

15 luglio 2010

L'innocenza della Costituzione e la sua difesa minima: in 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 sollevata dal governo di modificare l'art. 41 della Costituzione in materia di libertà d'iniziativa economica privata ha fornito al dibattito in corso 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, sembra però essere l'argomento fondante le opposte posizioni, e riguarda la rilevanza stessa delle norme previste nell'art. 41 della Costituzione rispetto al tema all'ordine del giorno: la ritenuta ipertrofia legislativa che ostacolerebbe l'esercizio di attività imprenditoriali.

Secondo i sostenitori della riforma dell'art. 41 «i problemi economici che oggi abbiamo di fronte (alto debito pubblico, scarsa competitività, apparati pubblici pletorici ed inefficienti, iperegolazione delle attività economico-produttive, burocratizzazione della vita sociale) si sono determinati con il concorso delle previsioni costituzionali»^[2]. Secondo i detrattori della riforma, al contrario, l'art. 41 della Costituzione «non ha nulla a che vedere con eccessi di regolazione che, 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, ancora una volta, la Costituzione del 1947, nella consapevolezza che in questa occasione la posta in gioco è davvero alta, trattandosi della volontà – non si sa, per ora, quanto davvero reale – di modificare una disposizione della Costituzione collocata nella sua Prima Parte.

Tuttavia queste riflessioni si propongono di dimostrare che la difesa della Costituzione condotta prevalentemente attraverso l'affermazione della sua sostanziale irrilevanza rispetto al tema dell'eccesso di regolazione delle attività imprenditoriali – che però non può non coinvolgere poi numerose altre questioni economiche, come si evince del resto dagli stessi argomenti sostenuti dai fautori della riforma – potrebbe correre il rischio di sottintendere una concezione recessiva della Costituzione stessa, e di risolversi, in ultima analisi, e a dispetto delle intenzioni di chi la sostiene, in un ulteriore colpo inferto alla sua normatività. Si vuol dire che l'idea dell'innocenza della Costituzione e l'accusa del suo uso come capro espiatorio da parte di una classe politica incapace, e forse nemmeno desiderosa, di far fronte alle esigenze reali del Paese, mentre, da un lato, risulta difficilmente contestabile, dall'altro, potrebbe prestare il fianco alla critica secondo la quale essa si risolverebbe nell'assecondare il ricorso all'interpretazione *a contrario* delle disposizioni costituzionali di principio, e di quelle previste dall'art. 41 in particolare, e, dunque, si ripete, potrebbe condurre al rischio 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 modifica in discussione consiste nell'affermazione secondo la quale la «trovata» – come la definisce il prof. Onida – sulla modifica dell'articolo 41 della Costituzione sarebbe un semplice diversivo, che avrebbe in realtà altri scopi, poiché sarebbe «grave se si volesse davvero smantellare ogni baluardo costituzionale a difesa dell'interesse collettivo»[5]. In altre parole, il dibattito suscitato dall'iniziativa del governo non farebbe altro che confermare «il carattere strumentale e ideologico dell'operazione che si sta conducendo intorno all'art. 41. Si addita questa norma come un ostacolo per fornire alla maggioranza un alibi per la sua perdurante incapacità di dare regole ragionevoli e per giustificare spallate pubbliche o private»[6].

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

Dei principi enunciati dall'art. 41 – che si riferiscono, è bene ricordarlo, ai limiti e ai criteri intorno ai quali l'attività economica deve essere improntata dalla legislazione ordinaria: l'«utilità sociale», in contrasto con la quale non può svolgersi l'iniziativa economica privata, nonché il divieto per la stessa di «recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»; i «fini sociali», ai quali l'attività economica pubblica e privata deve essere indirizzata e coordinata – la tesi sostenuta dai difensori della Costituzione sembrerebbe sottintendere *solo* la loro capacità di vietare il proprio contrario: ecco perché, in definitiva, si tratterebbe di principi «difficilmente contestabili», perché nessuno oserebbe predicarne il contrario, «o vogliamo affermare solennemente che l'iniziativa economica può svolgersi anche “in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana”?»[7]. O «che le imprese d'ora in poi saranno inutili o dannose? Che gli industriali devono esser liberi di brevettare giocattoli pericolosi, auto inquinanti, ecomostri, farmaci 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, al fine di escluderne la rilevanza rispetto ai tentativi oggi in corso di agevolare l'esercizio di attività imprenditoriali, 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 del legislatore, e non come un insieme di principi che necessitano, da parte di quest'ultimo, in primo luogo, di uno svolgimento, di una attuazione. Ne deriva che, poiché la portata normativa della disposizione è ridotta al minimo consentito dalla formulazione linguistica dei suoi enunciati, un eventuale controllo di legittimità sulla normativa infracostituzionale potrà essere limitato a considerare meramente incompatibili rispetto alla Costituzione solo le disposizioni che richiederebbero un radicale stravolgimento linguistico della disposizione costituzionale stessa. In tal modo il principio costituzionale perde il suo ruolo di vincolo positivo assolutamente obbligante rispetto al quale la disciplina ordinaria deve porsi come norma di svolgimento, di attuazione. L'impiego dell'argomento *a contrario*, attraverso il quale, si ripete, la disposizione costituzionale di principio conserva solo la capacità di vietare ciò che la contraddice al di là di ogni tentativo di evitare la contraddizione, presupponendo l'esistenza di una generale norma esclusiva, non ammette per definizione alcuna teoria sull'interpretazione che tenti, in qualche modo, di circoscrivere il novero dei significati normativi che possono ritenersi conformi ai principi costituzionali. Il testo costituzionale si rivela, infine, muto, inutile – per questo «incontestabile» – rispetto a qualsiasi tentativo di sottoporre a giudizio di legittimità costituzionale un (quale che sia) bilanciamento politico tra principi costituzionali.

La concezione recessiva della Costituzione, che l'argomento *a contrario* presuppone, conduce inevitabilmente a uno stravolgimento della natura medesima delle disposizioni costituzionali: infatti da principi che necessitano di uno svolgimento, di una attuazione, esse sono ridotte a mere regole che non possono essere violate. Ridotti in tal modo i significati che si ricavano dalle disposizioni di principio, ne deriva che risultano perfettamente compatibili con la Costituzione discipline ordinarie testualmente tollerabili, non invalidabili alla luce del testo, ma che possono essere sostanzialmente orientate nella direzione opposta rispetto ai contenuti sostanziali dei principi costituzionali medesimi.

Ed è proprio a questo risultato, infatti, che aspirano i sostenitori della modifica dell'art. 41 della Costituzione. Essi osservano che il carattere di «indeterminatezza», che caratterizza alcune parti della Costituzione, ed in particolare della sua sezione economica, è stato alla base di due diversi modi di leggere la nostra Carta: «da un lato quello di chi, ancorato ai modelli consolidati del Costituzionalismo liberal-democratico, nell'interpretazione delle norme costituzionali pone l'accento sulla loro funzione di limite alla discrezionalità del legislatore ordinario. Dall'altro quello di chi esaltando la funzione assiologica della Carta è indotto a configurarla come una sorta di programma costituzionale di

governo, il quale deve conformare l'azione dei governi e la produzione legislativa del Parlamento». E, si aggiunge, teorizzando esplicitamente la concezione recessiva della Costituzione attraverso il ricorso all'argomento *a contrario*, in quest'ultima «prospettiva deve essere inquadrato tutto quel filone di riflessione culturale e scientifica e di polemica politica 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 qui si paventa, possa essere indotto anche dalla proposta di interpretare la Costituzione recidendo il «legame genetico» che unisce il suo testo a ciò che intorno a quel testo è stato storicamente e culturalmente detto e praticato[10], ossia a ciò che costituisce il prodotto effettivo di «una congerie di atteggiamenti pratici rispetto a criteri di condotta cui i giudici, i legislatori e anche 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 «una visione più distaccata, in cui il valore e la portata della Carta possano e debbano essere apprezzati al di fuori e in un certo senso indipendentemente dalle caratteristiche del nostro sistema politico e dei suoi cambiamenti, e dagli specifici problemi e indirizzi che esso esprime», e in nome della nascita di un «costituzionalismo "internazionale"» ad opera prevalentemente delle giurisdizioni sovra e internazionali[12], potrebbe recare con sé il rischio di addivenire ad una sua concezione recessiva.

Se infatti la normatività della Costituzione viene fondata a prescindere dai nessi che la legano alla concretezza dei rapporti sociali dalla cui interpretazione politica essa dovrebbe invece scaturire, il rischio è quello di addivenire a concezioni parziali, privatistiche, della costituzione stessa. Se i principî costituzionali non hanno forze (e, dunque, culture) politiche che li sorreggono, non possono vivere di vita propria: il loro destino li vedrà inevitabilmente mutare natura, poiché si trasformeranno in regole la cui funzione si ridurrà a impedire l'adozione di (altre) regole che testualmente le contraddicono, anziché servire da premessa per fondare discorsi che, orientando programmi di politica del diritto che si impongono alla attuale realtà economica, non si limitano a considerare incompatibili solo le interpretazioni 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 considerata alla luce delle disposizioni costituzionali: magari per concludere che, nella maggior parte dei casi, si tratta di scelte di politica legislativa, che non violano i contenuti dei principî costituzionali coinvolti; contenuti che si pretende, però, che siano, 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 nel dibattito in corso, secondo la quale molte delle regole che si vogliono spazzare via «sono stabilite da norme dell'Unione Europa e dunque, qualunque cosa dicesse la Costituzione italiana, resterebbero pienamente applicabili e vincolanti fino a quando non fosse il legislatore europeo a modificarle»[13].

Il riferimento al diritto comunitario in questi termini serve proprio per confermare l'inutilità della Costituzione, almeno 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, e fin tanto che, si accetterà di risolvere gli attuali conflitti tenendo conto dei principî che la Costituzione prescrive: il che significa 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 quanto prescrittivi di contenuti sostanziali elaborati, per quanto oggi culturalmente recessivi – servono proprio per controllare, nel merito, la legittimità di future discipline di deregolamentazione in materia di attività economiche. Come riconosce lo stesso prof. Onida, «da discutere semmai sono solo i limiti sostanziali che si ritiene giusto o meno debbano presidiare certe iniziative economiche (per esempio a tutela della sicurezza dei lavoratori, o per combattere l'evasione fiscale). Ma questo – 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 prescrittivo a questi principî se non la loro capacità di vietare il proprio contrario: siamo proprio sicuri, un esempio fra tanti, che l'art. 41 non abbia nulla da dire a proposito

della deregolazione in atto riguardante la riduzione del contratto di lavoro a contratto individuale? [15]

Peraltro, a conferma che il ricorso all'argomento *a contrario* per interpretare l'art. 41 conduce alla sua neutralizzazione, nel senso di cui si è detto, si sottolinea altresì nell'articolo del prof. Onida, ma anche altrove[16], che alla Consulta non esistono casi di contenzioso costituzionale causato dall'art. 41: come dire che il diritto costituzionale si identifica e si risolve nelle decisioni della giurisdizione costituzionale. Ma che cosa rimane della cultura politico-economica che consentì 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 Repubblica non 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), rispettivamente 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», che, con riferimento specifico all'art. 41, si propongono entrambe di sostituire il secondo comma col seguente: «Essa si svolge a favore della dignità umana, della libertà e della sicurezza»; di sostituire il terzo comma col seguente: «Lo Stato ne riconosce l'utilità economica e sociale e l'essenziale contributo al benessere generale»; di aggiungere il seguente comma finale: «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 nel comunicato stampa dello stesso consiglio dei ministri del 18 giugno 2010 (www.governo.it), «propone una rivisitazione in senso liberista degli articoli 41 e 118, comma quarto, della Costituzione. Lo spirito che informa il disegno di legge di modifica della Costituzione è improntato alla massima rimozione, ove possibile, di ostacoli che si frappongono fra il libero imprenditore e la realizzazione dell'intrapresa, esaltandone la responsabilità personale nonché il ruolo dei livelli territoriali di 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 A. Chiappetti – R. Perna, *La Costituzione economica, oggi*, in *Percorsi costituzionali. Quadrimestrale di diritti e libertà della fondazione Magna Carta* (n. 3/2009). Si può leggere la relazione in www.astrid-online.it/La-Costitu/Studi--ric/L-Italia-h/Perna-R_Incontro_fondazione-Magna-Carta_15_06_10.pdf.

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 Economica*, presentazione del volume a cura di A. Chiappetti – R. Perna, *La Costituzione economica, oggi*, cit. (si può leggere la relazione in www.astrid-online.it/La-Costitu/Studi--ric/L-Italia-h/Quagliariello-G_Incontro_fondazione-Magna-Carta_15_06_10.pdf); R. Cubeddu, *Luci, ombre (e tempi) del difficile processo di liberalizzazione*, in *L'Occidentale*, 10 giugno 2010; A. 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 in materia di iniziativa economica privata, cfr. M. Ainis, *L'impresa e l'alibi dell'art. 41*, in *La Stampa*, 8 giugno 2010; P. Ichino, *La libertà di impresa e l'articolo 41 della Costituzione*, in *Corriere della Sera*, 10 giugno 2010 (che pure auspica una riscrittura parziale dell'art. 41 della Costituzione per introdurre la tutela della libertà di concorrenza nei mercati e la necessità di scioglimento dei monopoli in tutti i casi in cui questo è materialmente possibile, nonché per eliminare dal suo terzo comma il riferimento alla programmazione economica: su entrambe le questioni si veda la risposta critica di V. Onida, *Articolo 41: la Carta e lo «Stato sociale»*, in *Corriere della Sera*, 11 giugno 2010); E.

Morando, *Morando: ma non è 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 usata come scusa*, in *La Stampa*, 16 giugno 2010; M. Riva, *L'illusione come metodo*, in *La Repubblica*, 18 giugno 2010; M. Salvati, *Siamo certi che al governo convenga davvero riformulare l'articolo 41?*, in *Corriere della Sera*, 18 giugno 2010; A. Giovagnoli, *Articolo 41 e libertà d'impresa*, 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 avere a cuore le sue sorti, hanno sostenuto: «non si può far a meno di osservare che ritenere inutile porre mano alla Costituzione economica perché questa è da considerarsi ormai irrilevante rispetto ai processi economici in atto, quasi fosse un ferrovicchio ormai irrecuperabile, 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 nel testo).

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

[10] Come sembrerebbe potersi ricavare da V. Onida, *La Costituzione ieri e oggi*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 7 (qui il riferimento esplicito al «legame genetico»).

[11] Così N. MacCormick, *La morale istituzionale e la costituzione*, in N. MacCormick – O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 234, secondo il quale sarebbe compito dei teorici del diritto e dei pubblicisti in particolare tentare di «esporre quegli atteggiamenti pratici come un complesso pienamente articolato di principi».

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

Per una recente ricostruzione del pensiero neoistituzionalista, v. F. Pallante, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, 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 cancellarlo di fatto ci 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 Manifesto*, 6 giugno 2010.

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