

15 luglio 2010

L'innocenza della Costituzione e la sua difesa minime al margine al dibattito sulla proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione

di Ilenia Massa Pinto

1. Il duro scontro politico in atto nel nostro Paese registra un nuovo campo di battaglia: la proposta di modificare l'art. 41 della Costituzione in materia di libertà d'iniziativa economica privata ha fornito al Parlamento una nuova occasione per porre a confronto argomenti *pro* e *contra* la possibilità e/o la necessità di modificare la Costituzione del 1947[1].

Tanti sono gli argomenti sollevati dall'una e dall'altra parte: alcuni coinvolgono la Costituzione nel suo complesso, altri si riferiscono, in modo particolare, alle disposizioni relative alla c.d. costituzione economica. Uno, fra tutti, è l'argomento fondante le opposte posizioni, e riguarda la rilevanza stessa delle norme previste dalla Costituzione rispetto al tema all'ordine del giorno: la ritenuta ipertrofia legislativa che ostacolerebbe l'attività imprenditoriali.

Secondo i sostenitori della riforma dell'art. 41 «i problemi economici che oggi abbiamo di fronte (alta disoccupazione, scarsa competitività, apparati pubblici pleonastici ed inefficienti, iperegolazione delle attività economiche, burocratizzazione della vita sociale) si sono determinati con il concorso delle previsioni costituzionali che, in quanto detrattori della riforma, al contrario, l'art. 41 della Costituzione «non ha nulla a che vedere con eccessi di potere, in ipotesi, siano oggi rinvenibili nella legislazione (...). La Costituzione non c'entra»[3].

Le brevi riflessioni che seguono si pongono nella prospettiva di coloro che si trovano a difendere, anche in questa occasione, la Costituzione del 1947, nella consapevolezza che in questa occasione la posta in gioco è davvero alta: la volontà – non si sa, per ora, quanto davvero reale – di modificare una disposizione della Costituzione e della sua Prima Parte.

Tuttavia queste riflessioni si propongono di dimostrare che la difesa della Costituzione condotta attraverso l'affermazione della sua sostanziale irrilevanza rispetto al tema dell'eccesso di regolazione imprenditoriali – che però non può non coinvolgere poi numerose altre questioni economiche, come si evince dagli stessi argomenti sostenuti dai fautori della riforma – potrebbe correre il rischio di sottintendere una recisione della Costituzione stessa, e di risolversi, in ultima analisi, e a dispetto delle intenzioni di chi ha voluto il presente colpo inferto alla sua normatività. Si vuol dire che l'idea dell'innocenza della Costituzione e l'a

come capro espiatorio da parte di una classe politica incapace, e forse nemmeno desiderosa, di far fronte ai problemi reali del Paese, mentre, da un lato, risulta difficilmente contestabile, dall'altro, potrebbe prestare il fianco secondo la quale essa si risolverebbe nell'assecondare il ricorso all'interpretazione *a contrario* (cioè, in contrasto) con i principi costituzionali di principio, e di quelle previste dall'art. 41 in particolare, e, dunque, si ripete, potrebbe e dovrebbe di aprire le porte ad una concezione recessiva, minima, della Costituzione stessa[4].

2. La tesi centrale sostenuta da coloro che difendono l'art. 41 della Costituzione contro la proposta di riforma in discussione consiste nell'affermazione secondo la quale la «trovata» – come la definisce il prof. Onida nell'articolo 41 della Costituzione sarebbe un semplice diversivo, che avrebbe in realtà altri scopi, poiché se si volesse davvero smantellare ogni baluardo costituzionale a difesa dell'interesse collettivo»[5]. Il dibattito suscitato dall'iniziativa del governo non farebbe altro che confermare «il carattere strumentale dell'operazione che si sta conducendo intorno all'art. 41. Si addita questa norma come un ostacolo all'attuazione della maggioranza un alibi per la sua perdurante incapacità di dare regole ragionevoli e per giustificare scelte di politica economica private»[6].

Alla domanda se sia necessario modificare l'art. 41 della Costituzione «per eliminare eccessi di regole e norme che ostacolano l'esercizio di attività imprenditoriali», il prof. Onida risponde: «certamente no: la Costituzione è fondata sui principi generali, difficilmente contestabili».

Dei principi enunciati dall'art. 41 – che si riferiscono, è bene ricordarlo, ai limiti e ai criteri intorno ai quali lo svolgimento economico deve essere improntata dalla legislazione ordinaria: l'«utilità sociale», in contrasto con lo svolgimento dell'iniziativa economica privata, nonché il divieto per la stessa di «recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana»; i «fini sociali», ai quali l'attività economica pubblica e privata deve essere indirizzata – la tesi sostenuta dai difensori della Costituzione sembrerebbe sottintendere *solo* la loro capacità di essere rispettate. Il contrario: ecco perché, in definitiva, si tratterebbe di principi «difficilmente contestabili», perché non si può predicare il contrario, «o vogliamo affermare solennemente che l'iniziativa economica può svolgersi a dispetto di quanto recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana?»[7]. O «che le imprese d'ora in poi non possono essere dannose? Che gli industriali devono esser liberi di brevettare giocattoli pericolosi, auto inquinanti, e prodotti nocivi? Che possono trasformare le loro fabbriche in altrettanti lager?»[8].

Il ricorso all'interpretazione *a contrario* delle disposizioni costituzionali di principio previste dall'art. 41 della Costituzione per escluderne la rilevanza rispetto ai tentativi oggi in corso di agevolare l'esercizio di attività economiche, semplificandone e riducendone le regole, presuppone, in ultima analisi, una concezione recessiva della Costituzione stessa: infatti questa viene a essere concepita come limite esterno ed estremo alla discrezionalità politica, non come un insieme di principi che necessitano, da parte di quest'ultimo, in primo luogo, di una loro attuazione. Ne deriva che, poiché la portata normativa della disposizione è ridotta al minimo consentito dalla struttura linguistica dei suoi enunciati, un eventuale controllo di legittimità sulla normativa infracostituzionale può riguardare solo le disposizioni che richiederebbero lo stravolgimento linguistico della disposizione costituzionale stessa. In tal modo il principio costituzionale di principio assume il ruolo di vincolo positivo assolutamente obbligante rispetto al quale la disciplina ordinaria deve porre le sue regole di svolgimento, di attuazione. L'impiego dell'argomento *a contrario*, attraverso il quale, si ripete, si tenta di superare il principio costituzionale di principio conserva solo la capacità di vietare ciò che la contraddice al di là di ogni tentativo di giustificazione, presupponendo l'esistenza di una generale norma esclusiva, non ammette per definizione l'interpretazione che tenta, in qualche modo, di circoscrivere il novero dei significati normativi che conformi ai principi costituzionali. Il testo costituzionale si rivela, infine, muto, inutile – per questo «non può essere rispettato»[9] – rispetto a qualsiasi tentativo di sottoporre a giudizio di legittimità costituzionale un (quale che sia) bilanciamento tra principi costituzionali.

La concezione recessiva della Costituzione, che l'argomento *a contrario* presuppone, conduce inevitabilmente allo stravolgimento della natura medesima delle disposizioni costituzionali: infatti da principi che ne regolano lo svolgimento, di una attuazione, esse sono ridotte a mere regole che non possono essere violate. Riducendo i significati che si ricavano dalle disposizioni di principio, ne deriva che risultano perfettamente c

Costituzione discipline ordinarie testualmente tollerabili, non invalidabili alla luce del testo, ma che sostanzialmente orientate nella direzione opposta rispetto ai contenuti sostanziali dei principî costituzionali.

Ed è proprio a questo risultato, infatti, che aspirano i sostenitori della modifica dell'art. 41 della Costituzione. Osservano che il carattere di «indeterminatezza», che caratterizza alcune parti della Costituzione, ed in particolare la sua sezione economica, è stato alla base di due diversi modi di leggere la nostra Carta: «da un lato quelli dei modelli consolidati del Costituzionalismo liberal-democratico, nell'interpretazione delle norme costituzionali con l'accento sulla loro funzione di limite alla discrezionalità del legislatore ordinario. Dall'altro lato quello della funzione assiologica della Carta è indotto a configurarla come una sorta di programma costituzionale di cui deve conformare l'azione dei governi e la produzione legislativa del Parlamento». E, si aggiunge esplicitamente la concezione recessiva della Costituzione attraverso il ricorso all'argomento *a contrariis*: «prospettiva deve essere inquadrato tutto quel filone di riflessione culturale e scientifica e di polemiche che in questi anni ha in vario modo denunciato non, come sarebbe lecito attendersi, la violazione, ma l'inattuazione della Costituzione»[9].

3. E' possibile ipotizzare che il rischio di sottintendere una concezione recessiva della Costituzione, che possa essere indotto anche dalla proposta di interpretare la Costituzione recidendo il «legame genetico» del testo a ciò che intorno a quel testo è stato storicamente e culturalmente detto e praticato[10], ossia a ciò che è stato prodotto effettivamente di «una congerie di atteggiamenti pratici rispetto a criteri di condotta cui i giudici, i giuristi dogmatici [hanno potuto] dare forma di norme relativamente articolate»[11].

Si vuol dire che il processo di neutralizzazione della Costituzione, che deve essere realizzato con cautela, in cui il valore e la portata della Carta possano e debbano essere apprezzati al di fuori e indipendentemente dalle caratteristiche del nostro sistema politico e dei suoi cambiamenti, e dagli specifici indirizzi che esso esprime», e in nome della nascita di un «costituzionalismo "internazionale"» ad opera delle giurisdizioni sovra e internazionali[12], potrebbe recare con sé il rischio di addivenire ad una concezione recessiva.

Se infatti la normatività della Costituzione viene fondata a prescindere dai nessi che la legano alla concretezza sociale dalla cui interpretazione politica essa dovrebbe invece scaturire, il rischio è quello di addivenire a regole parziali, privatistiche, della costituzione stessa. Se i principî costituzionali non hanno forze (e, dunque, che li sorreggono, non possono vivere di vita propria: il loro destino li vedrà inevitabilmente mutare e trasformeranno in regole la cui funzione si ridurrà a impedire l'adozione di (altre) regole che contraddicono, anziché servire da premessa per fondare discorsi che, orientando programmi di politica economica, impongono alla attuale realtà economica, non si limitano a considerare incompatibili solo le norme che richiederebbero un radicale stravolgimento linguistico della disposizione costituzionale che li enuncia.

Anche la disciplina legislativa in materia di limiti all'esercizio di attività imprenditoriali deve dunque essere interpretata alla luce delle disposizioni costituzionali: magari per concludere che, nella maggior parte dei casi, si tratta di norme di politica legislativa, che non violano i contenuti dei principî costituzionali coinvolti; contenuti che si precisano, di volta in volta, circoscritti, elaborati retoricamente, attraverso un'attività ermeneutica che, tenendo conto dei significati storicamente e socialmente consolidati, sia in grado di dare risposte alle esigenze del presente.

Non è dunque neppure condivisibile – in quanto nemmeno problematizzata – la considerazione che ricorre, secondo la quale molte delle regole che si vogliono spazzare via «sono stabilite da norme dell'Unione europea, dunque, qualunque cosa dicesse la Costituzione italiana, resterebbero pienamente applicabili e vincolanti non fosse il legislatore europeo a modificarle»[13].

Il riferimento al diritto comunitario in questi termini serve proprio per confermare l'inutilità della Costituzione per questa parte[14].

4. «In ogni caso la Costituzione non c'entra». E invece c'entra, eccome. E continuerà a c'entrare solo se,

acetterà di risolvere gli attuali conflitti tenendo conto dei principî che la Costituzione prescrive alimentando continuamente intorno a essi il discorso pubblico dal quale la Costituzione è stata generata.

La difesa della Costituzione potrebbe allora essere condotta affermando che i principî dell'art. 41 – in cui sono contenuti sostanziali elaborati, per quanto oggi culturalmente recessivi – servono proprio per controllare la legittimità di future discipline di deregolamentazione in materia di attività economiche. Come riconosce Onida, «da discutere semmai sono solo i limiti sostanziali che si ritiene giusto o meno debbano presidiare le attività economiche (per esempio a tutela della sicurezza dei lavoratori, o per combattere l'evasione fiscale)», conclude – è un discorso di merito, che va fatto caso per caso». Non si vede come si potrà in futuro controllare la legittimità costituzionale di eventuali riforme in materia se non si riconosce oggi alcun contenuto sostanziale in questi principî se non la loro capacità di vietare il proprio contrario: siamo proprio sicuri, un esempio fra gli altri, che l'art. 41 non abbia nulla da dire a proposito della deregolazione in atto riguardante la riduzione del contratto individuale? [15]

Peraltro, a conferma che il ricorso all'argomento *a contrario* per interpretare l'art. 41 conduce alla sua limitazione, nel senso di cui si è detto, si sottolinea altresì nell'articolo del prof. Onida, ma anche altrove [16], che esistono casi di contenzioso costituzionale causato dall'art. 41: come dire che il diritto costituzionale risolve nelle decisioni della giurisdizione costituzionale. Ma che cosa rimane della cultura politica se non il consenso di elaborare la “costituzione economica” italiana?

Insomma: difenderemmo oggi la complessa e storicamente stratificata portata precettiva dell'art. 2 della Costituzione sostenendo che nessuno la contesterebbe perché nessuno sarebbe d'accordo nello scrivere che “la Costituzione riconosce e non garantisce i diritti inviolabili dell'uomo”?

[1] Quanto all'art. 41 della Costituzione in particolare, risultano peraltro già presentate alla camera dei deputati due proposte di legge costituzionale (n. 3039 del 14 dicembre 2009 e n. 3054 del 16 dicembre 2009) riguardanti «Modifiche all'art. 41 della Costituzione, concernente l'iniziativa economica privata» e «Modifiche agli articoli 41, 45, 47 e 53 della Costituzione, in materia di iniziativa economica privata e di prelievo fiscale». Il primo riferimento specifico all'art. 41, si propongono entrambe di sostituire il secondo comma col seguente: «L'iniziativa economica privata è libera; non si presume che l'esercizio dell'iniziativa economica privata sia contrario al bene comune; l'esercizio dell'iniziativa economica privata non comporta responsabilità personale né familiare, a meno che non sia esercitata nel campo di attività in cui la legge ha previsto la responsabilità»; di sostituire il terzo comma col seguente: «L'impresa è libera di essere gestita da un individuo o da un gruppo di individui, a condizione che l'impresa riconosca l'utilità economica e sociale e l'essenziale contributo al benessere generale»; di aggiungere al fine: «L'imprenditore che partecipa direttamente alla gestione dell'impresa è considerato, a tutti gli effetti, un lavoratore».

Lo schema del disegno di legge del governo che ha suscitato l'attuale acceso dibattito, come si legge nella stampa dello stesso consiglio dei ministri del 18 giugno 2010 (www.governo.it), «propone una rivisitazione liberista degli articoli 41 e 118, comma quarto, della Costituzione. Lo spirito che informa il disegno di legge è quello di una riforma della Costituzione che è improntato alla massima rimozione, ove possibile, di ostacoli che si frappongono all'iniziativa economica privata e alla realizzazione dell'impresa, esaltandone la responsabilità personale nonché il ruolo del governo nel concorso alla realizzazione dell'iniziativa economica».

[2] R. Perna, *L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica?*, presentazione del volume a cura di R. Perna, *La Costituzione economica, oggi*, in *Percorsi costituzionali. Quadrimestrale di diritto costituzionale della Fondazione Magna Carta* (n. 3/2009). Si può leggere la presentazione su www.astrid-online.it/La-Costitu/Studi--ric/L-Italia-h/Perna-R_Incontro_fondazione-Magna-Carta_15_01

Nel senso della rilevanza dell'art. 41 della Costituzione rispetto al tema dell'eccessiva regolazione in materia di iniziativa economica privata, cfr. altresì G. Quagliariello, *Rischi e opportunità di una riforma della Costituzione*

presentazione del volume a cura di A. Chiappetti – R. Perna, *La Costituzione economica, oggi*, cit. (relazione

www.astrid-online.it/La-Costitu/Studi--ric/L-Italia-h/Quagliariello-G_Incontro_fondazione-Magna-Cart
R. Cubeddu, *Luci, ombre (e tempi) del difficile processo di liberalizzazione*, in *L'occidentale*, 10
Panebianco, *Quella libertà che non piace*, in *Corriere della Sera*, 15 giugno 2010.

[3] V. Onida, *Meno lacci, che c'entra la Carta?*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 giugno 2010.

Nel senso della irrilevanza dell'art. 41 della Costituzione rispetto al tema dell'eccessiva regolazione iniziativa economica privata, cfr. M. Ainis, *L'impresa e l'alibi dell'art. 41*, in *La Stampa*, 8 giugno 2010 (che libertà di impresa e l'articolo 41 della Costituzione, in *Corriere della Sera*, 10 giugno 2010 (che riscrittura parziale dell'art. 41 della Costituzione per introdurre la tutela della libertà di concorrenza necessità di scioglimento dei monopoli in tutti i casi in cui questo è materialmente possibile, nonché per terzo comma il riferimento alla programmazione economica: su entrambe le questioni si veda la risposta di V. Onida, *Articolo 41: la Carta e lo «Stato sociale»*, in *Corriere della Sera*, 11 giugno 2010); E. Morando, *La Costituzione a frenare le liberalizzazioni. Intervista a Enrico Morando di Stefania Tamburello*, in *Corriere della Sera*, 13 giugno 2010; S. Ceccanti, *L'alibi dell'art. 41*, in *Europa*, 18 giugno 2010; I. Tinagli, *Costituzione scusa*, in *La Stampa*, 16 giugno 2010; M. Riva, *L'illusione come metodo*, in *La Repubblica*, 18 giugno 2010; *Siamo certi che al governo convenga davvero riformulare l'articolo 41?*, in *Corriere della Sera*, 18 giugno 2010; S. Rodotà, *Chi svuota la Costituzione?*, in *La Repubblica*, 19 giugno 2010; S. Rodotà, *Chi svuota la Costituzione?*, in *La Repubblica*, 21 giugno 2010.

[4] ...se ne sono accorti del resto gli stessi nemici della Costituzione del 1947 che, facendo mostra di averne paura, hanno sostenuto: «non si può far a meno di osservare che ritenere inutile porre mano alla Costituzione perché questa è da considerarsi ormai irrilevante rispetto ai processi economici in atto, quasi fosse un fatto irreversibile, sarebbe per la nostra Carta fondamentale il peggiore insulto» (R. Perna, *L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica?*, cit.).

[5] V. Onida, *Meno lacci, che c'entra la Carta?*, cit.

[6] S. Rodotà, *Chi svuota la Costituzione*, cit.

[7] V. Onida, *Meno lacci, che c'entra la Carta?*, cit.

[8] M. Ainis, *L'impresa e l'alibi dell'art. 41*, cit.

[9] R. Perna, *L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica?*, cit. (interrogativo ed esclamativo).

Analogha concezione è presupposta dalla proposta, non si sa quanto effettivamente provocatoria, del Mir di 1997 per risolvere i problemi del Paese scrivendo una norma a suo dire «rivoluzionaria», per la quale «tutto è vietato dalla legge penale o europea». Per due o tre anni» (*Una manovra per la stabilità. Fedele al governo* Intervista a Giulio Tremonti di Aldo Cazzullo, in *Corriere della Sera*, 31 maggio 2010). La proposta era dal Ministro nel 1997 ne *Lo Stato criminogeno: la fine dello Stato giacobino: un manifesto liberale*, La Repubblica, 1997.

[10] Come sembrerebbe potersi ricavare da V. Onida, *La Costituzione ieri e oggi*, Il Mulino, Bologna, 2009 (riferimento esplicito al «legame genetico»).

[11] Così N. MacCormick, *La morale istituzionale e la costituzione*, in N. MacCormick – O. Weinberger (a cura di), *Istituzione*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 234, secondo il quale sarebbe compito dei teorici del diritto e dei pratici tentare di «sporre quegli atteggiamenti pratici come un complesso pienamente articolato di

Si riferisce alla «consuetudine di riconoscimento» della costituzione, per fondarne la validità, M. Dogliani, *diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 324 ss.; Id., *Diritto costituzionale e scrittura*, in *La Rivista di Diritto Costituzionale*, 1997, n. 2, pp. 103 ss., secondo il quale la ricostruzione di MacCormick non si limita a fornire «una spiegazione della validità della costituzione, [ma] le affianca una fertile indicazione di metodo. La consuetudine di riconoscimento è una norma formale, in bianco (una sorta di norma fondamentale concepita come positiva – consuetudine ipotetica). Essa è invece – in quanto consuetudine/attività costante e ripetuta – l’insieme degli atteggiamenti che si rivolgono alla costituzione per trovarvi criteri di condotta, e che effettivamente li hanno trovati e li confermano – ed è – in quanto consuetudine/esito – l’insieme delle interpretazioni stabilizzate che investono tutta la costituzione scritta» (p. 107).

Per una recente ricostruzione del pensiero neoistituzionalista, v. F. Pallante, *Il neoistituzionalismo nella costituzione contemporanea*, Jovene, Napoli, 2008.

[12] V. Onida, *La Costituzione ieri e oggi*, cit., pp. 9 e 22.

[13] V. Onida, *Meno lacci, che c’entra la Carta?*, cit.

[14] Esplicito, in questo senso, A. Baldassarre, *Baldassarre: non serve modificare l’articolo 41. A cancellare ha già pensato la Ue*, in *Corriere della Sera*, 10 giugno 2010.

[15] Per questo sono condivisibili le osservazioni di G. Ferrara, *Libera impresa o stato criminale?*, in *Il Mulino*, 10 giugno 2010.

[16] Cfr., per esempio, M. Giannini, *L’art. 41 e la “fuffa”*, in *La Repubblica*, 14 giugno 2010.