardato la libertà di concorrenza in una prospettiva “oggettiva”, adottando un'ottica rivolta all'apertura dei mercati ed alla possibilità per le imprese di essere presenti non solo sul mercato nazionale, ma anche su quello degli altri Stati membri¹¹².

In base a quest'ultimo approccio, il piano di analisi si sposta dai principi dell'economia di mercato in libera concorrenza a quello della libertà di prestare servizi nel mercato dell'UE. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, il principio di libera circolazione dei servizi necessita sia dell'«eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a

¹¹¹ ALAIMO, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto “aperto” e “multilivello”*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 60/2008, 49, ritiene che una lettura aggiornata del diritto al lavoro imponga di «valorizzare il diritto-libertà di svolgere un lavoro decente, di qualità ed adeguato alle qualificazioni e alle attitudini personali».

¹¹² Cfr. BANO, *Diritto del lavoro*, cit., 131 ss.

causa della sua nazionalità», sia della «soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»¹¹³. E sempre secondo la giurisprudenza della CGCE, le disposizioni di origine legale e contrattuale, anche se destinate alla tutela dei lavoratori, non possono essere aprioristicamente sottratte alle regole del mercato interno, perché possono rappresentare un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, se le restrizioni che a questa impongono non sono necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini di tutela perseguiti¹¹⁴. Siffatte disposizioni, infatti, potrebbero aumentare i costi di fornitura dei servizi, creando un impedimento o un disincentivo all'accesso al mercato: «ed una normativa che garantisca ai lavoratori stranieri standard di tutela superiori a quelli previsti dalla normativa del loro paese d'origine produce evidentemente tali effetti»¹¹⁵.

Applicando questi principi al caso delle clausole sociali di prima generazione, la GCCE è arrivata ad affermare che, qualora una disposizione contemplata nella legislazione di uno Stato membro prenda a riferimento i minimi di trattamento economico e normativo previsti in un contratto collettivo, per la concessione di un appalto (ovvero di un altro beneficio di legge), un'impresa straniera, che presti servizi in quello Stato e che non sia tenuta all'applicazione di quel contratto collettivo, potrebbe additare quei minimi di trattamento (se superiori a quelli applicati ai propri dipendenti o al salario minimo obbligatorio, indicato dall'eventuale contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale) come un ostacolo alla propria libertà di prestare servizi

¹¹³ Par. 12 sent. CGCE 25 luglio 1991, C-76/1990, *Manfred Sæger c. Denemeyer & Co Ltd.* Sull'evoluzione della giurisprudenza della CGCE, relativa alle misure ritenute non compatibili con l'art. 56 TFUE, cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 88-89; LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. Dir.*, 2008, 75.

¹¹⁴ Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 92.

¹¹⁵ Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 91.

nel mercato dell'Unione Europea e chiedere, conseguentemente, la disapplicazione della clausola sociale¹¹⁶.

È dunque evidente che la prospettiva in cui è stata guardata la nozione di "concorrenza", da parte della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, risulta determinante per inquadrare la legittimità delle clausole sociali di prima generazione ed il ruolo dei diritti sociali dei lavoratori all'interno di tali clausole: la scelta di una prospettiva a scapito dell'altra, infatti, porta a risultati divergenti.

3. Le clausole sociali di "seconda generazione": la tutela dei livelli occupazionali ed il principio di libera iniziativa economica

Se l'indagine sulla legittimità delle clausole sociali di prima generazione porta ad esiti discordanti, a seconda della nozione di concorrenza presa in considerazione, non accade così per le clausole sociali che chiameremo, per distinguerle da quelle di cui abbiamo parlato fino ad ora, "di seconda generazione": della loro legittimità, infatti, si può dubitare, prendendo a riferimento sia le sentenze della Corte Costituzionale che hanno affrontato il tema della legittimità delle disposizioni tese a garantire il diritto all'occupazione, rispetto alla libertà d'iniziativa economica, sia le sentenze della Corte di Giustizia che hanno affrontato il medesimo tema in rapporto al principio di libertà di circolazione dei servizi, *ex art. 56 TFUE*.

Per procedere nell'analisi, è necessario anzitutto identificare quali disposizioni di legge possano essere definite in termini di clausole sociali di seconda generazione. Per fare ciò, è necessario

¹¹⁶ Cfr. ORLANDINI, Viking, Laval, cit., 2009, 70, il quale sostiene che il rischio che si corre, in virtù degli orientamenti della Corte di Giustizia, è quello che sia minata «la legittimità delle clausole sociali *tout court*, e non solo della loro applicazione nei confronti degli operatori economici stranieri, dal momento che è assai probabile che le imprese italiane rivendichino il diritto a non vedersi poste in condizioni di svantaggio rispetto alle loro concorrenti europee». Lo stesso concetto è espresso (senza specifico riferimento alle clausole sociali) da PALLINI, Law shopping, cit., 4. In merito, si può ricordare che una siffatta situazione si è configurata nel caso CGCE C-60/2003, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG c. José Filipe Pereira Félix*: in merito, cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 115 e 116.

tenere conto del fatto che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, le clausole sociali hanno subito una mutazione funzionale: se in passato il loro obiettivo era essenzialmente quello di assicurare condizioni minime d'impiego ai lavoratori, più recentemente le clausole sono dirette anche a gestire le tensioni occupazionali e regolare gli effetti sociali dei processi di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici¹¹⁷.

Come noto, l'apertura alla concorrenza di mercati contraddistinti dalla presenza di un unico soggetto pubblico operante in regime di monopolio rende possibile l'entrata di nuovi imprenditori; la liberalizzazione del mercato può avere ricadute significative, dal punto di vista quantitativo e qualitativo, sull'occupazione (riduzione dei tassi occupazionali, ovvero redistribuzione della manodopera fra imprese concorrenti), nonché sulla struttura delle relazioni industriali¹¹⁸. In considerazione di ciò, il legislatore ha introdotto nella disciplina dei settori liberalizzati differenti tipi di clausole sociali: alcune di queste sono dirette a garantire la continuità occupazionale dei lavoratori (spesso, attraverso l'imposizione, alle imprese entranti, della riassunzione dei dipendenti dei precedenti gestori del monopolio o del servizio pubblico); altre, invece, prevedono vincoli di tipo concertativo-procedimentale alla contrazione collettiva, imponendo un modello di *employee involvement* nella gestione delle relazioni industriali.

Queste ultime clausole sociali, usualmente, sono modellate sull'archetipo rappresentato dall'art. 36, l. n. 300/1970, ma si caratterizzano per l'ulteriore previsione di procedure di contrattazione e concertazione ad hoc, finalizzate all'istituzionalizzazione del conflitto industriale e caratterizzate da processi regolativi congiunti e concordati fra il soggetto pubblico e le parti sociali. Le clausole sociali che prevedono vincoli concertativo-procedimentali, quali l'art. 13, d.lgs. n. 18/1999¹¹⁹, e l'art. 17, comma 13, l. n. 84/1994¹²⁰, possono

¹¹⁷ Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 144.

¹¹⁸ Per tutti, cfr. PEDERSINI, *Privatizzazioni, rappresentanza e contrattazione*, CELLA - PROVASI (a cura di), *Lavoro, sindacato, partecipazione. Scritti in onore di Guido Baglioni*, Milano, 2001, 263 ss.

¹¹⁹ Questa disposizione, relativa al mercato aeroportuale, contiene una clausola sociale, in cui si dispone che l'ENAC, per verificare l'idoneità dei prestatori di servizi di assistenza a terra, deve controllare, fra l'altro, il «rispetto del tipo di

essere discusse sotto il profilo del rispetto dei principi di cui all'art. 39 Cost.¹²¹, ma non sollevano, in merito all'art. 41 Cost., dubbi di costituzionalità ulteriori rispetto a quelli sollevati dall'art. 36, l. n. 300/1970, e in questa parte dello studio, perciò, non saranno prese in considerazione.

Al centro dell'analisi, invece, saranno poste le clausole finalizzate a stemperare le tensioni occupazionali all'interno dei settori di mercato liberalizzati o privatizzati. Infatti, il legislatore ha gestito le fasi di apertura e liberalizzazione di alcuni segmenti del mercato (contraddistinte da una mera successione cronologica fra gestori di servizi non riconducibile al trasferimento d'azienda), predisponendo tutele finalizzate a garantire, nel passaggio dal precedente al nuovo gestore del

contratto che regola il rapporto di lavoro dei dipendenti delle aziende di gestione e dei servizi aeroportuali».

¹²⁰ La versione originaria della disposizione richiamata sanciva che i lavoratori dipendenti delle imprese concessionarie e autorizzate in ambito portuale avevano diritto ad un trattamento normativo e retributivo minimo inderogabile, previsto in un contratto collettivo per giungere alla stipulazione del quale i Ministeri dei Trasporti e del Lavoro avrebbero promosso specifici incontri fra l'associazione delle Autorità Portuali, le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le rappresentanze delle imprese e dell'utenza portuale.

¹²¹ Ad esempio, l'art. 13, d.lgs. n. 18/1999, è stato interpretato nel senso di vincolare le parti sociali all'applicazione di un predeterminato contratto collettivo: si prospetterebbe, allora, un'illegittima interferenza con i principi della libertà sindacale (cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 150). Dubbi di legittimità costituzionale rispetto ai principi contenuti nell'art. 39 Cost. sono stati sollevati anche nei confronti dell'art. 17, c. 13, l. n. 84/1994 (cfr. le opinioni divergenti di MARESCA, *Appunti preliminari*, cit., 47, e LAMBERTUCCI, *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, 148). Anche la nuova formulazione dell'art. 17, c. 13, l. n. 84/1994, introdotta dalla l. n. 247/2007, a seguito del lungo contenzioso amministrativo che ha interessato la prima stesura del contratto collettivo dei lavoratori portuali (sulle sent. TAR Lazio 25 novembre 2003, n. 10644 e 26 gennaio 2004, nn. 710, 714 e 715, e sulle sent. Cons. St. 31 maggio 2006, nn. 3301 e 3302, 9 giugno 2006, n. 3450, e 22 giugno 2006, n. 3821, cfr. rispettivamente TINCANI, *Lavoro portuale e contratto collettivo unico di riferimento. Il commento*, in *Lav. Giur.*, 2007, 1016; VEZZOSO, *Sul contratto unico per i lavoratori dei porti*, in *Dir. Mar.*, 2008, 486) ha sollevato dubbi di costituzionalità: cfr. TINCANI, *La nuova disciplina del lavoro portuale*, in CARINCI - MISCIONE (a cura di), *Il collegato lavoro 2008*, Milano, 2008, 380.

servizio, il mantenimento dei livelli di occupazione e la continuità occupazionale ai dipendenti¹²².

L'esempio più significativo di queste disposizioni è rappresentato dall'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, nella cui formulazione originaria era disposto che, in relazione ad ogni trasferimento d'attività concernente i servizi aeroportuali di assistenza a terra, fatta salva l'ipotesi di trasferimento d'azienda, sul nuovo gestore del servizio sarebbe gravato il passaggio del personale dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, «in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo»¹²³. Queste disposizioni hanno la finalità di salvaguardare non solo i livelli occupazionali in un segmento di mercato, ma anche quella di garantire la continuità occupazionale del personale dipendente: obiettivi che sono perseguiti dal legislatore «comprimendo l'autonomia negoziale e restringendo il potere di gestione e, in particolare, di organizzazione dell'impresa»¹²⁴. Se le cose stanno davvero così, occorre verificare la compatibilità di queste clausole sociali con il

¹²² GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 145. AIMO, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino, 2007, 113, ricorda che il legislatore, a partire dagli anni '20 del XX secolo, ha disciplinato le conseguenze dei fenomeni di mera successione cronologica fra imprenditori: è il caso della disciplina relativa alla concessione per l'esercizio dei servizi pubblici quali la riscossione delle imposte o gli autoservizi urbani ed extraurbani (art. 140, c. 1, d.P.R. n. 858/1963), o di quella relativa alla privatizzazione dei servizi pubblici locali (sull'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, e sulle sue successive riformulazioni, cfr. NOVELLA, *Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici*, in *Lav. Dir.*, 2002, 159 ss.; DE SIMONE, *Modificazioni soggettive dei gestori di servizi pubblici locali e disciplina del trasferimento d'azienda. Prime riflessioni sul rapporto tra norme speciali e norme generali dopo il d.lgs. n. 18/2001*, in *Lav. Dir.*, 2002, 181 ss.).

¹²³ Si può ricordare anche l'art. 17, c. 4, l. n. 84/1994, ove è previsto che sulle Autorità Portuali gravi l'obbligo di individuare le procedure per garantire la continuità del rapporto di lavoro, nei confronti dell'impresa autorizzata, a favore dei soci e dei dipendenti delle imprese, in precedenza deputate alla fornitura di manodopera temporanea, nate dalla trasformazione delle *ex* Compagnie Portuali. MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling, clausola sociale e contrattazione collettiva*, in *Dir. Trasp.*, 2007, 385, nota 7, annovera, fra le clausole di seconda generazione, l'art. 1, c. 1-*quinquies*, d.l. n. 251/1995.

¹²⁴ GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 148. Così anche AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 113.

principio della libertà d'iniziativa economica privata, soffermandosi su due distinti aspetti.

In primo luogo, dovranno essere individuate le differenze fra la fattispecie della mera successione cronologica fra appaltatori e quella del trasferimento d'azienda. Proprio queste diversità fanno sorgere dubbi circa la compatibilità fra la disciplina delle clausole sociali ora in esame ed i principi di cui all'art. 41 Cost.: dubbi che, invece, non sono mai stati sollevati in relazione al trasferimento d'azienda ed alle tutele previste dall'art. 2112 c.c. Nel caso del trasferimento d'azienda, infatti, la continuità dei rapporti di lavoro nel passaggio dal cedente al cessionario s'inquadra in una logica di tutela dell'iniziativa economica, dal momento che l'art. 2112 c.c. «rende indissolubile il nesso economico esistente, nell'impresa, fra strumenti produttivi di carattere reale e strumenti produttivi di carattere personale», impedendo che «gli atti di disposizione, mediante i quali l'imprenditore cede ad altri l'azienda» possano pregiudicare l'unità economica dell'impresa e comprometterne l'attitudine produttiva¹²⁵. Nella successione fra appaltatori, invece, l'imprenditore new comer ha diritto ad entrare nel mercato con una propria struttura produttiva: in quest'ipotesi, perciò, non vi è l'esigenza di garantire la sostituzione del cessionario dell'azienda nelle posizioni contrattuali del cedente. Proprio perché non vi è tale esigenza, le clausole sociali in esame hanno suscitato dubbi di compatibilità con i principi di cui all'art. 41 Cost.

In secondo luogo, dovranno essere analizzate le argomentazioni sviluppate dalla Corte Costituzionale, nelle sentenze in cui ha affrontato la questione della legittimità delle

¹²⁵ GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, XIII ed., Bologna, 2011, 68. Poiché l'azienda non si compone solitamente di beni appartenenti all'imprenditore, la necessità di salvaguardarne l'identità nelle vicende traslative impone non soltanto il passaggio della proprietà dei beni aziendali, ma anche la cessione all'acquirente dei contratti che assicuravano all'alienante il godimento dei beni e dei servizi funzionali all'esercizio dell'impresa (fra cui i contratti di lavoro). In quest'ottica s'inquadra anche il divieto di licenziamento motivato dal trasferimento d'azienda (art. 2112, c. 4, c.c.). Viceversa, nell'ottica della salvaguardia della libertà d'iniziativa economica, si può inquadrare la possibilità del cessionario di procedere a licenziamenti per autonomi motivi economici, immediatamente dopo il trasferimento stesso: cfr. NOVELLA, *Osservazioni sulla stabilità del lavoro e tutela della concorrenza nelle vicende circolatorie dell'impresa*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità*, cit., 135.

disposizioni tese a garantire il diritto all'occupazione ai lavoratori dipendenti a fronte del principio di libertà d'iniziativa economica.

3.1. Successione cronologica nell'appalto e trasferimento d'azienda

Per quanto concerne il primo aspetto, occorre definire i contorni del trasferimento d'azienda, guardando in particolare gli strumenti giuridici mediante i quali si realizza il trasferimento e all'oggetto della cessione.

In merito, si deve ricordare anzitutto che un trasferimento d'azienda si può realizzare anche attraverso un negozio giuridico che non preveda un rapporto diretto fra cedente e cessionario: è possibile, infatti, che il trasferimento (specialmente nel caso di attività labour intensive) si configuri tramite «operazioni triangolari, tra cui in primis la successione di due imprenditori nella titolarità di un appalto di servizi»¹²⁶.

Tuttavia, secondo l'orientamento della Corte di Giustizia, la perdita di un appalto di servizi a vantaggio di un'impresa concorrente non rivela, di per sé, l'esistenza di un trasferimento d'azienda: affinché la fattispecie della successione nella titolarità di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera possa essere ricondotta a quella della cessione d'azienda, è necessario che si configuri il trasferimento di un'entità economica organizzata che conserva la propria identità nel passaggio da un imprenditore all'altro¹²⁷. In altri termini, la successione nella titolarità di un appalto di servizi configura un trasferimento d'azienda se l'oggetto che è trasferito (assunta per ipotesi la scarsa entità dei beni materiali ed immateriali) non è un semplice insieme di lavoratori, stabilmente addetti allo svolgimento di un'attività, ma è un insieme di conoscenze e di capacità professionali, integrate e cristallizzate nell'entità rappresentata dal gruppo di lavoratori, che fa del gruppo stesso un complesso

¹²⁶ AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 126.

¹²⁷ Cfr. la giurisprudenza della CGCE citata da AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 125, e BANO, *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lav. Dir.*, 2008, 16.

in grado di svolgere un'attività d'impresa, anche se diversa dalla precedente¹²⁸. Se, infatti, la successione fra appaltatori non costituisce trasferimento d'azienda è perché difetta l'elemento base, cioè il trasferimento di un'entità che, per quanto dematerializzata, «deve comunque conservare una propria identità di soggetto economico, di organizzazione di beni e di persone, anche se assemblati in proporzioni pur molto diverse, tale da consentire l'esercizio di un'attività d'impresa»¹²⁹.

Appare evidente, alla luce di quanto appena rilevato, che la fattispecie della successione nell'esecuzione di un appalto, tutelata dalle clausole sociali di seconda generazione, non sia sempre riconducibile a quella del trasferimento d'azienda: è ben possibile, infatti, che la successione fra un imprenditore ed un altro nel compimento di un'opera o nella gestione di un servizio non sia caratterizzata dal transito di alcuna "entità economica produttiva organizzata"¹³⁰. Del resto, il legislatore italiano, in virtù delle differenze intercorrenti fra le due fattispecie, non ha esteso tout court le tutele di cui all'art. 2112 c.c. al caso della successione fra appaltatori: ha previsto, piuttosto, meccanismi che impongono alle nuove imprese che entrano nel mercato l'obbligo di assumere alle proprie dipendenze il personale

¹²⁸ Sul problema della qualificazione della riassunzione dei lavoratori come elemento costitutivo della fattispecie del trasferimento d'azienda, ovvero come effetto del configurarsi del trasferimento d'azienda, cfr. VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *Lav. Dir.*, 2002, 618.

¹²⁹ Cfr. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, par. 4.3 e par. 8. Sull'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore non costituisce trasferimento d'azienda, cfr. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 84/2006, par. 6.

¹³⁰ Anche se in alcuni settori, come quello dell'*handling* aeroportuale, la successione fra un gestore del servizio ed un altro è di fatto spesso caratterizzata dal passaggio di un certo numero di beni e strutture necessarie allo svolgimento dell'attività (cfr. i par. 28, 39 e 42 sent. CGCE 9 dicembre 2004, C-460/2002, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*). Cfr. anche BANO, *La circolazione comunitaria*, cit., 21, che ricorda la sent. CGCE 15 dicembre 2005, C-232/2004 e C-233/2004, *Nurten Güney-Görres e Gul Demir c. Securicor Aviation (Germany) Ltd e Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG*.

impiegato dal precedente appaltatore¹⁵¹, anche ove non ricorra un trasferimento d'azienda¹⁵². Ci si può allora chiedere se un siffatto obbligo possa essere considerato legittimo, alla luce dei principi di libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.

3.2. Tutela dei livelli occupazionali e libertà d'iniziativa economica nelle sentenze della Corte Costituzionale

In merito all'interrogativo formulato, si può convenire con la dottrina maggioritaria che gli obblighi di legge, a carico degli imprenditori *new comers*, di mantenere i livelli occupazionali e di riassumere i lavoratori impiegati dal gestore uscente di un servizio pubblico possono essere considerati alla stregua di una fattispecie illegittima d'imponibile di manodopera¹⁵³.

L'illegittimità dell'istituto dell'imponibile di manodopera è stata affermata per la prima volta dalla Corte Costituzionale nella sent. 16 dicembre 1958, n. 78, in cui è stata sancita l'incompatibilità del d.lgs. n. 929/1947 C. prov. Stato (ratificato

¹⁵¹ Ad esempio, nel caso dei servizi di *handling*, il legislatore aveva disposto (versione originaria dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999) il mantenimento, per ventiquattro mesi, dei livelli d'occupazione preesistenti, e, a tutela del personale impiegato dal precedente gestore, l'obbligo della sua assunzione a carico del nuovo gestore: cfr. PALLINI, *Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, 44.

¹⁵² In riferimento al caso dell'*handling* aeroportuale, basandosi sulla differente tutela fornita ai lavoratori dall'art. 2112 c.c. e dall'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, NOVELLA, *Osservazioni sulla stabilità*, cit., 133 ss., fornisce una risposta negativa al quesito se la protezione accordata dall'ultima disposizione citata possa essere ricondotta ad un "trattamento di miglior favore" ai sensi dell'art. 8, dir. 2001/23/CE. Considerato che «la regola del trattamento più favorevole trova il suo presupposto funzionale (...) nella circostanza che i trattamenti posti a confronto siano comparabili sotto il profilo quantitativo», se «si esce dai termini del confronto "quantitativo"», il rischio è che si possa procedere al raffronto fra «il *melius* dal *pejus*» soltanto attraverso valutazioni soggettive circa i (presunti) interessi dei destinatari della disciplina (NOVELLA - VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, 184 ss.). Nel caso in esame, mancano «i requisiti minimi per poter procedere al *test* del *favor*», perché l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, prevede non l'estensione della disciplina di cui all'art. 2112 c.c., ma un tipo di tutela diversa, cioè l'obbligo di assunzione in capo al gestore *new comer* (NOVELLA, *Osservazioni sulla stabilità*, cit., 140).

¹⁵³ Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 148.

con l. n. 621/1952), relativo alle norme sul massimo impiego dei lavoratori agricoli, con l'art. 41 Cost.

In questa sede, non è possibile descrivere in modo accurato i complicati meccanismi che regolavano la «determinazione autoritativa, demandata al Prefetto, del numero dei lavoratori “imponibili” per ettaro-coltura»¹⁵⁴; meccanismi tanto complessi che hanno spinto la dottrina a porsi il quesito se la Corte abbia inteso dichiarare l'illegittimità dell'istituto in sé, per la limitazione dell'iniziativa economica privata imposta all'imprenditore agricolo, ovvero per come esso era stato strutturato nel d.lgs. n. 929/1947 C. prov. Stato¹⁵⁵. Senza addentrarsi nel dibattito sviluppatosi attorno a questo interrogativo, è sufficiente rilevare che la dottrina maggioritaria ha affermato che gli argomenti sviluppati dalla Corte nella sent. n. 78/1958 avevano «portata generale»¹⁵⁶ e, quindi, potevano essere riferiti all'intero mercato del lavoro (e non al solo settore agricolo)¹⁵⁷.

¹⁵⁴ ICHINO, *Diritto al lavoro e collocamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, 24. In merito, cfr. anche BARASSI, *Il diritto del lavoro*, t. II, Milano, 1949, 92 ss.; VIESTI, *L'imponibile di manodopera e la Costituzione*, in *Rass. Dir. Pubb.*, 1957, I, 337 ss.; FLAMMIA, *Sui limiti contenuti nell'art. 41 Cost.*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1958, par. 3.

¹⁵⁵ Cfr. CRISAFULLI, *Costituzione ed imponibile di mano d'opera*, in *Giur. Cost.*, 1958, 1205; PERA, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 125 e 126.

¹⁵⁶ CRISAFULLI, *Costituzione ed imponibile*, cit., 1205. In senso contrario, ICHINO, *Diritto al lavoro*, cit., 24, nota 41.

¹⁵⁷ PERA, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 124, sosteneva che, «nel settore agricolo un sistema di assunzioni obbligatorie in genere, se giustificato dal duplice fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali», poteva «trovare la sua legittimazione nella generica formula dell'art. 44 Cost., secondo la quale “la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata”». Analogamente M. MAZZIOTTI, *Iniziativa economica privata*, cit., 1216-1218; MORTATI, *Iniziativa privata e imponibile di mano d'opera*, in *Giur. Cost.*, 1958, par. 4; BRANCA, *Il procedimento di collocamento dei prestatori di lavoro*, in BRANCA, *Legislazione sociale. Saggi*, Padova, 1977 (scritto originario del 1957), 239. In senso contrario, cfr. VIESTI, *L'imponibile di manodopera*, cit., 341, e lo stesso BRANCA, *Sull'imponibile di mano d'opera in agricoltura* (scritto originario del 1959), in BRANCA, *Legislazione sociale*, cit., 268, secondo cui l'art. 44 Cost. prevede limiti alla proprietà privata terriera e, non già, all'impresa (ma, sul punto, cfr. PERA, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 124, nota 94, il quale rileva che «nel settore agricolo la proprietà e l'impresa almeno di norma coincidono»). Cfr. anche CRISAFULLI, *Costituzione ed imponibile*, cit., par. 3.

In particolare, per quanto riguarda le argomentazioni relative alla compatibilità dell'istituto dell'imponibile di manodopera con l'art. 41 Cost., la Corte Costituzionale ha rilevato che l'obbligo imposto dal decreto legislativo, gravante sugli imprenditori, interferiva gravemente con la loro «personale iniziativa» economica, nonché con la loro «libera valutazione e conseguente autodeterminazione» degli «adeguati elementi per dimensionare l'azienda e provvedere alla sua interna organizzazione», a causa dell'«immissione, nel complesso equilibrio dell'azienda, di elementi non richiesti, spesso non ritenuti idonei». Infatti, l'imprenditore, attraverso il sistema dell'imponibile di manodopera, era «obbligato all'assunzione di prestatori d'opera e all'esborso dell'importo delle relative retribuzioni maggiorate di una penale», anche qualora egli non avesse voluto «usufruire dell'opera di tali lavoratori».

Non solo. La Corte Costituzionale ha anche puntualizzato che un sistema di assunzioni obbligatorie non è giustificabile ai sensi dell'art. 41, comma 3, Cost.¹³⁸. Secondo la Corte, infatti, evocare i «fini sociali» della disciplina dell'imponibile di manodopera non giustifica «l'ammissibilità di una compressione dell'iniziativa economica privata così penetrante da dar fondamento al sistema dell'imponibile di mano d'opera». L'art. 41, comma 3, Cost. consente al legislatore ordinario di adottare disposizioni «idonee a delineare, da un punto di vista della generale utilità, programmi diretti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di (...) determinare (un) fruttuoso assorbimento di mano d'opera»: ciò, tuttavia, non può portare a considerare legittime quelle norme che «siano congegnate in modo da interferire nell'attività economica di singoli operatori, turbando e

¹³⁸ La Corte Costituzionale, per argomentare l'illegittimità delle disposizioni in materia d'imponibile di manodopera rispetto alle previsioni dell'art. 41, c. 2, Cost., ha affermato che, in questa disposizione, «sono posti limiti di ordine negativo alla libera iniziativa privata»: pertanto obblighi di *pati* o di *facere*, quali erano, invece, quelli previsti nella disciplina dell'imponibile di manodopera, non erano compatibili con l'art. 41, c. 2, Cost. (per richiami, *supra*, nota 15). Sul rapporto fra l'art. 41, c. 2, Cost. ed il d.lgs. n. 929/1947 C. prov. Stato, VIESTI, *L'imponibile di manodopera*, cit., 338, ha affermato che l'istituto dell'imponibile di manodopera era da considerare in contrasto con il principio dell'utilità sociale, «perché nessuno, meglio del privato conduttore» avrebbe potuto «apprezzare le necessità di lavoro dei vari terreni, al fine di ottenere la maggior produzione con la minor spesa».

comprimendo quell'iniziativa privata» garantita dall'art. 41, comma 1, Cost. Dunque, «l'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria azienda resta estraneo» al disposto dell'art. 41, comma 3, Cost. «e non può inquadarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste»¹³⁹.

L'interpretazione secondo cui le argomentazioni sviluppate dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 78/1958 hanno portata generale (e non limitata al solo mercato del lavoro agricolo) è avvalorata da un'ulteriore sentenza in materia d'imponibile di manodopera. Infatti, anche nella sent. 28 luglio 1993, n. 356, la Corte ha affermato che l'obbligo a carico delle società e dei consorzi, imposti dall'art. 67, l. reg. Sicilia 31 marzo – 1 aprile 1993, di assunzione dei “giovani” «occupati in progetti di utilità collettiva», non è compatibile con i principi di libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.¹⁴⁰.

In particolare, la Corte ha sancito che non è legittimo «limitare la libertà dei privati, imponendo loro di assumere obbligatoriamente un certo numero di dipendenti, per quanto giustificato e persino lodevole possa sembrare dal lato morale o anche da quello sociale l'intento di favorire categorie particolarmente colpite dalla sventura»: l'istituto dell'imponibile di manodopera deve essere «dichiarato costituzionalmente illegittimo poiché comprime un elemento, quello relativo al dimensionamento e alla scelta del personale impiegato nell'azienda e al conseguente profilo di organizzazione interna di quest'ultima, che caratterizza il nucleo essenziale della libertà d'iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost.».

¹³⁹ In merito, cfr. PERA, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 128 ss. La Corte si è espressa in senso opposto rispetto a MORTATI, *Il diritto al lavoro*, cit., 185, il quale riteneva che l'imponibile di manodopera potesse essere ricondotto «ai principi che hanno trovato consacrazione nell'art. 41 Cost.: cioè nella funzione sociale dell'impresa», in base a cui avrebbe potuto essere richiesto un assorbimento medio o almeno minimo di mano d'opera, determinata «in base ad un calcolo di massimo rendimento» della stessa, «ma sempre a patto di escludere ogni specie di superlavoro». Secondo l'A., così interpretato, il d.lgs. n. 929/1947 C. prov. Stato sarebbe stato «suscettibile di estensione a rami d'industria diversi da quello agricolo».

¹⁴⁰ Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 150.

Perciò, ha concluso la dottrina¹⁴¹, «il tratto distintivo dell'imponibile di manodopera è stato individuato dalla giurisprudenza costituzionale nella sua capacità di "alterare la valutazione dei datori di lavoro in ordine al dimensionamento delle imprese"»¹⁴². Ed è proprio «l'onere economico derivante all'impresa dall'obbligo di assumere lavoratori» (anche in soprannumero), se non compensato dalla presenza di correttivi che valgano a bilanciarlo, a rendere l'istituto dell'imponibile di manodopera incompatibile con i principi di cui all'art. 41 Cost.¹⁴³.

Quanto affermato dalla Corte Costituzionale in ordine all'imponibile di manodopera giustifica, allora, un forte dubbio di legittimità costituzionale sulle clausole sociali di seconda generazione finalizzate ad assicurare la continuità occupazionale in favore del personale occupato in determinate imprese o settori economici. È evidente, infatti, che attraverso l'imposizione

¹⁴¹ Cfr. M. LUCIANI, *Libertà d'impresa (di assicurazione) e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sent. n. 316 del 1990 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1990, 2035 e 2036.

¹⁴² Tali considerazioni sono avvalorate dai principi che si evincono dalle sentenze della Corte Costituzionale relative al sistema del cosiddetto "collocamento obbligatorio". Nel caso delle assunzioni obbligatorie, infatti, è stato stabilito (sent. 8 giugno 1960, n. 38) che «il vincolo imposto al datore di lavoro non incide sulla scelta delle dimensioni della compagine aziendale, avendo ad oggetto soltanto la riserva di una determinata percentuale di posti in organico a favore degli appartenenti alle categorie protette», ed è pertanto compatibile con i principi di cui all'art. 41 Cost. perché la privata iniziativa non viene annullata o soppressa (ICHINO, *Diritto al lavoro*, cit., 26).

¹⁴³ Cfr. Corte Cost. 5 luglio 1990, n. 316, in cui è stato giudicato compatibile, con i principi di cui all'art. 41 Cost., l'art. 11, cc. 3 e 4, l. n. 39/1977, che impone l'obbligo a carico delle compagnie cessionarie di quote di portafoglio delle imprese assicuratrici in liquidazione coatta amministrativa di assumere parte del personale dell'impresa stessa. In questo caso, «l'obbligo di assunzione fuori organico» è compensato «dall'incremento del volume di affari portato dalla contestuale cessione di una quota proporzionale del portafoglio dell'impresa in liquidazione». Invece, nel caso dell'imponibile di manodopera agricola ed in quello dell'art. 67, l. reg. Sicilia 31 marzo - 1 aprile 1993, l'obbligo di assunzione non era bilanciato dall'erogazione di alcun beneficio pubblico. In merito, cfr. M. LUCIANI, *Libertà d'impresa*, cit., 2036, secondo cui le argomentazioni della Corte Costituzionale, nella sent. n. 316/1990, sono insoddisfacenti, poiché negare che le misure di cui all'art. 11, cc. 3 e 4, l. n. 39/1977, siano riconducibili alla fattispecie dell'imponibile di manodopera non è per di sé sufficiente ad escludere un «*vulnus* alla libertà d'iniziativa economica».

dell'obbligo di riassunzione del personale dipendente dal precedente appaltatore (o gestore del servizio), ovvero dell'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali, che incidono «sulla consistenza qualitativa e quantitativa dell'occupazione, viene fortemente compressa la libertà organizzativa dell'imprenditore, se è vero che “il dimensionamento e la scelta del personale impiegato nell'azienda caratterizzano il nucleo essenziale della libertà d'iniziativa economica”»¹⁴⁴.

3.3. L'impatto del diritto dell'UE sulle clausole di seconda generazione

La legittimità delle clausole sociali di seconda generazione non è dubbia solo in rapporto alla libertà d'iniziativa economica. Parte della dottrina ha sostenuto che le clausole sociali di riassunzione possono creare «una restrizione eccessiva – e cioè sproporzionata rispetto al fine – della libertà di quella stessa concorrenza che il legislatore si propone d'instaurare» nei segmenti di mercato ristrutturati e privatizzati: i vincoli posti a protezione dell'occupazione dei lavoratori, «comprimendo eccessivamente la libertà economica, oltre a penalizzare le imprese», potrebbero ledere anche la libertà di concorrenza, nella sua componente “oggettiva” di libero accesso al mercato¹⁴⁵.

Per verificare queste affermazioni, può essere utile guardare la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in modo simmetrico a quanto fatto per le clausole sociali di prima generazione: la CGCE, infatti, ha avuto modo di pronunciarsi in alcune occasioni anche sulle clausole sociali poste a protezione dei livelli occupazionali nei mercati liberalizzati.

In merito, particolare attenzione deve essere prestata alle sent. CGCE 9 dicembre 2004, C-460/2002, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana, e 14 luglio 2005, C-386/2003, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania, entrambe relative al recepimento nazionale della dir. 96/67/CE, del 15 ottobre 1996, riguardante l'accesso al

¹⁴⁴ GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 149.

¹⁴⁵ Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 153 e 154.

mercato dell'*handling* aeroportuale e finalizzata a garantirne il libero accesso ai prestatori dei servizi (art. 6), in funzione della «riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree» e del «miglioramento della qualità offerta agli utenti» (considerando n. 5). In ambedue i casi, erano state sottoposte al vaglio della CGCE clausole sociali, tese alla salvaguardia della continuità occupazionale nel settore dell'*handling* aeroportuale, nell'ipotesi di successione fra appaltatori: clausole che i legislatori nazionali avevano adottato in base alle previsioni contenute nell'art. 18, dir. 96/67/CE, relativo alla possibilità di adottare misure dirette alla tutela dei diritti dei lavoratori.

«In modo assolutamente speculare», la disciplina italiana (art. 14, d.lgs. n. 18/1999) e la disciplina tedesca avevano previsto a carico delle imprese *new comers* nel mercato dei servizi di assistenza a terra di un aeroporto nazionale (anche nel caso in cui non si configurasse un trasferimento di azienda) «l'onere di assumere alle proprie dipendenze il personale impiegato dal precedente gestore in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita»¹⁴⁶.

In modo altrettanto speculare, la disciplina italiana e quella tedesca sono state dichiarate non compatibili con le previsioni della dir. 96/67/CE, proprio in ragione della «non proporzionalità degli effetti restrittivi della concorrenza tra imprese nel mercato dei servizi aeroportuali, rispetto al fine di garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori»¹⁴⁷. In particolare, la CGCE ha affermato che le clausole adottate dal legislatore italiano e da quello tedesco consentivano di esercitare una pressione sulle imprese che avessero voluto entrare nel mercato dell'*handling*, vincolandole ad assumere i lavoratori già impiegati nei servizi di assistenza a terra: in questo modo,

¹⁴⁶ PALLINI, *Il diritto del lavoro*, cit., 344, il quale mette in rilievo che, mentre nella disciplina italiana l'obbligo di assunzione trovava applicazione in ogni caso, nella disciplina tedesca era attribuita «all'originario gestore-monopolista dei servizi a terra di ciascun aeroporto la facoltà di decidere se esigere dalle imprese neoentrate la riassunzione» dei dipendenti o se ricevere, invece, «dalle stesse imprese un corrispettivo compensativo dei costi, per incentivi all'esodo incentivato, licenziamenti, ammortizzatori sociali», che il gestore uscente avrebbe sopportato «a seguito della mancata assunzione dei suoi dipendenti in esubero».

¹⁴⁷ PALLINI, *Il diritto del lavoro*, cit., 345.

l'immissione di nuovi prestatori di servizi nel mercato risultava più onerosa¹⁴⁸.

Secondo la dottrina, tuttavia, la CGCE non ha adeguatamente motivato tali decisioni¹⁴⁹: infatti, «sarebbe stato lecito attendersi un giudizio di ragionevolezza esplicito sulle scelte compiute» dai legislatori nazionali, «in modo da valutare il contemperamento realizzato tra le contrapposte esigenze, entrando anche nel merito degli obiettivi perseguiti e degli strumenti individuati», per la salvaguardia della continuità occupazionale nel settore dell'*handling* aeroportuale, all'interno delle discipline italiana e tedesca¹⁵⁰.

Sarebbe stato altrettanto legittimo attendersi che la CGCE valutasse le clausole sociali non solo in ragione della loro funzione di tutela dei posti di lavoro dei lavoratori occupati da un operatore in procinto di uscire dal mercato, ma anche in ragione dell'«ulteriore obiettivo di favorire la mobilità tra le imprese, nell'indubbio interesse dell'imprenditore uscente (di risolvere agevolmente i contratti di lavoro con il personale interessato), ma anche (...) di quello subentrante (di reclutare personale già esperto)»¹⁵¹.

Ciò non toglie, però, che almeno un elemento potesse orientare i legislatori nazionali (in particolare, quello italiano) nella direzione imboccata infine dalla Corte di Giustizia. Infatti, già nel 1998, quando l'iter d'approvazione del d.lgs. n. 18/1999, di trasposizione della dir. 96/67/CE, non era ancora concluso, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) aveva manifestato dubbi sulla compatibilità della clausola sociale in via di definizione (poi contemplata all'art. 14, d.lgs. n. 18/1999) rispetto ai principi nazionali e dell'UE in materia di

¹⁴⁸ Par. 26 ss. sent. CGCE C-386/2003 e par. 34 ss. sent. CGCE C-460/2002.

¹⁴⁹ In questa sede non ci si sofferma sulle argomentazioni portate innanzi alla CGCE, da parte dei governi italiano e tedesco, a difesa delle proprie discipline nazionali: le argomentazioni riguardavano la riconducibilità della fattispecie della successione fra appaltatori a quella del trasferimento d'azienda. In merito si rinvia *supra*, par. 3.1.

¹⁵⁰ MUTARELLI, *Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, 275. Cfr. anche PALLINI, *Il diritto del lavoro*, cit., 348; AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 117 e 118.

¹⁵¹ AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 107.

concorrenza¹⁵². In particolare, al par. 3.2 segnalazione AGCM 23 febbraio 1998, “Liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti”, era stato affermato che «l'imposizione ai nuovi entranti dell'onere di assorbire manodopera eccedente può disincentivare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e può ridurre l'impatto concorrenziale, limitando in tal modo i benefici della liberalizzazione in termini di riduzione dei prezzi e miglioramento della qualità dei servizi»¹⁵³.

3.3.1. Gli spazi a disposizione della contrattazione collettiva nella tutela dell'occupazione dei lavoratori

Alla luce degli esiti delle sent. CGCE C-460/2002 e C-386/2003, è interessante esaminare come i legislatori nazionali (in particolare, quello italiano) abbiano rivisto la disciplina delle clausole sociali per renderle compatibili con i principi della concorrenza dell'UE: gli sviluppi della normativa relativa alla protezione dell'occupazione permettono, infatti, di approfondire ulteriormente il delicato rapporto fra i diritti sociali dei lavoratori e le ragioni della libertà di concorrenza fra le imprese.

Per ciò che concerne la riformulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, in un primo momento, il legislatore aveva stabilito che, «salva restando l'applicazione di specifiche norme contrattuali di tutela», l'ENAC avrebbe dovuto assicurare, nel caso di successione fra appaltatori nell'*handling* aeroportuale, «l'applicazione delle misure di protezione sociale previste dalla normativa vigente, privilegiando il reimpiego del personale in attività analoghe», che avessero richiesto «il possesso di particolari requisiti professionali e di sicurezza da parte del personale addetto»¹⁵⁴.

¹⁵² Cfr. CARBONE - MUNARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in *Dir. Comm. Int.*, 2000, 111, nota 40; MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 386, nota 8.

¹⁵³ Simili considerazioni si rinvencono anche al par. 39 segnalazione AGCM 5 febbraio 2004, “Liberalizzazione e privatizzazione delle attività aeroportuali”.

¹⁵⁴ Art. 3, c. 8, d.lgs. n. 96/2005, come modificato dall'art. 4, c. 11, d.lgs. n. 151/2006.

Questa disposizione, però, è stata censurata dalla Commissione europea, la quale, con parere del 4 aprile 2006, ha affermato che la nuova formulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, non era idonea a superare il contrasto con il diritto dell'UE: tale riformulazione, infatti, obbligava l'ENAC a «privilegiare il reimpiego del personale in possesso di determinati requisiti» e presupponeva, in capo all'ENAC medesimo, un'autorità sufficiente per (o, comunque, la possibilità di) imporre effettivamente alle imprese *new comers* il reimpiego di tale personale. In particolare, secondo la Commissione, la nuova disposizione aveva nuovamente come risultato (sebbene non più raggiunto attraverso un'imposizione di origine legale) un obbligo di riassunzione dei dipendenti del precedente gestore a carico delle imprese *new comers*: obbligo incompatibile con le istanze di apertura del mercato aeroportuale¹⁵⁵.

Si è giunti così alla terza stesura dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, in cui è stato stabilito che «fatte salve le disposizioni normative e contrattuali di tutela», nel caso di successione fra appaltatori nell'*handling* aeroportuale, «al fine d'individuare gli strumenti utili a governare gli effetti sociali derivanti dal processo di liberalizzazione, il Ministro dei Trasporti, di concerto con il Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, garantisce il coinvolgimento dei soggetti sociali, anche a mezzo di opportune forme di concertazione»¹⁵⁶. Nella nuova formulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, dunque, sembrerebbe essere venuto meno qualsiasi obbligo, a carico degli imprenditori *new comers* del settore aeroportuale, di riassumere i lavoratori dipendenti dal precedente gestore del servizio di *handling*.

Quest'impressione, tuttavia, non è esatta, poiché il ruolo di tutela dell'occupazione, ricoperto in precedenza dalla legge, è affidato oggi alla contrattazione collettiva: certo non è la stessa cosa, ma anche il contratto collettivo è fonte di obbligazioni.

¹⁵⁵ Cfr. MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 388, che sottolinea le affinità fra questa seconda formulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, e la normativa tedesca che era stata giudicata incompatibile con i principi della concorrenza dell'Unione europea, al centro della controversia CGCE C-386/2003. AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 119, ha affermato, invece, che questa riformulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, aveva comportato un «sostanziale svuotamento della previgente previsione della clausola di protezione» sociale.

¹⁵⁶ Art. 23, l. n. 13/2007.

Infatti, le stesure dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, successive a quella originaria, hanno fatto salve le eventuali misure di protezione sociale contenute nella contrattazione collettiva di settore: ed il contratto collettivo di riferimento ha previsto che la successione fra appaltatori nell'ambito dell'*handling* aeroportuale, ad eccezione dell'ipotesi di trasferimento diretto di ramo d'azienda, comporta il passaggio del personale dal precedente gestore a quello subentrante, in ragione della quota di traffico acquisita da quest'ultimo, con applicazione del trattamento economico e normativo contemplato nel medesimo contratto collettivo¹⁵⁷. Il disposto combinato di questo testo contrattuale con quello dell'art. 13, d.lgs. n. 18/1999 (che subordina l'accesso al mercato dell'*handling* al rispetto dei trattamenti economici e normativi del contratto collettivo di settore¹⁵⁸), fa dunque sì che l'*handler* subentrante sia «tenuto ad assumere il personale precedentemente in forza presso l'*handler* cessante»¹⁵⁹.

Ma si può ritenere compatibile con i principi dell'UE l'obbligo di riassumere i lavoratori in caso di successione fra appaltatori, se tale obbligo trae origine nel contratto collettivo, anziché nella legge? Secondo parte della dottrina, è possibile dare una risposta affermativa a questo interrogativo¹⁶⁰.

Nel par. 59 sent. CGCE 21 settembre 1999, C-67/1996, Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, la Corte di Giustizia ha esplicitamente affermato che «taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli

¹⁵⁷ Cfr. AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 119; MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 389. Il riferimento è all'allegato n. 2 del contratto collettivo per il personale di terra del trasporto aereo e delle attività aeroportuali sottoscritto il 26 luglio 2005. I contenuti della "clausola sociale" di origine contrattuale sono rimasti invariati (art. G3) nel rinnovo del contratto sottoscritto il giorno 8 luglio 2010.

¹⁵⁸ Cfr. MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 390. L'A. sposa la tesi secondo cui l'art. 13, d.lgs. n. 18/1999, deve essere interpretato nel senso di vincolare le parti sociali all'applicazione del contratto collettivo di settore (*supra*, nota 119), basandosi anche sul testo della circ. n. 2007/APT-02°, con cui l'ENAC ha imposto l'obbligo a carico dei gestori di servizi aeroportuali di applicare integralmente il contratto collettivo del settore dell'*handling*.

¹⁵⁹ Ancora MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 390. Analogamente AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 120.

¹⁶⁰ Cfr. AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 121.

accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tuttavia, gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, TCE nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro». La CGCE, dunque, ha riconosciuto che la contrattazione collettiva può contenere clausole aventi effetti limitativi della concorrenza fra le imprese.

Ciò, tuttavia, non significa che qualsiasi accordo collettivo di lavoro goda dell'*antitrust immunity*: secondo la Corte di Giustizia soltanto i contratti collettivi che «per la loro natura e per il loro oggetto siano volti a conseguire gli obiettivi di miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro posti dagli artt. 2 e 3, lett. g) e i), TCE» non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 85 TCE (poi rinumerato come art. 81 TCE, ed ora trasposto nell'art. 101 TFUE)¹⁶¹. In altri termini, la «necessaria correlazione dell'oggetto della contrattazione collettiva rispetto agli obiettivi di protezione sociale individuati dal Trattato (...) non mette autonomamente al riparo i prodotti dell'autonomia collettiva dall'osservanza della logica mercantile, sottoponendoli (...) «ad un controllo sul merito dei fini, dei risultati e della congruità del rapporto tra questi»¹⁶².

Alla luce delle indicazioni che emergono dalla sent. CGCE C-67/1996, è stato affermato che le disposizioni di legge, quali il vigente art. 14, d.lgs. n. 18/1999, che permettono alla contrattazione collettiva d'introdurre obblighi di riassunzione a carico delle imprese *new comers* sarebbero legittime, nonostante gli effetti di disincentivazione dell'ingresso sul mercato a danno di nuovi operatori e conseguente restrizione della concorrenza sul mercato. Infatti, le clausole negoziali di riassunzione, previste nel contratto collettivo preso a riferimento nel settore dell'*handling* e dirette a salvaguardare l'occupazione dei lavoratori, si collocherebbero «ben all'interno dei confini entro cui il contratto collettivo, per la sua natura e il suo oggetto (...) è stato considerato impermeabile» alle regole dell'UE sulla

¹⁶¹ Cfr. e cit. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, 241.

¹⁶² AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 121 e 122.

concorrenza¹⁶⁵. In altri termini, gli obblighi di riassunzione di natura contrattuale godrebbero dell'*antitrust immunity*, perché non solo finalizzati, ma anche necessari a conseguire un obiettivo d'interesse generale (il miglioramento delle condizioni di lavoro) e perché considerati come il risultato di un processo di contrattazione in grado di garantire correlazione fra il fine della tutela dell'occupazione ed i sacrifici imposti alle libertà di mercato. Infatti, a differenza di quanto avveniva nella disciplina delle clausole sociali previste *ex lege*, dove il sacrificio della libertà d'impresa e di concorrenza a vantaggio del diritto al lavoro era unilateralmente determinato dal legislatore, in questo caso l'equilibrio fra libertà di mercato e diritto all'occupazione sarebbe liberamente determinato dalle parti sociali.

3.3.2. Il principio della libera prestazione di servizi e la tutela dei livelli occupazionali

Queste affermazioni, tuttavia, non appaiono condivisibili: infatti, è possibile dubitare della compatibilità delle clausole sociali di origine contrattuale tese alla salvaguardia della continuità occupazionale nell'ipotesi di mera successione fra appaltatori, con il principio della libera circolazione dei servizi. Peraltro, alcune riserve in merito sono già emerse sia nelle sentenze dei giudici nazionali¹⁶⁴, sia nella giurisprudenza di altri Paesi appartenenti all'UE¹⁶⁵.

¹⁶³ AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 123.

¹⁶⁴ MAZZEO 2007, 391, ricorda l'ordinanza TAR Lazio 13 gennaio 2005, n. 203, con cui è stato sospeso l'atto ENAC n. 2004/6979, che aveva impedito ad un'impresa di svolgere l'attività di servizi di *handling* per conto di una compagnia aerea, asserendo il mancato rispetto del contratto collettivo di settore. In particolare, il TAR Lazio ha ritenuto che, «secondo quanto è dato desumere dalla motivazione della sentenza della CGCE C-460/2002 (...) la previsione dell'art. 13, d.lgs. n. 18/1999, ove interpretata nel senso che impone l'applicazione del contratto collettivo di settore dei gestori aeroportuali, appare di dubbia compatibilità con la direttiva comunitaria n. 96/67/CE», considerato anche «il collegamento tra l'art. 13 e l'art. 14 del d.lgs. n. 18/1999, ritenuto in contrasto con la dir. 96/67/CE dalla predetta sentenza della Corte di Giustizia».

¹⁶⁵ BRINO, *Il diritto comunitario e le misure nazionali a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*, in *Gius. Civ.*, 2005, 2595, ricorda che, in Francia, «il *Conseil d'État* è più volte intervenuto in materia di accordi collettivi che impongono il trasferimento di una parte di lavoratori dal

Il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dalla constatazione che la Corte di Giustizia, come abbiamo già avuto modo di vedere nel caso delle clausole sociali di prima generazione, valuta la legittimità delle disposizioni poste a tutela dei lavoratori non (soltanto) con riferimento alla prospettiva “soggettiva”, ma (anche) con riferimento alla prospettiva “oggettiva” della concorrenza, con conseguente scivolamento del piano d’analisi dal principio della libertà di concorrenza sul mercato a quello della libertà di accesso al mercato (e, dunque, della libera prestazione di servizi).

In particolare, si può ricordare che, secondo la CGUE¹⁶⁶, è pur vero che, nella già citata sent. Albany¹⁶⁷, «la Corte ha statuito che, malgrado gli effetti restrittivi della concorrenza ad esso inerenti, un accordo collettivo concluso tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori (...) non ricade sotto le previsioni dell’art. 101, n. 1, TFUE» (ex art. 81 TCE); tuttavia, questa considerazione «non pregiudica in alcun modo la diversa questione (...) delle norme dell’Unione riguardanti l’applicazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi». Se, infatti, l’«esercizio della libertà delle parti sociali e del diritto di negoziazione collettiva» non implica, di per sé, «come inevitabile corollario, una lesione (...) alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi», «il fatto che un accordo o un’attività siano sottratti all’ambito applicativo delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza non ha come conseguenza automatica che tale

precedente al nuovo concessionario di un servizio pubblico». Secondo il *Conseil d’État*, la clausola negoziale che obbliga i nuovi gestori a riassumere i lavoratori impiegati dal precedente gestore dissuade i concorrenti, provocando una distorsione della concorrenza: tale disposizione, anche se finalizzata a preservare l’occupazione, apporterebbe un pregiudizio eccessivamente sproporzionato al principio di libertà di concorrenza. Cfr. anche i dubbi di CORTI, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, I, 799.

¹⁶⁶ Par. 45 sent. CGUE 15 luglio 2010, C-271/2008, *Commissione Europea c. Repubblica federale di Germania*. La Corte di Giustizia delle Comunità europee ha cambiato nome in Corte di Giustizia dell’Unione europea, in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Pertanto per le sentenze posteriori al 1° dicembre 2009 sarà utilizzato l’acronimo CGUE.

¹⁶⁷ In verità, la CGUE oltre alla sent. Albany, ricorda anche la sent. CGCE 21 settembre 2000, C-222/1998, *Hendrik van der Woude e Stichting Beatrixoord*.

accordo o tale attività siano altresì esonerati dal rispettare gli obblighi imposti dalle disposizioni» del Trattato in materia di libera prestazione dei servizi, «dal momento che questi due ordini di disposizioni rispondono ciascuno a specifici presupposti di applicazione»¹⁶⁸.

Ciò significa che, sebbene sia le disposizioni relative alla libertà di stabilimento e d'impresa e alla libera prestazione dei servizi, sia le disposizioni relative alla libertà di concorrenza rispecchino la finalità di realizzazione e regolazione del mercato UE, il fatto che un accordo o un'attività, «in considerazione del loro concreto atteggiarsi, esulino dall'ambito applicativo delle disposizioni in materia di concorrenza non comporta necessariamente che tale accordo o tale attività siano altresì esclusi dal campo di applicazione delle disposizioni sulla libera circolazione»: è ben possibile, infatti, che «un accordo o un'attività possano soggiacere alle disposizioni sulla libera circolazione e contemporaneamente esulare dal campo di applicazione delle disposizioni sulla concorrenza, e viceversa». Dunque, secondo la giurisprudenza della CGCE (e ora della CGUE), la circostanza che le disposizioni dei contratti collettivi funzionali al miglioramento delle condizioni d'impiego e di lavoro non soggiacciano all'art. 101 TFUE, «non significa necessariamente che dette disposizioni siano altresì escluse dal campo di applicazione del principio della libertà di stabilimento e del principio della libera prestazione dei servizi»¹⁶⁹.

Di conseguenza, non sembra possibile sostenere che le clausole di garanzia di continuità occupazionale siano legittime, qualora trovino la loro fonte in un contratto collettivo, anziché nella legge. Gli obblighi di riassunzione sono stati giudicati incompatibili con il diritto dell'UE, perché in grado di compromettere l'apertura dei mercati, scoraggiando potenziali *new comers* a causa del profilarsi di costi (elevati) di manodopera, non determinati dalle proprie scelte imprenditoriali (con conseguente compressione della libertà d'impresa e di

¹⁶⁸ Par. 46-48 sent. CGUE C-271/2008.

¹⁶⁹ Par. 65-67 conclusioni Avv. Gen. TRSTENJAK al caso CGUE C-271/2008, presentate il 14 aprile 2010: in merito, cfr. CARABELLI, *Unione europea e libertà economiche "sociofaghe"* (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale), in www.scienze politiche.uniba.it, 2010, par. 1.

prestare servizi)¹⁷⁰. Le previsioni dei contratti collettivi, al pari di qualsiasi altra disposizione tesa alla protezione sociale dei lavoratori che «preveda il riassorbimento da parte dei nuovi entranti di personale del precedente gestore, ancorché non fondata, su un obbligo legale ma derivante da una imposizione in via di fatto», sono incompatibili con il diritto comunitario nella misura in cui, in concreto, sono in grado di produrre «l'effetto di porre a carico dei nuovi operatori i costi i gestione di chi li ha preceduti»¹⁷¹.

Si può così convenire con quella dottrina che sostiene che la libertà di prestare servizi all'interno del mercato UE si estrinseca anche nel diritto dell'imprenditore «di avvalersi liberamente del personale che costituisce il nucleo dell'impresa, perché ciò è indispensabile per l'esercizio efficace dell'attività dell'impresa»¹⁷².

4. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, è possibile ora verificare quali siano i rapporti di forza fra i diritti sociali dei lavoratori e la libertà d'iniziativa economica, quando si vengano a trovare in conflitto fra loro, in virtù delle clausole sociali previste dall'ordinamento: tali rapporti variano significativamente, a seconda che si prendano in esame le clausole di prima o di seconda generazione.

Gli obblighi di assunzione e riassunzione, contenuti nelle clausole sociali di seconda generazione appaiono illegittimi, sia con riferimento alla libertà d'iniziativa economica, sia con riferimento alla libertà di concorrenza, entrambe contraddistinte da un "nucleo" essenziale, non comprimibile dal legislatore: l'impresa non può essere gravata da costi non voluti e non programmati, in funzione di un obbligo di assunzione di manodopera. In questo caso, il diritto al lavoro (inteso come il diritto ad avere un'occupazione) lascia il passo alla libertà di dotarsi della manodopera ritenuta necessaria per lo svolgimento dell'attività economica. Queste affermazioni, peraltro, sono

¹⁷⁰ Cfr. par. 34 sent. CGCE C-460/2002.

¹⁷¹ MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 388.

¹⁷² BANO, *Diritto del lavoro*, cit., 96.

coerenti con l'interpretazione dell'art. 4, comma 1, Cost., sostenuta dalla dottrina maggioritaria, secondo cui «nella locuzione “diritto al lavoro” occorre tenere distinti due significati: la libertà di lavorare; il diritto ad ottenere un lavoro. Questo secondo significato denota una “pretesa” nei confronti dei pubblici poteri o di altri soggetti che non assurge, nel nostro sistema, a diritto soggettivo perfetto»¹⁷³.

Gli spazi d'azione a disposizione del legislatore per garantire il diritto al lavoro a coloro che vengono espulsi dal processo produttivo nel caso di successione fra appaltatori appaiono dunque ristretti alla possibilità di concedere loro un diritto di precedenza nelle assunzioni che effettuerà l'imprenditore *new comer*. Questo diritto, però, deve essere delimitato nel tempo e, soprattutto, attivabile in caso di sostanziale equivalenza fra le qualifiche ricercate dall'impresa e quelle possedute dal lavoratore. In questo modo, infatti, la libertà d'iniziativa economica non sarebbe violata nel suo nucleo essenziale, in relazione al dimensionamento della forza-lavoro: sarebbe solo limitata la possibilità di scelta dei lavoratori da assumere. E questa pare una restrizione compatibile sia con il diritto interno, sia con il diritto dell'UE, come dimostra il fatto che simili diritti di precedenza, già presenti nell'ordinamento italiano¹⁷⁴, sono stati ritenuti compatibili con il principio della libera prestazione di

¹⁷³ BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità*, cit., 10, che ricorda come la sent. Corte Cost. 9 giugno 1965, n. 45, abbia affermato che «il diritto al lavoro non può essere configurato come un diritto soggettivo all'occupazione nei confronti dello Stato o degli imprenditori». Analogamente SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, ricerca diretta da SCOGNAMIGLIO, Milano, 1978, 40-41, e più recentemente LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Torino, 2000, 29; GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 46/2006, 8; ALAIMO, *Il diritto al lavoro*, cit., 17 ss.; G. U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, cit., 40.

¹⁷⁴ Cfr., ad esempio, l'art. 8, c. 1, l. n. 223/1991, e l'art. 5, cc. 4 *quater* e 4 *quinquies*, d.lgs. n. 368/2001.

servizi, sia nella giurisprudenza comunitaria¹⁷⁵, sia dalla Commissione europea¹⁷⁶.

Per ciò che concerne, invece, le clausole sociali di prima generazione, il discorso è più complesso. Abbiamo avuto modo di vedere, infatti, che il trattamento economico e normativo minimo indicato in un contratto collettivo, che deve essere rispettato in virtù di una clausola sociale, non può essere ritenuto un ostacolo al libero dispiegarsi della libera concorrenza sul mercato, se questa è intesa (com'è accaduto nella sent. Corte Cost. n. 226/1998) in senso "soggettivo", cioè come condizione in cui tutte le imprese godono di un'effettiva parità e sono soggette ai medesimi vincoli (anche quelli, di origine legale o contrattuale, posti a tutela del contraente debole nel rapporto di lavoro). Se, invece, la concorrenza è considerata in modo "oggettivo", cioè se viene presa in considerazione l'apertura dei mercati quale pre-condizione per poter concorrere su di essi (com'è avvenuto nella sent. CGCE C-346/2006), i minimi di trattamento economici e normativi contemplati nel contratto collettivo possono configurare un ostacolo alla libertà di prestare servizi.

Resta allora da capire se sia possibile giungere ad una risposta univoca al quesito relativo alla legittimità delle clausole sociali di prima generazione.

In effetti, esiste una via (angusta, in verità) da seguire per giustificare la permanente legittimità delle clausole sociali di prima generazione, anche alla luce del principio della libera prestazione di servizi.

¹⁷⁵ Cfr. par. 45 conclusioni Avv. Gen. LÉGER al caso CGCE C-460/2002, presentate il 9 settembre 2004: cfr. BRINO, *Il diritto comunitario*, cit., 2593, e AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 118.

¹⁷⁶ La Commissione europea aveva avuto modo di manifestare dubbi sulla compatibilità delle clausole di riassunzione con il diritto comunitario, in riferimento all'art. 23, c. 3, l. n. 84/1994, come modificato dall'art. 2, c. 23, l. n. 647/1996. Nell'occasione, aveva affermato che potevano essere ritenute compatibili con i principi comunitari della concorrenza e di libera circolazione dei servizi eventuali disposizioni che avessero assegnato al personale espulso dal mercato un diritto di precedenza in caso di assunzioni da parte dell'imprenditore *new comer*: tale diritto avrebbe dovuto però essere limitato nel tempo e, soprattutto, applicabile soltanto "a parità di qualifiche" (cfr. CARBONE - MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive*, in *Dir. Mar.*, 1994, 65, nota 90).

Alla base del ragionamento vi sono due constatazioni. Da un lato, abbiamo rilevato che, nelle sentenze della CGCE e della CGUE, la libertà economica è assunta «come lo scopo fondamentale e preminente che deve guidare il sindacato di legittimità» delle normative lavoristiche nazionali¹⁷⁷: queste ultime possono essere considerate legittime, ai sensi dell'art. 56 TFUE, soltanto nel caso in cui non rappresentino un ostacolo alla libera circolazione dei servizi (essendo necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini perseguiti di tutela dei lavoratori). Dall'altro lato, abbiamo evidenziato che l'art. 3.7 dir. 96/71/CE è interpretato dalla CGCE (ed ora dalla CGUE) in chiave “minimalista”, nel senso che uno Stato membro non può subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più gravose della soglia di protezione minima dei lavoratori, perché altrimenti sarebbero sfavoriti i prestatori di servizi stabili in altri Stati, ove la normativa lavoristica sia meno rigorosa di quella dello Stato ospite¹⁷⁸. E abbiamo avuto modo di vedere, al contempo, che la nozione di “ordine pubblico sociale” nazionale non può essere ricondotta al concetto di ordine pubblico di cui all'art. 3.10 dir. 96/71/CE, che è invece interpretato dalla Corte di Giustizia alla stregua di “ordine pubblico internazionale”.

Queste interpretazioni dell'art. 56 TFUE e delle disposizioni contenute nella direttiva sul distacco transnazionale favoriscono una sorta di «concorrenza tra ordinamenti giuridici»¹⁷⁹: e proprio la Corte di Giustizia, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, ha mostrato un «favor per l'instaurazione di un rapporto competitivo tra gli ordinamenti degli Stati membri», prima nell'ambito del diritto societario, in materia di libertà di

¹⁷⁷ BANO, *Diritto del lavoro*, cit., 131.

¹⁷⁸ Cfr. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, 543.

¹⁷⁹ PALLINI, *Law shopping*, cit., 8.

stabilimento¹⁸⁰, per estendersi, successivamente, interessando il diritto del lavoro, al campo della libera prestazione di servizi¹⁸¹.

In merito, la dottrina ha rilevato che l'istituzionalizzazione del metodo del raffronto competitivo fra ordinamenti, improntato alla lettura "minimalista" delle normative poste a tutela dei lavoratori, ha come unica possibile conseguenza quella che possiamo definire la «costituzionalizzazione» del dumping sociale¹⁸².

In alcune sentenze, però, la Corte di Giustizia ha affermato che la tutela del mercato del lavoro e dei lavoratori contro il dumping sociale deve essere considerata come una ragione imperativa d'interesse generale, in grado di giustificare una restrizione alla libertà di prestare servizi. La CGCE ha sancito, infatti, che «la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di dumping sociale» è «una ragione che può giustificare l'apposizione di ostacoli alla libera circolazione»¹⁸³. È evidente, dunque, che la tutela dei lavoratori e

¹⁸⁰ Cfr. e cit. PALLINI, *Law shopping*, cit., 9, il quale fa riferimento al *leading case* CGCE 9 marzo 1999, C-212/1997, *Centros Ltd e Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*.

¹⁸¹ Anche la tutela del diritto di stabilimento può dare origine a fenomeni di *law shopping*, con pregiudizio ai diritti dei lavoratori (come testimonia la controversia CGCE C-438/2005): cfr. PALLINI, *Law shopping*, cit., 8. Sulla distinzione fra libertà di stabilimento e libertà di prestazione di servizi, in ragione del requisito della temporaneità, cfr. CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit., 80.

¹⁸² Prendendo il termine in prestito da RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, El caso Ruffert, cit. In questa sede non è possibile soffermarsi sull'analisi della nozione di *dumping sociale*: in merito si rinvia alla copiosa bibliografia che si è sviluppata negli ultimi anni e, in particolare, ad A. LYON-CAEN, *A proposito del dumping sociale*, in *Lav. Dir.*, 2011, 7 ss.; PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. Dir.*, 2011, 13 ss.; VOLPE, *Delocalizzazione e dumping sociale. La prospettiva delle teorie economiche*, in *Lav. Dir.*, 2011, 45 ss.

¹⁸³ ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., 41. L'A. ricorda il par. 103 sent. CGCE C-341/2005 (ove è affermato che «la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di *dumping sociale* può costituire una ragione imperativa d'interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato») ed il par. 41 sent. CGCE C-60/2003, ove è affermato che «in quanto uno degli scopi perseguiti dal legislatore nazionale consista nel prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese che retribuiscano i loro dipendenti a un livello inferiore rispetto a quello corrispondente al salario minimo (...) un tale scopo può essere preso in

la tutela del mercato nazionale del lavoro dal rischio di dumping sociale sono accomunate dalla Corte di Giustizia quali ragioni d'interesse generale, tali da legittimare una restrizione alla libera prestazione dei servizi¹⁸⁴.

Se così stanno le cose, si verifica un "corto circuito" nelle argomentazioni della Corte di Giustizia: alla luce della necessità di tutelare il mercato del lavoro nazionale dal rischio di dumping, ciò che non è ammissibile perché non idoneo, necessario o sproporzionato al fine della determinazione di un livello minimo di tutela dei lavoratori, potrebbe diventare «legittimo, se funzionale ad evitare la concorrenza al ribasso tra sistemi lavoristici»¹⁸⁵.

È pur vero che la CGCE non ha chiarito in che misura e fino a che punto le misure di protezione dal dumping siano compatibili con gli equilibri del mercato interno: però, essendo state riconosciute come principi regolatori del mercato «la necessità e l'esigenza degli Stati di difendere i propri sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro dal dumping sociale, cioè della concorrenza attuata dalle imprese straniere grazie al più basso costo del lavoro del quale beneficiano nei Paesi di stabilimento» è necessario che tali principi siano applicati coerentemente ed incidano nelle valutazioni che la Corte effettua, quando è chiamata a giudicare «i limiti di "estensione" del sistema lavoristico nazionale ad imprese di servizi stranieri»¹⁸⁶.

La necessità di un migliore temperamento «fra diritti fondamentali e libertà sociali, onde (...) evitare una competizione a favore di standard sociali più bassi», è stata affermata anche dal Parlamento europeo, nella risoluzione del 22 ottobre 2008, n. 2008/2085 (INI), ove è sancito che le libertà economiche dell'UE «non possono essere interpretate nel senso di garantire alle imprese il diritto di aggirare o eludere le disposizioni nazionali di legge e le prassi in materia previdenziale e di lavoro oppure d'imporre una sleale concorrenza sul piano delle condizioni retributive e normative», poiché le libertà economiche non

considerazione quale esigenza imperativa atta a giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi».

¹⁸⁴ BANO, *Diritto del lavoro*, cit., 106.

¹⁸⁵ ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., 42.

¹⁸⁶ ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., 43.

contrastano con i diritti fondamentali dei lavoratori e non hanno, rispetto a questi, un rango superiore¹⁸⁷.

E, con specifico riferimento al settore degli appalti pubblici (cioè il contesto nel quale le clausole sociali hanno trovato il loro terreno di sviluppo), l'esigenza della revisione e dell'ammodernamento del quadro normativo, in funzione della definizione di una politica equilibrata, che garantisca una «leale concorrenza» fra le imprese stabilite nei paesi membri dell'Unione europea, rappresenta il concetto cardine del punto 2.12 del *Single Market Act* – Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: “Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. Insieme per una nuova crescita” – COM (2011) 206 del 13 aprile 2011.

Alla luce di quanto visto fino ad ora, il divieto della «sleale concorrenza sul piano delle condizioni retributive e normative», che si può leggere anche nel Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza allegato al TUE¹⁸⁸, e la consapevolezza che «il dumping sociale non sia, né possa diventare, parte di un corretto sviluppo economico»¹⁸⁹, possono rappresentare il contrappeso necessario per riequilibrare il piatto della bilancia su cui si trovano i diritti sociali fondamentali, rispetto a quello su cui sono poste le libertà economiche. Come ha rilevato la dottrina, infatti, la possibilità di raggiungere una posizione di equilibrio fra diritti sociali e libertà economiche non passa solamente attraverso «un'equipollenza astratta e nominale» dei primi rispetto alle

¹⁸⁷ Cfr. CARABELLI, *Unione europea*, cit., par. 5.

¹⁸⁸ Nel suddetto Protocollo n. 27, si afferma che il mercato interno dell'Unione europea, di cui all'art. 3 TUE, si deve basare su una «competizione non falsata». Sullo spostamento del principio della “competizione non falsata” dall'art. 3.1, lett. g, TCE, al Protocollo n. 27, cfr. le differenti interpretazioni di ALGOSTINO, *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 848, e GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 522.

¹⁸⁹ SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. Dir.*, 2008, 269.

seconde, già formalmente ed esplicitamente riconosciuta dalla Corte di Giustizia¹⁹⁰.

In conclusione, la valorizzazione delle istanze anti-dumping, che provengono dai trattati comunitari e dalla medesima giurisprudenza comunitaria, può comportare, in ultima istanza, il superamento (o, comunque, un affievolimento) della “visione minimalista” dell’art. 56 TFUE e della dir. 96/71/CE, adottata dalla stessa Corte di Giustizia: per questa via, sembra possibile riaffermare la permanente legittimità delle clausole sociali di prima generazione e, più in generale, recuperare la contrattazione collettiva alla sua funzione naturale e costitutiva di leva del miglioramento delle misure standard previste dalla legge a tutela di tutti i lavoratori¹⁹¹.

¹⁹⁰ CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit., 183. BALLESTRERO, *Globalizzazione e diritto*, cit., par. 6, ritiene che «un buon suggerimento di politica del diritto», per ottenere un rapporto di parità fra diritti sociali e libertà economiche, sia quello di valorizzare le novità apportate dal TUE e dal TFUE, e gli altri “pilastri” che sorreggono l’architettura dei diritti fondamentali: gli artt. 2 e 3 TUE e gli artt. 9 e 10 TFUE; i diritti contenuti della Carta di Nizza; i principi generali “classici” del diritto dell’UE; i diritti umani sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali; le tradizioni costituzionali comuni (cfr. CARUSO, *I diritti sociali*, cit., 21 ss.).

¹⁹¹ GOTTARDI, *Tutela del lavoro*, cit., 533.

SICUREZZA, LIBERTÀ E DIGNITÀ NEL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE*

Federico Siotto

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
nell'Università di Siena*

Il tema classico del licenziamento individuale costituisce oggetto della presente analisi giuridica attraverso la relazione tra norme/principi costituzionali e rapporti interpretati. Nel conflitto tra potere organizzativo dell'imprenditore e interesse del lavoratore all'integrità della condizione di occupato, il controllo giudiziale può avere un ruolo fondamentale mediante la cosiddetta reintegrazione nel posto di lavoro o tramite forme di tutela idonee ad impedire che l'attività economica produca un «danno» alla sfera personale dei soggetti coinvolti nel processo produttivo. Il contributo si propone di verificare se, sul piano teorico e giurisprudenziale, data la rilevanza e legittimità della libera iniziativa economica, il secondo precetto contenuto nel capoverso dell'art.41 Cost., possa considerarsi norma giustificativa non solo della tutela reintegratoria del posto di lavoro ma di un più generale controllo giudiziale sulla attività di impresa.

This paper focuses on the classic issue of individual dismissal in terms of the relationship between constitutional principles and

* Nella stesura definitiva del testo non è stato possibile esaminare la specifica disposizione legislativa (*rectius* governativa, la c.d. Manovra *bis*) (art.8, c.2, lett. *e*), d.l. 13.8.2011, n.138, conv. con modif. in l. 14.9.2011, n.148), grazie alla quale si è introdotta la possibilità, per la contrattazione collettiva aziendale o territoriale, di modificare la disciplina legale sulle «conseguenze del recesso», determinando potenziali e pericolose interferenze con la norma cardine sul regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo, il famigerato art.18 dello st. lav. Il deciso intervento di tipo *regulatory* è apparso da subito in contrasto con l'*inscriptio* dell'articolo di carattere *auxiliary* o *promoting* («Sostegno contrattazione collettiva di prossimità») e ha trovato la ferma opposizione delle parti sociali, che con l'Accordo Interconfederale del 28.6.2011, firmato unitariamente e definitivamente dalle maggiori organizzazioni datoriali e sindacali il 21.09.2011, hanno deciso di non dare seguito alla facoltà attribuita dall'art.8.

contract law. The balance between the employer's power and the worker's interest in keeping his job is regulated by judicial decisions, which is done under two sets of laws: those covering reinstatement and measures protecting employees against personal 'damage' during the production process. Both by following a normative approach and by examining case law, the essay aims to determine whether the second part of paragraph two of Article 41 of the Constitution could be interpreted as a key rule to justify reinstatement and judicial control of the exercise of economic freedom.

Sommario

1. Il fondamento del potere di licenziare: una sfida per il giuslavorista
2. La garanzia della personalità del lavoratore al e nel rapporto di lavoro
3. Il licenziamento come negozio causale
4. Dall'autonomia contrattuale all'art. 41 della Costituzione
5. La misura e la funzione dei diritti della personalità
6. Tutela preventiva del «danno» e controllo giudiziale sull'attività di impresa

1. Il fondamento del potere di licenziare: una sfida per il giuslavorista

Il punto di inizio di questa riflessione è costituito da una delle più belle sfide per il giurista del lavoro, la ricerca del fondamento del potere di licenziare. Il percorso si articola su più livelli di osservazione e, nello specifico, affronta tre grandi nuclei di discussione tra loro strettamente connessi.

Il primo concerne le interazioni tra la categoria classica del recesso del datore di lavoro nel rapporto a tempo indeterminato e la chiave interpretativa di matrice costituzionale costituita dalla garanzia della personalità del prestatore *alla e nella* relazione di lavoro. Il secondo nucleo attiene al tentativo di individuare, tra le infrastrutture e gli snodi del diritto civile, quelle regole necessarie per inquadrare l'istituto del licenziamento individuale nel novero dei negozi causali, con la finalità di correggere, alla luce delle norme costituzionali, l'impiego arbitrario dello strumento che risolve il legame lavorativo. Infine, il terzo si concentra sul ruolo del controllo giudiziale nel conflitto/bilanciamento tra potere organizzativo dell'imprenditore e interesse del lavoratore all'integrità della condizione di occupato.

Il contributo si propone di verificare se, sul piano teorico e giurisprudenziale, data la rilevanza e legittimità della libera iniziativa economica, il secondo precetto contenuto nel capoverso dell'art.41 Cost., possa considerarsi norma giustificativa non solo della tutela reintegratoria del posto di lavoro ma di un più ragionevole controllo giudiziario sulla attività di impresa. Del resto l'organizzazione del processo produttivo trova valido fondamento nell'autonomia contrattuale che è lo strumento giuridico fondamentale per la definizione dei rapporti con i lavoratori, ma egualmente trova un significativo limite nella clausola di garanzia costituzionale dei valori personalistici (libertà, dignità e sicurezza), la quale, oltre ad autorizzare il legislatore a prevedere forme di tutela preventiva del «danno», può rappresentare un valido parametro di riferimento giudiziario per risolvere la dialettica tra soggetti implicati nel processo produttivo.

Le tradizionali strumentazioni fornite dall'ordinamento giuridico hanno consentito di assimilare lo schema del recesso

nel rapporto di lavoro alla fattispecie regolamentata dall'art. 1373 c.c.¹, la quale configura il mezzo tipico con cui – anche nei contratti di durata come quello di lavoro subordinato – ciascuna parte può determinare la cessazione del vincolo contrattuale (comma 2). Il richiamo sistematico operato dall'art. 2118, rubricato recesso dal contratto a tempo indeterminato, ma anche dall'art. 2119, dedicato al recesso per giusta causa, ha contribuito a disegnare un principio di simmetria tra licenziamento e dimissioni. Infatti, la formula utilizzata («ciascuno dei contraenti») ha legalizzato la prevalenza economica del datore di lavoro², rendendo la «licenza di licenziare»³ una sorta di diritto potestativo⁴ il cui esercizio ha

¹ CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opera a tempo indeterminato*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, I, 389 ss.; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, 919, secondo cui il recesso è la «rivocazione del contratto per pura e semplice volontà di una delle parti»; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, vol. I, Milano, 1962, 205 ss.; ID., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, vol. II, Milano, 1965, 45 ss. Secondo l'analisi proposta da questo autore la separazione tra la disciplina del recesso con preavviso e quella del recesso senza preavviso dovrebbe essere ricondotta alla distinzione concettuale tra volontà dotata in quanto tale di efficacia estintiva (recesso ordinario) e volontà dotata di efficacia estintiva solo in presenza di eventi esterni ad essa (recesso straordinario). Nonostante tale impianto sia stato superato dall'evoluzione della legislazione speciale (cfr. lo stesso MANCINI, *sub art.18*, in GHEZZI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, MANCINI, *Statuto dei lavoratori*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Roma, 1972, spec. 256), la configurazione del recesso straordinario come limite all'autonomia privata che si estrinseca nel potere di recedere in via ordinaria, si è sovrapposta all'idea di negozio giuridico contrassegnato da limiti esterni e a carattere pubblicistico posti dalla Costituzione all'agire discrezionale dei soggetti privati.

² GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, 37-38, secondo cui la regola del recesso *ad nutum*, fondata su di una parità formale dei contraenti e non anche sostanziale «legalizzava, rafforzandola, la prevalenza del datore di lavoro (...) l'attribuzione da parte della legge di un potere di licenziare in qualsiasi momento, e per qualsiasi motivo, poteva tradurre la subordinazione economica del prestatore di lavoro in una completa soggezione personale».

(³) GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, III ed., Bologna, 1995, 325 ss.

(⁴) SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, XXXV ed., Napoli, 1987, 252 e 264; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, vol. I, Torino, 1987, pp. 335-336 e pp. 369-370; *Contra* la configurazione come diritto potestativo, MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, 13-14; NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2007,

permesso al soggetto recedente – attraverso atto unilaterale a contenuto patrimoniale (art.1324 c.c.) e recettizio (artt.1334⁵ e 1335⁶ c.c.) – di determinare liberamente il momento estintivo degli effetti del contratto di lavoro senza termine⁷. Per lungo tempo, conseguenza rilevante di un simile modo di disporre della norma è stata la preclusione del controllo da parte del giudice sull'uso del potere di recesso⁸.

616-617 e 657, secondo cui è più corretto parlare di un «potere formativo sostanziale (stragiudiziale) di porre fine al rapporto», inteso come potere *causale* di recesso «che consiste nella possibilità di attribuire rilevanza – se del caso in modo “procedimentalizzato” – a precisi fatti (la giusta causa e il giustificato motivo) al fine di provocare l'estinzione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato».

⁵ *Ex multis*, Cass., sez. lav., 1 settembre 2006, n. 18911, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 1219, con nota di PERONE, *Un discutibile caso di «apparenza del diritto» in danno del lavoratore: il licenziamento «soggettivamente legittimo»*, secondo cui il licenziamento, quale negozio unilaterale recettizio, è assoggettato alla norma dell'art. 1334 c.c. e pertanto produce effetto nel momento in cui il lavoratore riceve l'intimazione da parte del datore di lavoro, con la conseguenza che la verifica e le condizioni che legittimano l'esercizio del potere di recesso deve essere compiuta con riferimento al momento in cui detto negozio unilaterale si è perfezionato.

⁶ Cass., sez. lav., 18 settembre 2009, n. 20272, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 349, con nota di COMANDÈ, *Prima di tutto l'ambiente di lavoro: giusta causa di licenziamento per i «molestatori»*, dove in tema di consegna dell'atto di licenziamento nell'ambito del luogo di lavoro, il rifiuto del destinatario di riceverlo non esclude che la comunicazione debba ritenersi regolarmente avvenuta, trattandosi di un atto unilaterale recettizio che non sfugge al principio generale per cui il rifiuto della prestazione da parte del destinatario non può risolversi a danno dell'obbligato, ed alla regola della presunzione di conoscenza dell'atto desumibile dall'art. 1335 c.c. In senso conforme Cass., sez. lav., 3 novembre 2008, n. 26390, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 570, con nota di BORZAGA, *I recenti orientamenti della Cassazione con riguardo alla regolarità della comunicazione degli addebiti disciplinari e alla legittimità del licenziamento conseguentemente irrogato*; T. Trapani, 20 giugno 2008, in *Giur. mer.*, 2008, 11, 2850.

⁷ La dottrina attribuisce all'atto unilaterale il carattere dell'irretroattività, dal momento che «l'effetto estintivo collegato alla sua comunicazione non può che prodursi successivamente alla manifestazione di volontà, essendo questa un'ovvia implicazione della *irripetibilità* delle energie lavorative spese», così MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, II ed., Milano, 2005, 624-625.

⁸ NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 15.

Come noto, l'impostazione codicistica delineata con il cd. recesso *ad nutum* (art. 2118 c.c.)⁹, che subordina la legittimità dell'atto alla sola concessione di un congruo preavviso all'altra parte, conserva ormai una funzione residuale tra le forme di risoluzione del contratto messe in atto dal datore di lavoro, in quanto una serie di interventi legislativi in materia (l. n.604/1966; l. n.300/1970; l. n.108/1990) hanno sottoposto il potere del datore di lavoro (imprenditore e non) a limitazioni di carattere formale e sostanziale. La revisione dell'assetto codicistico è stata indirizzata a rendere effettivamente paritaria la posizione delle parti di fronte all'esercizio del potere risolutivo del rapporto¹⁰ e a ridimensionare l'astrattezza del negozio di recesso così congegnato¹¹. Del resto, già prima delle modifiche legislative, la dottrina più attenta¹² aveva messo in luce la crisi del principio di eguaglianza formale tra le parti in ordine all'estinzione per recesso ordinario, evidenziando altresì la

⁹ Mirabili rimangono le considerazioni sull'art. 2118 c.c. di NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, 281 ss. ora in ID., *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, 1055 ss.

¹⁰ A riprova di ciò, si veda l'orientamento giurisprudenziale indirizzato a far sì che il datore di lavoro, comunque, debba improntare la sua azione alle regole di correttezza, in base agli artt. 1175 e 1375 c.c., che devono sempre regolare i rapporti tra le parti di un contratto. Di recente, Cass., sez. lav., 28 marzo 2011, n. 7046, in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com; per indirizzi più risalenti, Cass., sez. lav., 22 ottobre 1998, n. 10514, in *Foro it.*, 1999, I, 1891, con nota di FABIANI, *Sindacato delta Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*; Cass., sez. lav., 22 aprile 2000, n. 5299, in *Foro it.*, 2003, I, 1847, con nota di FABIANI, *Orientamenti della Cassazione sul controllo delle clausole generali, con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento*. Così anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, 1996, 967, che ricorda come si discuta se, pur in assenza di previsione legale o pattizia, sia sempre possibile recedere, previo congruo preavviso, da un contratto a tempo indeterminato – a causa della necessaria temporaneità dei vincoli obbligatori – ma nel rispetto del limite della buona fede *ex art. 1375 c.c.*

¹¹ Per una configurazione in termini di negozio astratto o a-causale, si veda la posizione risalente di ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, 38 e 153 ss.; più di recente, NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 16-17. Si veda Cass., Sez. Un., 2 agosto 2002, n.11633, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 27, con nota di MANNACIO, *Recesso in periodo di prova e assunzione obbligatoria*.

¹² GIUGNI, *Verso il tramonto del recesso ad nutum dell'imprenditore. La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, 201 ss.

diversa importanza che la temporaneità dei vincoli obbligatori riveste per i soggetti: «se, infatti, per il lavoratore subordinato (...) la perpetuità del rapporto implica una penetrante compressione della libertà individuale, per gli opposti contraenti un vincolo obbligatorio nel tempo si risolve tutt'al più in un impaccio, in una remora posta alla libertà di iniziativa economica intrinseca alla loro condizione di imprenditori. (...) Quel che del contraente viene messo a repentaglio, in altre parole, è, da un lato, la persona (...), dall'altro, il patrimonio»¹⁵. L'idea è stata, però, sottoposta a critica da chi ha sostenuto che, nel difficile equilibrio tra *ratio* evolutiva dell'istituto e tecnica tradizionale codicistica, il tentativo di dare dignità ad un principio generale di *favor* per il debitore della prestazione rischia di essere fuorviante in quanto legittima la contestazione giudiziale sul potere risolutivo «soltanto se esercitato dal lato del soggetto titolare dell'organismo di lavoro»¹⁴. Il rilievo può apparire condivisibile, in linea teorica, laddove si paventi un'alterazione funzionale dell'obbligazione, intesa come modello per essenza paritario, ma sembra trascurare che «i debitori della normativa del codice sono di regola gli operatori economici e i creditori spesso sono i prestatori di lavoro subordinato»¹⁵. La diversità di valore che le parti assegnano al rapporto, specie per quel che riguarda il lavoro subordinato, opera su livelli diversi che attengono sia alla «penuria di lavoro» nel mercato¹⁶, sia alla difficoltà per il

¹⁵ MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione*, cit., 338. Impostazione accolta da GHERA, *Diritto del lavoro*, XVI ed., Bari, 2003, 345, secondo cui «collocare, dunque, i due contraenti del contratto di lavoro sullo stesso piano, ovvero differenziare le loro posizioni, sottoponendo il potere di recesso del datore di lavoro a limitazioni, rappresenta una scelta del legislatore, finalizzata alla realizzazione di precise opzioni di politica del diritto».

¹⁴ GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 6.

¹⁵ RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 176; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 5.

¹⁶ Questo concetto è alla base della cd. «coscienza della scarsità» del lavoratore salariato, espresso da PERLMAN, *A Theory of Labour Movement*, New York, 1949, 237, tr. it., GIUGNI (a cura di), *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, Firenze, 1956, e *Per una teoria dell'azione sindacale*, Roma, 1980, 221; GIUGNI, *Introduzione alla tr. it., Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, cit., 19, 22-24.

prestatore di far valere i propri diritti, derivanti dal contratto o dalla legge, per paura di perdere l'impiego¹⁷.

Ad onor del vero anche tali argomentazioni critiche verso l'incondizionata recedibilità *ex parte creditoris* (datore di lavoro) sono state oggetto di puntuali obiezioni¹⁸ riassumibili nella carenza di omogeneità giustificativa, atteso che il piano formale delle differenti situazioni giuridiche protette rispetto all'estinzione del vincolo contrattuale¹⁹ e il versante concreto dell'appartenenza del lavoratore, *capite deminutus*, ad un «gruppo di scarsità», risultano connotati da un palese vizio di contraddittorietà: il lavoratore è contemporaneamente rappresentato come soggetto libero di recedere e come contraente sottoprotetto e succube dell'altrui illimitato potere di recesso. Tale presupposto di disparità economica fra le parti di un rapporto obbligatorio non è esclusivo e tipico del contratto di lavoro, essendovi numerose altre fattispecie in cui la posizione di un contraente, in quanto più debole, è considerata meritevole di tutela dall'ordinamento²⁰. In ciò si coglie la specificità di determinati rapporti obbligatori in cui un soggetto è direttamente implicato nell'adempimento della prestazione²¹. La tipizzazione *ex art. 2094 c.c.* di una formula contrattuale "sbilanciata" è compensata da misure di limitazione al potere di supremazia di una parte, anch'esso riconosciuto dalle disposizioni del codice civile (artt. 2086²² e 2104, comma 2²³ c.c.). In linea con tale

¹⁷ Entrambi i motivi sono ben rappresentati da MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione*, cit., 339.

¹⁸ GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione*, cit., 7.

¹⁹ MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in AA.VV., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.e.c.a.*, Lussemburgo, 1958, 232.

²⁰ MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 42: «il diritto del lavoro ed il diritto privato crescono insieme ed insieme sviluppano antidoti, correttivi, riletture se non vere e proprie rifondazioni delle proprie branche specifiche, che sembrano in qualche momento orientare verso l'elaborazione di una sorta di «diritto comune», nel cui ambito concetti e principi dell'uno e dell'altro sembrano mutuamente interscambiabili».

²¹ SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, 336, il quale, andando oltre l'idea di *favor praestatoris*, vede nell'intervento della legge il riconoscimento del valore primario della persona del lavoratore.

²² ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1048. Dello stesso ROMAGNOLI, in chiave storica si veda *Autorità e democrazia in azienda*, in *Pol. Dir.*, 1971, 531 ss.

condizione, nel caso della figura del recesso legale, con riferimento al licenziamento nel contratto di lavoro subordinato, si assegna al potere datoriale un connotato specifico di deroga all'ordinario consenso delle parti per la costituzione, la modifica e l'estinzione di rapporti obbligatori (art. 1372 c.c.).

2. La garanzia della personalità del lavoratore *al* e *nel* rapporto di lavoro

La disciplina giuridica del licenziamento, infatti, si segnala per una peculiarità: la sospensione del campo di operatività della stretta logica di scambio. La configurazione teorica del recesso, costruita su rilievi formali, quali la manifestazione di volontà diretta alla cessazione del vincolo contrattuale e l'eventuale presenza di un elemento esterno (giustificato motivo/giusta causa)²⁴, incarna la classica visione "neutrale" delle relazioni di lavoro. Il sistema delle norme sull'estinzione del rapporto di lavoro subordinato²⁵ non sembra essere adeguatamente

²³ GRANDI, *Riflessioni sul dovere d'obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 725.

²⁴ Si discute se il recesso possa rimanere al di fuori della disciplina contrattuale, configurandosi conseguentemente come autonoma causa estintiva (MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione*, cit., 210), o se, invece, possa essere concepito come forma di espressione della *voluntas* dei contraenti, (solo) da essi, pertanto, disciplinata (GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 122-125).

²⁵ MAZZIOTTI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, vol. 15, t.1, II ed., Torino, 2004, 467-468: «La cessazione del rapporto di lavoro, come di ogni altro rapporto obbligatorio, può essere satisfattiva, o estinzione in senso proprio, quando il rapporto si estingue con piena realizzazione dello scopo contrattuale; o risolutiva, quando l'estinzione del rapporto avviene prima che lo scopo contrattuale sia stato realizzato», ricalcando una distinzione operata da GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, 374. In dottrina, però, non vi è concordia su questa bipartizione, cfr. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di «lavoro subordinato»*, in DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1995, 1041. Peraltro, è opportuno segnalare che dopo l'affermata equipollenza, sul piano delle impugnazioni, del termine finale apposto al contratto e del licenziamento (art. 32, comma 3, lett. a) l. n.183/2010), pur rimanendo distinti sul piano formale, il recesso del datore di lavoro e la cessazione temporale della prestazione sembrano essere coincidenti sul piano sostanziale in quanto vicende estintive degne di parità normativa

rappresentato da uno schema di recesso così disegnato, perché il semplice esercizio del potere organizzativo del datore diviene il presupposto di fatto per l'applicazione dell'istituto, in modo indipendente rispetto ai correttivi contrattuali²⁶ e legislativi²⁷. Un approccio che rimanga nel solco del diritto dei contratti consente di osservare il potere di recesso non più «come potere originario rientrante nella sfera dell'*agere licere* del soggetto datore, ma come potere al medesimo derivante da una specifica norma di legge»²⁸, subordinandone le modalità di attuazione al rispetto di altri limiti, posti a salvaguardia di un'autentica corrispettività delle prestazioni²⁹. Del resto il licenziamento «è una vicenda che fa parte della dinamica dei rapporti di lavoro nell'impresa e i rimedi al licenziamento ingiusto debbono conseguentemente inserirsi in quella stessa dinamica, non espropriando il datore di lavoro dei suoi poteri (...), ma *condizionando* nel modo più energico le sue decisioni»³⁰.

I tentativi messi in campo, fin dagli anni '50, da una parte della dottrina³¹ al fine di superare il modello del licenziamento *ad*

²⁶ Limiti al potere di licenziare furono introdotti tramite la contrattazione collettiva, a partire dall'accordo interconfederale del 1947, successivamente con gli accordi interconfederali del 1950 (uno sui licenziamenti individuali, l'altro sui licenziamenti collettivi per riduzione del personale), e infine con due accordi del 1965. Cfr. ZANGARI, voce *Licenziamento*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 650 ss.; GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, cit., 47 ss.

²⁷ Per una ricostruzione critica sul potere di recesso unilaterale, cfr. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, 1985, 15 ss. L'autore ricorda come l'impostazione classica sul recesso nel rapporto di lavoro sia priva di un reale fondamento storico e teorico, in quanto le ragioni della propria presenza come categoria dogmatica sono ascrivibili ad un arbitrario accostamento di regole giuridiche tra loro eterogenee (202); i rilievi in questione, in precedenza, erano stati segnalati da DI MAJO-GIACQUINTO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 124.

²⁸ DE MARINIS, *Potere datoriale di recesso e diritto del lavoratore alla conservazione del posto*, Torino, 1995, 14 e 22.

²⁹ TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 195 ss.; ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, 15 ss.

³⁰ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto di lavoratori*, in CARUSO-SCIARRA, *Opere*, vol. III, *Scritti sul diritto del lavoro*, t. 1, *Licenziamento individuale*, Milano, 2000, 40.

³¹ MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, I, 170 ss.; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 85 ss.; SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, 37 ss.

nutum e la concezione che intrinsecamente lo presuppone, hanno trovato una eco, seppur parziale, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale³². Come dimostrano le questioni di legittimità sollevate in relazione all'art. 2118 c.c., l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha contribuito sensibilmente ad innescare un processo di «rilettura» della normativa esistente. In proposito, le sollecitazioni della Corte³³ e di una parte minoritaria, ma estremamente autorevole, degli interpreti hanno riproposto con forza un interrogativo centrale e tuttora attuale: il significato del fatto- lavoro, nelle varie accezioni che la Carta costituzionale presenta, ha una rilevanza tale da ipotizzare una generale garanzia della personalità del lavoratore *al e nel* rapporto di lavoro?

Il problema di fondo è costituito dalla individuazione di una serie di criteri grazie a cui poter affermare che il potere di recesso e la relativa validità dell'atto, attraverso cui si estrinseca, possano essere interpretati alla stregua dei nuovi valori costituzionalizzati. La ridefinizione complessiva dell'autonomia negoziale dei privati, in funzione dei limiti introdotti dalla dimensione costituzionale

³² Corte cost. 24 gennaio 1958, n. 7, secondo cui «sembra veramente eccessivo ritenere che l'art. 2118 c.c., il quale regola una sola specie di rapporto di lavoro, quello a tempo indeterminato (mentre altre specie, a tempo determinato, e pertanto senza libertà di recesso, sono altrettanto lecite e diffuse), consacrino un principio fondamentale ed assoluto, di ordine pubblico, cui non si potrebbe derogare, mentre è noto che possono farlo e lo fanno largamente, come si è visto, i contratti collettivi, anche dopo che è venuto meno l'ordinamento corporativo», in <http://www.cortecostituzionale.it>; Corte cost. 9 giugno 1965, n.45, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, 155, con nota di NATOLI, *Ancora sul diritto al lavoro e licenziamento ad nutum*, dove si invita il legislatore ad adeguare nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale «la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro», circondando «di doverose garanzie e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti».

³³ Corte cost. 18 luglio 1989, n. 427, in *Riv. giur. lav.*, 1989, II, 195, secondo cui «la sfera di operatività dell'art. 2118 del c.c., dopo gli interventi del legislatore in tema di licenziamento (leggi n. 604 del 1966 e n. 300 del 1970) ispirati anche a raccomandazioni internazionali (sessioni della Conferenza internazionale del lavoro) (sentenza n. 2 del 1986), ed i numerosi accordi sindacali che sono intervenuti e continuamente intervengono in materia, si è molto ridotta e la norma non è più, quindi, una regola del nostro ordinamento di efficacia generale».

del fenomeno giuridico (in questo caso il rapporto di lavoro)³⁴, è stata una delle grandi novità di quella linea interpretativa che ha declinato l'intervento legislativo nella disciplina dei rapporti economici³⁵ come espressione di una generale «istanza sociale» di riequilibrio tra situazioni solo formalmente paritarie. Detto altrimenti, la tensione ideale di ispirazione costituzionalista ha condotto un filone progressista³⁶ ad adeguare l'armamentario concettuale giuridico sul licenziamento ai valori introdotti nel '48.

Su altro versante, impostazioni più tradizionali³⁷ si sono indirizzate a contenere il valore aggiunto della Costituzione, specie con riferimento alle norme programmatiche, valorizzando esclusivamente l'evoluzione normativa delle legislazioni vincolistiche come traduzione in concreto di assetti di interessi mutati per la diversa considerazione delle istanze sociali. Tale posizione dottrinale si basa sull'ipotesi che «la Costituzione non impone, in sé, un determinato regime limitativo dei licenziamenti, tutto essendo demandato alle libere scelte politiche del legislatore. In altre parole, può dirsi che questo regime limitativo non è costituzionalizzato»³⁸.

Nonostante le pronunce della Corte costituzionale abbiano escluso forme di licenziamento illegittime *al fine di assicurare a tutti la continuità del lavoro*, dall'altro lato non si è agganciato tale scopo a specifiche norme costituzionali immediatamente precettive. La direttiva ermeneutica che emerge dalle motivazioni delle sentenze è quella dell'*interpositio legislatoris*, per cui si devolve a quest'ultimo la definizione di un modello utile a

³⁴ DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, 341 ss.

³⁵ BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 26; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 73.

³⁶ MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., 170 ss.; CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 161; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 53 ss.; SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., 149 ss.; D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 96 ss.

³⁷ PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 3 ss.; PERSIANI, *Il contratto di lavoro come contratto di organizzazione*, Roma, 1962, 41.

³⁸ PERA, voce *Licenziamenti*, I) *Licenziamenti individuali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1988, 6.

realizzare il contenimento della libertà di recesso del datore in relazione ai tempi e ai modi dettati dalla situazione economica generale³⁹. Un elemento di rottura rispetto agli indirizzi consolidati si registra in un'ordinanza della Consulta, in cui si asserisce con chiarezza «una garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario»⁴⁰. Sulla scorta di questa posizione, si è intravisto nella copertura costituzionale un «riconoscimento della “libertà positiva”»⁴¹, ovvero di un uguale «diritto di lavorare», che richiede una legislazione atta ad impedire «l'abuso della posizione di potere del datore di lavoro»⁴².

Questo angolo prospettico adottato dai giudici di legittimità costituzionale consente di cogliere il profilo dinamico del licenziamento, inteso come espressione di un'autorità privata⁴³ o

³⁹ Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 2, in *Giur. cost.*, 1986, I, 9, con nota di PERA, *Per i licenziamenti provveda il legislatore*, 235; Corte cost., 18 luglio 1989, n. 427, cit.; Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, in *Riv. giur. lav.*, 2000, 174 ss. e cfr., ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, 353 ss.

⁴⁰ Corte cost., ord. 10 febbraio 2006, n.56, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

⁴¹ BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in ID., *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Torino, 2009, 10; in tal senso, già GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT - 46/2006*, 12-13, dove l'autore ricorda come è ascrivibile a questo significato del diritto al lavoro, l'implicazione – ormai ricavata, dopo un iniziale orientamento in senso contrario, anche dalla Corte costituzionale – che esso comporti «il diritto dei lavoratori (subordinati) a non essere arbitrariamente licenziati, ovvero il principio che in tanto il licenziamento possa essere legittimamente intimato, in quanto sia sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo. Tale diritto – cui la Carta sociale europea rivista (all'art. 24) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (all'art. 30) dedicano un'autonoma enunciazione – deve ovviamente potersi risolvere in quello ad una tutela adeguata in caso di licenziamento “ingiusto”».

⁴² D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav., suppl.*, 1999, 17-18.

⁴³ Secondo la felice dizione che intitola il volume di BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4: «La netta giustapposizione tra diritto privato e diritto pubblico con riferimento ai termini dell'autonomia e dell'autorità può tuttavia suscitare un primo motivo di dubbio se si consideri che anche il diritto privato conosce il fenomeno dell'autorità, quale *potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni*. (...) non si tratta semplicemente della soggezione alla norma

di un potere privato⁴⁴, cioè «come atto cogente» da inquadrare non esclusivamente tra le «vicende dell'autonomia negoziale, ma in quelle della libertà di iniziativa economica e dell'attività organizzativa che ne costituisce estrinsecazione»⁴⁵. Si tratta di un significativo cambio di rotta che suggerisce una considerazione normativa più ampia del fenomeno osservato nella sua qualità di *procedimento* e non solo nel momento statico dell'espulsione. Si è affermata, anche in dottrina, una visione più aperta dello schema negoziale del licenziamento, protesa a cogliere il rilevante peso dell'autonomia organizzativa dell'imprenditore⁴⁶ a scapito dell'amministrazione consensuale delle parti. Inoltre, è opportuno rimarcare che, sebbene l'organizzazione del processo produttivo trovi un valido fondamento nell'autonomia contrattuale, questo strumento giuridico, decisivo per la definizione dei rapporti con i lavoratori, non può costituire la dimensione esclusiva della rilevanza costituzionale dell'attività di impresa. Sovrapporre la situazione giuridica sostanziale garantita dall'art. 41 Cost. – libertà di iniziativa economica – con i mezzi mediante i quali essa è esercitata – autonomia contrattuale – significa compiere un errore prospettico. Proprio con riferimento al licenziamento individuale occorre una corretta definizione del rapporto tra limiti alla libertà imprenditoriale e limiti all'autonomia negoziale, ma per poter operare una simile distinzione è opportuno confrontarsi con l'«ossatura» normativa del potere di licenziare.

deliberata da altri, ma della soggezione ad altrui poteri decisionali di vario contenuto, che si estrinsecano anche in specifici atti dispositivi».

⁴⁴ LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Torino, 1970, 87.

⁴⁵ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 87. *Contra* MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., 24: «Il potere aziendale, specie imprenditoriale, si presenta come supremazia di fatto al momento della stipulazione del contratto, e a delimitare lo stesso intervengono le leggi di tutela e la contrattazione collettiva. Ma una volta concluso il contratto, il datore, (...), è ad esso vincolato, con la preclusione di esercizio degli stessi poteri di organizzazione – aziendali in senso stretto – che possano avere ripercussioni sui rapporti individuali di lavoro».

⁴⁶ TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, 43.

3. Il licenziamento come negozio causale

Il carattere tassativo delle ipotesi di recesso legale⁴⁷, ovvero la tipicità della fattispecie del licenziamento, assolve al compito di circoscrivere l'ambito di applicazione del potere eccezionale, attribuito al singolo, di incidere unilateralmente, e con effetti sfavorevoli, nella sfera giuridica della controparte di un rapporto consensuale⁴⁸. Secondo questa logica, il versante dell'analisi che concerne l'attività organizzativa dell'imprenditore induce a prendere in considerazione le norme che stabiliscono i presupposti e le condizioni di rilevanza. La legittimità dell'atto di esercizio del potere di licenziare deve essere valutata in relazione alla posizione del destinatario di tale misura, per registrare le eventuali deviazioni messe in atto dal comportamento del soggetto agente in relazione alla struttura giuridica dell'atto unilaterale. In altre parole, i profili che incidono sul nucleo interno del potere datoriale e che comportano l'adeguamento dell'attività, che ne è espressione, a determinati canoni normativi, ricavabili dall'ordinamento, costituisce l'oggetto su cui focalizzare l'attenzione. Il potere di recesso del datore di lavoro, in linea con quanto evidenziato, appare relativamente libero, ma il carattere discrezionale che lo caratterizza non può meramente coincidere con le necessità organizzative dell'azienda. Infatti, un'analisi della struttura del negozio di recesso mette in luce come lo stesso, per sua natura, non sia escluso dalle norme generali relative alla causa dei negozi giuridici. Pertanto, sebbene la ragione giustificativa si venga a determinare con riferimento al potere di organizzazione dell'impresa, essa non può essere il frutto di una pura astrazione, necessitando invece di un confronto con le più attuali elaborazioni in tema di causalità.

⁴⁷ Sulla considerazione che il recesso convenzionale abbia perso il suo peso, poiché nella maggior parte dei casi esso trova la propria fonte direttamente nella legge, che ne detta le modalità di esercizio, cfr. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, 316; ROSELLI, VII) *Recesso dal contratto*, in CHECCHINI, COSTANZA, FRANZONI, GENTILI, MORELLO, ROSELLI E VETTORI (a cura di), *Il contratto in generale*, vol. XIII, t. V, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 2002.

⁴⁸ NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso*, cit., 1061 ss.; MENGONI, *La stabilità dell'impiego*, cit., 231.

In proposito uno dei nodi interpretativi più significativi, specie per le ricadute sistematiche, è rappresentato dalla possibilità di qualificare il licenziamento come *negozio causale*⁴⁹. Se, in generale, è ammissibile sostenere che non solo il contratto (art. 1325, n.2, c.c.), ma anche l'atto unilaterale (arg. ex art. 1324 c.c.) debba essere conforme alla causa lecita attribuitagli dall'ordinamento (artt. 1343 c.c., 1418 c.c.) e che per gli atti di esercizio dei poteri datoriali la causa tipica sia da intendersi come sintesi degli interessi concretamente perseguiti⁵⁰, si può affermare che ogni espressione datoriale diretta ad un fine diverso risulterebbe priva della sua giustificazione tipica e quindi illecita: proprio la disciplina protettiva dei lavoratori subordinati contro forme illegittime di recesso da parte del datore devono essere

⁴⁹ Per un approfondimento sul punto, cfr. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale*, cit., 1046 ss. Ad un piano diverso attiene il principio di giustificazione, generalizzato con gli artt.1 e 3, l. n.604/1966 e con l'art.1, l. n.108/1990 (che modifica i primi due commi dell'art. 18, l. n.300/1970) che individua *ab externo* i presupposti di legittimità del licenziamento. In tal senso, PERA, *Commento all'art. 18*, in *Commento alla Statuto dei diritto dei lavoratori*, a cura di ASSANTI e PERA, Padova, 1972, 195 - 196, a parere del quale «la sussistenza in concreto di una g.c. o di un g.m. condiziona la sussistenza del potere di recesso, la mancanza di giustificazione inficia in radice il negozio che non risolve legittimamente il rapporto con le conseguenze che rigorosamente ne derivano»; ID., *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 167. Per il criterio della *necessaria giustificazione del licenziamento*, cfr. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

⁵⁰ Secondo la nota ricostruzione in termini di «causa in concreto» di FERRI G.B., *Causa e tipo del negozio giuridico*, Milano, 1966, 345 ss.; ID., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 360; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 762; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 453 ss.; in giurisprudenza, Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1985 con nota di IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*. Notevoli rimangono le perplessità connesse all'esatta individuazione della causa nell'atto di recesso, in parte derivate dalla più ampia difficoltà di spiegare l'istituto della causa del negozio giuridico. Secondo un'impostazione abbastanza recente, la causa del licenziamento consisterebbe nella realizzazione dell'interesse tecnico-organizzativo del datore, così M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive)*, Padova, 2005, 115 ss., alla quale va il merito di aver collegato il tema del giustificato motivo oggettivo allo schema dell'abuso del diritto, inteso come limite funzionale o interno che richiede la coincidenza tra scopo astratto e interesse concreto perseguito dal titolare (117).

mirate a sanzionare l'elusione dell'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.)⁵¹.

Senza ripercorrere l'intenso dibattito che ha interessato parte della dottrina giuslavoristica sul fondamento causale del potere di licenziare, in questa sede si può solo avanzare un'ipotesi ricostruttiva che, abbracciando l'approccio della *funzione economico-individuale* sottesa all'atto, recupera una lettura causale del controllo sui poteri datoriali⁵². Questa teoria ha il

⁵¹ Per l'applicazione delle regole sul negozio in frode alla legge anche agli atti unilaterali in forza dell'art. 1324 c.c., cfr. MORELLO, voce *Negozio giuridico*, VI) *Negozio in frode alla legge*, in *Dig. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, 505; *contra* DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 238 ss. Si pensi ad es. al licenziamento intimato ad un lavoratore che ha deciso di promuovere un'azione giudiziaria verso il datore di lavoro, quello finalizzato al solo obiettivo di aggirare il sistema delle assunzioni obbligatorie o quello avvenuto per "ribellione" al provvedimento di trasferimento. Cfr. Cass., sez. lav., 11 maggio 2011, n.10343, in *Diritto & Giustizia*, 19 maggio 2011, caso in cui l'autista straniero che lavora in Italia senza essere residente non ha l'obbligo di convertire la sua licenza di guida estera ed è, quindi, ingiustificato il licenziamento se motivato proprio dal mancato conseguimento della patente italiana; Cass., sez. lav., 9 luglio 2009, n. 16155, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 59 ss., con nota di GRAGNOLI, *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibili motivazioni del recesso*, spec. 63: «Se il recesso è frutto della volontà di estromettere un prestatore di opere per il legittimo esercizio di un potere o di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, ricorre un intento intimidatorio, sufficiente per l'illiceità del motivo, che deve essere accomunato a quello discriminatorio. Se il prestatore di opere è licenziato perché rifiuta una proposta contrattuale, come è nelle sue prerogative, non interessa stabilire quale sia la proposta e perché non sia stata accettata. Il recesso per rappresaglia ha motivo illecito perché tale è la caratteristica qualificante della ritorsione, nel suo essere una iniqua risposta a una determinazione lecita del dipendente e, quindi, un odioso strumento volto a conculcare la libertà, in qualunque modo si manifesti il suo esercizio e, per altro verso, a prescindere dallo specifico intento dell'imprenditore. Quindi, il licenziamento per ritorsione per la mancata accettazione di una proposta negoziale è nullo per illiceità del motivo».

⁵² In tal modo, si sottrae la lettura *causale* a quelle critiche che l'hanno ridotta ad un travisamento dei concetti di giusta causa e di giustificato motivo, intesi come presupposto della causa del recesso, in quanto motivi oggettivi e tipizzati di esso (così TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale*, cit., 1052). Da qui, se ne è ricavata anche la inconciliabilità tra il fatto che la legge ricolleggi al licenziamento illegittimo la sanzione dell'annullabilità (art. 18, l. n. 300/1970), e, non invece, in coerenza con quanto ipotizzato, la nullità del negozio per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa (art. 1418 c.c.). Sul punto, peraltro, autorevole interpretazione ritiene applicabile ai licenziamenti la disposizione sulla frode alla legge (art. 1344 c.c.), proprio «grazie alla qualificazione, nell'area della tutela reale, della normativa protettiva

pregio di chiarire i controversi rapporti tra causa, motivi e tipo ed ha il vantaggio di riproporre un'analisi più circoscritta della criticata⁵³ tecnica dei limiti interni⁵⁴ allo schema del licenziamento.

Mentre la causa del recesso datoriale attiene all'operazione complessiva e all'interesse concreto che con essa è possibile realizzare, i motivi, invece, sono le ragioni private e spesso inesprese per cui il medesimo datore di lavoro intende estromettere il lavoratore. Contemporaneamente, le opportune distinzioni tra gli elementi citati consentono di differenziare la causa, intesa come concetto dinamico attinente al temperamento degli interessi delle parti, dal tipo, visto come concetto statico che descrive la struttura della forma licenziamento individuata dal legislatore. La conseguenza più immediata della puntualizzazione concettuale tra causa e tipo è che il controllo sulla causa non deve essere limitato ai contratti atipici, bensì vale anche per quelli tipici. Inoltre, come evidenzia una parte della dottrina⁵⁵, secondo questa nuova interpretazione, sulla causa del negozio possono essere effettuati almeno tre tipi di controllo giudiziale: il controllo sulla meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, il controllo circa l'esistenza della causa in concreto e, infine, il controllo sulla liceità della causa⁵⁶.

come imperativa. Una conclusione giustificata sia dai principi costituzionali che ispirano la normativa stessa sia dal dato, per così dire, di diritto vivente, secondo cui l'annullabilità prevista dall'art. 18 St. lav. viene interpretata dalla giurisprudenza, sostanzialmente, come una nullità», NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 620;

⁵³ PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, Padova, 1971, 599; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 3.

⁵⁴ CESSARI, *Iura e leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, vol. I, Milano, 1980, 366-367; ID., *Concezione «causale» del controllo dei poteri dell'imprenditore*, in CESSARI e DE LUCA TAMAJO (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Milano, 1982, 105 ss.

⁵⁵ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, cit., 706.

⁵⁶ La vicenda giuridica del licenziamento, vista anche come tutela di interessi patrimoniali e non del lavoratore, si inserisce a pieno titolo nella cornice generale delle relazioni tra poteri privati e controllo giudiziale su di essi. Cfr. BARCELLONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, in Appendice a *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1972, il quale cerca di configurare strumentazioni utili per consentire la verifica

Questo taglio interpretativo orientato allo schema causale dell'atto rende applicabili nei confronti del licenziamento le norme degli artt. 1343, 1344 e 1345⁵⁷ c.c. Prescindendo dalla prima e dall'ultima ipotesi, si può ragionevolmente affermare, quale conseguenza dell'art. 1344, l'ammissibilità della dichiarazione di nullità del licenziamento perché in frode alla legge⁵⁸. Si va così delineando la possibilità che il recesso sia annullato *ex art.* 1344 c.c. in quanto tale forma di illiceità si verifica tutte le volte in cui il licenziamento, nell'ambito di un'operazione economica complessa, sia "praticamente" diretto ad eludere le normative poste a presidio della personalità del lavoratore⁵⁹. L'interprete è spinto, per questa via, a non considerare lecita la causa di un atto unilaterale per il solo fatto della possibilità di ricomprendere questo in un'ipotesi legale tipica: la violazione indiretta di norme imperative è il risultato di

giudiziale sugli atti di esercizio del potere privato, quali: 1) la causa negoziale in funzione di *test* per la complessiva operazione economica del contratto o dell'atto unilaterale; 2) i limiti interni del diritto soggettivo; 3) le clausole generali vincolanti per gli atti privati quanto al fine o al risultato; oppure la procedimentalizzazione dei poteri in forza di precetti costituzionali immediatamente operativi. Si pensi anche alla fattispecie dell'abuso di potere, inteso in senso funzionale – proprio perché ricondotto ad una patologia della causa – come principio generale dell'ordinamento e limite generale di tutti gli atti di esercizio datoriale (a prescindere dalla specifiche ipotesi previste dalla legge). Questa figura impiegata da una parte della giurisprudenza che, pur in assenza di qualsiasi previsione normativa, ammette il lavoratore licenziato *ad nutum* durante il periodo di prova a provare che – ad es. per la brevità del periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione – il licenziamento non è avvenuto per mancato superamento della prova, ma per altre ragioni. Cfr. Cass., sez. lav., 22 marzo 1999, n. 2228, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 802, con nota di MONACO, *Patto di prova e schemi civilistici*; App. Milano, 27 maggio 2003, in *Or. giur. lav.*, 2003, I, 441 ss.

⁵⁷ MENGONI, *La stabilità dell'impiego*, cit., 236; PERA, *La sindacabilità dei motivi in sede giurisdizionale*, in *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Università di Firenze, Milano, 1967, 193.

⁵⁸ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 619-620, con la precisazione che l'Autore, pur ammettendo il divieto della frode alla legge, lo descrive come limite esterno al potere di licenziare in virtù di una considerazione prevalente di vincoli legislativi (norme imperative) che si collocano fuori dal rapporto contrattuale di lavoro.

⁵⁹ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, ult. cit., 639; BOLEGO, *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in *Diritto del lavoro e società multiculturali*, scritti raccolti da VISCOMI, Napoli, 2011, spec. 695-699.

un collegamento tra negozi che in sé considerati non sono illeciti ma che possono essere *reputati* tali in ragione della loro preordinazione all'elusione di norme che vietano un determinato comportamento suscettibile di frode. Infatti, con le lenti di un osservatore pratico, si può essere più sensibili alla consistenza dell'affare avvalendosi dell'intero armamentario sistematico: si manifesta l'immanenza di un limite (garanzia della persona del lavoratore), ma anche la necessità di chiarirne la sua portata in relazione ai beni giuridici tutelati costituzionalmente (libertà di iniziativa economica). Infatti, è in forza di una forzata strumentalizzazione che il datore di lavoro riesce ad utilizzare il licenziamento legittimo, in quanto sorretto da una ragione giustificatrice, per il perseguimento di uno scopo illecito. Tuttavia, il controllo giudiziale non può essere confinato alla verifica della legittimità della serie di atti che conducono a sciogliere il rapporto contrattuale, bensì si dovrà concentrare sullo scopo ultimo ed effettivo della sequenza negoziale posta in essere dal datore di lavoro. La frode alla legge opera, dunque, per chi riconosca la valenza correttiva di questo mezzo, come misura razionale di salvaguardia interna al potere di licenziare e non come un ampliamento delle disposizioni proibitive legali⁶⁰. Si tratta di accertare se la determinazione del datore metta in chiaro rilievo l'assunzione di costi e di rischi apprezzabili che attestino che la scelta operata non sia riducibile alla sola motivazione elusiva (ricercare l'effettività di tale scelta) e non produca, altresì, un «danno» alla sfera personale dei soggetti coinvolti nel

⁶⁰ GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 76; BRECCIA, X) *Frode alla legge*, in *Il contratto in generale*, a cura di ALPA, BRECCIA e LISERRE, vol. XIII, t. III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 1999, 258. Sullo specifico piano dell'efficacia, il licenziamento nullo, perché in frode alla legge, sarebbe improduttivo di effetti ed inidoneo ad incidere sulla continuità del rapporto in base alle regole sulla *nullità di diritto comune* (TULLINI, *La cd. tutela reale di diritto comune*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 103 ss.). In realtà, secondo l'art. 18, l. n.300/1970, come modificato dall'art.1, l. 108/1990, la vicenda successiva al licenziamento invalido è ormai considerata unitariamente ed è reso omogeneo il titolo delle attribuzioni patrimoniali: ciò ha contribuito a risolvere la questione della qualificazione del licenziamento invalido come nullo o annullabile, propendendo per la soluzione della nullità dell'atto, ma inteso come non avvenuto ad ogni effetto e come non interruttivo della stabilità giuridica del rapporto (regime speciale).

processo produttivo (arg. ex art. 8, l. n.604/1966; art.18, comma 5, l. n.300/1970). D'altra parte, di fronte a tale situazione giuridica di bilanciamento tra interessi contrapposti non può che rilevare la *norma di collegamento*⁶¹ dell'art.41 Cost., in relazione alla quale diventa risolutivo indagare l'idoneità del dettato a canalizzare la precettività di altre regole volte a tutelare la personalità del lavoratore.

4. Dall'autonomia contrattuale all'art. 41 della Costituzione

Fino ad ora si è proceduto evitando di «tirare per la giacca»⁶² uno dei principi cardine della parte prima della Costituzione, l'art. 41, in quanto, da sempre, al centro di troppe contese giuridiche che toccano l'individuo, le sue libertà ed il mercato, con connotazioni ora più inclini ad una decisa vocazione sociale dell'assetto economico-giuridico nazionale, ora più vicine al fondamento liberale che la ispira. Prima, però, di “tornare alla Costituzione”, si potrebbe adottare una metodologia propria del matematico, utilizzando il cd. ragionamento per assurdo, con lo scopo precipuo di mettere in luce la difficoltà di analizzare l'istituto del licenziamento esulando dalla «relazione intercorrente tra norme (principi) costituzionali e rapporti interprivati»⁶³. L'ipotesi prende le mosse da una scissione tra premessa concettuale sui principi espressi nell'art. 41 della Costituzione e zona di operatività delle vigenti regole in materia di cessazione del rapporto di lavoro (termine maggiore). Rispetto alla seconda, che è il solo momento che conferisce immediato rilievo giuridico allo specifico fenomeno del recesso unilaterale del datore di lavoro, la prima, ovvero il ragionamento generale sui precetti contenuti nell'art. 41 Cost., dovrebbe ritenersi indipendente e ininfluenza sulla struttura dell'istituto classico del licenziamento individuale (termine medio). Di conseguenza, non si ravviserebbe un legame tra il semplice atto che scrive la parola fine sul contratto di lavoro e le limitazioni costituzionali sulla

⁶¹ LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 139.

⁶² CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. e soc.*, 2009, 373.

⁶³ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 594.

libertà di intraprendere iniziative economiche, atteso che i due dispositivi attengono a piani differenti dell'autonomia negoziale dell'imprenditore. Il discorso troverebbe significative conferme nel fatto che i vincoli legislativi in materia di recesso dal rapporto di lavoro non avrebbero un diretto aggancio costituzionale, bensì una chiara giustificazione nella ragione economica⁶⁴ di distribuire al meglio il rischio delle sopravvenienze negative fra imprenditore e lavoratore⁶⁵ (conclusione).

L'esito della ricostruzione, improntato sull'utilità o meno dell'interruzione del contratto di lavoro, pone in evidenza come la disciplina della facoltà di licenziare e dei relativi limiti non sono altro che la traduzione in concreto di quei rapporti economici definiti dalla Carta costituzionale, o meglio, rappresentano le due facce della medesima medaglia delineata nell'art. 41: il recesso come potere di autotutela e libertà organizzativa dell'imprenditore, ma anche come rimedio alla prosecuzione del rapporto sottoposto ad un controllo di adeguatezza del mezzo rispetto alla funzione⁶⁶.

La norma costituzionale che sancisce la libertà di "fare impresa" è uno dei principi basilari della c.d. Costituzione economica⁶⁷, dell'insieme cioè delle disposizioni costituzionali

⁶⁴ In senso critico, DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*, a cura di MAZZOTTA, Torino, 2008, 27 ss.; PERULLI, *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, in *Ragioni del licenziamento*, cit., 55 ss.

⁶⁵ ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile comm.*, XXVI, vol. I, Milano, 2000, 375.

⁶⁶ BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, II ed., vol. III, Milano, 2000, 740.

⁶⁷ La bibliografia sul tema è molto ampia. Tra i contributi più significativi si possono menzionare, PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959; CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 260 ss.; BARBERA, *Le leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 582 ss.; GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 177 ss.; MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, 1 ss.; AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7 ss.; GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 21 ss.; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova,

che si riferiscono al cittadino come proprietario, investitore, risparmiatore, imprenditore: tale sezione, già all'epoca dell'Assemblea Costituente frutto del compromesso tra ideologie diverse (ideologie di sinistra, dottrina sociale del cattolicesimo, liberismo economico), risulta essere anche oggi una tra le più controverse della Carta costituzionale, tanto da non destare meraviglia il fatto che si sia paventata una revisione del relativo testo⁶⁸.

La norma in questione è l'art. 41, comma 1, Cost., che afferma che «*L'iniziativa economica privata è libera*»: tale libertà, riconosciuta ai privati, è libertà di disporre di risorse, materiali e umane, libertà di organizzare l'attività produttiva nel modo che si ritiene più opportuno e, infine, libertà dei privati di definire dal punto di vista pratico l'ambito specifico in cui porre in essere la produzione (in particolare quali siano i beni da produrre, quale sia la zona in cui collocare i locali aziendali, quali dovrebbero essere la qualità e la quantità di merce da produrre)⁶⁹. Infatti, come già affermato dalla Corte Costituzionale, «*nella locuzione "iniziativa economica" devono comprendersi le attività di operatori non solo dirette a creare e costituire un'azienda, ma anche inerenti alla vita e allo svolgimento di essa*»⁷⁰, anche se non sono mancati, nella dottrina costituzionalistica, pareri discordanti in merito⁷¹.

1992, 457 ss.; IRTI (a cura di), *L'ordine giuridico del mercato*, V ed, Roma-Bari, 2004.

⁶⁸ Da parte del Ministro dell'Economia, GIULIO TREMONTI, intervistato dal vicedirettore del Sole 24 Ore, ALBERTO ORIOLI, alla 4ª festa nazionale della Cisl a Levico Terme (TN). RESCIGNO, *Art. 41 Cost.: tra proposte di "demagogica ipocrisia" e controproposte "inadeguate"*, in *La Repubblica*, 17 febbraio 2011; AZZARITI, *L'attacco all'art.41 Cost: l'ideologia d'impresa contro la Costituzione*, in *Il Manifesto*, 2 febbraio 2011.

⁶⁹ Cass., sez. lav., 30 marzo 2006, n. 7536, in *Not. giur. lav.*, 2006, 500, dove si ribadisce che il datore ha il diritto di organizzare la propria azienda e, nell'ambito del potere organizzativo, di mutare gli strumenti di lavoro, adeguandoli alle esigenze produttive e di mercato.

⁷⁰ Corte cost. 30 dicembre 1958, n.78, in *Giur. Cost.*, 1958, 979; Cass., sez. lav., 24 settembre 2010, n. 20232, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 9, 1262, dove, nel caso in cui sia accertata la totale cessazione dell'attività imprenditoriale da parte del datore di lavoro, «la legittimità del licenziamento intimato ai lavoratori per giustificato motivo oggettivo non è esclusa né dal fatto che lo stabilimento sede dell'impresa non sia stato immediatamente alienato o altrimenti dismesso (...), né dal fatto che uno o pochi altri dipendenti siano stati mantenuti in servizio

La libertà di iniziativa economica, che può manifestarsi come libertà del singolo, ma anche come libertà collettiva (in caso ad esempio di impresa sociale, di cui all'art. 2247 e ss. c.c.), presuppone il riconoscimento di altri diritti dei privati, alcuni dei quali garantiti a livello costituzionale (si pensi, ad esempio, al diritto al lavoro, di cui all'art. 4 Cost.⁷² e all'art. 35 Cost.); presuppone la libertà contrattuale, essendo il contratto lo strumento attraverso il quale il soggetto che pone in essere l'attività economica si procura, da un lato, la disponibilità delle risorse da utilizzare nel processo produttivo e, dall'altro, colloca il prodotto sul mercato; presuppone che sia legittimo il contratto che prevede lo scambio tra una prestazione di lavoro di un soggetto (lavoratore subordinato) e retribuzione da parte dell'imprenditore (art. 36 Cost.), a cui consegue l'appropriazione del prodotto da parte di quest'ultimo.

Tuttavia, secondo un noto insegnamento⁷³, la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. non si esaurisce nell'esercizio del diritto di proprietà e della libertà contrattuale, ma è un fattore aggiuntivo, dato dall'uso congiunto di una somma di diritti e di libertà al fine di esercitare un'attività economica che sia finalizzata alla produzione o allo scambio di

per il compimento delle pratiche relative alla suddetta cessazione dell'attività, non essendo sindacabile nel quadro della libertà d'iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. le ragioni dei licenziamenti dovuti a cessazione dell'attività».

⁷¹ BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 595.

⁷² MANCINI, *Commento all'art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 199 ss.; per una significativa valorizzazione del diritto al lavoro, Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 215 ss., con nota di CANNATI, *Sul lavoratore non grava l'onere della prova circa l'esistenza del requisito dimensionale previsto dall'art. 18 St. lav.*; Cass., sez. lav., (ord.) 28 gennaio 2011, n. 2112, punti 9 e ss., in *Mas. giur. lav.*, 2011, 49, con nota di VALLEBONA, *Lavoro a termine illegittimo per il collegato lavoro 2010: l'indennità per il periodo fino alla sentenza*; cfr. Relazione tematica n. 2, Uff. Mass. Cass., *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, spec. 12 ss., www.cortedicassazione.it; SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema démodé*, in *Pol. dir.*, 1995, 3 ss.; per una visione più cauta, APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005, 107 ss.

⁷³ GALGANO, *Libertà dei privati: la libertà economica*, in ID., *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, 1980, 126.

beni e di servizi; ciò, ad esempio, caratterizza l'imprenditore, rispetto al mero proprietario degli strumenti di produzione, come colui che combina i fattori per la creazione di nuova ricchezza, come l'organizzatore del processo produttivo, come colui che mette in azione il sistema economico⁷⁴: in questo senso si esprime l'art. 2082 c.c., che afferma che l'imprenditore «*esercita professionalmente una attività economica organizzata*» e l'art. 2060 c.c., che afferma che «*Il lavoro è tutelato in tutte le sue forme organizzative ed esecutive*».

In riferimento a ciò va, tuttavia, sottolineato che quanto stabilito all'art. 41 Cost. non è ritenuto efficace solo nei confronti delle "imprese" e comunque non opera solo in riferimento all'"imprenditore" così come definito all'art. 2082 c.c.: il principio della «*libertà di iniziativa economica*», infatti, ben si presta ad essere interpretato in maniera estensiva⁷⁵, ricomprendendo nel suo alveo non solo le attività di impresa propriamente dette, ma anche tutte le attività rientranti nell'iniziativa economica privata, quindi anche attività non esercitate professionalmente o non organizzate, e dunque ogni attività di rilevanza economica, seppur non svolta nella forma dell'impresa, è comunque tutelabile e di rilevanza costituzionale.

Tale libertà organizzativa, creativa di nuova ricchezza, non è tuttavia insindacabile in maniera assoluta: a tale principio generale, fanno eccezione i limiti posti da altri principi costituzionali e dalle normative di legge, discendenti da questi ultimi, che mettono in atto tali limiti dal punto di vista pratico (ad esempio, alla normativa in materia fiscale, alla normativa giuslavoristica, alle norme che tutelano il diritto d'autore e i segni distintivi dell'impresa ecc.: in questo senso, la libertà di svolgere un'attività economica implica il dovere di pagare le tasse, di trattare e retribuire dignitosamente i lavoratori, di non utilizzare a propria assoluta discrezione, ad esempio a fini pubblicitari, segni distintivi altrui): a tal proposito si veda il comma 2 dello

⁷⁴ GALGANO, *Commento all'art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 3.

⁷⁵ GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 176-178, secondo il quale il primo comma dell'art. 41 Cost. rappresenta una garanzia costituzionale del diritto di impresa come diritto del privato, non solo nel senso di avviare un'attività e, quindi, come atto di investimento, ma anche di gestione e svolgimento dell'attività economica.

stesso art. 41 Cost., che, citando il concetto di «*utilità sociale*» e riallacciandosi appunto ad altri diritti e valori costituzionalmente garantiti, afferma che l'iniziativa economica privata «*non può svolgersi (...) in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*».

Da questa premessa ne consegue che quando si interpreta l'intero iter procedimentale che attiene al licenziamento, si può dichiarare che esso trovi la sua ulteriore giustificazione nell'art. 41 Cost., a condizione, però, che la stessa norma costituzionale sia letta, alla luce del comma 2, nella sua fase di applicazione.

In via preliminare, determinato il raggio di operatività, più o meno ampio, della fattispecie *iniziativa economica*⁷⁶, di cui al primo comma dell'art. 41 Cost., bisogna necessariamente affrontare uno snodo teorico di non secondaria importanza per la comprensione della situazione giuridica soggettiva relativa al prestatore di lavoro e segnatamente quello relativo alla possibilità di distinguere (utilmente) la disciplina giuridica riconnessa dall'art. 41 Cost. alla iniziativa economica, di cui al primo comma, da quella (disciplina) dettata per lo svolgimento della stessa iniziativa, di cui al secondo comma dello medesimo articolo. Per semplificare la questione, «l'alternativa sembrerebbe porsi fra una lettura più separata ed una più coordinata fra i diversi commi dell'art. 41, prefigurando un livello di protezione nel primo caso differenziato, nel secondo caso uniforme all'interno della libertà di iniziativa economica privata»⁷⁷.

Il principale contributo della tesi più sensibile ad una disamina congiunta dei commi dell'art. 41 Cost. sottolinea l'impossibilità di separare l'originario diritto di iniziativa economica di cui il singolo sarebbe titolare nel nostro sistema giuridico costituzionale dai concreti atti di esercizio successivi. Come osservato, il tentativo di *reductio ad absurdum* degli assunti che sostengono l'esclusione delle attività economiche di svolgimento dell'originario atto di iniziativa dal novero dei comportamenti coperti dal diritto di cui all'art. 41 Cost., cozza

⁷⁶ ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 184.

⁷⁷ Secondo un condivisibile approccio di PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, 18 gennaio 2010, 27, www.forumcostituzionale.itsite/images/stories/pdf/0172_pedrini.pdf.

con le scelte del Costituente di apporre ad essi dei limiti piuttosto penetranti, anche attraverso previsioni di legge⁷⁸.

In tale direzione, i maggiori progressi in termini ermeneutici, parzialmente seguiti anche sul piano giurisprudenziale, si riferiscono a quell'interpretazione sistematica che connette le formulazioni del secondo comma dell'art. 41 Cost. ad altre disposizioni della Carta fondamentale. Senza entrare nel più complesso discorso relativo alla *utilità sociale*⁷⁹, la quale, in effetti, difficilmente si presta ad essere declinata in modo specifico secondo altre disposizioni costituzionali, sembra più opportuno concentrare la riflessione sugli obblighi gravanti sul titolare della libertà di iniziativa economica rispetto alla *sicurezza*, alla *libertà* ed alla *dignità umana*⁸⁰, le quali ben possono rappresentare altrettante situazioni giuridiche costituzionali attive. In altre parole, i limiti alla libera iniziativa economica di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. altro non sarebbero se non il versante passivo di altri diritti costituzionali direttamente azionabili⁸¹. La libera iniziativa economica non può essere tale da rappresentare la negazione dei diritti della personalità del lavoratore. Del resto, il sistema di regole che presidia i licenziamenti illegittimi è concepito per perseguire

⁷⁸ SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990, 474: «il legislatore si prefigge di contenere il potere, altrimenti discrezionale, di licenziamento entro limiti rigorosi (di modo che) il recesso del datore di lavoro cessa di essere un atto libero, ed astratto dalla sua causale, per assumere la fisionomia diversa, e tipica, del licenziamento giustificato».

⁷⁹ NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 103-104; Corte cost., 15 maggio 1990, n.241, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 613; Corte cost., 19 dicembre 1990, n.548, in *Giur. cost.*, 1990, 3147.

⁸⁰ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3 ss., ora in ID., *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, 431 ss.

⁸¹ BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 153; MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966; DE ANGELIS, *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, I, 235 ss.; CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1494. *Contra* MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618; GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna-Roma, 1971, 96-97; ID., *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 511; MANCINI, *Commento all'art. 4 Cost.*, cit., 242-243.

obiettivi non tanto di efficienza economica, ma piuttosto di attuazione dei valori positivizzati nel testo costituzionale e, comunque, di interessi che trascendono la sfera dei singoli operatori economici.

5. La misura e la funzione dei diritti della personalità

Il sistema costituzionale ha introdotto disposizioni molto pregnanti sulla libertà del cittadino e del lavoratore, la cui garanzia, come è noto, non opera solo nei confronti dello Stato, ma anche verso tutti i soggetti pubblici e privati. Proprio la esplicita tutela riconosciuta, in via generale, dall'art. 2 Cost. trova significative conferme nell'art. 41 dove i profili della libertà assumono molteplici manifestazioni della personalità dell'individuo. Il tenore apparentemente contrastante dell'art. 41 Cost. che, da una parte, riconosce come libertà individuale l'iniziativa economica privata e, dall'altra, ne subordina lo svolgimento al rispetto di valori generali (utilità sociale) e personalistici (sicurezza, libertà e dignità) ha dato ádito a svariati tentativi di sintesi armonica. In campo giuslavoristico, uno dei migliori contributi in materia di licenziamento individuale⁸² ha cercato di interpretare il secondo comma dell'art. 41 scomponendolo in due precetti, dotati di *ratio* di tutela differenziate. In particolare, la novità di questa linea esegetica ravvisa nel precetto di *garanzia della persona* l'autentico *limite esterno* all'iniziativa economica privata: si ribadisce un orientamento che ha stabilito che in capo all'imprenditore non si pone più il generico obbligo di tutela, bensì la condizione all'esercizio dei suoi poteri, in particolare di licenziare, nel rispetto assoluto della personalità del lavoratore⁸⁵.

Nell'elencazione dei limiti di cui al comma 2, dell'art. 41 Cost., la sicurezza presenta le maggiori difficoltà di inquadramento, testimoniate da deboli riscontri anche in sede giurisprudenziale. Sebbene, tradizionalmente, sia stata intesa restrittivamente come tutela dell'integrità fisica⁸⁴, secondo

⁸² D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 98.

⁸⁵ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, cit., 434.

⁸⁴ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, ult. cit., 440.

un'accezione evolutiva la stessa può essere qualificata, in senso più ampio, come «garanzia di disporre in ogni tempo dei mezzi necessari alla propria esistenza ed all'esistenza della propria famiglia»⁸⁵. Aderendo a questa seconda impostazione, emerge immediatamente il collegamento funzionale con il vincolante principio di sufficienza racchiuso nell'art. 36 Cost. e con le conseguenze più stringenti che ciò comporta in termini di tutela giudiziale. Ciononostante la prospettiva di una diseguaglianza di fatto dei poteri in gioco si apprezza maggiormente in relazione agli altri due valori della dignità e della libertà⁸⁶.

La dignità⁸⁷, intesa come sintesi della «posizione complessiva dell'individuo nella comunità sociale quale membro della stessa», è stata raramente invocata dalla Cassazione⁸⁸ e invece più volte richiamata dalla Corte costituzionale⁸⁹, secondo il tipo generale descritto precettivamente dall'art. 3 Cost., per rafforzare l'impianto garantistico dettato dalla procedura del licenziamento

⁸⁵ BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 602; SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., 59; NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, cit., 445.

⁸⁶ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 602, per il quale «la libertà e la dignità umana (...) impongono la previsione legislativa di una serie di limiti dettati dal coinvolgimento della personalità umana nella vicenda del licenziamento»; ID., *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica «fondata sul lavoro»?», in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 436.*

⁸⁷ Cfr. in generale, VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, spec. 276 ss., dove si affronta il ruolo della giurisprudenza costituzionale sul concetto di *dignità*.

⁸⁸ Cass., sez. lav., 21 marzo 1998, n. 3000, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 811, con nota di PERA, *Sulla giustificazione del licenziamento del dirigente*, secondo cui l'unico limite giustificativo alla possibilità di licenziare un dirigente (sottoposto alla disciplina dell'art. 2118 c.c.) deriva dal necessario rispetto della dignità umana ex art.41, comma 2, Cost., senza poter fare riferimento alle equiparazioni di trattamento con i dipendenti effettuate dalla contrattazione collettiva.

⁸⁹ Corte cost. 14 luglio 1971, n. 174, in [http://www.cortecostituzionale.it.](http://www.cortecostituzionale.it;); Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro It.*, 1982, I, 2981; Corte cost. 7 luglio 1986, n. 176, in *Foro It.*, 1986, I, 2085; Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427, cit.; Corte cost. 23 luglio 1991, n. 364, in *Dir. lav.*, 1992, II, 39; Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 3, con nota di PERA, *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*.

– regole di forma⁹⁰ e comunicazione dei motivi⁹¹ – con lo scopo di valorizzare la partecipazione effettiva al procedimento ed assicurare il contributo e il confronto dialettico fra gli interessati in vista dell'adozione del provvedimento finale.

Un rilievo altrettanto centrale assume la libertà, intesa come capacità del soggetto di dispiegare la sua personalità nel rapporto contrattuale, assumendo fisionomia proteiforme nelle varie fasi del rapporto di lavoro, dalla nascita alla cessazione passando per lo svolgimento. Il fatto che la persona/lavoratore sia direttamente coinvolta nel rapporto, in special modo nel momento espulsivo, e quindi esposta a rischi particolarmente sensibili (si pensi ad esempio alla lesione della sua identità nel caso di un licenziamento discriminatorio) ha innescato, a livello legislativo e contrattuale, l'esigenza di una tutela più penetrante (si pensi all'apparato sanzionatorio nelle ipotesi di licenziamento nullo). In misura ancora maggiore rileva il valore della libertà, laddove l'attività svolta dal prestatore di lavoro costituisca la principale forma di sostentamento e di espressione della sua professionalità. Su questi profili (retribuzione e professionalità) le vicende estintive del rapporto di lavoro acquistano un peso determinante nella dinamica della giustificazione⁹². In sostanza, alla tutela della

⁹⁰ *Ex multis*, Cass., sez. lav., 11 giugno 2008, n. 15496, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 6, 925; Cass., sez. lav., 22 marzo 2010, n. 6845, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 3, 412.

⁹¹ Cass., sez. lav., 20 dicembre 2006, n. 27197, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 12,, dove il recesso in questione non può risultare privo di qualsiasi giustificazione sociale perché concretizzantesi unicamente in condotte lesive, nella loro oggettività, della personalità del dirigente e, al fine di accertare la configurabilità del diritto del dirigente all'indennità supplementare di preavviso, «l'ingiustificatezza del recesso datoriale può evincersi da una incompleta o inveritiera comunicazione dei motivi di licenziamento ovvero da un'infondata contestazione degli addebiti, potendo tali condotte rendere quantomeno più disagiata la verifica che il recesso sia eziologicamente riconducibile a condotte discriminatorie ovvero prive di adeguatezza sociale».

⁹² Basti pensare che la retribuzione costituisce il parametro base per determinare indennità e risarcimenti in caso di licenziamento ingiustificato (Cass., sez. lav., 27 ottobre 2009, n. 22649, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 1037, con nota di BORDONE, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno: la retribuzione globale di fatto*), mentre la professionalità ha un peso consistente per valutare il demansionamento, in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo come *extrema ratio* (Cass., sez. lav. 22 agosto 2006, n. 18269, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, 43, con nota di FABBRI, *Legittimità dell'accordo di demansionamento*

posizione passiva del prestatore di lavoro si accompagna la protezione e la garanzia del lato attivo, con ricadute incisive sui dettati legislativi e sulle tecniche di interpretazione. La *garanzia della personalità del prestatore*⁹⁵ è divenuta il fondamento di gran parte dell'apparato protettivo in materia lavoristica (si pensi alla funzione di norma di chiusura dell'art. 2087 c.c.) e non si traduce solo nella difesa del contraente debole, ma significa anche eliminare gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona e creare le condizioni più favorevoli perché possa compiutamente esprimersi (si pensi all'art. 4, l. n.604/1966, «indipendentemente dalla motivazione addotta», all'art. 15, l. n.300/1970, ecc.). Una posizione non secondaria è rivestita dallo stretto collegamento tra i diritti di libertà e i c.d. diritti sociali (diritto di sciopero e libertà sindacale)⁹⁴, grazie a cui il lavoratore si autodetermina, svincolandosi da tutti quei fattori che possono risolversi in situazioni di svantaggio, di limitazione della sfera personale e di diseguaglianza (ex art.3, comma 2, Cost.).

In questo quadro complessivo, i valori costituzionali così descritti, pur presentandosi come limiti, apparentemente esterni, posti dall'ordinamento a garanzia di beni giuridici di particolare rango⁹⁵, «attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio perché incorporate, ai sensi dell'art. 1374 c.c (ed, eventualmente, dell'art.1339 c.c.), nel regolamento contrattuale del rapporto di lavoro»⁹⁶. Non vi è dubbio che gli interessi delle parti contrapposte siano frequentemente in conflitto proprio su questo piano e come non

e adesione esplicita del lavoratore; in generale, cfr. BRUN, I licenziamenti per motivi economici, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2008, 661 ss.).

⁹⁵ SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., 331.

⁹⁴ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, cit., 447. L'importanza di questo collegamento è dimostrata dall'intera vicenda che ha interessato alcuni stabilimenti della Fiat (Pomigliano, Mirafiori, e più di recente le ex carrozzerie Bertone) in merito al rinnovo (separato) dei relativi contratti aziendali, i quali hanno riproposto un intenso dibattito sul contemporaneo tra la libertà d'impresa (art. 41 Cost.) ed il diritto di sciopero (art. 40 Cost.) proprio intorno a due clausole contrattuali di «esigibilità» (punti 14 e 15) contenute nell'accordo capostipite sottoscritto nello stabilimento "Gian Battista Vico" di Pomigliano d'Arco, poi riproposte nel contratto di Mirafiori.

⁹⁵ Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 170, con nota di PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto inabile*.

⁹⁶ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 594.

si può pretendere, da parte dei lavoratori, un esercizio indiscriminato della propria libertà nell'ambiente di lavoro, così i datori di lavoro non possono invocare in ogni momento i propri poteri per limitare ed escludere i diritti dei dipendenti, al di là di quanto richiedano le necessità funzionali dell'apparato produttivo⁹⁷. L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra l'esercizio del diritto e l'abuso è problema tra i più ardui, ma può trovare solide soluzioni nel costante riferimento ai principi generali dell'ordinamento, rilette secondo l'approccio *causale*, ed ai valori ricavabili dalle più importanti norme costituzionali precettive, recuperate dal *collegamento normativo* ex art.41, comma 2, Cost.

A tal proposito, la ricostruzione secondo tali coordinate consente di svincolare il discorso dall'inevitabile confronto con quelli che vengono definiti i presupposti per l'esercizio legittimo del potere di recesso, in particolare con il giustificato motivo oggettivo⁹⁸ di licenziamento come delineato dall'art. 3, l.

⁹⁷ Cass., sez. lav., 10 luglio 2009, n. 16196, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 7-8, 1078, secondo cui «le norme poste dagli artt. 2 e 3, l. n. 300/1970, a tutela della libertà e dignità del lavoratore, delimitano la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei suoi interessi con specifiche attribuzioni nell'ambito dell'azienda (rispettivamente con poteri di polizia giudiziaria e di controllo della prestazione lavorativa), ma non escludono il potere dell'imprenditore ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., di controllare direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica o anche attraverso personale esterno – costituito in ipotesi da dipendenti di una agenzia investigativa – l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può avvenire anche occultamente senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti né il divieto di cui all'art. 4 della stessa l. n. 300/1970, riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza».

⁹⁸ Senza nessuna pretesa esaustiva, cfr. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 699 ss.; FONTANA, *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, 323 ss.; BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 131 ss.; DE SIMONE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'instabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa e i diritti dei lavoratori*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 19 ss.; STOLFA, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo: i nodi irrisolti e le soluzioni possibili*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 103 ss.; GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in *Trattato di diritto*

n.604/1966 («ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»). Infatti, l'idea di negozio causale si colloca su un livello strutturale della fattispecie che trascende la tradizionale interpretazione di questa disposizione, orientata a definire la portata dei limiti all'iniziativa economica che deriverebbero da essa. Il licenziamento, dunque, sarà valido non solo quando i fatti posti a fondamento del suo esercizio rientrino nelle fattispecie astratte descritte dalle norme⁹⁹ ma anche quando l'interesse che l'operazione è destinata a soddisfare in concreto è collegato allo strumento a tal fine utilizzato, quale programma idoneo a compiere quello scopo¹⁰⁰.

Del resto, se l'assetto organizzativo e produttivo dell'impresa rimette alla "libera" valutazione del datore di lavoro ogni valutazione circa l'opportunità di interventi modificativi che comunque siano giustificati da ragioni oggettive (un giustificato motivo oggettivo), è altrettanto vero che, la libertà di iniziativa economica privata "non può svolgersi in contrasto" con la clausola costituzionale rappresentata dai valori personalistici.

Questo limite "costituzionalmente prefissato", secondo una recente pronuncia della Suprema Corte¹⁰¹ trova riscontro «nella legislazione del lavoro in varie circostanze caratterizzate dalla necessità di tutelare diritti fondamentali del lavoratore, tra cui quello avente per oggetto la conservazione del posto di lavoro,

commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da GALGANO, vol. IX, Padova 2006, 32 ss.; SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 652-653; CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 621 ss.; ID., *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Napoli, 2009.

⁹⁹ Secondo la nota ricostruzione di NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 55.

¹⁰⁰ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 603: «Alla forma scritta del licenziamento, prescritta dall'art. 2, comma 1, l. n. 604/1966 (che si applica anche ai dirigenti) la Corte cost. attribuisce un'essenziale valore – ovvero una garanzia informata al rispetto della personalità umana, indice "del valore spettante al lavoro nella moderna società industriale" che esige di essere rispettato anche laddove, "proprio a causa del più diretto rapporto con il datore di lavoro, questi finisca per trascurare elementi formali"», che riprende Corte cost. 7 luglio 1986, n. 176, cit., e Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398, cit.

¹⁰¹ Cass., sez. lav., 27 ottobre 2010, n. 21967, in *Guida al diritto*, 2010, 49-50, 54.

rispetto al quale la l. n.604 del 1966, e più specificamente l'art. 18 della l. n.300/1970 (cui deve aggiungersi l'art. 30 della Carta di Nizza, comunitarizzata con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, in vigore dal 1 gennaio 2009 e l'art. 24 della Carta sociale europea, rivista) stabiliscono il principio – di rango costituzionale – della salvaguardia del diritto alla tutela contro ogni licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo». In altri termini, nel ridisegnare la nozione di licenziamento illegittimo, vincoli di carattere costituzionale impongono in via eteronoma gli elementi necessari per reputarlo «giustificato», così sottraendo alle parti individuali (e alla logica di mercato) la delimitazione del suo significato.

6. Tutela preventiva del «danno» e controllo giudiziale sull'attività di impresa

L'ordinamento attribuisce all'interesse del prestatore di lavoro la basilare garanzia di non essere estromesso ingiustificatamente ma ad essa accompagna anche un complesso sistema rimediale (sia pure connotato ancora da una sorta di «parallelismo delle sanzioni») che riconosce la possibilità di adire un organo imparziale per ottenere un risarcimento in denaro o in altra forma riparatoria a seguito del licenziamento illegittimo. A tal proposito, proprio grazie allo Statuto dei lavoratori (l. n.300/1970), le nuove tecniche di difesa dei diritti da esso predisposte hanno consentito alla reintegrazione¹⁰² di occupare un ruolo dominante come sanzione del licenziamento illegittimo e quale strumento di attuazione (garanzia dell'effettività) del diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro¹⁰³.

In effetti, accanto alle forme di tutela risarcitoria-compensativa o per equivalente (riparazione del danno) e costitutiva (invalidazione degli atti illegittimi del datore di

¹⁰² D'ANTONA, voce *Tutela reale nel posto di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994, 1 ss., ora in CARUSO-SCIARRA, *Opere*, vol. III, *Scritti sul diritto del lavoro*, t. 1, *Licenziamento individuale*, Milano, 2000, 430 ss.

¹⁰³ Per considerazioni più disincantate, cfr. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 1195.

lavoro) tipiche del diritto comune¹⁰⁴, la presenza di forme di tutela specifica (in particolare gli artt. 18 e 28) rivolte a garantire la soddisfazione in natura dei diritti dei lavoratori e dei sindacati nell'impresa, è una caratteristica essenziale della l. n.300/1970¹⁰⁵. In altri termini, il vero snodo significativo dell'intero diritto del lavoro è rappresentato dalle modalità con cui la frontiera risarcitoria *lato sensu* si misura con le lesioni dei diritti inviolabili della persona del lavoratore, specie nella fase espulsiva dal rapporto di lavoro. Nonostante l'ampia «zona d'ombra» giurisprudenziale che contraddistingue l'idea di «danno» alla persona¹⁰⁶, sulle orme della migliore dottrina, si può sostenere che è necessario aggiornare l'idea di lesione di diritti del lavoratore¹⁰⁷ al «nuovo sistema di valori introdotto dalla Costituzione e imperniato sull'individuazione di una serie di valori personali (sicurezza, libertà, dignità umana, integrità fisica, salute), la cui tutela deve essere privilegiata rispetto alla protezione dei beni patrimoniali»¹⁰⁸.

Il ragionamento su questa tipologia di interessi protetti – di solito, ma non sempre, di natura non patrimoniale – richiama senza dubbio il ruolo della discussa teoria della *Drittwirkung*, la quale, attraverso il regolamento contrattuale¹⁰⁹, funzionerebbe da

¹⁰⁴ GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 305 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 158 ss.; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, 53 ss.; MONTUSCHI, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, 3 ss.

¹⁰⁵ GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, 633 ss. Più in generale, si veda sempre GHERA, *L'esecuzione diretta ed indiretta sul diritto del lavoro*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. II, Napoli, 1989, 1077 ss.; DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro It.*, 1989, V, 132 ss.

¹⁰⁶ MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1994, I, 317 ss.; PEDRAZZOLI, *Lesioni di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 269 ss.

¹⁰⁷ NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 287 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Danni alla persona e danno morale*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 463 ss.

¹⁰⁸ BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in BUSNELLI e BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 526-527.

¹⁰⁹ In tal senso, NOGLER, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, spec. 69 ss.

medium tra i diritti fondamentali evocati ed il rapporto interpretato¹¹⁰. È ovvio che non è possibile approfondire una tematica molto complessa come quella citata, tuttavia è opportuno ricordare che nel caso in cui un lavoratore pretenda di applicare una norma sul diritto fondamentale come parametro oggettivo del comportamento del datore, ciò non significa rimuovere i diritti fondamentali di cui è a sua volta portatore colui che ha posto in essere l'atto di licenziamento¹¹¹. Il giudice, in tale quadro di riferimento, chiamato a sindacare il recesso del datore, dovrebbe operare un bilanciamento¹¹² tra contrapposti diritti fondamentali, entrambi propri di soggetti privati, alla ricerca di un ragionevole e proporzionato punto di contemperamento.

La difficoltà maggiore per l'organo giudicante consiste, con tutta evidenza, in un controllo diffuso di costituzionalità o più correttamente in una tecnica di ponderazione di interessi che entrano in conflitto l'uno con l'altro: la «libertà di lavorare» come espressione del più generale principio di solidarietà sociale, intesa alla stregua di garanzia per la dignità sociale e professionale del lavoratore, ed il principio di libertà di organizzazione e di gestione dell'impresa, da declinarsi secondo il paradigma infungibile dell'utile impiego di manodopera. Ciò vuol dire che le corti, pur rimanendo ancorate ad uno stretto giudizio di legalità, dovrebbero effettuare una comparazione in concreto tra l'esercizio di libera iniziativa economica e le modalità attraverso cui si è estrinsecata. Fino a che punto la lesione di un diritto inviolabile può essere tutelato con prestazioni risarcitorie? Ma, soprattutto, fino a che punto la lesione della posizione del lavoratore che difende la legittima continuità del vincolo contrattuale può incidere sull'esercizio del potere del datore di

¹¹⁰ MENGONI, *Le obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, *Relazioni*, Milano, 1993, 248; ID., *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica*

e dogmatica giuridica. Saggi, Milano, 1996, 115 ss., spec. 126.

¹¹¹ NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro*, cit., 297-298, nt.41.

¹¹² Più in generale, per un quadro di teoria generale del diritto sul *balancing test*, si veda ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 2002, 131 ss.; ID., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars interpretandi*, 2005, 97 ss.

proseguire la propria iniziativa economica, estinguendo quella specifica prestazione di lavoro?

Una risposta univoca a questi interrogativi non è verosimile. Di sicuro la funzione argomentativa svolta, da una parte, dal licenziamento come negozio causale e, dall'altra, dai diritti della personalità come posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio, ai sensi dell'art. 1374 c.c, consentono di spiegare, all'interno delle regole che governano la logica del contratto di lavoro, quelle operazioni interpretative che adeguano le disposizioni legislative al diritto vivente.

Un'attenta analisi del fenomeno giuridico, secondo preziose direttive ermeneutiche¹¹³, potrebbe mettere in evidenza come tale interpretazione si traduca sostanzialmente in un duplice ordine di limitazioni per il licenziamento: 1) quelle che rappresentano i *confini esterni* del potere dell'imprenditore, al di là dei quali quel potere di recesso non trova fondamento, e che operano quando di fronte alla libera iniziativa privata si frappone un diritto soggettivo di altro soggetto di rango uguale o prevalente; 2) quelle che incidono sul *nucleo interno* del potere datoriale¹¹⁴ e che comportano l'adeguamento dell'attività, che ne è espressione, ad una gerarchia assiologica mobile¹¹⁵ desunta in via sistematica¹¹⁶. Secondo tale ottica, la clausola di garanzia dei

¹¹³ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 105.

¹¹⁴ In tale direzione, assumono un profilo specifico le *clausole generali*, cfr. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1996, 150, il quale ricorda che: «La libertà dell'imprenditore è sicuramente insindacabile in relazione all'*an*. Differente è invece la questione concernente l'attuazione della scelta deliberata e il corretto governo delle regole, legali o contrattuali, che quella scelta impone. Sul piano teorico la distinzione appare netta: su quello pratico, si potrà convenire che la verifica, quanto al rispetto dei c.d. limiti esterni, finisce per coinvolgere, in una certa misura (al solo scopo di compiere un'analisi preliminare e del tutto strumentale), anche il merito della scelta complessiva, sulla quale il sindacato giudiziario scivola, senza minimamente incidere»; *Contra* PERSIANI, 1995, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 34 ss.; ID., *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, I, 138.

¹¹⁵ GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006, 776; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 302-304; ID., *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pub.*, 1998, 651 ss.

¹¹⁶ Lungo tale ipotesi metodologica si colloca la poderosa ricostruzione di DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, spec. 256 ss.

valori personalistici (libertà, dignità e sicurezza), oltre che autorizzare il legislatore a prevedere forme di tutela preventiva del «danno», potrebbe rappresentare un valido parametro di riferimento per l'autorità giudiziaria idoneo a risolvere la dialettica tra libertà di iniziativa economica e libertà dei soggetti implicati nel processo produttivo. La normativa ordinaria che limita il potere di licenziamento conferisce un significato specifico a quello che appare come un limite di liceità e rilevanza dell'attività di impresa. Le regole sulla giustificatezza delle motivazioni, le disposizioni procedurali che incidono sull'efficacia del provvedimento, i divieti di licenziare in determinati periodi o in particolari ipotesi, costituiscono nel complesso non solo un sistema di invalidità negoziali, ma un vincolo per l'attività organizzativa dell'imprenditore.

Ma il *framework* più ampio in cui tali disposizioni si trovano ad operare è quello stabilito dai principi europei di parità di trattamento e di effettività della tutela – in particolare, gli artt. 20, 21, 30 e 47 della Carta di Nizza¹¹⁷, comunitarizzata con il Trattato di Lisbona; artt. 1, 24, 26 e 27 della Carta sociale europea rivista – e dai consolidati valori costituzionali di ragionevolezza¹¹⁸ e di garanzia del rimedio giurisdizionale (artt. 3, comma 2, 24, 111, 117, comma 1, Cost.). Alla luce di queste importanti fonti sovranazionali e nazionali, si rafforza quella considerazione, ancora attuale, di chi ha visto nella tutela ripristinatoria delle condizioni materiali e giuridiche del lavoratore (art. 18 l. n.300/1970) illegittimamente licenziato non soltanto un interesse contrattuale all'esecuzione della prestazione¹¹⁹, bensì la difesa di un bene giuridico già nel

¹¹⁷ Per un confronto tra Carta di Nizza e Costituzione, cfr. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 58/2008.

¹¹⁸)DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale 1 luglio 1989-31 dicembre 2005*, Roma, 2006, 45 ss.; PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 1 ss.; Cass., sez. lav., 19 agosto 2004, n. 16260, in *Mass. giust. civ.*, 2004, n.7-8, .

¹¹⁹ Così NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 660, per il quale l'inquadramento contrattuale del potere di licenziamento, e la prospettiva positiva del diritto a lavorare in capo a qualsiasi titolare di un contratto di lavoro subordinato, consentono, da un lato, di superare la presunta

patrimonio di ciascun prestatore¹²⁰. La prospettiva adottata conduce alla posizione, avvalorata da un'importante sentenza delle Sezioni Unite¹²¹, che riscontra nella tutela in forma specifica (arg. ex art. 2058 c.c.)¹²², specie per quelle situazioni soggettive sguarnite di tutela reale, il riferimento sistematico sicuro che permetterebbe l'individuazione di una sanzione più adeguata ed efficace a fronte della semplice garanzia risarcitoria per equivalente, meno certa e affidabile.

Si tratta di un'opinabile linea interpretativa, tutta da verificare nel campo sperimentale del diritto del lavoro, dove, tra l'altro non è inutile per il giurista passare a volte a considerare la funzione effettivamente assolta dall'istituto giuridico (licenziamento) nella reale dinamica dei rapporti di lavoro. «Sarà così condotto fuori da quella considerazione formale e strutturale che è tipica della scienza giuridica per entrare invece nel campo

irriducibilità dell'art. 18 St. lav. ai rimedi relativi alle disfunzionalità del rapporto contrattuale, e, dall'altro lato, di attribuire una portata normativa (di diritto comune) all'ordine di reintegrazione, distinto dall'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro. Con l'unica precisazione che lo stesso art. 18 riconnette al contratto, in via dell'art. 1374 c.c. – riprendendo così (se non i contenuti sostanziali) la soluzione tecnica di fondo prospettata da D'Antona – la particolarità del 5° c. ovvero il diritto alla monetizzazione della reintegra».

¹²⁰ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 117. L'autore sottolinea come «l'estromissione dal posto di lavoro, quando ne sia stata accertata l'illegittimità, configura una violazione dell'obbligo di comportamento che l'art. 41 Cost. impone all'imprenditore, ed è un *illicito* che ha tutte le caratteristiche del "danno" di cui parla l'art. 41 cpv.: per questo non va solo risarcito, *prima di tutto deve cessare*».

¹²¹ Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.; Cass., sez. lav., (ord.) 28 gennaio 2011, n. 2112, cit., la quale solleva la questione di legittimità costituzionale sul virtuale equivalente monetario individuato dall'art. 32, comma 5, l. n.183/2010 – un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto – segnalando tratti di insufficienza e sproporzione nella tutela economica predisposta, tali da determinare un contrasto con «i principi di ragionevolezza nonché di effettività del rimedio giurisdizionale» (artt. 3, comma 2, 24, 111, 117, comma 1 Cost., art. 6 CEDU) oltre che una lesione del «diritto al lavoro» (art. 4 Cost.). Cfr. Relazione tematica n. 2, Uff. Mass. Cass., Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010, cit., spec. 31 ss., www.cortedicassazione.it.

¹²² Forse, sarebbe stato più corretto applicare il combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c., cfr. MENGONI, *Intervento*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di vol. I, Napoli, 1989, 151-153; PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 20.

storico e sociologico, ma questa escursione non gli sarà inutile per un miglior apprezzamento della realtà sociale anche dal punto di vista giuridico»¹²⁵.

¹²⁵ ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 55. Secondo SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente»*, cit., 656-657, l'interazione continua tra dinamiche economiche, organizzative e sociali e produzione del diritto, condiziona il processo interpretativo in una duplice dimensione. «La prima, quella «forte», deriva dalla incorporazione nel diritto positivo dei valori prodotti dalle dinamiche sociali, quando si sono tradotti in disposizioni delle fonti comunitarie, della legge o del contratto collettivo, oppure quando *trovano riscontro nella Costituzione* o nei Trattati europei. (...) La seconda dimensione, quella «debole», deriva dalla influenza che la realtà sociale esercita sulle tecniche di interpretazione. Quest'ultima interviene sulla individuazione del "senso" da attribuire ad una disposizione in relazione alla ricostruzione della *ratio* di una particolare normativa, all'analisi delle conseguenze sociali derivanti dall'applicazione di una regola, alla coerenza con i valori fondamentali del mondo del lavoro e così via».

**LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI COME MODELLO
DI AUTOREGOLAZIONE E STRUMENTO DI
CONTROLLO DELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA AI SENSI
DELL'ART. 41, COMMA 3 DELLA COSTITUZIONE**

Flavia Pasquini - Davide Venturi,

*Ricercatori Adapt - Membri della Commissione di Certificazione
nell'Università di Modena e Reggio Emilia*

L'istituto della certificazione dei contratti (artt. 75 ss. d.lgs. 276/2003) viene analizzato partendo da un approccio di teoria della regolazione. La certificazione è rappresentabile come modello di autoregolazione rafforzata ("enforced self-regulation"), e viene descritta nel suo funzionamento presentandola come concreta modalità di attuazione normativa della funzione di controllo sui fini sociali della libera iniziativa economica (art. 41, comma 3, Cost.), di cui si propone una interpretazione evolutiva che richiama il principio di sussidiarietà orizzontale.

The paper analyses, through a perspective of indirect regulation on the labour market, the Italian legal procedure called 'Certification of contracts' (art. 75 ss. D.lgs. 276/2003). Certification is regarded as a model of "enforced self-regulation". Certification's functions and effects are analysed in the paper, so that it is addressed as a voluntary tool aimed at being part of the Constitutional system of controls founded on the rule of "social purpose" delimiting and defining the Constitutional principle of economic freedom (art. 41.3 Const.), in an evolutionary perspective based on the principle of horizontal subsidiarity.

Sommario

Introduzione

1. La certificazione dei contratti come strumento di regolazione
 - 1.1 La regolazione tra funzione di diritto pubblico e strumento di diritto privato
 - 1.2. Il contesto organizzativo e produttivo di riferimento
 - 1.3. La certificazione quale strumento di regolazione dei rapporti tra soggetti individuali: nel contratto di lavoro e nei contratti di servizi tra imprese
2. La certificazione come strumento di regolazione (*enforced self regulation*) del mercato del lavoro
3. La regolamentazione della certificazione
4. Gli effetti della certificazione

5. La certificazione dei contratti commerciali in generale e dell'appalto in particolare
6. La certificazione come strumento di controllo dell'organizzazione aziendale: controllo esterno e controllo interno

Introduzione

Il principio di libertà di iniziativa economica contenuto nell'art.41 Cost. incide anche sul mercato del lavoro e ne condiziona la regolazione: l'incontro tra l'offerta di lavoro dei prestatori e la domanda di lavoro di chi esercita un'attività economica presenta infatti un forte legame funzionale con l'impresa che necessita di organizzare e gestire il fattore produttivo lavoro, e dunque con il principio di libertà di iniziativa economica. Non esiste, in altre parole, un mercato del lavoro, così come oggi lo conosciamo in Italia, senza l'impresa. In presenza dunque di un legame funzionale tra mercato del lavoro ed impresa, la regolazione del primo incide sensibilmente sul libero esercizio della seconda.

Il lungo processo di liberalizzazione del mercato del lavoro, che ha attraversato gli anni '90 del secolo scorso e ha portato alla riforma del 2003 (la c.d. riforma Biagi, costituita dalla l. n. 30 e dal d.lgs. n. 276), vedendo infine l'emanazione della l. n. 183 del 2010 (il c.d. "collegato lavoro")¹, rappresenta un esempio di regolazione – o, se si vuole, di de-regolazione – ai fini della attuazione del principio costituzionale di libertà di iniziativa economica.

Una delle più nuove ed originali idee di regolazione del mercato del lavoro scaturite dalla riforma del 2003 è stata l'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto della certificazione dei contratti (artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 276 del 2003), quale procedura volontaria attivabile dalle parti del contratto individuale di lavoro o del contratto di appalto². Lo strumento, estraneo alla tradizione giuslavoristica italiana fino a quel momento, ha lo scopo di valorizzare il contratto come strumento di autoregolazione del rapporto, attraverso una

¹ Uno dei primi commenti alle novità apportate dal c.d. Collegato lavoro è di ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 102/2010.

² Generale è l'illustrazione di GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in www.csdn.it; GRANDI, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, in *DRI*, 2008, n. 2, 339; TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro: prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. n. 276/2003. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Milano, 2004, 237.

procedura, appunto, di certificazione, eseguita da commissioni di certificazione individuate dalla legge, che hanno il compito di verificare la correttezza della qualificazione e della regolazione del rapporto negoziale scelta dalle parti stesse⁵.

In considerazione di ciò, si intende presentare la certificazione dei contratti, come strumento di regolazione del mercato del lavoro, che si può collocare nell'ordinamento giuridico come espressione normativa della funzione di controllo sui «fini sociali», a cui la libera iniziativa economica deve uniformarsi, ai sensi dell'art.41, comma 3, Cost.

1. La certificazione dei contratti come strumento di regolazione

1.1 La regolazione tra funzione di diritto pubblico e strumento di diritto privato

Come noto, l'art.41 Cost. sancisce che il principio di libertà di iniziativa economica incontra – o comunque può incontrare – una serie di limitazioni, espressione di etero-regolazione di fonte legale.

In effetti, da un lato si stabilisce un principio di libertà, e dall'altro si esprime un limite alla libera espressione dello stesso, che di per sé rappresenta la necessità di una regolazione. La fonte di questo limite è la legge.

Senza entrare nel merito della interpretazione evolutiva del principio di libertà di iniziativa economica e di libertà d'impresa, da un lato, e del principio di «utilità sociale» e di «programmazione», dall'altro, posto che certamente essi hanno assunto nuovi significati nel corso della storia giuridica ed economica dell'Italia repubblicana⁴, qui interessa concentrare

⁵ L'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano dell'istituto della certificazione dei contratti è stata preceduta da un intenso dibattito dottrinale (dove appare basilare il contributo di VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, n. 1, 480), culminato nel 1997 (con l'apporto di BIAGI - TIRABOSCHI, *Ipotesi per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, consultabile in *QDLRI*, 1998, n. 21, 347, divenuto l'anno successivo *Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, in *DRI*, 1999, n. 2, 275).

⁴ Per una profonda analisi dell'evoluzione della "costituzione economica", intesa come rapporto tra libertà economiche e intervento dello Stato, si rimanda al

l'analisi sul concetto di regolazione del mercato, ed in particolare del mercato del lavoro⁵. Ciò, al fine di dimostrare che la certificazione dei contratti può rientrare in una nuova tipologia di controllo ai sensi dell'art.41, comma 3, Cost., nell'ambito della autoregolazione, o meglio di quel modello regolatorio che nel mondo anglosassone è conosciuto come *enforced self-regulation*.

La stretta connessione tra art.41 Cost. e il tema della regolazione dei mercati è certamente riconoscibile dal fatto che il dettato costituzionale contiene alcuni importanti principi di regolazione: in primo luogo la primazia della libertà d'iniziativa economica, poi il duplice limite della utilità sociale e del divieto di recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, quindi la sottoposizione ai controlli diretti a indirizzare e a coordinare l'attività economica a fini sociali.

Nell'ambito di tali principi, ai fini della presente trattazione rilevano maggiormente la libertà di iniziativa economica, di cui l'autonomia contrattuale è naturale espressione⁶, e la

fondamentale saggio di CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2004, in particolare il cap. II: La "vecchia" costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi; e il cap. III: Oltre lo Stato: il mercato unico. Sulla prospettiva delle funzioni pubbliche dello Stato regolatore e sulla funzione di controllo indiretto sul mercato, si veda in particolare il cap. XI: La nuova costituzione economica.

⁵ Sebbene il sistema giuridico si riveli spesso come caratterizzato da considerevole autoreferenzialità, secondo il pensiero di LUHMANN, *Essays on self-reference*, Columbia University Press, 1990, tuttavia esistono livelli di "comunicazione" tra sub-sistemi sociali differenti, come il diritto ed il mercato, che consentono la co-evoluzione di entrambi. Questo è il tentativo della regolazione. La teoria della autoreferenzialità del sub-sistema del diritto, però, suggerisce approcci di regolazione del mercato che si limitino allo stretto necessario.

⁶ Il principio dell'autonomia contrattuale come espressione del principio di libera iniziativa economica è espressamente definito in Corte Costituzionale n. 159 del 1988, nonché confermato e richiamato in Corte Costituzionale n. 241 del 3-15 maggio 1990. Quest'ultima sentenza, poi, sebbene non si riferisca alle tutele del diritto del lavoro ma piuttosto alla tutela dei consumatori, tuttavia esprime anche il fondamentale principio secondo cui il contratto, in quanto espressione del principio di libera iniziativa economica, può essere sottoposto ai controlli di cui all'art. 41, comma 3, Cost., che garantiscono il perseguimento dei "fini sociali", tra i quali rientrano la protezione dei "contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale". Naturalmente, non sfugge il fatto che questi principi definiti dalla Corte Costituzionale ben possono riferirsi alla posizione di debolezza dei lavoratori nel mercato del lavoro, ed in modo speciale a quella dei lavoratori parasubordinati.

sottoposizione dell'iniziativa economica ai controlli stabiliti dalla legge.

Secondo una lettura ortodossa e tradizionale dell'art.41 Cost., i limiti alla libertà di iniziativa economica sono esterni alle scelte dell'impresa, e dunque sono espressione di modelli di etero-regolazione e non di autoregolazione, tanto che è stato osservato che il diritto al libero esercizio dell'attività economica e d'impresa è costituzionalmente garantito anche nel caso in cui in concreto non persegua fini di utilità sociale, essendo sufficiente che non contrasti con tali finalità pubbliche⁷. Tuttavia, tale impostazione tradizionale, che escluderebbe a priori l'autoregolazione dei mercati come strumento di controllo nell'ambito della regolazione degli stessi, appare oggi in qualche misura obsoleta, in quanto non tiene adeguatamente conto dell'evoluzione degli studi sulla regolazione dei mercati, e soprattutto non può più essere ritenuta univoca sul piano giuridico, in particolare a seguito dell'inserimento nella Carta costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale⁸. Si osserva infatti che, sebbene i limiti al libero esercizio dell'attività economica debbano certamente essere di natura esterna, in quanto espressione di interessi pubblici di utilità sociale e non di interessi interni ai soggetti economici privati interessati, tuttavia i controlli ai sensi dell'art.41, comma 3, Cost. non necessariamente devono essere esterni (etero direzione dei controlli), ma possono anche essere espressione di sistemi di autoregolazione (rispetto ai quali lo Stato si pone come regolatore esterno), purché finalizzati al perseguimento di

⁷ PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in Studi in memoria di Franco Piga 1992, 1622-1623.

⁸ Il principio è contenuto nell'art. 118, comma 4 della Costituzione, transitato nel nostro ordinamento attraverso la contaminazione comunitaria, è già da lungo presente nelle Carte Costituzionali dei Paesi occidentali (X Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti). In effetti, il principio di sussidiarietà, come è stato osservato da RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la "semplificazione"*, in *Dir. Amm.* 2001, 2-3, 273, rende "particolarmente attuale quella ricostruzione teorica che, nel sostenere l'identificazione fra istituzione e organizzazione sociale, concepisce l'ordinamento giuridico come unitario e allo stesso tempo complesso, in quanto ricomprende i singoli e molteplici corpi sociali esistenti di per sé" (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918).

interessi pubblici di utilità sociale a cui i controlli stessi sono diretti.

Ciò significa che, in una logica evolutiva del dettato costituzionale⁹, ai tradizionali sistemi di controllo stabiliti dalla legge e ispirati a modelli di etero-controllo diretto da parte dello Stato, si possono affiancare anche modelli di controllo indiretto, meno invasivi, anche di natura volontaria e basati su modelli di autoregolazione¹⁰, come nel caso appunto della certificazione dei contratti. In particolare, alla luce dell'inserimento del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art.118, comma 4, Cost.¹¹, non appare oggi troppo azzardato ritenere che il legislatore, in base all'art.41, comma 3, Cost., possa prevedere anche sistemi di autoregolazione, provvedendo a garantirne l'affidabilità attraverso la previsione di sistemi di rafforzamento del modello autoregolatorio da attuare mediante sistemi di validazione del

⁹ E' già stato autorevolmente notato che complessivamente l'art.41 Cost. consente una interpretazione evolutiva compatibile col ruolo dello Stato regolatore. Sul punto, con particolare riferimento alla contaminazione comunitaria sull'interpretazione del principio di libera iniziativa economica, si veda GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992,1, 21 ss..

¹⁰ La possibilità che i controlli possano avere natura volontaria e che siano espressione del principio di autoregolazione tra le parti desta perplessità tra alcuni giuristi, normalmente sulla base dell'argomentazione che normalmente i sistemi autoregolatori finiscono per essere espressione di neocorporativismo da parte dei soggetti che dovrebbero essere regolati da una fonte esterna (la legge) e che invece tentano di imporre modelli di controllo sostanzialmente elusivi dei principi normativi. Sul punto, con riferimento alle positive esperienze nell'applicazione di modelli di autoregolazione dei mercati in Gran Bretagna, si veda OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, in *a Reader On Regulation*, Baldwin – Scott - Hood (eds.), Oxford University Press, 1998, 375.

¹¹ Sul principio di sussidiarietà come principio trasversale all'intera Costituzione, in quanto afferisce al rapporto tra cittadino e Stato, si veda RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. It.*, 2004, 4, 718. Inoltre, il principio di sussidiarietà va oltre il suo significato "istituzionale" e si estende ad una dimensione "sociale" e perfino individuale, che riguarda "i cittadini, singoli e associati". Una lettura dell'art.41 alla luce dell'art. 118, comma 4, Cost. è anche proposta da BUONOMO (a cura di), *La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione*, Servizio Studi del Senato, ottobre 2010, 244, disponibile sul web: [http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2010/Dossier%20_244\(internet\).pdf](http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2010/Dossier%20_244(internet).pdf).

modello stesso¹². In questa ottica, lo Stato non rinuncia al proprio ruolo *super partes* a beneficio degli operatori del mercato, ma piuttosto svolge un ruolo di garanzia e di rafforzamento dell'autoregolazione degli operatori del mercato in vista di un fine di utilità generale, che nel caso della certificazione dei contratti è definito dalla legge nello scopo di ridurre il contenzioso in materia di lavoro (art.75 d.lgs. n. 276 del 2003).

Per chiarire il significato di queste affermazioni, occorre fare alcune riflessioni che riguardano la moderna teoria della regolazione, il cui oggetto è appunto la regolazione dei principi di libera iniziativa economica e di libera concorrenza¹⁵.

Poiché i modelli di regolazione sono diversificati a seconda del soggetto che materialmente introduce la regolazione, la regolazione può configurarsi come etero-regolazione, e dunque provenire dai poteri pubblici (*State regulation*), o come autoregolazione. Nell'ambito della *State-regulation*, la forma più tradizionale di regolazione è la regolazione diretta, o *direct regulation*, in cui lo Stato interviene attraverso il sistema normativo. E' anche possibile però che la regolazione pubblica operi come regolazione indiretta (c.d. *indirect regulation*), che non si realizza attraverso l'esercizio diretto da parte del potere legislativo o esecutivo dello Stato, ma piuttosto attraverso l'ausilio di Agenzie specializzate, che operano «con poteri discrezionali di integrazione normativa nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme stabilite dal legislatore»¹⁴.

¹² Nel caso della certificazione dei contratti, l'autoregolazione avviene attraverso il contratto tra le parti, la cui certificazione è effettuata dalla Commissione di Certificazione, organo terzo rispetto alle parti. Sul funzionamento dell'istituto si rimanda al successivo paragrafo 3.

¹⁵ Sul rapporto tra i principi di libera iniziativa economica e di libera concorrenza, si veda AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, 1991, in *Quad. cost.*, 1992, 1, 7 ss., e GUARINO, *op. cit.*. Inoltre, la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 241 del 3-15 maggio 1990, esplicitamente definisce la libertà di concorrenza come "valore basilare della libertà di iniziativa economica".

¹⁴ La dottrina australiana ha affrontato in maniera particolarmente efficace il tema della regolazione nell'ambito del diritto del lavoro. Per una trattazione approfondita, e per i relativi riferimenti dottrinali, si veda in particolare il saggio di GAHAM - BROSNAN, *The repertoires of Labour Market Regulation*, in *Labour Law and Labour Market Regulation*, The Federation Press, 2006, 129. La citazione è tratta da questo saggio, la traduzione è degli autori del presente lavoro.

Tuttavia, è bene chiarire che in una visione regolatoria del mercato del lavoro, anche la regolazione dello Stato non parte da una impostazione di esercizio del potere pubblico di intervento nel mercato in sostituzione del mercato stesso. La questione regolatoria non si pone insomma come una alternativa definitiva tra Stato e mercato, ma piuttosto come un sistema integrato in cui lo Stato interviene sul mercato, pur preservandone le fondamentali caratteristiche di libertà e di autoregolazione. L'intervento regolatorio dello Stato si realizza poi non solo nella fase di definizione delle regole/norme, ma anche in quella di *empowerment*, cioè di esecuzione e di sanzione. Secondo questa impostazione, tradizionale nel rapporto tra Stato e privato, l'esercizio del potere pubblico avviene con lo scopo del perseguimento del fine pubblico. Lo schema di regolazione di diritto pubblico tradizionale risulta quindi il seguente: la legge individua i fini pubblici da perseguire e indica l'attività pubblica e le modalità di esercizio dei poteri pubblici atti allo scopo. Secondo tale schema, l'attore principale è la pubblica amministrazione, che persegue le pubbliche funzioni indicate dalla legge, mentre i privati, che operano nel mercato, svolgono una funzione passiva di oggetto della regolazione.

La teoria neo-regolatoria del mercato del lavoro parte invece da una impostazione di matrice liberale di provenienza anglosassone, secondo la quale il mercato deve essere lasciato all'esercizio economico degli operatori economici privati. Tuttavia, dato questo presupposto generale di preferenza per l'autoregolazione dei mercati, i poteri pubblici intervengono con propri interventi regolativi nel caso in cui il mercato produca esternalità negative per la collettività. Anche in questo caso, però, l'intervento dello Stato non è immediatamente repressivo/interdittivo, ma piuttosto si realizza in primo luogo nella auto-responsabilizzazione dei privati rispetto alle conseguenze negative del proprio operato rispetto ai terzi ed alla collettività¹⁵, e solo in via residuale interviene direttamente con precetti e sanzioni. In tal senso, quindi, oltre ai tradizionali strumenti regolatori tipici della etero-regolazione diretta o indiretta da parte dello Stato, sono possibili anche interventi di auto-regolazione da parte degli stessi soggetti che operano nel

¹⁵ COLLINS, *Regulating Contracts*, op. cit., 46 ss.

mercato¹⁶. Lo Stato, a sua volta, può favorire questi strumenti di autoregolazione¹⁷ rafforzandone l'efficacia, come nel caso della certificazione dei contratti.

1.2. Il contesto organizzativo e produttivo di riferimento

Per l'impresa, il dover fare riferimento al mercato del lavoro può comportare il rischio di una sostanziale incertezza sui reali costi di produzione che sarà chiamata a sostenere. La via maestra è certamente quella dell'adozione di una organizzazione produttiva tradizionale, che implichi il ricorso a contratti di lavoro subordinato. Tuttavia, la terziarizzazione ha anche imposto modelli organizzativi e produttivi alternativi a quello tradizionalmente industriale, che non necessariamente implicano il ricorso al "porto sicuro", o almeno relativamente sicuro¹⁸, indicato dall'art.2094 c.c. Ci si riferisce, in particolare, ai modelli organizzativi che sempre più richiedono ed utilizzano le forme contrattuali della parasubordinazione, ed in particolare ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa (art. 409 c.p.c.) – anche nella modalità a progetto (artt.61 e ss. d.lgs.

¹⁶ Per un approccio generale alla *self-regulation*, si veda BALDWIN, *Self-Regulation*, in Baldwin – Cave (eds.), *Understanding Regulation*, cit.; OGU, *Rethinking Self-Regulation*, op. cit., 374-388; BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in MLR, n. 59/1996, 24.

¹⁷ Questi principi, che tendono a circoscrivere l'intervento regolatorio pubblico allo stretto necessario, secondo principi di proporzionalità e trasparenza dell'intervento, sono alla base della legislazione italiana in materia di qualità della regolazione, che introduce i procedimenti di drafting normativo dell'Analisi dell'impatto della regolazione (AIR) e della Valutazione dell'impatto della regolazione (VIR), e precisamente la legge n. 50 del 1999, la legge n. 246 del 2005, art. 14, e il DPCM n. 170 del 2008, di organizzazione delle funzioni dell'AIR. Sul punto si veda DE BENEDETTO, *L'organizzazione della funzione di regolazione*, in *Studi parlamentari di politica costituzionale*, 149/150, 2005, pagg. 75-96; PERNA, *Alla ricerca della "regulation" economicamente perfetta: dalla teoria all'analisi dell'impatto di regolazione*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1, 2003, 49 ss.; DELL'ACQUA, *L'analisi di impatto della regolazione fra politica e amministrazione*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, 207 ss..

¹⁸ Si pensi al riguardo al dibattito sulla flessibilità in uscita dal mercato del lavoro, ed in particolare alla polemica discussione sulla tutela reale garantita dall'art. 18 della l. n. 300 del 1970.

276/2003) – e alla associazione in partecipazione (artt.2549 e ss. c.c.).

Da un lato, il ricorso a queste forme di contrattazione individuale per la regolazione dei rapporti di lavoro all'interno delle imprese è manifestazione del principio della libertà d'impresa e d'iniziativa economica di cui all'art.41 Cost., quale espressione del fondamentale diritto dell'imprenditore di scegliere il modello organizzativo e produttivo mediante il quale fare impresa¹⁹, ma, dall'altro lato, il sistema giuslavoristico che regola il ricorso a tali forme contrattuali impone all'impresa l'assunzione di un rischio la cui portata reale non è facilmente predeterminabile dall'operatore economico.

Infatti, le parti del rapporto individuale di lavoro sono libere di scegliere lo strumento contrattuale, ma nel rispetto di vincoli normativi inderogabili. Questo tipo di inderogabilità del modello contrattuale costringe gli operatori economici e del diritto a continue astrazioni, cioè ad operazioni di verifica della propria situazione contrattuale ed organizzativa di riferimento rispetto ad un modello normativo inderogabile dalle parti²⁰, con forte aggravio in termini di costi e di insicurezza dei rapporti giuridici per le imprese.

Il rischio dell'errore nella qualificazione del contratto individuale rispetto al modello legale si sostanzia nel rischio di una lite giudiziaria con conseguente riquificazione del contratto da parte del giudice del lavoro.

¹⁹ Già da lungo tempo la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha interpretato il principio di libera iniziativa economica nel senso di ricomprendervi anche la libertà dell'imprenditore di organizzazione e gestione dell'impresa. Sul punto si richiama Corte Cost. 30 dicembre 1958, n. 78, dove si legge che per "iniziativa economica privata, devono comprendersi le attività di operatori non solo dirette a creare e costituire una azienda, ma anche inerenti alla vita e allo svolgimento di essa". Sulla questione dell'interpretazione della giurisprudenza della Corte Costituzionale sull'estensione della libertà di iniziativa economica alle scelte imprenditoriali connesse alla gestione dell'impresa, si rimanda a CAPUNZO, *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010, 21 ss., nota n. 2.

²⁰ Sulla inderogabilità della norma e sulla indisponibilità dei diritti dei lavoratori, si veda CHESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*; TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro (Modena, 18-19 aprile 2008), Milano, 2009.

Tale sistema, è evidente, porta a situazioni di incertezza dei rapporti giuridici che costituiscono un vero rischio di esternalità negativa (o meglio di costi occulti o *hidden costs*) per l'impresa²¹.

Il tutto è poi aggravato da una rilevante asimmetria informativa tra gli attori del mercato del lavoro²². Da un lato, infatti, in fase di contrattazione con il lavoratore, l'impresa ha un evidente vantaggio nel potere imporre modelli contrattuali oggettivamente per sé meno onerosi, sia sul piano economico sia su quello del rispetto degli standards di tutela normativa, in quanto il lavoratore può essere propenso ad accettare condizioni contrattuali anche palesemente inique, pur di ottenere il posto di lavoro a cui ambisce. Una volta costituito il rapporto di lavoro, il lavoratore si trova tuttavia in una posizione di vantaggio rispetto all'azienda, potendo richiedere al giudice la definitiva qualificazione del rapporto di lavoro, secondo uno schema contrattuale a sé più favorevole, normalmente nelle tradizionali forme del contratto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato.

Tali due fasi in realtà costituiscono una vera e propria trappola per le parti del contratto individuale di lavoro: prima per il lavoratore, poi per il datore di lavoro. In particolare, le esternalità negative rispetto al mercato del lavoro si manifestano sia in fase di ingresso (posto che spesso vengono offerti contratti di lavoro a condizioni decisamente inique), sia in fase di esecuzione o anche di avvenuta estinzione del rapporto di lavoro (in cui l'impresa rischia di vedersi accollare costi aggiuntivi non previsti, i c.d. *hidden costs*²³, indipendentemente dal fatto che abbia approfittato o meno, esercitando il c.d. *moral hazard*, della propria iniziale situazione di vantaggio). In definitiva, tale sistema finisce per penalizzare sia i lavoratori (che spesso

²¹ Per i profili di "incertezza" che caratterizzano il diritto del lavoro e che hanno "ispirato" il legislatore si veda TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in RIDL, 2007, n. 3, 307.

²² Sulla certificazione come strumento di superamento delle asimmetrie informative si vedano, *ex multis*, D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in LG, 2005, n. 4, 312, e RAUSEI, *La certificazione dei contratti presso le Dpl*, in DPL, 2005, n. 12, 649.

²³ TIRABOSCHI, *Nuove tutele del mercato sul lavoro: le procedure di certificazione*, in Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004, 239 ss.

trovano occupazioni sottopagate e rapporti di lavoro non genuini, perlopiù fatti rientrare nelle tipologie della parasubordinazione o dell'autonomia), sia, come anticipato, le imprese.

1.3. La certificazione quale strumento di regolazione dei rapporti tra soggetti individuali: nel contratto di lavoro e nei contratti di servizi tra imprese

Per affrontare efficacemente le situazioni di rilevante incertezza sui costi di transazione occulti (*hidden costs*) che il ricorso a strumenti organizzativi flessibili può comportare per l'impresa, l'ordinamento giuridico italiano ha prodotto, a presidio della certezza della corretta qualificazione ed utilizzo dei contratti di lavoro, un nuovo strumento di regolazione: la certificazione dei contratti. Il vantaggio di tale strumento è che esso può operare già in fase di progettazione delle soluzioni organizzative, o in fase di stipulazione del contratto, e non intervenire unicamente *ex post*, dopo l'estinzione del rapporto contrattuale²⁴. Inoltre, la certificazione finisce comunque per orientare significativamente l'eventuale sentenza del giudice, qualora - nonostante la avvenuta certificazione - sorga comunque una controversia.

In effetti, il ricorso a contratti di lavoro flessibili e a processi di disintegrazione verticale della produzione di beni e servizi necessiterebbe, per essere consapevolmente approcciato, di un adeguato livello di conoscenza, da parte dell'impresa, dei costi di transazione necessari per effettuare le proprie scelte organizzative e produttive, le quali, oltre a rivestire una notevole

²⁴ L'idea di far intervenire pubblica amministrazione e parti sociali nel controllo *ex ante* dei rapporti di lavoro privati era già stata sperimentata, prima del d.lgs. n. 276/2003, in altri casi (relativi al contratto di formazione e lavoro, al part-time, ai regolamenti adottati dalle cooperative ed alla libera professione nelle case di cura private). A questo proposito si veda GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 527. Riferiscono di ulteriori forme di "sperimentazione" della certificazione TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in *GLav*, 2003, n. 4, 123; RUSSO, *Certificazione dei lavori atipici: prime forme di sperimentazione?*, in *GLav*, 2002, n. 4, 78. Fondamentale appare poi il contributo alla riflessione apportato da ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 2004, n. 3, 359.

importanza sul piano della correttezza giuridica, hanno rilievo anche in termini di gestione del personale, e più in generale in termini di organizzazione aziendale.

L'auspicato livello di ragionevole certezza dei rapporti giuridici e contrattuali può essere raggiunto, secondo quanto ha ritenuto il legislatore del 2003, attraverso la certificazione dei contratti di lavoro, che è un vero e proprio strumento di regolazione del mercato del lavoro, perché verifica ed attesta la correttezza del contratto di lavoro con riferimento alla specifica organizzazione del lavoro dell'impresa singolarmente considerata. Lo stesso avviene per quanto riguarda la certificazione del contratto di appalto, che si pone come strumento di regolazione del mercato nell'ambito delle esternalizzazioni produttive, garantendo il rispetto dei diritti dei lavoratori che operano in esecuzione del medesimo.

Il vantaggio della certificazione come strumento di regolazione del mercato rispetto alle diverse istituzioni che possono agire come regolatori, in fase di *enforcement* delle regole pubbliche, vale a dire rispetto all'intervento pubblico operato dal giudice in sede di contenzioso, ovvero dall'ispettore del lavoro in sede di verifica ispettiva, riguarda il fatto che con la certificazione del contratto di lavoro o di appalto l'impresa può, già in un momento che precede l'esecuzione dei relativi contratti, e dunque in fase di pianificazione organizzativa, essere ragionevolmente certa dei costi di transazione relativi alle tipologie contrattuali flessibili utilizzate e all'esternalizzazione effettuata. Il correlativo vantaggio del lavoratore, che ad esempio certifica il proprio rapporto di lavoro flessibile, si sostanzia invece nella ragionevole sicurezza che la commissione incaricata della certificazione, che è un soggetto terzo ed imparziale rispetto alle parti del contratto, garantisca che in quest'ultimo siano inserite anche tutte le clausole previste dalla legge in favore del lavoratore²⁵. Si pensi al riguardo ai contratti di collaborazione

²⁵ Sul tema dell'informazione legale come strumento di regolazione, si veda ARUP - SUTHERLAND, *The Recovery of Wages: Legal Services and Access to Justice*, in *Monash Law Review*, n. 35/2009, 96-117. In questo saggio, gli autori analizzano l'importanza dell'informazione sui propri diritti (in particolare sui diritti retributivi, sia minimi legali sia contrattuali) per i lavoratori con rapporti di lavoro "non standard". Gli autori declinano l'informazione dei lavoratori in

coordinata e continuativa, laddove vengano esplicitate modalità organizzative compatibili col principio di autodeterminazione della prestazione lavorativa da parte del lavoratore, nel rispetto dell'autonomia dello stesso. Per quanto riguarda i rapporti commerciali tra imprese, poi, si pensi anche al contratto di appalto, nell'ambito del quale si dia conto nel dettaglio²⁶, con assoluta chiarezza e certezza, delle caratteristiche organizzative della regolazione dei rapporti tra committente ed appaltatore, tali da garantire la riconoscibilità dell'assunzione in concreto dell'organizzazione dei mezzi produttivi e del rischio d'impresa da parte di quest'ultimo²⁷.

Nell'ottica proposta, dunque, la certificazione dei contratti di lavoro si presenta tipicamente come strumento di diritto del lavoro inteso in un senso più ampio rispetto a quello tradizionale: si può sostenere che, attraverso questo istituto, il diritto del lavoro mostri la propria funzione di diritto della produzione²⁸.

A questo punto sembra potersi comprendere meglio il fatto che la certificazione dei contratti si presenta come uno strumento di regolazione indiretta (*indirect regulation*), vale a dire come strumento regolatorio alternativo al tradizionale potere

azioni di rilievo progressivo, definite di "legal consciousness", "legal information", "legal advice", "legal assistance/action".

²⁶ Uno degli effetti studiati in letteratura dell'introduzione di modelli regolatori di *enforced self-regulation* è l'aumento del livello di esplicitazione dell'autoregolazione (trasparenza) negli strumenti contrattuali tra le parti. E più in particolare l'aumento dell'introduzione di clausole contrattuali che definiscono l'assetto concreto e reale degli interessi in gioco tra le parti. Al contrario, un livello elevato di etero-regolazione (statale) può indurre le parti del contratto ad aumentare l'introduzione di clausole di stile, che meramente dichiarano la sola intenzione delle parti di adempiere alle regole etero-imposte. Su questo punto si veda AYRES – BRAITHWAITE, *Responsive regulation*, Oxford University Press, 1992, 115.

²⁷ Il riferimento è all'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003.

²⁸ Sul punto si veda MITCHELL - ARUP, *Labour Law and Labour Market Regulation*, op. cit., 3-20. Nella dottrina italiana, *ex multis*, BIAGI - RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale: appunti per una ricerca*, Collana Adapt, n. 1/2001, www.adapt.it/acm-online/home/documento1977.html. Per una trattazione lucida ed ampia dell'evoluzione del diritto del lavoro in Italia, nell'ottica di far coniugare i tradizionali obiettivi di giustizia sociale con le esigenze della produzione dell'impresa, si veda TIRABOSCHI, *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio: un processo di liberalizzazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 1/2006, 477-511.

normativo che lo Stato esercita attraverso la norma (prechetto-sanzione). Si ritiene infatti che la certificazione dei contratti sia uno strumento di regolazione indiretta in quanto non opera secondo lo schema prechetto-sanzione, ma piuttosto agisce come “incentivo”²⁹ a vantaggio delle parti del contratto, tanto che si tratti in concreto di un contratto individuale di lavoro ovvero di un contratto commerciale tra imprese, “in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro”³⁰. Infatti, essa produce effetti positivi per le parti del contratto, opponibili anche nei confronti dei terzi, secondo quanto espressamente previsto dalla legge³¹. In questo senso la certificazione dei contratti, realizzando in concreto l’obiettivo del legislatore di contribuire efficacemente alla correttezza e alla trasparenza dei rapporti contrattuali (ad esempio fornendo una adeguata “informazione legale” alle parti in merito alla natura e agli effetti del contratto che si intende stipulare, nonché garantendo la corretta qualificazione del contratto scelto dalle parti), realizza l’obiettivo di ridurre il contenzioso in materia di lavoro³², attraverso la regola della piena volontarietà delle parti di sottoporsi o meno alla procedura di certificazione, e dunque mediante un sistema che, proprio perché volontario, è estraneo al tradizionale modello di regolazione diretta dello Stato basato sullo schema prechetto-sanzione.

In particolare, la certificazione dei contratti integra un sistema di regolazione indiretta che tende a valorizzare l’autoregolazione dei privati contraenti. Rispetto a questo

²⁹ Si veda il precedente paragrafo 1.1, in particolare la nota n. 14, GAHAM-BROSNAN, *op. cit.*, 133, in cui l’autore analizza la tecnica di regolazione indiretta del mercato del lavoro, suggerendo il fatto che la regolazione può avvenire «attraverso meccanismi alternativi rispetto al tradizionale potere normativo», vale a dire rispetto al tradizionale meccanismo normativo diretto di prechetto-sanzione. Secondo l’autore, infatti «la regolazione non solo riguarda l’utilizzo di norme che stabiliscono ciò che è consentito o ciò che è vietato, oltre alle sanzioni che conseguono al mancato rispetto dei precetti, ma anche di meccanismi di incentivo (*positive incentives*) che avvantaggiano coloro che attuano il comportamento desiderato».

³⁰ Secondo la lettera dell’art.70 d.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dalla l. n. 183 del 2010.

³¹ Si veda l’art.79 d.lg. n. 276 del 2003, per la cui trattazione si veda *infra* par. 4.

³² L’obiettivo del legislatore è chiaramente esplicitato dall’art.70 d.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dalla l. n. 183 del 2010.

contesto regolatorio, il ruolo della legge non è quello tradizionale basato sul meccanismo precetto-sanzione, del divieto e della sanzione (*command and control*), ma piuttosto quello di facilitare il raggiungimento degli obiettivi di regolazione del mercato del lavoro che essa stessa dichiara³⁵, garantendo l'affidabilità (*accountability*) del sistema di autoregolazione tra privati.

2. La certificazione come strumento di regolazione (*enforced self regulation*) del mercato del lavoro

Una diversa forma di regolazione, rispetto al tradizionale intervento diretto dello Stato attraverso la legge, è dunque quella che viene autodeterminata dalle parti. A livello "micro", il primo ed il più importante esempio di autoregolazione è il contratto³⁴. Ogni contratto è infatti espressione della libertà delle parti di autoregolare i propri rapporti giuridici patrimoniali. Nel diritto civile italiano, è la stessa legge a definire questo principio, all'art.1322, comma 2, c.c., laddove si stabilisce che la libertà contrattuale vada oltre i contratti tipici, estendendosi alla libera determinazione delle parti anche nell'immaginare nuovi strumenti contrattuali non direttamente disciplinati dalla legge, pur nel rispetto del principio del perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Più specificamente, nel diritto del lavoro, strumenti di autoregolazione sono sia la contrattazione collettiva, sia il contratto individuale di lavoro.

Anche la certificazione dei contratti di lavoro e dei contratti di appalto rappresenta uno strumento di autoregolazione del contratto (individuale). Infatti, oggetto della certificazione è il

³⁵ Sul ruolo della legge nella regolazione, si veda HOWE, *Regulating for job creation*, The Federation Press, 2008, 49, dove si afferma che in un moderno sistema di regolazione del mercato del lavoro, a fianco della tradizionale funzione di regolazione diretta (precetto-sanzione), la legge assume un fondamentale ruolo di garanzia della *accountability* del sistema stesso di regolazione. Si tratta in particolare di facilitare la responsabilizzazione, ovvero la verifica della affidabilità (*accountability*) degli attori del mercato rispetto agli obiettivi che la legge (o meglio il sistema di regolazione) si pone.

³⁴ E' il fondamento del saggio di COLLINS, *Regulating contracts*, Oxford University Press, 1999.

contratto, che è espressione della autoregolamentazione delle parti.

Le parti del contratto individuale di lavoro perlopiù ricorrono alla certificazione tutte le volte in cui la corretta qualificazione del contratto, ovvero la legittimità di alcune clausole contrattuali, siano in qualche misura controverse o potenzialmente soggette a fraintendimenti. Sotto questo profilo, la certificazione del contratto può essere anche uno strumento di verifica della reale volontà delle parti nell'interpretazione del contratto.

L'operazione dei *certifier* di verifica della reale volontà delle parti e, tra l'altro, della corretta qualificazione del contratto, è certamente un'operazione di verifica della legalità del contratto nel suo complesso, ma è anche una verifica sulla correttezza delle singole clausole contrattuali, nonché un test di compatibilità del modello contrattuale prescelto rispetto all'organizzazione concreta dell'azienda. Questo avviene in modo particolare nel caso dei contratti rientranti nella parasubordinazione, come i contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nelle modalità a progetto/programma, e nel caso del contratto di appalto/subappalto. In questi casi, infatti, è necessario che la verifica venga fatta non solo e non tanto rispetto ad un modello teorico disciplinato dalla legge, quanto concretamente rispetto alla reale organizzazione aziendale in cui il contratto si inserisce. In particolare, nel caso della parasubordinazione, devono essere verificate le concrete modalità di esecuzione del rapporto del lavoro, che devono differire sostanzialmente dall'oggettivo inserimento del collaboratore nell'altrui organizzazione e sotto l'altrui potere direttivo, pur configurandosi nel necessario coordinamento rispetto all'organizzazione del committente. Allo stesso modo, anche nel caso della certificazione dell'appalto e del subappalto, i requisiti di legittimità dell'esternalizzazione devono essere verificati in concreto rispetto all'organizzazione della produzione del committente e dell'appaltatore, oltre che all'autonomia imprenditoriale di quest'ultimo.

Come anticipato, la certificazione è effettuata da un soggetto terzo rispetto alle parti del contratto (la commissione di certificazione), ed è per questo che l'istituto richiamato può essere considerato uno strumento di *enforced self-regulation*, ed in particolare:

1.- di self regulation, in quanto valorizza il contratto individuale come strumento di autoregolazione dei rapporti tra le

parti, asseconda la scelta datoriale di flessibilità, ma rispetta anche l'utilità del lavoratore di non essere sottoposto in concreto a modalità organizzative del rapporto di lavoro incompatibili con il modello contrattuale prescelto dalle parti³⁵;

2.- enforced, in quanto la volontà delle parti che stipulano il contratto è supportata da una assistenza tecnica necessaria per qualificare correttamente in concreto il contratto che le parti intendono stipulare. L'intervento di *enforcement* della certificazione valorizza nel contratto la concreta applicazione dei principi di legalità, di correttezza, di buona fede, che valgono a responsabilizzare entrambe le parti nella corretta esecuzione del contratto. Questa caratteristica della certificazione è garanzia di responsabilizzazione delle parti nella corretta esecuzione del contratto correttamente formulato³⁶.

³⁵ La struttura contrattuale (con particolare riferimento ai contratti di lavoro) e la tipologia dei soggetti (datore di lavoro/committente e lavoratore) evidenzia un modello di "self-regulation" che non si riferisce ai modelli tradizionali che riguardano soggetti tra loro omogenei (ad esempio la regolazione nell'ambito degli "ordini professionali"), ma piuttosto interessa soggetti strutturalmente portatori di interessi differenti, e spesso su posizioni di diversa forza contrattuale. D'altra parte, la letteratura sul punto ha già rilevato che l'ambito dell'autoregolazione è assai più ampio rispetto a quello della difesa di interessi comuni da parte di un gruppo strutturato di soggetti tra loro omogenei. Sul punto si veda OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Law Series, 1994, 107-110, il quale puntualizza anche il fatto che l'autoregolazione può essere il risultato di un processo di negoziazione tra soggetti beneficiari della stessa autoregolazione, quindi all'interno di uno strumento di natura contrattuale. Secondo l'Autore, un esempio di ciò sono i sistemi di autoregolazione aziendale in materia prevenzionistica in Gran Bretagna. Questi costituiscono per l'autore un esempio di autoregolazione negoziata, la cui adeguatezza dipende dal fatto che le parti, azienda e lavoratori (o loro rappresentanti), siano entrambe in possesso delle necessarie informazioni per poter procedere ad un accettabile risultato di autoregolazione. Sulla autoregolazione come modello negoziato tra parti portatrici di interessi differenti si veda anche OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, op.cit., 374-388. In questo saggio si presentano in maniera articolata differenti sistemi di autoregolazione, tra cui anche un modello di autoregolazione basato sulla negoziazione tra portatori di interessi differenti.

³⁶ L'autoregolazione può essere classificata come "enforced" quando è soggetta ad un rafforzamento e ad un controllo da parte di un soggetto esterno. Così BALDWIN - CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 1999, 39. La situazione di "enforcement" è tipica dello Stato regolatore, che può agire direttamente ovvero attraverso agenzie specializzate. Sul punto si veda AYRES - BRAITHWAITE, *op. cit.*, 1992, 110 ss., che analizza il modello di "enforced

Si osserva che, poiché il ricorso alla certificazione è pienamente volontario, la correttezza e la credibilità dell'attività di certificazione sono totalmente affidate alla credibilità delle commissioni di certificazione e dei loro membri. Infatti, gli effetti della certificazione non comportano l'insindacabilità del provvedimento da parte del giudice del lavoro, che anzi può annullarne gli effetti, se la certificazione non è conforme ai criteri di legalità di cui all'art.80 del d.lgs. n. 276 del 2003. Quindi, in termini di efficacia dell'istituto, tanto maggiori sono i casi di annullamento della certificazione in sede giudiziaria, quanto minore finisce per diventare l'effettività e la credibilità dell'istituto, e non solo della singola commissione. Al contrario, maggiore è la tenuta, anche in sede giudiziale, del contratto certificato, maggiore è anche l'effettività ed il prestigio dell'istituto.

Il patrimonio delle commissioni di certificazione è insomma il proprio *know how*, nonché l'equità, la serietà e l'approfondimento dei giudizi che esprimono.

Si rileva d'altra parte che la volontarietà del ricorso alla certificazione e la sindacabilità giudiziale dei giudizi della commissione configurano l'istituto come uno strumento di *soft-law*, estraneo al tradizionale strumentario di regolazione normativa del diritto del lavoro nel nostro Paese. A ciò si deve anche aggiungere un certo sfavore manifestato dai molti detrattori dell'istituto³⁷, e da quella parte del sindacato che vede la certificazione dei contratti come uno strumento che scalfisce la sacralità del principio dell'inderogabilità delle norme di diritto del lavoro, anche derivanti dalla contrattazione collettiva.

selfregulation", individuandone vantaggi e criticità. Sempre sul punto, più recente, si veda anche MORGAN - YEUNG, *An introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2009, 106-109.

³⁷ Cfr., tra tutti, SPEZIALE, *Certificazione*, in BELLOCCHI, LUNARDON, SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX, Artt. 61-86*, in CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, IV, 140, e anche *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in RGL, 2003, n. 2, 271.

3. La regolamentazione della certificazione

La certificazione dei contratti termina con la emissione di un provvedimento avente natura amministrativa, a seguito della attivazione di una procedura volontaria a cui le parti possono ricorrere. Lo scopo della certificazione è individuato dalla legge nella riduzione del contenzioso in materia di lavoro⁵⁸.

Gli organi che possono effettuare la certificazione sono individuati dalla legge (art.76 d.lgs. 276 del 2003)⁵⁹. In primo luogo sono istituite le commissioni di certificazione presso le Direzioni provinciali del lavoro, che sono attualmente operative. Anche presso le Province possono essere istituite commissioni di certificazione, così come presso il Ministero del lavoro, nell'ambito della Direzione Generale della tutela delle condizioni di lavoro. Quest'ultima commissione di certificazione viene istituita per i casi in cui il datore di lavoro abbia sedi di lavoro in più province. Possono poi essere istituite commissioni di certificazione presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro, presso gli enti bilaterali, presso le Università e le Fondazioni universitarie, qualora vi operino anche docenti di diritto del lavoro.

La competenza territoriale della commissione di certificazione corrisponde alla competenza territoriale dell'organo presso cui sono istituite le commissioni di certificazione. Quest'ultima coincide in molti i casi con il territorio provinciale (in verità, le uniche ad avere competenza nazionale, senza limitazioni di diverso tipo, quali quelle settoriali tipiche degli enti bilaterali, sono le commissioni universitarie). Il criterio di determinazione della circoscrizione provinciale di

⁵⁸ Prima della riformulazione dell'art. 75 d.lgs. n. 276 del 2003 ad opera della l. n. 183 del 2010, la legge prevedeva che lo scopo della certificazione consistesse nella più limitata finalità della riduzione del "contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro". Per un approfondimento sulle questioni teoriche e pratiche che riguardano la certificazione che tenga conto delle novità apportate dalla legge di riforma del 2010, si veda PASQUINI – TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (L. 183/2010). Manuale di teoria e pratica*, Il Sole 24 Ore, 2011.

⁵⁹ Sulle diverse commissioni di certificazione si richiama l'analisi effettuata da TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in Magnani – Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005, 669 ss.

riferimento per la relativa commissione di certificazione è determinato dalla sede di lavoro del lavoratore il cui contratto si richiede di certificare.

Ogni commissione di certificazione approva un regolamento interno che ne determina le modalità di funzionamento e di operatività. L'autonomia regolamentare non è però illimitata, ma piuttosto deve essere esercitata nel rispetto dei criteri previsti dalla legge come necessari, che sono costituiti da alcuni principi fondamentali stabiliti dall'art.78, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003⁴⁰. Il principale criterio legale è quello della volontarietà del ricorso alle procedure di certificazione, la cui istanza deve essere sottoscritta da entrambe le parti. Inoltre, è previsto l'obbligo di informazione agli Enti pubblici che sono interessati istituzionalmente alla procedura, per gli effetti che il provvedimento di certificazione produce. Questi sono in particolare gli Istituti previdenziali, principalmente Inps ed Inail, ma anche Enpals, ovvero altri Istituti competenti per la tipologia del contratto da certificare. Infine, è ravvisabile un interesse istituzionale in capo all'Agenzia delle entrate territorialmente competente. Tale livello di informazione capillare avviene per il tramite della Direzione provinciale del lavoro competente per territorio, che provvede ad informare le altre Istituzioni pubbliche interessate. Al riguardo si osserva che, attraverso l'informazione relativa all'inizio del procedimento, la legge intende consentire alle istituzioni pubbliche competenti un vero e proprio diritto d'intervento nell'ambito del procedimento di certificazione, che si può realizzare o con la partecipazione alle sessioni della commissione di certificazione, ovvero con la presentazione di memorie scritte che la commissione di certificazione ha l'obbligo di valutare nell'ambito dei propri lavori, senza però potersi evincere dalla legge, in capo alla commissione di certificazione, alcun obbligo di conformarsi al parere e alle valutazioni espresse dagli organi pubblici intervenuti. In ogni caso, si precisa che l'interesse dell'organo pubblico all'intervento non sussiste a priori, ma dipende dal

⁴⁰ Sul procedimento di certificazione in generale si vedano L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., 235; RAUSEI, *La certificazione del contratto di lavoro*, in *DPL*, 2003, n. 10, inserto, e TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in *GLav*, 2003, n. 4, 123.

tenore dell'istanza presentata dalle parti, ed in particolare dagli effetti in relazione ai quali viene richiesta la certificazione, siano essi effetti civili, amministrativi, fiscali o previdenziali, ovvero combinazioni di una o più tipologie di effetti legali.

Si ritiene che, in conformità ai principi generali di diritto amministrativo (art.2, l. n.241 del 1990), all'istanza delle parti debba conseguire necessariamente un provvedimento espresso da parte della Commissione di certificazione⁴¹. Inoltre, l'atto che conclude la procedura di certificazione, così come in generale tutti i provvedimenti amministrativi, deve essere motivato (art.78, comma 2, lettera c), d.lgs. n. 276 del 2003) e può essere almeno di due tipologie: di certificazione, ovvero di rigetto dell'istanza. Tutte le commissioni di certificazione istituite sul territorio nazionale hanno poi un obbligo di conservazione

⁴¹ Questo obbligo della commissione si ricava anche dalla dottrina sugli atti amministrativi, che configura la certificazione nell'ambito degli atti dichiarativi, ed in particolare degli atti di certazione. Secondo la migliore dottrina amministrativa, poi, gli atti di certazione si distinguono in propri ed impropri, a seconda che vi sia un obbligo di rispondere all'istanza da parte dell'organo competente. La sussistenza o meno di detto obbligo è quindi ritenuta dalla dottrina come riconducibile alla produzione di effetti legali dell'atto di certazione: se l'atto produce effetti legali, allora si tratta di una certazione propria, che comporta un obbligo di conclusione del procedimento con un provvedimento esplicito; in caso contrario tale obbligo non sarebbe configurabile. Pertanto, dato che la certificazione, come meglio si dirà nel paragrafo seguente, produce importanti effetti legali rispetto al contratto, si deve concludere che essa sia inquadrabile come atto di certazione propria, con obbligo di conclusione del procedimento con un provvedimento espresso da parte della commissione di certificazione adita dalle parti. In generale, sulla natura amministrativa dell'atto di certificazione si vedano BATTISTUTTA, *La certificazione del contratto di lavoro*, in *LG*, 2005, n. 1, 14; GARGIULO, *Nature ed effetti del negozio certificato*, cit., 321; MESSINEO, *La certificazione dei contratti di lavoro nel d.lgs. n. 276/2005 Aspetti procedurali e modalità applicative*, in *WP Adapt*, 2008, n. 5, in www.adapt.it; NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 203; RAUSEI, *La certificazione del contratto di lavoro*, in *DPL*, 2003, n. 10, inserto, e SPECIALE, *Certificazione*, cit., 140. Nega la natura amministrativa, attribuendo all'atto certificazione la natura di negozio giuridico di accertamento PALADINO, *Certificazione dei contratti di lavoro e teoria del negozio giuridico*, in *GLav*, 2005, n. 9, 24. Puntuale è la critica di SALERNO, *Certificazione dei contratti di lavoro e profili di diritto amministrativo*, in *GLav*, 2005, n. 9, 35, che ritiene quello di certificazione un vero e proprio procedimento amministrativo, sfociante in un atto di certazione. Sul punto si veda anche GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 277.

quinquennale degli atti, il cui *dies a quo* coincide con quello di scadenza del contratto certificato. L'obbligo di conservazione riguarda in realtà non soltanto il contratto certificato, ma l'intera documentazione istruttoria, comprese le dichiarazioni rese in sede istruttoria dalle parti del contratto. Questo obbligo, naturalmente, è preordinato a facilitare la decisione del giudice presso il quale, in una fase successiva, venga eventualmente presentato ricorso avverso l'atto di certificazione.

Infine, si osserva che finora non ha avuto seguito la previsione di cui all'art.78, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003, che prevede l'emanazione da parte del Ministro del lavoro di un decreto contenente un codice di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili, con riferimento specifico ai diritti e ai trattamenti economici e normativi dei lavoratori. Tale decreto, qualora venisse emanato, potrebbe avere certamente un rilievo decisivo, sia quale importante riferimento per creare uniformità nelle determinazioni e nella prassi operativa delle diverse commissioni di certificazione, ma ancor più per individuare una serie di clausole contrattuali utili per la contestuale tutela dei diritti dei lavoratori e degli interessi di certezza dei rapporti contrattuali dell'impresa⁴².

⁴² La funzionalità di codici di buone pratiche e di moduli e formulari può essere vista non solo nel contributo all'attività delle Commissioni, ma anche nell'introduzione di parametri oggettivi di riferimento che uniformino l'azione delle Commissioni di certificazione (ROTONDI, *Certificazione dei contratti di lavoro: profili applicativi*, in *DPL*, 2004, n. 4, 2564; SPEZIALE, *Certificazione*, cit., 140, TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in *GLav*, 2003, n. 4, 123) ed orientino le determinazioni delle parti contraenti. Molti Autori hanno sì sono interrogati sulla previsione riguardante i codici di buone pratiche. In particolare, si sono chiesti in essa se potesse essere ravvisata una traccia del concetto di derogabilità assistita, che pur sembrava "seppellito" dal legislatore delegato (MESSINEO, *La certificazione dei contratti di lavoro nel d.lgs. n. 276/2003 Aspetti procedurali e modalità applicative*, in *WP Adapt*, 2008, n. 5, in *www.adapt.it*), salvo poi giungere a diverse conclusioni. Prevale l'opinione secondo cui i codici di buone pratiche non vincolano l'attività certificatoria delle Commissioni né dispongono di alcuna funzione creativa, ma costituiscono una sorta di *vademecum* sulle previsioni della contrattazione collettiva, in grado di orientare le determinazioni delle parti in una logica di assistenza e consulenza (art. 81) alle stesse. Così ANGIOLINI - FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione, Commento critico al decreto legislativo n. 276 del 1.9.2003*, Roma, 2004; DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., 235, e MESSINEO, *La certificazione dei contratti di lavoro nel d.lgs. n. 276/2003*

4. Gli effetti della certificazione

L'art.79 del d.lgs. n. 276 del 2003 prevede che gli effetti della certificazione, o meglio gli effetti del contratto certificato, permangano tra le parti e nei confronti dei terzi fino al momento in cui sia pronunciata una sentenza di merito, anche di primo grado⁴³, che accolga un eventuale ricorso avverso l'atto di certificazione⁴⁴. Il giudice può però, ove ne ricorrano i presupposti, emanare un provvedimento cautelare che sospende temporaneamente l'efficacia della certificazione fino alla sentenza di merito. Certamente, quindi, si deve ritenere che avverso la certificazione sia proponibile un ricorso *ex art.700 c.p.c.*, che, se accolto, può legittimamente sospendere l'efficacia del provvedimento di certificazione anche prima della sentenza.

Un interessante effetto della certificazione, che rafforza lo strumento autoregolatorio contrattuale, è la previsione di una efficacia verso i terzi, ossia anche nei confronti di coloro che non hanno preso parte al procedimento di certificazione⁴⁵.

Aspetti procedurali e modalità applicative, in WP Adapt, 2008, n. 5, in www.adapt.it.

⁴³ Per approfondire quali provvedimenti possano ritenersi "sentenza di merito" di cui parla l'art.79 d.lgs. n. 276 del 2003, si vedano DE ANGELIS, *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, cit., 295; DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., 235; DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel D.lgs. n. 276/2003*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *DL*, 2004, 1067, e NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, n. 3, 110.

⁴⁴ Si veda SPEZIALE, *L'efficacia giuridica della certificazione*, in Carinci (a cura di), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004. Inoltre, GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità e ambiguità*, in *MGL*, 2004, n. 7, 485 ss.

⁴⁵ La dottrina precisa che non si tratta di efficacia verso i terzi nel senso di cui all'art.1372, comma 2, c.c., nel senso che la norma non conferisce al contratto certificato effetti diretti verso i terzi, ma piuttosto "rende imperativi verso i terzi quelli che restano pur sempre effetti riflessi del contratto certificato", GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, 22, scaricabile su www.csdn.it. La questione è molto rilevante ad esempio rispetto alla certificazione dei contratti di appalto, dove tra i terzi non si contano solo gli Enti pubblici interessati alla tutela dei rapporti di lavoro, ma anche i lavoratori dipendenti dell'appaltatore, nei confronti dei quali il contratto di appalto certificato non produce effetti diretti, ma indiretti e superabili attraverso il ricorso giudiziale ai sensi dell'art.29, comma 3-bis, d.lgs. n. 276 del 2003. Sostengono che il *proprium*

Il contratto di lavoro “semplice”, rispetto al contratto di lavoro certificato, si differenzia massimamente proprio per il fatto che solo il secondo produce effetti anche verso i terzi. In effetti, la certificazione conferisce al contratto una “stabilità relativa ai fatti certificati”, cosicchè, fino alla pronuncia del giudice in primo grado, «le parti e i terzi sono vincolati alle risultanze dell’atto di certificazione, ne subiscono gli effetti e non possono opporvisi»⁴⁶.

Nell’ambito di questa previsione si colloca il principio di resistenza della certificazione del contratto anche nei confronti dell’organo di vigilanza che intende verificare la corretta qualificazione del contratto certificato. A seguito della direttiva indirizzata al personale ispettivo del 18 settembre 2008, emanata dal Ministro del lavoro, si deve osservare che, sebbene la legge non precluda la possibilità di accertamento da parte dell’organo ispettivo nei riguardi del contratto certificato, al fine di razionalizzare l’utilizzo delle risorse pubbliche gli ispettori del lavoro sono invitati a programmare, qualora non sussista una specifica denuncia da parte del lavoratore interessato, attività di vigilanza nei riguardi dei rapporti di lavoro che si basano su contratti non certificati. Questo pare allo stato attuale l’effetto principale e l’interesse certamente maggiore da parte dei datori di lavoro nel ricorrere alla certificazione. Infatti, come noto, a fronte di un ordinario potere di accertamento della qualificazione

della certificazione vada ricercato negli effetti che essa produce nei confronti dei terzi M.T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, in *DPL*, 2009, n. 22, 1269; D’ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in *LG*, 2005, n. 4, 312; GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 277; RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, in *LG*, 2006, n. 1, 5; MESSINEO, *La certificazione dei contratti di lavoro nel d.lgs. n. 276/2005 Aspetti procedurali e modalità applicative*, WP Adapt, 2008, n. 5, www.adapt.it. Quanto agli effetti della certificazione nei confronti dei terzi si veda CORVINO, *Commissioni di certificazione: gli indirizzi operativi dell’Inps*, in *DRI*, 2005, n. 3, 847, che illustra la circolare Inps n. 71/2005, nonché le approfondite analisi di RAUSEI, *Certificazione dei contratti, indagine ispettiva e sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2006, n. 42, 2369 e TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., 307.

⁴⁶ PERINA, *La certificazione nell’impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in Enrico - Tiraboschi (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano, 2005, 12-13.

del contratto di lavoro e del contratto di appalto da parte degli ispettori, nel caso della certificazione, in ogni caso gli effetti perdurano anche nei confronti dei terzi, e dunque anche degli ispettori del lavoro, i quali, anche qualora intendessero superare lo schermo legale della certificazione, avrebbero comunque, indipendentemente dalla direttiva del Ministro, l'onere di promuovere un tentativo obbligatorio di conciliazione presso la stessa commissione che ha certificato il contratto, per poi poter procedere, in caso di mancata conciliazione, a proporre un ricorso giurisdizionale⁴⁷. In effetti, sul piano pratico, qualora l'ispettore del lavoro intendesse comunque compiere l'intera procedura, la Direzione provinciale del lavoro si troverebbe nell'obbligo di dovere richiedere il patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato, non essendo dotata di un ufficio legale abilitato per legge a presentare ricorsi giurisdizionali per suo conto. Certamente, in questo caso, più praticabile sarebbe la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell'avvocatura dell'Inps, o dell'Inail, competenti per il recupero di differenziali contributivi rispetto al contratto eventualmente certificato in violazione di legge. Tuttavia, l'emanazione della citata direttiva del 18 settembre 2008 da parte del Ministro del lavoro ha reso ancora più remota questa pur già improbabile ipotesi di ricorso. In effetti, si deve osservare però che, in mancanza di ricorso delle parti interessate, l'interesse pubblico all'annullamento della certificazione appare piuttosto debole, pur in presenza di un eventuale differenziale a favore degli Istituti previdenziali, questo anche per l'effetto del progressivo avvicinamento delle aliquote contributive applicabili ai lavoratori iscritti alla gestione separata dell'Inps, come nel caso certamente più ricorrente del ricorso alla certificazione dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nella modalità a progetto, e di associazione in partecipazione con apporto di lavoro, o apporto misto capitale e lavoro, da parte dell'associato.

⁴⁷ Sul punto, si veda DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. 276 del 2003*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in D&L, III, 2004, 1080.

5. La certificazione dei contratti commerciali in generale e dell'appalto in particolare

La l. n. 183 del 2010 ha considerevolmente ampliato l'ambito di operatività della certificazione che, secondo il nuovo testo, si può ottenere in tutte le ipotesi di «contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro». Questo significa che i contratti che possono essere certificati non sono solo i contratti di lavoro, come già avveniva fino ad ora, ma anche i contratti commerciali tra datori di lavoro, nei quali sia «dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro». Potranno quindi essere sottoposti a procedura di certificazione contratti diversi come il contratto di somministrazione di lavoro, il distacco di lavoratori ai sensi dell'art.30 del d.lgs. n. 276 del 2003, e probabilmente anche il contratto di nolo a caldo, il contratto di somministrazione ai sensi dell'art.1559 c.c., il contratto di trasporto, oltre naturalmente al contratto di appalto, (con una possibile "espansione" a tutti i contratti commerciali in cui sia dedotta, anche indirettamente una prestazione di lavoro)⁴⁸.

Il fine stesso della certificazione si è dunque assai ampliato rispetto al passato, in quanto, mentre nella precedente formulazione normativa, la certificazione dei contratti di lavoro era specificatamente finalizzata alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, attualmente la certificazione ha il più ampio scopo di ridurre il contenzioso in materia di lavoro⁴⁹.

Oltre a ciò, la legge prevede espressamente anche alcune ipotesi speciali di certificazione. Tra queste, la principale è la certificazione del contratto di appalto, ai sensi dell'art.84 del d.lgs. n. 276 del 2003⁵⁰.

⁴⁸ Per quanto riguarda la certificabilità dei contratti di lavoro esternalizzato si veda in particolare RAUSEI, *Certificazione dei contratti, indagine ispettiva e sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2006, n. 42, 2369.

⁴⁹ Sul tema della deflazione del contenzioso si veda PELLACANI, *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, in *GLav*, 2005, n. 9, 8.

⁵⁰ Sul tema della certificazione dei contratti di appalto si veda innanzitutto RAUSEI, *Certificazione dei contratti, indagine ispettiva e sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2006, n. 42, 2369. Si segnalano, inoltre, BIZZARRO, *Le politiche di contrasto al lavoro nero tra nuovo regime degli appalti e procedure di certificazione*, in *DRI*, 2007, n. 2, 517; CAUTERO – LIZZI - RUPIL, *Contratto di*

In effetti, lo scopo della certificazione del contratto di appalto risiede nella necessità da parte delle imprese di avere certezza in merito ai rapporti giuridici e commerciali che pongono in essere. La certificazione del contratto di appalto, infatti, è caratterizzata dalla finalità di accertare la «distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto». Tale differenza, infatti, è enunciata dall'art.29 del d.lgs. n. 276 del 2003, e risiede nella «organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore» e nell'assunzione da parte di quest'ultimo «del rischio d'impresa». Orbene, se in astratto la distinzione tra le fattispecie dell'appalto e della somministrazione può risultare di una certa semplicità, nondimeno in concreto assai spesso si configurano situazioni contrattuali di appalti di non intuitiva configurabilità, che necessitano di un approfondimento tecnicamente e professionalmente qualificato, come certamente è quello delle commissioni di certificazione.

L'erronea qualificazione del contratto di appalto, rispetto ai presupposti (richiamati dal suddetto art. 29) dell'organizzazione dei mezzi necessari e dell'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore, configura un'ipotesi assimilabile alla somministrazione di lavoro illecita, in quanto effettuata con un soggetto economico che nei fatti quasi certamente non risulta titolare di una autorizzazione alla somministrazione ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 276 del 2003. Questa ipotesi è sanzionata penalmente ai sensi dell'art.18, comma 5-bis, del d.lgs. n. 276 del 2003, in via ordinaria con «l'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione». Quindi, a fronte di un'ipotesi penale, risulta abbastanza evidente che la certificazione del contratto di appalto riveste una importanza davvero considerevole, di cui le imprese possono utilmente beneficiare nell'esercizio dei propri rapporti commerciali. Poiché l'ipotesi di reato prevista dalla legge nel caso in esame è quella

appalto, in *GLav*, 2005, n. 9, 83; SCARCELLI - RAPACCIUOLO, *La certificazione dei contratti tra nuove opportunità e criticità*, in www.dplmodena.it/Certificazione%20dei%20contratti%204-09.pdf; NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, n. 3, 110, e SPEZIALE, *Certificazione*, in BELLOCCHI - LUNARDON - SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX, Artt. 61-86*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, IV, 140.

della contravvenzione, la quale è configurabile, dal punto di vista dell'elemento soggettivo del reato, come colposa, anche qualora il contratto di appalto certificato dovesse essere sottoposto al vaglio del giudice penale, difficilmente a parere di chi scrive sarebbe configurabile una ipotesi di reato, per mancanza dell'elemento soggettivo della colpa. Infatti, come sarebbe possibile ascrivere un comportamento colposo, vale a dire negligente, imprudente o imperito alle parti, qualora esse si fossero rivolte per la corretta qualificazione del contratto ad una Commissione di certificazione istituita per legge⁵¹?

6. La certificazione come strumento di controllo dell'organizzazione aziendale: controllo esterno e controllo interno

Così come descritta, la certificazione dei contratti di lavoro può certamente essere considerata una modalità di controllo dell'iniziativa economica privata ai sensi dell'art.41, comma 3, Cost.. Come modello di *enforced self-regulation*, infatti, la funzione certificatoria rappresenta uno strumento di controllo volto a limitare in concreto l'abuso del diritto alla libera iniziativa economica da parte dell'impresa.

In quanto strumento volontario di controllo della regolarità della qualificazione e della gestione dei contratti individuali di lavoro, poi, la certificazione può essere considerata come una espressione del già richiamato principio di sussidiarietà orizzontale, introdotto dalla riforma del 2001 come principio di rilievo costituzionale all'art.118, comma 4, Cost.⁵².

In effetti, si tratta di uno strumento che, seppur ad adesione volontaria delle parti contrattuali, costituisce certamente un

⁵¹ Tutt'altro tema, sui cui però non ci si addenterà in questa sede sebbene risulti di grande interesse, sarebbe poi quello che porta a ragionare sulla responsabilità professionale delle commissioni di certificazione.

⁵² Sul principio di sussidiarietà orizzontale come espressione evolutiva della garanzia costituzionale di iniziativa economica privata, si veda COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2008, 266 ss.; Sul rilievo del principio di sussidiarietà orizzontale rispetto al principio di libertà dell'iniziativa economica, si veda anche NIRO, *Art. 41*, in BIFULCO – CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, Art. 41, 859, e nota n. 100.

controllo esterno sulle scelte organizzative e gestionali dell'impresa che coinvolgono, direttamente o indirettamente, i rapporti di lavoro che essa pone in essere con lavoratori e collaboratori. La volontarietà dello strumento, poi, risulta del tutto compatibile col principio di sussidiarietà orizzontale, in quanto la certificazione dei contratti, pur essendo uno strumento di autoregolazione e dunque di autocontrollo delle parti, risponde comunque ad un interesse generale⁵³, che è quello della riduzione del contenzioso in materia di lavoro⁵⁴. In questo senso, la certificazione è uno strumento di controllo del rispetto dei limiti posti dalla legge alla libertà dell'iniziativa economica dell'impresa, e come strumento di controllo esterno si configura quale espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, che sostanzialmente esprime con altro linguaggio, quello del diritto costituzionale, l'analogo concetto di *enforced self-regulation*, termine proprio della teoria della regolazione e del linguaggio dell'analisi economica del diritto⁵⁵.

Infatti, il modello di *enforced self-regulation* esprime, al pari del principio di sussidiarietà orizzontale, una chiara preferenza per il modello autoregolatorio, nel quale sono gli stessi soggetti nella cui sfera il sistema regolatorio va ad incidere ad esprimere le regole, sotto la supervisione della legge, la quale agisce da cornice procedurale⁵⁶ funzionale a garantire l'affidabilità del

⁵³ Sul punto si fa riferimento ai presupposti essenziali per configurare il principio di sussidiarietà orizzontale, individuati dal Consiglio di Stato nel parere n. 1440 del 2003, che sono il cd. "requisito relazionale" e la "generalità dell'interesse". Sul punto si veda RAZZANO, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, in *Sussidiarietà e Diritti*, Baldini (a cura di), Napoli, 2007, 181-205.

⁵⁴ Così stabilisce infatti l'articolo 75, del decreto legislativo n. 276 del 2003.

⁵⁵ Proprio questo concetto del "controllo/enforcement" è un esempio di contaminazione e comunicazione tra diversi sub-sistemi sociali, quello del diritto costituzionale e quello del mercato del lavoro, suggerito da LUHMANN, *Essays on self-reference*, op. cit., e ripreso da COLLINS, *Regulating contracts*, Oxford University Press, 1999, il quale ha definito queste contaminazioni "gateways" tra diversi sub-sistemi.

⁵⁶ La funzione della legge quale cornice procedurale rispetto allo strumento autoregolatorio tra privati è proposta da TEUBNER, *Juridification: concepts, aspects, limits, solutions*, in Baldwin-Scott-Hood (eds.) *A Reader on Regulation*, Oxford University Press, 1998, 421.

sistema stesso di regolazione⁵⁷. In questo senso, la certificazione dei contratti opera come strumento di autoregolazione, mediante la valorizzazione dello strumento contrattuale come modello di autoregolazione, che opera tuttavia in una cornice normativa ben definita dalla legge, la quale stabilisce le procedure ed i controlli funzionali a garantire l'affidabilità⁵⁸ sia del processo di autoregolazione, sia del relativo prodotto, vale a dire del contratto certificato.

D'altra parte, si può osservare che la certificazione può anche essere utilmente intesa dall'azienda come un modello di auto-controllo della propria organizzazione (controllo interno, o *audit* aziendale).

Infatti, se l'operazione di certificazione consiste nel processo valutativo di legittimità sostanziale fin qui descritto, ciò che davvero rileva, in concreto, è la valutazione del contratto rispetto all'organizzazione aziendale. Dalla necessità di effettuare tale valutazione in concreto discende l'accoglimento o il respingimento dell'istanza di certificazione da parte della commissione, che finisce per effettuare una valutazione non solo della legittimità del contratto rispetto alla legge, ma anche della relazione tra il contratto e la concreta organizzazione aziendale.

Alla luce di queste osservazioni, dunque, la certificazione dei contratti di lavoro e del contratto di appalto è certamente un istituto giuridico finalizzato alla prevenzione dei conflitti tra le parti contrattuali, ma ha anche l'utilità di contribuire a creare nell'azienda una ragionevole certezza sui costi da sostenere, ed infine è anche uno strumento organizzativo, in quanto, nell'esperienza concreta delle Commissioni di certificazione si evidenzia che se da un lato i contratti di lavoro da certificare sono influenzati dall'organizzazione aziendale dell'impresa, tuttavia avviene anche il contrario, perché anche l'organizzazione aziendale viene a sua volta influenzata, e subisce adattamenti anche significativi, dai contratti, o meglio dai rapporti di lavoro

⁵⁷ Sul punto si veda BALDWIN - CAVE, *op.cit.*, 39, laddove si definisce il termine *enforced* come la situazione in cui l'autoregolazione «è soggetta ad una forma di cornice normativa stabilita dallo Stato ovvero ad un sistema di controllo da parte di esso».

⁵⁸ Sulla verifica della affidabilità (*accountability*) come leva strategica dei sistemi di regolazione, si veda il capitolo Accountability, in BALDWIN - CAVE, *op. cit.*, 286-313, oltre a HOWE, *op. cit.*, 49.

che concretamente la caratterizzano. Infatti, può avvenire che le imprese organizzate secondo un modello direzionale tradizionale, fondate sul principio dell'esercizio del potere direttivo ed organizzativo da parte del vertice sulla base della piramide organizzativa, si trovino a mettere in forte discussione il proprio modello organizzativo nel momento in cui intendano attivare al proprio interno contratti di lavoro parasubordinato, come le collaborazioni coordinate e continuative a progetto, che presuppongono al contrario un raccordo tra impresa e lavoratore basato sulla coordinazione e non sull'esercizio del potere direttivo. Il coordinamento, infatti, presuppone che l'impresa sia in grado di funzionare attraverso uno strumento organizzativo certamente più *soft*, che lascia ampi spazi di libertà all'auto-organizzazione del lavoratore nelle modalità dell'esecuzione della prestazione lavorativa. L'organizzazione tradizionale che voglia utilizzare questo contratto deve allora essere necessariamente ritoccata e resa compatibile con le modalità esecutive tipiche di tale forma contrattuale.

In questo senso, dunque, la certificazione dei contratti di lavoro e degli appalti è anche uno strumento di organizzazione aziendale. Normalmente, infatti, si realizza il seguente schema funzionale:

1.- l'azienda sceglie strategicamente forme contrattuali che le garantiscano maggiore flessibilità nell'utilizzo della forza lavoro;

2.- l'azienda, però, non è sempre altrettanto pronta a variare la propria organizzazione aziendale, spesso basata sull'esercizio del potere direttivo attraverso la catena di comando tra la direzione e la base dell'organizzazione;

3.- l'azienda individua un lavoratore in grado di inserirsi in modo flessibile nella propria organizzazione aziendale, e che sia disposto a sottoscrivere un contratto diverso da quello tradizionale di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato;

4.- le parti richiedono la certificazione del contratto;

5.- la commissione di certificazione rileva che l'organizzazione deve operare alcune variazioni, al fine di potere utilizzare correttamente il contratto che si intende certificare.

Quest'ultima operazione avviene attraverso l'utilizzo, da parte della commissione, di alcune leve *soft* di persuasione all'impresa:

1.- definendo nel provvedimento di certificazione formule che accertano un'interpretazione autentica compatibile di clausole contrattuali altrimenti dubbie o scarsamente coerenti col modello contrattuale utilizzato;

2.- provocando la concreta specificazione delle modalità del coordinamento, lasciate altrimenti volutamente indeterminate nel contratto;

3.- convincendo ad escludere clausole contrattuali che prevedono modalità di coordinamento in realtà rientranti nel concetto di esercizio del potere direttivo e/o di controllo, ove non addirittura disciplinare;

4.- nel caso di contratti di appalto, esplicitando nel contratto gli elementi chiave che evidenziano, sia tra le parti stesse del contratto sia rispetto ai terzi (eventuali verifiche ispettive), la consistenza dell'autonomia organizzativa dell'appaltatore rispetto all'organizzazione del committente.

Questa concreta interazione tra valutazione del contratto da certificare e verifica della concreta organizzazione aziendale di inserimento del lavoratore giustifica l'asserzione che la certificazione dei contratti di lavoro e degli appalti sia un vero e proprio strumento organizzativo per l'impresa, in quanto finisce per presupporre e per favorire la coerenza tra obiettivi strategici aziendali di flessibilità e concreta organizzazione aziendale. Dunque, la certificazione è strumento di gestione al servizio dell'organizzazione aziendale, con la funzione di favorire l'ampliamento della flessibilità della gestione (del personale e degli appalti) attraverso un corretto utilizzo dei modelli contrattuali, ed allo stesso tempo di rendere coerente l'organizzazione aziendale rispetto alla flessibilità gestionale che l'azienda stessa strategicamente sceglie.

Da un punto di vista regolatorio, quindi, l'azienda è libera di effettuare scelte strategiche di flessibilità, tanto nell'ambito delle esternalizzazioni attraverso il ricorso all'appalto, quanto attraverso l'utilizzo di contratti di lavoro flessibili. Al fine però di rendere rispondenti (*responsive*) e coerenti questi indirizzi strategici, l'azienda deve, sul piano tattico ed operativo, utilizzare gli strumenti scelti in modo legittimo e secondo correttezza e buona fede.

Qualora poi le parti del contratto agissero, nella concreta esecuzione del contratto, in maniera difforme rispetto a quanto stabilito nel testo contrattuale che viene certificato, ciò sarebbe

non solo motivo di ricorso giudiziario avverso il contratto certificato, ai sensi dell'art.80 del d.lgs. n. 276 del 2003, ma potrebbe e dovrebbe costituire anche occasione di una attenta verifica organizzativa da parte dell'impresa, finalizzata ad individuare le ragioni della mancata attuazione delle scelte strategiche aziendali di flessibilità, dell'incoerenza tra le scelte del management strategico e l'esecuzione di queste da parte del management operativo e di verifica della reale capacità operativa dell'azienda a perseguire obiettivi di flessibilità attraverso strumenti gestionali e contrattuali adeguati. Con questa configurazione, la certificazione può costituire persino una vera e propria procedura aziendale, che il management operativo può utilizzare per fare business, al pari delle altre procedure interne all'azienda. In questo senso, il contratto certificato non è un vincolo, ma un valore per l'azienda, perché concorre a perseguire gli obiettivi che l'azienda si propone. D'altra parte, la certificazione può invece essere un vincolo, qualora l'impresa operi in malafede, e dichiarando di volere operare attraverso una organizzazione davvero flessibile, in realtà intenda mantenere inalterata la propria organizzazione rigida, anche se non compatibile con le esigenze regolatorie dei modelli legali dei contratti di lavoro flessibili, ovvero, in caso di esternalizzazione del processo produttivo mediante l'appalto, con la necessaria autonomia imprenditoriale ed organizzativa dei propri partners commerciali. Infatti, l'utilizzo di strumenti contrattuali flessibili comporta anche l'adozione di una organizzazione d'impresa altrettanto flessibile.

La certificazione dei contratti come strumento tattico di organizzazione aziendale è dunque anche uno strumento di *audit* aziendale, diretto a verificare in concreto la correttezza tattica ed operativa delle scelte strategiche aziendali, delle quali misura la reale capacità di tradurre in azioni concrete le idee e la *vision* dell'organizzazione e del business. Il contratto certificato da un organo terzo, la commissione di certificazione appunto, è infatti la conferma –si potrebbe dire il risultato di *audit*- che valorizza la corretta attuazione delle scelte strategiche in termini di rispetto della legge e di adeguatezza e coerenza dell'organizzazione aziendale rispetto agli obiettivi strategici di flessibilità. Al contrario, il diniego di certificazione può essere occasione proficua per l'azienda per operare una seria verifica organizzativa della concreta attuazione delle proprie scelte strategiche, che può

servire a due scopi: rivedere la scelta del contratto di lavoro o di appalto, inteso quest'ultimo come attuazione tattico-operativa degli obiettivi generali, ovvero rivedere la propria strategia di flessibilizzazione. In questo senso, il rispetto da parte dell'impresa del modello autoregolatorio espresso nel contratto certificato corrisponde al rispetto delle stesse scelte strategiche e di *governance* aziendale⁵⁹.

La corretta applicazione di questo strumento sta dunque da un lato nella credibilità ed affidabilità delle parti contrattuali, cioè nella reale volontà delle parti di eseguire compiutamente e secondo buona fede il contratto che si intende certificare, e dall'altro nella credibilità ed affidabilità dell'organo di certificazione, che deve essere non soltanto un competente conoscitore del diritto del lavoro, ma anche un buon analista dell'organizzazione nell'ambito della quale il rapporto di lavoro concretamente si inserisce.

Una interessante apertura normativa della certificazione dei contratti di lavoro e di appalto come strumento dell'organizzazione aziendale è peraltro prevista dall'art.27, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008, il cosiddetto testo unico per la sicurezza, laddove si prevede l'adozione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi ai fini prevenzionistici. La norma infatti dispone che alla base del futuro sistema di qualificazione siano anche gli "standard contrattuali e organizzativi" individuati dalle commissioni di certificazione dei contratti di lavoro e di appalto nell'esercizio delle loro funzioni. Qui, infatti, è la stessa legge che identifica nell'organizzazione del lavoro dell'impresa (per i rapporti di lavoro), o delle imprese (per gli appalti), un ambito di intervento naturale per le valutazioni della commissione di certificazione dei contratti di lavoro, concretizzando ancora una volta una forma *soft* di "controllo" sulla libertà d'impresa, che tende a valorizzare la responsabilità degli operatori economici in processi di auto-regolazione assistita, ovvero sia di *enforced self-regulation*.

⁵⁹ Questo specifico punto, riguardante la coerenza tra scelte strategiche aziendali espresse da strumenti di *enforced self-regulation*, è uno dei vantaggi di tale strumento regolatorio, ed è espressamente richiamato da AYRES – BRAITHWAITE, *op. cit.*, 1992, 115.

GIURISPRUDENZA

**POTERE DI AUTOTUTELA, STRUMENTI DERIVATI E
FINANZA PUBBLICA ALLA LUCE DELLA SENTENZA DEL
CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 7 SETTEMBRE 2011, N.
5032**

Giulia Ucciardello

*Dottoranda in Diritto ed Economia
Sezione Diritto della banca e dei mercati finanziari
nell'Università degli studi di Siena*

*Operazione di ristrutturazione del debito degli Enti Locali - Gara
ufficiosa - Contratti derivati - Provvedimento di affidamento -
Potere di autotutela - Annullamento d'ufficio - Caducazione
automatica del contratto*

*(Legge n. 241/1990, art.21-nonies; Legge n. 448/2001, art. 41;
Circolare Ministeriale del 27/05/2004, art.3)*

La Pubblica Amministrazione può procedere in via di autotutela all'annullamento degli atti di una procedura ad evidenza pubblica, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto (di lavori, di servizi o di fornitura).

L'annullamento a seguito di autotutela dell'aggiudicazione definitiva della gara pubblica comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato stante la preordinazione funzionale di tali atti.

La vicenda processuale

Nell'ambito del progetto di ristrutturazione del debito, la Provincia di Pisa con provvedimento dirigenziale, ha affidato all'ATI costituita dalle banche DEPFA BANK PLC e DEXIA CREDIOP S.P.A la ristrutturazione di parte del debito provinciale (di ammontare pari a euro 95.493.043,77). La ristrutturazione ex art. 41 l. n.448/2001, concessa a seguito di una gara ufficiosa, prevedeva la realizzazione di un' emissione obbligazionaria a tasso variabile Euribor maggiorato di uno spread, sottoscritta a fermo dalle due banche, (di un valore

nominale pari a euro 95.494.000,00) e destinata all'estinzione anticipata di mutui precedentemente contratti. Al fine di coprirsi dal rischio di oscillazioni del tasso di interesse, l'amministrazione provinciale ha perfezionato l'assegnazione del servizio di ristrutturazione mediante una ulteriore determinazione con la quale individuava per tale scopo strumenti derivati proposti dalle due banche.

Successivamente la stessa Provincia ha commissionato ad una società esterna esperta nel settore finanziario una analisi sulla propria posizioni in derivati. Da tale analisi sono emersi costi impliciti relativi agli strumenti derivati che la Provincia aveva stipulato con l'ATI (*interest rate swap* con l'acquisto di un *collar*).

Alla luce delle risultanze dello studio condotto dalla società esterna e delle valutazioni dell'interesse pubblico operate dalla provincia di Pisa, la stessa ha deciso di esercitare il potere di autotutela *ex art. 21-nonies* della l. n. 241/1990, annullando d'ufficio le delibere relative all'affidamento in oggetto. Detto provvedimento di affidamento è stato infatti ritenuto illegittimo in quanto adottato in violazione del principio di convenienza economica *ex art. 41* della l. n. 448/2001 (legge finanziaria 2002), e dell'art. 3 della Circolare Ministeriale del 27/05/2004, nella parte in cui ammette, nei contratti *collar*, la vendita del *floor* solo per l'acquisto del *cap*.

Contro i provvedimenti di annullamento le due banche hanno opposto ricorso presso il TAR della Regione Toscana chiedendone l'annullamento perché illegittimi e viziati di eccesso di potere. In particolare hanno lamentato la mancata comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, l'inapplicabilità ai contratti derivati dell' art.41 della l. n.448/2001 e dell'art. 3 del C.M. del 27/05/2004, l'insussistenza di un interesse pubblico all'annullamento degli atti e l'assenza della valutazione degli interessi dei destinatari dell'affidamento (difetto di motivazione) ed infine l' impossibilità del provvedimento di autotutela di estendere i propri effetti al contratto *medio tempore* stipulato. Il TAR con la sentenza della sez. I, 11 ottobre 2010, n.6579, ha rigettato la censura attinente la violazione delle garanzie partecipative e il difetto di motivazione ritenendo legittimo l'operato della Pubblica Amministrazione che aveva annullato in autotutela le delibere di affidamento dell'operazione di ristrutturazione del debito nella

parte relativa all' operazione in strumenti derivati. Il TAR ha però rilevato che i provvedimenti impugnati non comportavano l'automatica caducazione dei contratti stipulati essendo necessaria un'apposita pronuncia da parte del giudice competente a conoscere della esecuzione del contratto, individuato nel giudice ordinario. Detta sentenza veniva impugnata dalle Banche e dalla Provincia di Pisa.

Successivamente con la sentenza n. 154 del 27 gennaio 2011, sez. I, il TAR della Toscana chiamato dalla Provincia di Pisa a decidere sulla declaratoria di inefficacia del contratto in strumenti derivati ha richiamato la sopracitata sentenza dichiarando i ricorsi inammissibili essendo competente il giudice ordinario. La Provincia di Pisa ha presentato appello al Consiglio di Stato chiedendo la riforma della sentenza.

La sentenza del Consiglio di Stato

La sentenza in oggetto risulta di grande interesse sotto molteplici aspetti, avendo assunto il Consiglio di Stato una netta posizione su diverse questioni molto dibattute in dottrina ed in giurisprudenza. In questa sede dopo aver dato conto degli aspetti più innovativi, ci si soffermerà sul tema dell'esercizio del potere di autotutela legandolo alla questione dell'esposizione in derivati da parte degli enti pubblici. Appare infatti interessante dare una lettura della sentenza in quanto inserita in un contesto ben preciso. Il caso di specie infatti costituisce un approccio nuovo a questioni che sono state, nella maggior parte dei casi, affrontate mediante strumenti di tipo privatistico¹.

Il Consiglio di Stato respinge in primo luogo l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. La tesi delle banche appellanti è che i provvedimenti di annullamento sarebbero solo formalmente espressione di un potere amministrativo. Con essi infatti l'amministrazione provinciale avrebbe inteso risolvere unilateralmente i contratti derivati per vizi della volontà. La V Sezione riafferma la competenza del giudice amministrativo in quanto qualifica gli atti come espressione dell'esercizio di un potere amministrativo.

¹ Trib. Milano, sent. n. 5118/2011; Trib. Bologna sent. n. 5244/2009.

Dall'analisi della qualificazione giuridica degli atti impugnati emerge infatti l'esercizio di un potere amministrativo. I provvedimenti di annullamento infatti si sono basati sulla (ri)valutazione della convenienza economico finanziaria all'operazione di ristrutturazione del debito proposta dalle due banche sulla base di nuovi elementi sconosciuti per l'ente, e non per sua colpa, al momento dell'aggiudicazione della stessa. Tale valutazione non incide sulla causa del contratto quanto piuttosto sul presupposto logico-giuridico al provvedimento di affidamento. L'esistenza di costi impliciti piuttosto che incidere sulla formazione della volontà contrattuale incidono sul procedimento amministrativo facendo mancare un elemento essenziale all'aggiudicazione. Le decisioni della amministrazione provinciale si sono basate esclusivamente sulla documentazione tecnica presentata dalle partecipanti alla gara non essendo prevista attività di negoziazione circa il contenuto dei contratti.

Sulla scorta di tali considerazioni il Consiglio di Stato ritiene inapplicabile la clausola contrattuale dei contratti swap che, derogando alla giurisdizione italiana, li assoggetta alla legge inglese e alla giurisdizione del giudice inglese. Tale la deroga è ammessa nelle cause che hanno ad oggetto diritti disponibili², mentre non rientra nel novero dei diritti disponibili il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo e quindi sugli interessi pubblici alla cui cura è finalizzato il provvedimento di autotutela. Il caso di specie non riguarda questioni relative all'interpretazione ed all'esecuzione dei contratti (profili di diritto internazionale privato).

Circa gli effetti dell'atto di annullamento sull'efficacia del contratto il Consiglio di Stato disattende la pronuncia del tribunale amministrativo di primo grado e sostiene, citando la propria giurisprudenza, la «*caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale degli atti*»³. Quello che rileva è il collegamento sostanziale degli atti di aggiudicazione e il contratto. I giudici della V sezione riaffermano comunque la competenza del giudice amministrativo - *ratione materiae* - a

² In questo senso la Cass., Sez. Un. Civili, Ordinanza del 20 aprile 2010, n. 9308.

³ Cons. St. sez. V, 14 gennaio 2011, n.11 ; 20 ottobre 2010, n. 7578.

decidere sugli effetti dell'annullamento in autotutela della aggiudicazione sul contratto *ex artt.* 121 e 122 d.lgs. n. 104/10 ed anzi si chiedono se detto potere attribuito al giudice non rimanga in realtà assorbito dal potere amministrativo dell'amministrazione.

Il Consiglio si pronuncia quindi anche sulla legittimità dell'esercizio del potere di autotutela nel caso di specie. Chiarito che le garanzie partecipative risultano rispettate qualora agli interessati «*venga data aliunde informazione dell'avvio del procedimento, con conseguente possibilità di rappresentarvi le proprie valutazioni*»⁴, la sentenza si sofferma sulla sussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione dei provvedimenti di autotutela. In particolare sulla valutazione dell'attualità dell'interesse pubblico, sulla corretta valutazione dei contrapposti interessi in gioco, e sul principio di ragionevolezza del termine entro cui il potere di autotutela può essere esercitato.

Potere di autotutela ed interesse pubblico

Il potere di autotutela consiste nella possibilità per l'autorità amministrativa di ritornare su una sua precedente decisione e modificarla. L'esercizio di esso è disciplinato dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990⁵ introdotto dalla l. n.15 dell' 11 febbraio 2005. In particolare l'autotutela consiste in un riesame critico da parte della amministrazione pubblica della propria attività procedimentale e nella facoltà di correggerla mediante l'annullamento (o la revoca) degli atti ritenuti illegittimi. Prima di tale novazione il potere di autotutela era stato esplicitato dalla giurisprudenza che lo fondava nella interpretazione dell' art. 97

⁴ Peraltro in relazione alla questione la giurisprudenza del Cons. St. è consolidata (*ex multis* Cons.St., sez. VI, 9 marzo 2011, n.1476; Cons.St., sez. IV, 4 marzo 2009).

⁵ Art.21-*nonies* l. n.241/1990, comma 1, dispone che: "*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi degli destinatari e dei controinteressati , dall'organo che lo ha emanato o da altro organo previsto dalla legge*".

della Costituzione⁶ ai sensi del quale l'attività della pubblica amministrazione deve essere orientata ai principi dell'imparzialità e del buon andamento. L'art. 21-*nonies* ha recepito la giurisprudenza indicata ed ha meglio precisato gli elementi necessari alla valutazione circa l'esercizio del potere di autotutela. In tal senso l'azione amministrativa deve poter essere emendabile per rimediare agli errori eventualmente commessi dalla pubblica amministrazione e al tempo stesso questa deve garantire la stabilità degli effetti giuridici e la certezza del diritto al fine di tutelare il legittimo affidamento dei soggetti interessati. Pertanto è richiesto da un lato che la pubblica amministrazione svolga una approfondita valutazione degli interessi in gioco (l'interesse pubblico e quello dei privati interessati dal provvedimento) e dall'altro che detto processo valutativo emerga con chiarezza nella motivazione che sta alla base dell'esercizio del potere pubblico esercitato. In tal senso si può affermare che l'individuazione e la valutazione di tali interessi costituisce il momento più delicato e, nel rispetto del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, deve essere esternalizzato in modo chiaro nella motivazione.

Nel caso di specie la pubblica amministrazione ha operato un annullamento di ufficio di un provvedimento di affidamento a seguito di gara ufficiosa divenuto esecutivo, ravvisandone l'illegittimità e un interesse pubblico allo annullamento.

Per quanto attiene all'illegittimità del provvedimento è stata rilevata la violazione dell' art.41, comma 2, l. n. 448/2001 (legge finanziaria 2002) in cui trova fondamento l'operazione di ristrutturazione parziale del debito deliberata dalla Provincia di Pisa. Infatti la legge finanziaria 2002 e ss. modificazioni ha previsto che gli enti territoriali possano provvedere «*alla conversione dei mutui contratti successivamente al 31 dicembre 1996, anche mediante il collocamento di titoli obbligazionari di nuova emissione o rinegoziazioni, anche con altri istituti, dei mutui, in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentano una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico degli enti stessi, al netto delle commissioni e dell'eventuale retrocessione del gettito dell'imposta sostitutiva di*

⁶ Cons. St., sez.IV, 31 marzo 2005 n. 1442; Cons. St., sez.V, 23 settembre 2002 n.4810; Cons. St., sez. V, 22 aprile 1976 n. 651.

cui all'art. 2 del d. lgs. del 1 aprile 1996, n. 239, e successive modificazioni».

La presenza di costi impliciti non rilevati in sede di partecipazione alla gara hanno comportato l'impossibilità per l'ente locale di effettuare una corretta valutazione della convenienza economica che sta alla base dell'adesione all'offerta e soprattutto che « *legittimava l'operazione di ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 41 della legge del 28 dicembre 2001, n. 448 e che come tale non rientrava nella "causa" del contratto di swap, costituendone piuttosto il presupposto logico-giuridico*». In questo senso, secondo la V sezione, l'amministrazione provinciale ha legittimamente esercitato il potere di autotutela non rilevando che l'annullamento fosse intervenuto dopo che il contratto avesse avuto parziale esecuzione. La l. n. 241/90 art.1 prescrive che l'attività della pubblica amministrazione sia retta tra gli altri da criteri di economicità e persegua i fini determinati dalla legge. Nell'ambito dell'accesso degli enti pubblici al mercato dei capitali il legislatore ha ulteriormente imposto delle condizioni alle quali gli enti territoriali che desiderassero convertire i mutui contratti precedentemente al 31 dicembre 1996, avrebbero potuto operare tali riconversioni. In particolare, all'art. 41 della legge citata le condizioni di rifinanziamento del debito devono comportare « *una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico dell'ente stesso*». La presenza di costi impliciti nell'operazione di ristrutturazione del debito che non sono stati rilevati dalle controparti e che era di impossibile rilevazione per la pubblica amministrazione ha fatto cadere il presupposto logico alla operazione di affidamento visto che l'attività della pubblica amministrazione è retta dal principio della convenienza economica.

In questo contesto si evidenzia come l'attività della pubblica amministrazione sia indirizzata *tout court* a principi pubblicistici e di interesse generale pertanto nel ricorso agli istituti privatistici non può prescindere da questo elemento su cui invece deve fondare le proprie scelte economiche ⁷. In tal senso anche il d.lgs.n. 163/2006, Codice degli Appalti, art.2, comma 1, che dispone che «*L'affidamento[...], ai sensi del presente codice,*

⁷ In dottrina cfr. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. Amm.* 2003, 244.

deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate dal presente codice». Ed anche relativamente ai contratti esclusi dall'applicazione del codice ex artt. 16-27 del d.lgs. 163/2006, il legislatore precisa che « *L'affidamento dei contratti pubblici[...]avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità»* (art. 27, comma 1). In quest'ultimo contesto « [...]i canoni riportati appartengono, per espressa previsione normativa di grado anche costituzionale, all'azione amministrativa anche nel caso in cui la pubblica amministrazione eserciti l'attività nell'ambito del diritto privato⁸». L'interesse pubblico deve comunque essere valutato in senso comparativo rispetto agli interessi degli altri soggetti, destinatari del provvedimento amministrativo e contro interessati⁹.

Il Consiglio di Stato evidenzia come la valutazione dell'interesse pubblico, minacciato dalla illegittimità dei provvedimenti amministrativi, sia derivata la necessità del provvedimento in autotutela. Pertanto è da escludersi che l'amministrazione provinciale abbia agito *iure privatorum*, mascherando un recesso unilaterale. E' la realizzazione dell'interesse pubblico che guida l'azione dei pubblici poteri e gli atti in autotutela danno contenuto all'espressione interesse pubblico che perde quindi il carattere di genericità rispetto all'azione amministrativa e diventa «*concreto, specifico e attuale, da ricollegare direttamente al principio di buon andamento dell'azione amministrativa, sub specie della sua economicità»*.

Infatti l'esercizio del potere di autotutela trova la sua giustificazione oltre che nell'illegittimità del provvedimento amministrativo emesso anche nell'esistenza di un interesse pubblico al suo esercizio. Si tratta di « *un'attività discrezionale*

⁸ SANTIAPÉCHI, *I contratti esclusi (artt.16-27)*, in CLARICH (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 167 ss.

⁹ In questo senso anche una lettura estensiva del principio di indipendenza ex art.97 Cost. che esprime la «necessità di ponderare tutti gli interessi legittimamente tutelati», così in *Commentario alla Costituzione*, art.97,

che implica il libero apprezzamento dell'attualità e della consistenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto che non si manifesta con il mero ristabilimento dell'ordine giuridico violato». La valutazione delle ragioni di pubblico interesse costituisce un aspetto ancor più delicato nel caso in cui investe provvedimenti di affidamento a cui è stata data esecuzione. Ed ancora di più in questo caso riveste importanza la definizione di un termine ragionevole entro il quale è possibile esercitare il potere di autotutela nonostante il legittimo affidamento dei destinatari del provvedimento amministrativo e la cui statuizione è a presidio del principio della certezza del diritto. Con l'espressione termine ragionevole si vuole sottolineare la duttilità della stessa che deve essere sufficientemente elastica da poter valutare da caso a caso l'eterogeneità degli interessi coinvolti in modo da modulare e adattare l'esercizio del potere di autotutela alla varietà di situazione da esaminare¹⁰. In questo senso non si è voluto imbrigliare il potere della pubblica amministrazione entro termini definiti.

Ma a garanzia dei soggetti destinatari o comunque interessati dal provvedimento amministrativo è necessario che una valutazione del pubblico interesse preveda anche la considerazione degli effetti dell'esercizio di autotutela su queste categorie di soggetti¹¹. Al fine pertanto di tutelare la «buona fede in senso oggettivo» ed applicare il principio di proporzionalità¹².

La tesi dell'illegittimità dell'annullamento è stata supportata anche dall'argomentazione dell'inapplicabilità dell'art. 41, comma 2, l.n. 448/2001 ai contratti swap poiché questi non sono da ritenersi passività. La qualificazione del contratto swap come contratto di debito è una questione molto dibattuta sulla quale lo stesso Ministero dell'Economia e delle Finanze è intervenuto con una circolare esplicativa: la Circolare Ministeriale n. 63013 del 27 giugno 2007. Il Ministero ha voluto fare chiarezza sulla questione ribadendo che «nessun derivato è configurabile come passività» e che pertanto va identificato «come strumento di gestione del debito e non come indebitamento» non rientrando

¹⁰ In questo senso cfr. il TAR Lazio, Roma, sez. II-bis 20 giugno 2008, n.6978; TAR Lombardia, Milano, 31 gennaio 2007, n.115.

¹¹ In questo senso *ex multis* Cons. St., sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6465; Cons. St., 2006, n.2793; TAR Campania, 2006, n.251.

¹² *Contra*, annullamento in *re ipsa*, Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2007, n.1189.

nell'elenco delle operazioni definite indebitamento ex art.3, comma 17, legge finanziaria 2004 (l. n.350 del 24 dicembre 2003). Infatti si è ribadito più volte di per sé il derivato non rappresenta un finanziamento ma uno strumento finanziario a carattere per così dire "neutro" e del resto la stipula dei contratti da parte degli enti locali non dovrebbe tendenzialmente giammai comportare indebitamento ex se, quanto piuttosto una riduzione dello stesso. In questa sede però non appare fuori luogo citare la legge finanziaria del 2007, art.1, comma 736, che recita: « *le operazioni di gestione del debito tramite l'utilizzo di strumenti derivati [...] devono essere improntate alla riduzione del costo finale del debito ed alla riduzione dell'esposizione ai rischi di mercato. Gli enti possono concludere tali operazioni solo in corrispondenza di passività effettivamente dovute*». Da ciò emerge il collegamento funzionale tra l'indebitamento e la sottoscrizione di un contratto swap e come « l'andamento dei rischi connessi all'indebitamento dell'ente si riflette sulla causa genetica dei contratti swap». La Finanziaria del 2007 apertamente giustifica la sottoscrizione di strumenti derivati al solo fine di ridurre il costo finale del debito e l'esposizione ai rischi di mercato e solo in funzione di passività effettivamente dovute, si resta quindi nell'ambito sostanziale dell'indebitamento. In questo senso anche la Corte dei Conti « [...] il collegamento funzionale in quanto espressamente previsto dalla legge e connaturato con la natura degli enti pubblici entra nella causa giuridica del negozio, perché elemento oggettivo previsto dalla legge. Ne consegue che per detti enti la mancata funzionalizzazione del contratto all'andamento dei rischi connessi all'indebitamento dell'ente si riflette sulla causa genetica dei contratti di swap su tassi di interesse, facendola venire meno»¹⁵. Pertanto solo nella misura in cui incide sull'operazione di indebitamento andando ad incidere pertanto, come nel caso di specie sulla convenienza economica all'operazione di ristrutturazione del debito l'esistenza di costi riduce l'efficacia

¹⁵ Corte dei Conti Sezioni Riunite in sede di controllo *I controlli della Corte dei Conti sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata- Elementi per l'audizione presso la Commissione Finanze e Tesoro del senato nell'ambito dell'indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, 18 febbraio 2009.

dell'operazione complessiva e costituisce uno degli elementi su cui la amministrazione provinciale avrebbe dovuto valutare la convenienza economica dell'operazione «*Al di là della prospettiva meramente formalistica degli appellanti*».

A questo proposito appare però necessario precisare che largamente condivisa è la qualificazione (natura contabile) dell'*up front* «*(in teoria sostanzialmente corrispondente all'eventuale mark to market iniziale negativo, al fine di ricondurre l'operazione finanziaria nell'ambito di un corretto rapporto di sinallagmaticità¹⁴)*» riconoscendogli la natura di finanziamento. Il legislatore nazionale, nel recepire le indicazioni dell'Eurostat in materia di *up front*¹⁵ con la legge del 6 agosto 2008, n.133 ha modificato in tal senso l' art. 3, comma 17 della l. n. 350 del 24 dicembre 2003. Pertanto l'eventuale *up front* sarebbe stato un ulteriore elemento di valutazione economica dell'operazione complessiva .

Resta aperta la questione della contabilizzazione degli strumenti derivati per garantire una maggiore trasparenza nei bilanci degli enti pubblici, oggetto di studi e dibattiti da parte della Corte dei Conti.

Conclusioni

La sentenza incide sui rapporti tra gli enti locali ed il mondo finanziario. La questione dell'esposizione in derivati degli enti locali riveste grande attualità sul piano politico, sociale e tecnico (sia giuridico che economico). Il fenomeno ha assunto dimensioni tali da richiedere un'intensa attività di monitoraggio e di studio da parte delle istituzioni in collaborazione con la Consob e la Banca di Italia al fine di definire un nuovo impianto regolatorio finalizzato alla introduzione di regole più stringenti in termini di trasparenza, responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni, di valutazione del rischio, monitoraggio del fenomeno, oltre che una più rigorosa rilevazione contabile nei

¹⁴ Trib. Milano, sent. n. 5118/2011.

¹⁵ EUROSTAT, *Eurostat Guidance on accounting rules for EDP- Financial derivatives*, 13 marzo 2008.

bilanci degli enti locali circa loro esposizione in strumenti derivati.

Appare, quindi, interessante contestualizzare il caso di specie nell'ambito nazionale, ritenendo che tale sentenza possa assumere una valenza esemplare per tutti quegli enti locali che in ragione della eccessiva onerosità dell'indebitamento a causa della sottoscrizione di contratti derivati stanno cercando gli strumenti giuridici per attuare puntualmente l'interesse pubblico.

Attualmente il quadro normativo soffre di una fase di stallo. L'ultimo intervento risale alla legge finanziaria del 2009 (l. n. 203 del 22 dicembre 2008) con cui si è introdotto il divieto di sottoscrivere strumenti derivati in attesa dell'emanazione del Regolamento MEF, redatto in collaborazione con la Banca di Italia e la Consob, con cui si intende individuare le tipologie di strumenti finanziari derivati che gli enti territoriali possono stipulare ed indica le componenti derivate, esplicite ed implicite, che gli enti locali hanno facoltà di prevedere nei contratti di finanziamento e le informazioni che vi devono essere espresse in lingua italiana. Risale all'ottobre del 2009 la pubblicazione, a fini consultivi, dello schema di regolamento da parte del Ministero che però non è stato ad oggi ancora emanato.

Dalle consultazioni è emerso che alla complessità strutturale di questa tipologia di strumenti si affiancano aspetti relativi alla scarsa trasparenza nella proposta di offerta da parte degli intermediari finanziari. Scarsa trasparenza che in molti casi è aggravata da "barriere linguistiche" essendo stato rilevato che diversi enti locali hanno stipulato contratti derivati in lingua straniera, in particolare in lingua inglese. La Consob ha inoltre rilevato che i 2/3 dei contratti derivati in essere al marzo 2009 sono stati stipulati dagli enti locali con intermediari esteri o a seguito di contatti diretti da parte di banche o imprese di investimento comunitarie (di norma inglesi) operanti in libera prestazione di servizi¹⁶.

Risale invece al marzo 2010 la pubblicazione del documento conclusivo dell' *Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti derivati e della cartolarizzazione nelle pubbliche amministrazioni* da parte della 6° Commissione Permanente

¹⁶ Consob, audizione del Direttore Generale A. Rosati presso a 6^ Commissione Finanza e Tesoro del Senato, 18 marzo 2009.

Finanza e Tesoro. In esso viene commentato lo schema di regolamento e vengono avanzate ulteriori proposte ed osservazioni frutto anche dell'intensa attività di consultazione con esponenti delle autorità indipendenti, banche, guardia di finanza ed altri soggetti coinvolti.

In attesa della definizione di un nuovo assetto normativo che disciplini il fenomeno, andrà valutato nel corso del tempo l'esercizio che la pubblica amministrazione farà del potere di autotutela in detti casi.

NOVITÀ BIBLIOGRAFICHE

U. Tombari
Il diritto dei gruppi di imprese
Giuffrè, Milano, 2010

Dario Nardi

*Dottorando di ricerca in Law and Economics
nell'Università di Siena*

Il libro di TOMBARI offre un'illustrazione organica e completa della disciplina dei gruppi.

L'analisi muove dall'assunto che la riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), introducendo nell'ordinamento giuridico italiano una disciplina del fenomeno del gruppo, abbia realizzato un compromesso tra due distinte linee di politica legislativa :quella che si propone di garantire tutela ai creditori

e agli azionisti di minoranza della società eterodiretta e quella volta ad individuare, norme e principi che governano il gruppo in positivo cioè come forma di organizzazione dell'attività imprenditoriale.

Si evidenzia, dunque, la dicotomia tra i profili di tutela (*Schutzrecht*) e profili di organizzazione (*Organisationrecht*), nell'esame della disposizioni contenute nel Capo IX, Titolo V, Libro V, del Codice Civile rubricato "Direzione e coordinamento di società" (Cap. II). Tali norme costituiscono disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento, poiché la loro applicazione prescinde sia dagli strumenti e dalla forma attraverso i quali l'attività medesima viene esercitata, sia dal tipo societario prescelto.

E' in questa chiave di lettura che l'Autore analizza in primo luogo le norme dettate ex novo in materia di attività di direzione e coordinamento, e, perciò il sistema di pubblicità, l'obbligo di motivazione delle decisioni all'interno di una società diretta e coordinata, il diritto di recesso dei soci e la disciplina dei finanziamenti all'interno del gruppo. Fondamentale rilievo assume, però, l'interpretazione dell'art. 2497 c.c., in quanto tale disposizione non si limita a prevedere la responsabilità della società capogruppo, ma subordina la legittimità dell'esercizio del potere giuridico di direzione e coordinamento al rispetto dei principi di corretta gestione delle società dirette e coordinate.

Alla luce di tali principi vengono interpretate le ulteriori disposizioni normative in materia di gruppi presenti nella disciplina delle società. Diverso è l'iter logico argomentativo seguito dall'Autore in relazione alle società per azioni ed in relazione alle altre società lucrative, alle società cooperative e agli enti non profit.

Non vi è alcun dubbio sulla possibilità di una società per azioni di appartenere ad un gruppo, in quanto, come pacificamente ritenuto in dottrina, il legislatore ha previsto la disciplina generale trans tipica dei gruppi avendo come modello proprio la società per azioni. In tale contesto l'applicazione delle norme contenute nel Capo IX, Libro V, Titolo V, Codice Civile, pone però all'interprete un quadro problematico assai rilevante non solo sotto un profilo teorico, ma anche sotto un profilo pratico-applicativo (Cap. III).

L'ingresso di una società per azioni autonoma in un gruppo, pur potendo realizzarsi mediante il compimento di molteplici atti di gestione (si pensi ad esempio al conferimento dell'azienda) astrattamente riconducibili nelle competenze dell'organo di amministrazione, determina un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento societario ed una rilevante modifica del sistema di competenza della società medesima.

Gli amministratori della capogruppo, infatti, possono imporre legittimamente le linee strategiche generali ed ingerirsi nella gestione ordinaria della controllata, purché l'eventuale pregiudizio nascente dalla direttiva impartita risulti mancante alla luce dei risultati complessivi dell'attività di direzione e coordinamento.

Viene meno di conseguenza la piena autonomia gestionale della società diretta e coordinata, poiché gli amministratori di tale società sono privi del potere di "alta amministrazione" e possono essere privati anche di alcuni poteri di gestione ordinaria, pur mantenendo una funzione di filtro (sono tenuti ad eseguire solo le direttive che non contrastano con i principi di corretta gestione societaria).

Merito dell'Autore, quindi, è quello di giustificare ed argomentare in maniera coerente con rilievi sistematici le diverse possibili soluzioni di problemi pratico-applicativi.

L'Autore si interroga, in particolare, su quale possa essere l'organo competente a decidere il processo di trasformazione da società autonoma a società di gruppo, e se sia possibile esercitare

il diritto al disinvestimento per il socio dissenziente rispetto alla decisione in esame.

L'analisi non manca di evidenziare, infine, l'interessante dibattito dottrinale sviluppatosi in relazione all'applicabilità alla società per azioni eterodiretta della disciplina sugli interessi degli amministratori, di cui all'art. 2391 c.c. (è controverso in dottrina se l'amministratore di una società eterodiretta sia di per sé portatore di un interesse diverso, l'interesse del gruppo, o persegua l'interesse sociale reinterpretedo ed adeguato, però, alla luce dei principi sanciti dagli artt. 2497 ss., c.c.).

Per quel che concerne i tipi societari diversi e distinti dalla società per azioni, ai fini di una corretta ricostruzione, pur nelle linee essenziali, della normativa della "società di gruppo", è necessario preliminarmente comprendere – si sostiene - se il modello organizzativo prescelto sia idoneo e possa essere adottato dalle società dominanti o dipendenti.

Nessun dubbio per l'Autore sussiste in relazione alle società a responsabilità limitata: la flessibilità organizzativa di tale tipo societario consente l'attribuzione al socio di controllo del potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento, con correlativo obbligo statutario per l'organo amministrativo della s.r.l. dipendente di eseguire le direttive legittime (si pensi a titolo esemplificativo alla possibilità che lo statuto attribuisca al socio particolari diritti organizzativi ex art. 2648 c.c.).

Quanto alle società di persone l'introduzione dei nuovi artt. 2361 c.c., e 111 *duodecies* disp. att., c.c., ha risolto qualsivoglia dubbio sull'idoneità di questo tipo di società a fungere da schema organizzativo per una società appartenente al gruppo.

La riforma del diritto societario del 2003, infine, è intervenuta significativamente al fine di soddisfare l'esigenza propria anche delle realtà cooperative: poter usufruire di modelli organizzativi flessibili ed idonei a sviluppare forme di organizzazione del gruppo.

L'Autore evidenzia, le modalità attraverso le quali una società cooperativa può assumere a società dominante, analizzando sia la figura del gruppo paritetico di cui all'art. 2545 *septies* c.c., che consente la sovraordinazione di una cooperativa ad altre imprese, attraverso lo strumento contrattuale; sia il modello di gruppo cooperativo eterogeneo, in cui il potere di direzione e coordinamento è la naturale conseguenza non di un vincolo

contrattuale ma della partecipazione sociale di controllo detenuta dalla cooperativa.

La disciplina generale sull'attività di direzione e coordinamento è applicabile anche agli enti non profit che esercitano effettivamente tale tipo di attività. La validità di tale soluzione non può trovare ostacolo nella disciplina di associazioni o fondazioni, considerato che queste possono produrre o scambiare beni, purché gli utili vengano impiegati nel perseguimento dello scopo proprio della persona giuridica. In tale contesto, anzi, l'applicazione agli enti non profit capogruppo della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. dovrebbe contribuire ad allineare gli interessi dei gestori del gruppo, con gli interessi dei soggetti che partecipano alla società dipendenti, riducendo i c.d. costi di agenzia.

Al ruolo dell'autonomia privata nella disciplina dell'attività di coordinamento è dedicato l'ultimo capitolo del lavoro, in cui si evidenziano le diverse possibili forme di manifestazione dell'autonomia privata.

Oggetto di esame, in primo luogo, è la figura del contratto di coordinamento gerarchico, contratto plurilaterale con comunione di scopo, con la quale si attribuisce e si disciplina il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento in capo alla società capogruppo.

Si analizzano, quindi, i contratti di servizio infragruppo, (contratti-quadro in forza dei quali la capogruppo viene a svolgere direttamente attività relative a servizi amministrativi o gestionali, lasciando nella sfera di competenza di ciascuna società diretta e coordinata le attività relative alla gestione operativa), nonché il ruolo dell'autonomia statutaria.

Secondo l'Autore tali manifestazioni di autonomia privata, pur nel rispetto dei principi imperativi di disciplina, sono idonee sia a costituire che a disciplinare un gruppo di imprese. Se, infatti, la disciplina generale transtipica dei gruppi permette l'allocazione del potere di direzione e coordinamento in capo alla società dominante, non vi è ostacolo alcuno a che tale risultato si perfezioni secondo lo strumento negoziale.



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 5 - dicembre 2011

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805