

wvp

ISSN 2239-7345

2017-1/23-ECLI

Istituto Universitario di Studi Europei  
Working Papers Series

<http://workingpapers.iuse.it>

ECLI  
European and  
Comparative Law  
Issues

*Mario Comba, Riccardo de Caria*

---

*Appunti per il Corso di  
Diritto Comparato dell'Economia*





*ANNO ACCADEMICO 2016-17  
CORSO DI LAUREA DI II LIVELLO  
SCIENZE AMMINISTRATIVE E GIURIDICHE  
DELLE ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE E PRIVATE*

## **APPUNTI PER IL CORSO DI DIRITTO COMPARATO DELL'ECONOMIA**

*predisposte dal prof. Mario Comba e dal dott. Riccardo de Caria*

*Torino, marzo 2017*

### **Introduzione**

Il presente corso riguarda il diritto comparato dell'economia e dunque mette insieme due discipline giuridiche – il diritto comparato ed il diritto dell'economia – che richiedono una loro qualificazione separata prima di poter essere esposte congiuntamente nei paragrafi successivi. Dovremo quindi in primo luogo esaminare cosa si intenda per diritto comparato e poi cosa si intenda per diritto dell'economia, al fine di poter poi affrontare alcuni temi selezionati che rientrano nell'intersezione di questi due settori dell'analisi giuridica.

### **1. Il diritto comparato**

Nel corso di laurea specialistica in scienze amministrative e giuridiche per le organizzazioni pubbliche e private sono presenti insegnamenti di diritto e di economia quasi in pari misura e ciò costituisce una caratteristica importante rispetto agli altri corsi del Dipartimento di Giurisprudenza perché consente un approccio più aperto a settori scientifici non strettamente legati al diritto.

Il diritto contemporaneo nasce come fenomeno nazionale, ed è pertanto studiato come tale. Nei corsi di giurisprudenza si studia il diritto costituzionale, privato ecc., presupponendo che si tratti di diritti italiani. Anche il diritto internazionale è studiato in larga misura come un diritto positivo, esistente e codificato. In tutti questi casi lo studio del diritto è fondato su di uno o più testi scritti (costituzione, leggi, sentenze, trattati internazionali ecc.) che contengono regole, e tali testi sono prodotti da autorità, che hanno una connotazione nazionale o sovranazionale. Poi ovviamente tali testi possono essere criticati, se ne possono proporre emendamenti e modifiche, ma costituiscono pur sempre il punto di partenza dello studio.

Le materie economiche, invece, non hanno una limitazione nazionale: sono valide, in linea di massima, indipendentemente dallo Stato in cui vengono applicate in quanto non dipendono da un testo emanato da un'autorità, ma dall'osservazione e dall'analisi del comportamento umano. Le leggi economiche sono leggi descrittive, cioè leggi che cercano



di descrivere e prevedere il comportamento umano in economia, mentre le leggi giuridiche hanno un contenuto prescrittivo, cioè impongono ai cittadini la volontà di una autorità, variamente legittimata ad esercitarla.

Il diritto comparato offre per certi aspetti una soluzione intermedia e un approccio più aperto, in quanto consente di comprendere fin dall'inizio che il diritto nazionale non prevede che una delle tante possibili soluzioni giuridiche date a determinati problemi, e che altre soluzioni giuridiche a quei medesimi problemi sono adottate da altri ordinamenti.

In termini generali e per dare una prima definizione, si può infatti dire che il diritto comparato consiste nell'esaminare quali soluzioni giuridiche sono state date dai diversi ordinamenti giuridici ai **medesimi problemi**.

I problemi relativi alla definizione del diritto comparato si possono dunque enucleare nel seguente modo: come comparare (**metodo**), cosa comparare (**oggetto** della comparazione) e perché comparare (**finalità**).

Il **metodo** è importante per capire il senso di quello che facciamo: è ciò che qualifica come scientifico lo studio del diritto comparato. È diverso dal metodo dello studio dei diritti nazionali. In generale si distingue tra:

- metodo casistico e metodo problematico
- metodo funzionale e metodo fattuale
- metodo dei formanti

Bisogna approfondire, in particolare, la distinzione tra metodo casistico e metodo problematico. Occorre partire dal problema del linguaggio giuridico: gli oggetti della comparazione sono definiti in modo diverso nei diversi ordinamenti (ad es. *Proprietà / property*; *Presidente della Repubblica / Président de la République*). È una conseguenza della nazionalità dei diritti e delle lingue che li esprimono (ma esistono differenze anche tra diritto inglese ed americano, che pure usano essenzialmente la stessa lingua). Invece il linguaggio comune non pone questo problema, se non in termini più ridotti, perché quando si parla di un oggetto (penna, libro, computer) la sua definizione nelle diverse lingue rimanda comunque al medesimo oggetto.

Allora bisogna trovare il modo di utilizzare il linguaggio comune anche nel diritto comparato, per sapere che si sta parlando delle stesse cose. Per questo, si è inizialmente usato il metodo casistico o approccio fattuale (seminari di Cornell): si prende il medesimo fatto, descritto con linguaggio comune e non giuridico, e si esaminano le conseguenze giuridiche di tale fatto nei diversi ordinamenti. Es.: voglio comprare un libro per posta e spedisco la lettera con l'ordine (fatto); quando si considera concluso il contratto? Al momento della spedizione della lettera o del ricevimento? (conseguenza giuridica).

Per fare questo, lo strumento utilizzato è quello delle sentenze: le persone litigano e vanno davanti al giudice al quale descrivono il fatto. Nella sentenza, il giudice riporta il fatto e indica le conseguenze giuridiche. Il comparatista cerca le sentenze di giudici di



diversi ordinamenti giuridici che giudicano su fatti uguali. Il linguaggio con il quale sono descritti i fatti è comune e dunque è relativamente facile verificare l'identità dei fatti (acquisto del libro; spedizione per posta dell'ordine, ecc.)

Però questo metodo funziona bene quando ci sono liti tra privati, che sono molto numerose e sempre connesse a fatti, mentre è più difficile nel settore del diritto costituzionale, dove ci sono poche liti che vanno davanti ai giudici, in quanto i sistemi di risoluzione dei conflitti sono normalmente diversi dal ricorso al giudice, perché interni al political process.

Allora nel diritto pubblico comparato, ed ancor più nel diritto costituzionale comparato, si usa più tipicamente il metodo problematico. Anche qui c'è l'esigenza di una base di partenza comune, che non è però un fatto oggetto di una lite, ma un problema di diritto pubblico o costituzionale. Per esempio: come garantire l'esigenza che le leggi siano conformi alla Costituzione? I diversi ordinamenti giuridici hanno "inventato" diverse forme di giustizia costituzionale, mentre alcuni non hanno ritenuto di dover rispondere a tale esigenza in modo formalizzato. Altro esempio: come suddividere il potere legislativo tra il livello di governo centrale e quello locale? I diversi ordinamenti giuridici hanno "inventato" forme di federalismo e di decentramento assai diverse tra di loro.

Il livello di individuazione del problema può essere ampio (come sopra), oppure anche più specifico. Per esempio: come stabilire, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione italiana, il confine tra la potestà legislativa statale e quella regionale in materia di condono edilizio (oggetto di sentenza della Corte Cost).

Il metodo problematico non si basa solo sulle sentenze: le Corti costituzionali, ove esistenti, emanano un numero di sentenze estremamente inferiore rispetto ai Tribunali ordinari. Oltre alla giurisprudenza, si fa ricorso alla dottrina, al sistema partitico e anche (soprattutto) alla prassi, o consuetudine costituzionale, cioè all'osservazione di ciò che effettivamente accade (costituzione materiale; formula politica istituzionalizzata). Quindi il diritto pubblico comparato usa anche altre scienze come la scienza politica, la storia (per comparazioni diacroniche), che lo fecondano, ma non lo sostituiscono.

P. es.: in Italia, il processo di formazione del Governo (art. 92 Cost.) è mutato dopo la riforma della legge elettorale del 1993, ma senza che sia mutato l'art. 92 Cost. o la sua interpretazione costituzionale (non ci sono sentenze della Corte costituzionale al riguardo). Ciò che è accaduto è che la diversa situazione partitica, a seguito della modifica delle leggi elettorali, ha creato un meccanismo simile a quello che si verifica in ordinamenti giuridici con simile situazione partitica, anche se con diverso testo costituzionale.

Il metodo problematico richiede conoscenze non solo giuridiche, ma anche politologiche, il che lo rende più interessante ma anche più difficile da maneggiare.

Diventa allora molto importante individuare il problema da comparare, cioè l'**oggetto** della comparazione.

Su questo punto si rinvia ai paragrafi successivi che definiscono il diritto dell'economia, perché i problemi che saranno analizzati con metodo comparatistico in questo corso sono, appunto, quelli del diritto dell'economia.

In questa sede è però importante affrontare brevemente la distinzione diritto pubblico / privato.



È una distinzione importante per il diritto comparato dell'economia, perché anche qui dovremmo distinguere tra diritto pubblico comparato dell'economia e diritto privato comparato dell'economia. Il nostro corso si occuperà principalmente del diritto pubblico comparato dell'economia. Ma questo è un problema che – appunto – dovrà essere affrontato nel paragrafo successivo, ove si discuterà del diritto dell'economia e delle sue partizioni.

La distinzione tra diritto pubblico e privato risponde al seguente problema: se i rapporti tra i privati e la pubblica amministrazione siano soggetti a regole diverse rispetto a quelli tra privati, oppure se vi sia un diritto unico. Fino a poco tempo fa, si riteneva che nei Paesi di *common law*, e principalmente nel Regno Unito, non vi fosse questa distinzione perché la pubblica amministrazione era soggetta alle medesime regole dei privati: non vi erano tribunali speciali (come i nostri TAR e Consiglio di Stato) e tutte le liti – quelle fra privati così come quelle fra un privato e la Pubblica Amministrazione – erano decise dal medesimo giudice.

Più recentemente, e soprattutto per effetto del diritto europeo, anche nel Regno Unito si è riconosciuta l'esistenza di regole speciali per i rapporti tra privati e pubblica amministrazione.

In ogni caso il tema del *public / private divide* è certamente uno dei più discussi nel momento attuale nell'ambito della comparazione, soprattutto nell'area europea.

Vediamo ora le **finalità** del diritto comparato.

La prima finalità della comparazione è la conoscenza, ma non nel senso di sapere come funzionano i diritti stranieri. Non bisogna confondere il diritto comparato con lo studio dei diritti stranieri, che è solo il presupposto del diritto comparato.

Il diritto comparato è molto di più: è sapere quali sono – se ci sono – principi e valori di fondo, o regole concretamente applicate, comuni a due o più ordinamenti.

Lo scopo è capire ciò che accade, non accontentarsi di “ciò che dicono i giornali” (si pensi ad esempio al dibattito sul federalismo, oppure alle varie ipotesi sul cambiamento del procedimento di nomina del governo). Il risultato atteso è il soddisfacimento dell'interesse personale e lo stimolo ad ulteriori approfondimenti (fecondità).

Poi ci sono le cd. “funzioni sussidiarie” del diritto comparato.

Elaborazione legislativa e costituzionale: fornire argomenti di riflessione per tutte le riforme, ma in particolare quelle costituzionali. Il recente dibattito sulla riforma costituzionale in Italia, sottoposta al referendum confermativo del 4 dicembre 2016, ha visto l'utilizzo da parte di tutti i contendenti di molti argomenti comparatistici, non sempre corretti.

Bisogna fare attenzione all'impiego strumentale della comparazione giuridica, molto spesso utilizzata come argomento autorevole per sostenere una particolare tesi o una riforma, ma senza alcuna fondatezza scientifica. D'altra parte il primo esempio storico di tale utilizzo strumentale può essere fatto risalire a Montesquieu (*L'esprit des lois*, 1748), il quale esaltava il modello di Costituzione degli inglesi per proporlo in Francia e sosteneva che esso realizzasse la separazione dei poteri, mentre il modello costituzionale inglese di allora (ma ancora oggi, almeno fino al 2008) presentava una forte commistione tra potere



esecutivo, legislativo e giudiziario. Basti pensare che la Camera dei Lords è un ramo del parlamento e, fino al 2009, svolgeva anche le funzioni di suprema corte giudiziaria.

Un'interessante applicazione del ruolo svolto dal diritto comparato nella elaborazione legislativa e costituzionale è lo studio della circolazione dei modelli giuridici. Essa consiste nel ricercare le "genealogie" di determinati istituti giuridici in altri ordinamenti per seguirne l'evoluzione e, appunto, la circolazione. Per esempio nel diritto costituzionale si parla di "genealogie" del costituzionalismo europeo a proposito delle costituzioni che si sono sviluppate in Europa nel periodo della restaurazione e per tutto il XIX secolo, sul modello della costituzione francese del 1814 che, a sua volta, costituiva una verbalizzazione dell'assetto costituzionale inglese allora in vigore.

Uniformazione legislativa, che è conseguenza della precedente. Conduce ad esempio alla redazione di trattati internazionali o di modelli di legge uniforme.

Aiuto in sede interpretativa: dato il metodo problematico, è utile lo studio delle soluzioni al medesimo problema date da ordinamenti giuridici stranieri per applicarle anche nel proprio. Si tratta dell'uso della comparazione giuridica da parte dei giudici. Accade quasi esclusivamente da parte delle corti costituzionali, soprattutto in Europa, dove alcuni organi giudiziari costituzionali (il Tribunale costituzionale tedesco, la Corte costituzionale italiana ed anche la Supreme Court irlandese) ogni tanto inseriscono nelle loro motivazioni il riferimento a sentenze di altri giudici costituzionali europei. Potrebbe essere utilizzato più spesso anche dai tribunali ordinari, soprattutto quando si tratta di applicare norme di origine europea (regolamenti e direttive) che, salve talvolta le difficoltà di traduzione, hanno il medesimo testo in tutti gli Stati Membri ma spesso producono interpretazioni diverse da parte dei diversi giudici nazionali.

Molto importante, a livello di diritto europeo, è l'affermazione dell'articolo 6 comma 3 TUE secondo il quale: "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". L'indagine su quali siano i contenuti precisi di tali tradizioni costituzionali comuni è un compito tipico del diritto comparato.

Utilità pratica del diritto amministrativo comparato a livello europeo. Ormai molti settori del diritto amministrativo hanno disciplina di origine europea, poi applicata dai singoli Stati (appalti, ambiente, servizi pubblici). Quindi c'è una norma comune (direttiva / regolamento), applicata da singole norme nazionali e da giurisprudenza nazionale. Quando si pone un problema interpretativo in uno Stato, si potrebbe vedere come è stato risolto in altri Paesi. Qui il diritto comparato si salda con il diritto (pubblico) dell'economia.

Come si vedrà in seguito, infatti, proprio il settore dei servizi pubblici è centrale nel definire il modello di regolazione giuridica dell'economia, ma tale settore è disciplinato, in Italia, da norme di derivazione europea. Si tratta allora di comprendere la disciplina italiana e di confrontarla con quella europea: in questo caso non ci possono essere, in teoria, all'interno dell'Unione europea, diverse soluzioni giuridiche al medesimo problema, perché la disciplina italiana deve essere coerente con quella europea e quindi con quella degli altri Stati membri, ma può accadere che la disciplina europea consenta un



marginale di discrezionalità allo Stato membro in sede di attuazione della direttiva, ed allora si può esaminare la scelta operata dallo Stato membro rispetto alle altre che avrebbe potuto effettuare, anche in relazione alle scelte effettuate dagli altri Stati membri. Oppure può anche accadere che lo Stato membro abbia male trasposto la direttiva, ed allora si potrà individuare quale sia la distorsione rispetto al modello legittimo.

Medesime considerazioni si faranno sulla normativa in materia di appalti pubblici: anche in questo caso si ha una disciplina europea (direttiva) che impone un modello giuridico uniforme per gli acquisti effettuati dalle pubbliche amministrazioni e vi possono essere scelte opzionali consentite dalla direttiva come anche difformità illegittime rispetto ad essa.

## 2. Il diritto dell'economia e l'analisi economica del diritto

La definizione del diritto dell'economia è assai problematica e non ha ancora trovato una sistematizzazione definitiva. Occorre allora in primo luogo sgombrare il campo da un possibile equivoco e precisare la differenza tra l'economia del diritto – o analisi economica del diritto – ed il diritto dell'economia, in quanto si tratta di due nozioni ben diverse sia dal punto di vista definitorio che funzionale, e che non devono essere sovrapposte.

Si può designare come analisi economica del diritto quell'orientamento che, a partire dagli studi di Ronald Coase negli anni '60 del Novecento, ha iniziato a studiare insieme diritto ed economia (*law and economics*, appunto, nella dicitura inglese). Fino ad allora, le due discipline avevano proseguito su binari assai raramente intersecantisi: difficilmente i giuristi, abituati ad avere a che fare con nozioni alte come giustizia, solidarietà, libertà, volevano “sporcarsi le mani” con considerazioni grettamente numeriche e nozioni apparentemente profane come efficienza allocativa, esternalità ed equilibrio paretiano.

Il grande merito di Coase e dei moltissimi studiosi che si sono dedicati a questa disciplina, declinandola in molti rivoli diversi, è stato quello di costruire un ponte tra le due branche fino ad allora quasi completamente separate degli studi sociali, e farle parlare tra di loro.

Da Coase in avanti apparirà come un campo di indagine perfettamente normale e anzi doveroso lo studio delle regole giuridiche dal punto di vista della loro efficienza economica; addirittura, si giungono a misurare matematicamente e classificare diverse soluzioni giuridiche ad un medesimo problema, dal punto di vista della loro maggiore o minore efficienza economica (ed in questo si ha un'analogia tra analisi economica del diritto e il diritto comparato, che consente anch'esso di confrontare diverse soluzioni giuridiche al medesimo problema).

Gli studi di analisi economica del diritto si erano inizialmente concentrati sulle regole in materia di diritto privato (dall'allocazione più efficiente dei titoli di proprietà, oggetto del celeberrimo **teorema di Coase**<sup>1</sup>, a un'infinità di altre questioni relative ai rapporti tra

<sup>1</sup> Il quale afferma che, indipendentemente da come sono originariamente distribuiti i titoli di proprietà, *in assenza di costi transattivi* il mercato condurrà a soluzioni economicamente efficienti. L'esempio è quello dell'impresa inquinante e del lago, su cui v. poco oltre nel testo.



privati), ma quasi contemporaneamente incominciano a svilupparsi alcuni studi che prendono in considerazione la regolazione pubblica dell'economia.

In particolare, questi studi si sviluppano già negli anni '60 presso la cd. scuola di Chicago (Posner) a partire da un presupposto ideologico: critica ad intervento pubblico in economia e fiducia nel mercato, critica alle politiche del *New Deal* ed anticipazione delle liberalizzazioni Reagan anni '80. Altro filone, contrapposto a quello di Chicago, si sviluppa presso la cd. scuola di Yale (Calabresi), che sviluppa esigenze non solo di efficienza ma anche di equità e redistribuzione.

Quindi l'analisi economica del diritto nasce in relazione al diritto privato, ma poi si sviluppa anche nel diritto pubblico, per analizzare gli effetti dell'intervento pubblico: regolazione pubblica del potere di mercato attraverso la legislazione antitrust, teoria dei beni pubblici collettivi e conseguente teoria del *free rider* (ad es. giustificazione della privatizzazione di servizi pubblici come la difesa, l'ordine pubblico, le carceri). Poi si estende anche all'analisi del diritto costituzionale (ad es, vincoli costituzionali all'intervento pubblico in economia).

A tale proposito, è significativo lo scritto di Posner, che analizza la costituzione come documento economico (Posner, *The Constitution as an Economic Document, in The George Washington Law Rev.*, 56, 1987-88) ed afferma che vi sono almeno otto settori per studiare la Costituzione con metodo economico, alcuni dei quali sono strettamente correlati alla situazione costituzionale statunitense. Ve ne sono però alcuni che possono essere interessanti in relazione a qualsiasi costituzione, e in particolare:

- la teoria economica del costituzionalismo e cioè la logica insita nel richiedere supermaggioranze per alcune decisioni politiche, lasciando tutte le altre decisioni a maggioranze semplici;
- l'economia del "constitutional design" e cioè, in particolare,
  - la divisione dei poteri intesa come concorrenza tra poteri (che in effetti non è distante dall'originaria idea di Montesquieu);
  - il federalismo, soprattutto nella sua accezione di federalismo competitivo inteso come concorrenza tra governi per garantire il migliore modello da offrire ai cittadini e per favorire la circolazione dei modelli più virtuosi;
- il rapporto tra la costituzione e la concorrenza, nel senso di stabilire se vi sia una protezione costituzionale della concorrenza e del libero mercato;
- l'interpretazione di previsioni costituzionali che possono avere una implicita logica economica come, per esempio, la libertà di parola, quando intesa come garanzia di un libero mercato delle idee, o anche esplicita, come il divieto di dazi doganali per garantire il libero commercio;
- il problema del rapporto in generale tra la Costituzione ed il sistema economico e cioè se vi sia una relazione tra la Costituzione e lo sviluppo economico.

Sono tutti temi interessanti, ma qui si può accennare solo ad uno di essi:





- l'idea del federalismo come concorrenza tra governi, che comporta l'applicazione delle regole economiche sulla concorrenza ai rapporti tra Stati sovrani o tra Stati membri di uno stato federale. Secondo questa teoria, se i governi sono posti in concorrenza tra di loro (nell'ambito del federalismo), i cittadini ne traggono vantaggio perché:
  - possono trasferirsi nel luogo dove c'è il governo più efficiente (votare con i piedi);
  - il modello più efficiente circola e viene adottato da tutti.

È una impostazione diffusa negli Stati Uniti, dove la differenza – anche nella tutela dei diritti – è un elemento positivo, mentre in Europa prevale l'esigenza di uniformazione ed infatti una delle principali preoccupazioni delle costituzioni degli Stati membri – ma anche dei Trattati dell'Unione europea – è di garantire una uniforme tutela dei diritti fondamentali (cfr. articolo 6 TUE, *supra*, par. 1).

Il principale aspetto negativo consiste nel rischio di una corsa al ribasso che può avere conseguenze deleterie soprattutto per gli aspetti sociali ed ambientali. Dal punto di vista teorico, poi, l'analogia governo-imprenditore / cittadino-cliente presuppone che ciascun governo abbia lo scopo di attrarre il maggior numero di cittadini, come l'imprenditore ha lo scopo di attrarre il maggior numero di clienti, mentre spesso non è così perché i governi selezionano i cittadini che vogliono attrarre.

Proprio in questo senso c'è un esempio interessante oggi in Europa: la concorrenza tra le regioni europee per attrarre investimenti. Si tratta di concorrenza anche tra regioni – e quindi livelli di governo sub-statale – che offrono incentivi economici e giuridici alle imprese per attrarne lo stabilimento nel loro territorio, sottraendole così a regioni di altri Stati membri ma anche del medesimo Stato membro. Spesso le regioni europee finanziano agenzie appositamente finalizzate all'attrazione di imprese “straniere”, ove straniera significa basate in altre regioni, anche del medesimo Stato (anche la Regione Piemonte opera in tal senso).

Più o meno negli stessi anni della nascita degli studi di analisi economica del diritto si sviluppa anche la scuola di *Public Choice*, che studia, sempre con metodo economico, i sistemi elettorali ed i comportamenti dei politici eletti, sul presupposto che il loro scopo sia la rielezione e che dunque le loro scelte, se razionali, siano finalizzate a tale obiettivo. Nasce così, per effetto di alcuni altri autori – James M. Buchanan su tutti – la cosiddetta *constitutional law and economics*, che in Italia confluirà nell'“analisi economica del diritto pubblico” (Napolitano-Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009). Si tratta dell'analisi delle costituzioni e più in generale degli assetti istituzionali da esse disegnati dal punto di vista della loro maggiore o minore capacità di promuovere il benessere individuale e collettivo, fino al punto da produrre un'autentica “ingegneria costituzionale”.

Un altro interessante contributo italiano all'analisi economica del diritto costituzionale è lo studio sulle conseguenze economiche delle forme di stato e di governo e dei sistemi elettorali: cfr. ad es. il lavoro di Persson e Tabellini, *The Economic effects of*



*Constitutions*, MIT Press, 2003, che giunge alla conclusione che le forme di governo parlamentari con sistemi elettorali proporzionali tendono a favorire la spesa pubblica ed un più alto tasso di prelievo fiscale.

Questo ampio ed interessante filone di studi denominato analisi economica del diritto non è però coincidente con il diritto pubblico dell'economia.

In altri termini, a differenza di quanto sembra emergere nell'impostazione seguita appunto da Napolitano e Abrescia, il diritto (pubblico) dell'economia è qualcosa di diverso ed ulteriore rispetto allo studio delle norme di diritto pubblico con rilevanza economica dal punto di vista del loro impatto sul comportamento di individui e imprese.

Tale considerazione discende da un'obiezione ideologica di fondo agli studi giuseconomici, ovvero la considerazione che la stella polare dell'efficienza economica fatta propria da tali studi si espone ad una duplice debolezza.

Da un lato, le equazioni economiche, per quanto complesse, sono sempre costruite sulla base di un modello astratto e irrealistico di mondo perfetto: in termini di Coase, un mondo dove sono ad esempio postulati assenti i costi transattivi, per semplicità di studio che però semplifica in maniera eccessiva una realtà che è invece fatta di imperfezione. È il problema, in generale, dell'applicazione di modelli matematici per prevedere l'azione umana che è molto controversa in ambito economico e che è ancora più problematica se applicata al diritto.

D'altro canto, l'efficienza economica non appare essere quel valore oggettivo e apoditticamente preferibile che l'analisi economica del diritto vorrebbe che fosse: per fare un tipico esempio, sempre in linea con il teorema di Coase, è ben possibile che sia economicamente più efficiente, e che emerga dalle contrattazioni tra le parti a prescindere dall'allocazione iniziale, consentire ad una fabbrica di inquinare un lago, compensando gli abitanti circostanti per il danno, rispetto al vietare le attività di quella fabbrica.

Tuttavia, limitarsi a questo, come fa l'analisi economica del diritto in senso stretto, e prescindere da valutazioni ulteriori, appare un sacrificio troppo grande imposto a considerazioni di altro tipo, attinenti alla dimensione più tipicamente prescrittiva, della giustizia, del dover essere. In particolare – nel caso di specie – appare discutibile a monte la premessa sull'indifferenza dell'allocazione originaria dei titoli di proprietà: è ben possibile che i singoli abitanti vicini al lago, a prescindere da qualunque logica di free-riding, non vogliano vendere in ogni caso le proprie abitazioni, tenendo una condotta economicamente irrazionale secondo i canoni astratti della razionalità economica, e dunque inefficiente; in questo caso, che è tutt'altro che teorico, il teorema di Coase, e con esso l'analisi economica del diritto, non risolvono il problema.

In presenza di un conflitto di questo tipo, dove la tutela di un diritto fondamentale come la proprietà condurrebbe a soluzioni paretianamente non efficienti, a chi deve dare ragione il diritto? Se ci si muove esclusivamente all'interno di considerazioni di efficienza economica, all'impresa, eppure, anche ammesso – ma non concesso – che sia oggettivamente misurabile l'efficienza comparata delle due ipotesi alternative, un simile automatismo lascia insoddisfatti, oltre al fatto di esporsi a pericolose strumentalizzazioni (il diritto rischia davvero di diventare, in questa logica, strumento del più forte).



L'analisi economica del diritto deve dunque essere intesa come uno degli strumenti interpretativi del diritto dell'economia – anzi, del diritto in generale – inteso come analisi della efficienza della legge nel perseguire lo scopo dichiarato (e, in quanto tale, potenzialmente utilizzabile in qualunque settore del diritto, non solamente in quelli relativi all'economia); uno scopo, però, che viene necessariamente determinato in altra sede, ovvero nel circuito politico.

In ogni caso, nel diritto italiano tale strumento di analisi delle norme giuridiche potrebbe essere ricondotto all'art. 3 Cost, nell'accezione fornita dalla Corte costituzionale di principio di ragionevolezza della legge, secondo il quale non è ragionevole la legge che non è in grado di perseguire lo scopo che essa si prefigge. Ad es., è incostituzionale perché irragionevole la legge su congedo per maternità riservata solo alla madre in quanto non estende il beneficio anche al padre: non si trattava di una questione di pari trattamento ma, posto l'obiettivo di tutelare l'interesse del figlio neonato, di una questione di irrazionalità perché l'efficiente raggiungimento dell'obiettivo prefissato dalla legge richiedeva che vi fosse la possibilità di scelta tra padre e madre nel fruire del congedo.

Probabilmente l'analisi economica del diritto è uno dei più importanti strumenti interpretativi del diritto, ma **non l'unico**. Rimangono gli altri strumenti tradizionali di interpretazione del diritto: il metodo dogmatico, il metodo problematico, l'istituzionalismo, il metodo casistico ecc. (S. Cassese, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 341). In ultima istanza, l'analisi economica del diritto potrebbe essere intesa come necessità di una interpretazione del diritto "economicamente informata" (A. Sanchez Graells, *Economic Analysis of Law, or Economically-Informed Legal Research*, in AA.VV., *Research Methods in Law*, 2. ed, London, Routledge, 2017).

### **3. Il diritto costituzionale dell'economia. La Costituzione economica**

Sgombrato il campo dall'equivoca ed errata sovrapposizione tra analisi economica del diritto e diritto dell'economia, occorre ora affrontare il tema della definizione del diritto dell'economia e, in particolare, del diritto pubblico dell'economia.

In Italia il diritto dell'economia ha un autonomo riconoscimento scientifico, nel raggruppamento del diritto internazionale e comparato, il che significa che nelle università italiane deve essere studiato con un approccio internazionale e comparato e non solo nazionale.

Il DM 4 ottobre 2000, nel definire i settori scientifico-disciplinari, fornisce la seguente definizione sintetica del settore IUS/05 (appunto *Diritto dell'economia*):

«Il settore comprende gli studi relativi alla regolamentazione delle attività economiche, volti ad approfondirne i profili pubblicistici e privatistici secondo un metodo interdisciplinare. Gli studi attengono, in particolare, agli ordinamenti settoriali dell'attività bancaria, finanziaria ed assicurativa».



In questa definizione vi era dunque uno specifico riferimento ai settori bancario, finanziario ed assicurativo, che però è scomparsa nel DM 29 luglio 2011, n. 336, che ha modificato i macrosettori concorsuali dell'Università, fornendo la seguente definizione per il settore concorsuale 12/E3 (*Diritto dell'economia e dei mercati finanziari ed agroalimentari*) (contenuto all'interno del macrosettore 12/E: Diritto internazionale, dell'unione europea, comparato, dell'economia e dei mercati:

*«Il settore comprende l'attività scientifica e didattico-formativa degli studi relativi alla regolamentazione delle attività economiche, volti ad approfondirne i profili pubblicistici e privatistici secondo un metodo interdisciplinare, tenendo conto della dimensione plurale e multilivello della regolazione. Gli studi attengono alla disciplina delle attività dei privati e dei pubblici poteri a tutti i livelli, che riguardano lo svolgimento e la regolazione delle attività economiche: dall'industria, ai servizi pubblici, ai mercati bancari, finanziari ed assicurativi, alle infrastrutture ed ai mercati agricoli-alimentari».*

Infine, secondo il D.M. 30 ottobre 2015, n. 855 si ha la stessa definizione, con l'aggiunta del diritto della navigazione: il sottosettore 12/E3: *Diritto dell'economia, dei mercati finanziari e agroalimentari e della navigazione.*

*«Il settore comprende l'attività scientifica e didattico-formativa degli studi relativi alla regolamentazione delle attività economiche, volti ad approfondirne i profili pubblicistici e privatistici secondo un metodo interdisciplinare, tenendo conto della dimensione plurale e multilivello della regolazione. Gli studi attengono alla disciplina delle attività dei privati e dei pubblici poteri a tutti i livelli, che riguardano lo svolgimento e la regolazione delle attività economiche: dall'industria, ai servizi pubblici, ai mercati bancari, finanziari ed assicurativi, alla infrastrutture ed ai mercati agricoli-alimentari. Il settore attiene altresì agli studi relativi all'ordinamento speciale ed autonomo della navigazione marittima, interna ed area, al diritto dei trasporti e al diritto aerospaziale».*

Fin qui le definizioni formali fornite dall'ordinamento giuridico universitario, ai fini della organizzazione dei corsi e dei concorsi per il reclutamento dei professori e dei ricercatori. Ma, come si vede, la definizione sopra riportata non fornisce alcuna indicazione esauriente in quanto estremamente ampia e poco qualificante.

Essa infatti si limita a dire che il diritto pubblico dell'economia studia “*l'attività dei privati e dei pubblici poteri che riguardano lo svolgimento e la regolazione delle attività economiche*” ed in tale definizione possono rientrare quasi tutte le materie insegnate in un corso di studi in giurisprudenza. Anche il diritto di famiglia, le successioni e potenzialmente qualunque altra branca del diritto hanno a che fare con regole che hanno, in misura più o meno incisiva, una influenza sui rapporti economici. Si può quasi dire che tutto il diritto è diritto dell'economia perché, appunto, qualunque regola giuridica ha conseguenze economiche.

È quindi necessario trovare un criterio distintivo, che qualifichi lo studio del diritto dell'economia e ne indentifichi gli elementi caratteristici e peculiari che gli consentano di distinguersi dalla generalità delle materie giuridiche.

Se si vuole procedere in questa direzione, pare necessario innanzi tutto isolare il diritto costituzionale dell'economia e più in generale il diritto pubblico dell'economia. Il primo sarà esaminato specificamente dalle presenti dispense, mentre il secondo è oggetto del



manuale consigliato per il corso, che va oltre il diritto costituzionale dell'economia in senso stretto (F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, V ed., 2016),

Volendo definire il diritto costituzionale dell'economia, non bisogna ovviamente limitarsi all'esame degli articoli della costituzione che abbiano conseguenze economiche perché, anche in questo caso, la definizione sarebbe così ampia da risultare inutile. Si pensi ad esempio alle disposizioni in materia di federalismo, o alle stesse regole in tema di forma di governo: com'è evidente, esse non rientrano nella tradizionale lista di disposizioni costituzionali di diretta attinenza alla materia economica. Tuttavia, regole come quelle sulla distribuzione del potere di indirizzo politico e di imposizione fiscale tra livello centrale e articolazioni territoriali (federalismo), o tra organi a livello centrale (forma di governo) hanno anch'esse una diretta attinenza con la materia economica, nel senso che una distribuzione maggiore o minore dei poteri, e meglio o peggio congegnata, tra centro e periferia, e tra parlamento e governo, può avere degli effetti relevantissimi sull'andamento economico della comunità territoriale disciplinata da quelle regole.

A maggior ragione, limitarsi alle disposizioni costituzionali che in senso stretto riguardano diritti economici, o comunque materie economiche, come il bilancio, rischia di trascurare indebitamente ambiti la cui disciplina non è di fonte costituzionale, ma che ugualmente sono diritto "pubblico" e attengono alla regolazione di fatti economici. Si pensi alle regole in materia di diritto della concorrenza (materia in verità quant'altre mai a cavallo tra diritto pubblico e privato), e a quelle sulla regolamentazione dei mercati finanziari (nella loro dimensione pubblicistica).

Ci si deve allora richiamare al concetto, peraltro assai controverso, di **costituzione economica**, come oggetto del diritto costituzionale dell'economia.

Dal punto di vista storico, il concetto di costituzione economica nasce in Germania con la Costituzione di Weimar del 1919 (K. W. Norr, "*Economic constitution: on the roots of a legal concept*," in *Journal of Law and Religion*, 1994-95, p. 343-354). Nel corso del XIX secolo, non si parlava invece di Costituzione economica perché mancava ancora una nozione di economia intesa come un concetto unitario coerente a livello nazionale. Economia era la somma delle iniziative economiche private, ma soprattutto l'impostazione liberale vedeva una netta separazione tra il diritto e l'economia.

Verso la fine dell'Ottocento, si sviluppa in Germania lo studio della questione sociale, vista come prodotto di un conflitto tra proprietà e lavoro, per comporre il quale si ritiene da molte parti necessario l'intervento dello Stato. Questa riflessione prepara il terreno per il concetto di costituzione economica.

Nelle discussioni per la costituzione di Weimar, si giunge all'affermazione che la parte economica della costituzione è caratterizzata da tre elementi:

- regolazione dell'attività economica privata;
- riconoscimento del lavoro come uno speciale valore costituzionale;
- necessità di stabilire le fondamenta di una costituzione economica, basata sulla collaborazione tra Stato e privati attraverso i consigli economici (Gemeinwirtschaft), cartelli formati da lavoratori ed imprenditori articolati secondo i diversi settori



dell'economia (ad es. estrazione carbone, siderurgia, ecc.) e per territorio. I consigli economici erano soggetti istituzionali con funzioni rappresentative (modello corporativo).

Quindi il concetto di costituzione economica nacque non come ideologicamente neutrale, ma legato ad una visione socialdemocratica.

Nel 1933, Böhm pubblicò il suo lavoro sulla “Concorrenza e lotta per il monopolio” (“*Wettbewerb und Monopolkampf*”), dove sosteneva che la concorrenza non è il prodotto di un'assenza di regolazione, ma è un ordine economico tra gli altri. Secondo questa impostazione, un ordinamento di tipo concorrenziale è dunque una costituzione economica come le altre: si tratta di un ordine non soggetto al controllo pubblico, ma alla cooperazione, mediata dal mercato. Non è un ordine libero dal diritto, ma è soggetta al diritto privato, che deve assicurare la cooperazione tra gli operatori del mercato. Elemento caratterizzante è la cooperazione e non la subordinazione.

Per Bhoem, la Costituzione di Weimar non contiene una costituzione economica uniforme, ma contiene più costituzioni economiche, perché riconosce la libera iniziativa economica ma anche una sorta di economica pianificata attraverso i consigli dell'economia.

Pare interessante segnalare che oggi la Legge Fondamentale tedesca, a differenza della Costituzione di Weimar, non ha una sezione dedicata alla Costituzione economica, ed è infatti priva di un indirizzo univoco di politica economica. Essa pertanto non fornisce una costituzione economica nel senso di adesione ad uno specifico modello economico, in quanto ne comprende alcuni diversi tra di loro (M. Burgi, *The German Economic Constitution and the Euro Crisis*, IUSE Working papers, 2016).

## 4. La costituzione economica italiana

### La posizione di Bognetti

In Italia, uno dei massimi studiosi di costituzione economica è stato Giovanni Bognetti, secondo il quale: «Per “costituzione economica” si deve intendere l'insieme dei principi fondamentali sui quali si basano in un ordinamento giuridico (per eccellenza, quello statale) i particolari istituti giuridici che reggono i processi di produzione e distribuzione della ricchezza. È importante includere nel concetto, oltre ai principi relativi al fenomeno della produzione di beni e servizi, anche quelli concernenti il collegato fenomeno della distribuzione della ricchezza, poiché solo tenendo uniti i due aspetti del processo è dato comprendere la logica che anima nel profondo la forma giuridica di un sistema economico, e distinguere in modo adeguato i due grandi modelli che hanno tendenzialmente ispirato le costituzioni economiche concrete degli stati occidentali nel corso dei due ultimi secoli», ovvero quello “liberale classico” e quello “sociale”.

La costituzione economica contiene dunque certamente le norme sui diritti fondamentali in materia economica, ma è un concetto più ampio, e viene descritto da Bognetti come l'insieme dei principi sulla base dei quali viene regolato il processo dapprima di produzione della ricchezza, e poi di distribuzione della medesima. La nozione



ha quindi un nesso molto forte con la politica economica: potremmo dunque anche descrivere la costituzione economica come il complesso delle norme giuridiche fondamentali che orientano la politica economica di un dato sistema giuridico.

È importante notare che tale orientamento si traduce per certi versi in indicazioni di carattere generale, vincolanti ma aperte a diverse possibili opzioni applicative, e per altri in prescrizioni e divieti, più o meno precisamente determinati, che però lasciano comunque aperto uno spazio ampio di discrezionalità per il legislatore.

Ciò ha a che fare con la distinzione, elaborata per primo da Robert Alexy, tra principi e regole: in materia economica, prevalgono certamente i principi generali, che danno indicazioni di massima rimessa poi al circuito legislatore-corti, rispetto alle regole, che impongono prescrizioni o divieti puntuali ed espressi, più frequenti con riferimento a libertà di tipo non economico (si pensi ad esempio alla libertà personale).

Come esempio del primo tipo, non si può imporre ad un soggetto di versare imposte in misura superiore alla sua “capacità contributiva” (art. 53 Cost.), ma poi l’esatta determinazione del contenuto di tale divieto è rimessa all’interpretazione del legislatore prima e dei giudici (costituzionali) poi; oppure, lo Stato deve far sì che ai “capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi”, sia garantito il “diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi” (art. 34 Cost.), anche se poi sta agli organi politici riempire di senso questa statuizione.

Esempi di regole in ambito economico sono quella dell’obbligo di copertura delle spese (art. 81 Cost.) e la riserva di legge con riferimento alle prestazioni patrimoniali (art. 23 Cost.).

Anche nel secondo caso, ovvero nelle circostanze in cui la costituzione economica di un ordinamento stabilisce certamente alcune cose che debbono e altre che non possono essere normativamente previste, ciò non è di per sé sufficiente a determinare in modo rigido la costituzione economica in senso per così dire materiale.

Ad es., è possibile chiedersi, e la giurisprudenza costituzionale lo ha fatto: quali “mezzi” sono accettabili per far fronte ai “nuovi e maggiori oneri”? ci sono dei limiti ricavabili da altri principi? è rispettosa dell’art. 81 la prassi del legislatore di spalmare su esercizi di bilancio successivi una spesa, prevedendo sì il modo per sostenerla, ma solo con riferimento all’esercizio in corso, e lasciando scoperti i (molti) esercizi successivi?

Ciò vale a maggior ragione nel caso dei principi: c’è un livello di aliquote oltre il quale la pretesa fiscale viola la capacità contributiva di individui e imprese? Se sì, qual è? E richiedere acconti fiscali superiori al 100%, come da qualche tempo fa il legislatore, o stabilire nuove imposte ad esercizio fiscale in corso, è conforme al rispetto della capacità fiscale dei contribuenti? E ammesso che ciò sia costituzionalmente legittimo, lo è sempre, o solo in casi eccezionali di crisi della finanza pubblica come quelli attuali?

O ancora: cosa significa garantire ai “privi di mezzi” il diritto allo studio fino ai più alti gradi? esentarli dalle tasse universitarie? pagare loro i libri di testo? offrire loro anche vitto e alloggio? dare loro anche opportunità di lavoro? e come definiamo i “capaci e meritevoli”? qual è la media minima che debbono avere per essere considerati tali? e quanti esami devono aver sostenuto in un anno?



A questo proposito, occorre dar conto della distinzione, ormai sostanzialmente superata, ma piuttosto diffusa in dottrina negli anni successivi all'approvazione della Costituzione repubblicana, tra norme prescrittive e norme programmatiche. Secondo tale impostazione, nella Costituzione dovevano cioè distinguersi alcune statuizioni che imponevano un comando preciso al legislatore, il mancato rispetto del quale comportava un vizio di legittimità, da altre che invece avevano un contenuto di mero programma, contenendo un'indicazione preferenziale ma priva perfino di carattere di vincolatività, al punto che non sarebbe stata possibile una declaratoria di incostituzionalità di una legge per violazione di una di queste norme.

Questa interpretazione veniva usata soprattutto per depotenziare il carattere sociale della nuova costituzione economica, e affermare che per l'appunto le norme sui diritti sociali che erano state previste nel nuovo testo costituzionale non conferivano in verità degli autentici diritti soggettivi, ma si limitavano a dare al legislatore delle indicazioni di carattere generale.

Come detto, tale orientamento non è ormai più accolto dagli studi costituzionalistici, per cui anche quelle sui diritti sociali vengono considerate norme giuridiche vincolanti a tutti gli effetti. Ma ciò non toglie che, come nell'esempio fatto del diritto allo studio, sia rimesso al legislatore in prima battuta, e poi ai giudici, e in particolare ai giudici costituzionali, interpretare la costituzione economica "formale". In definitiva, quindi, la costituzione economica risulta non solo dal testo costituzionale, ma necessariamente anche dall'interpretazione che ne danno gli organi politici e giudiziari, che può condurre ad esiti estremamente diversi, a partire da un medesimo testo.

In effetti, **Bognetti** ha sostenuto una tesi interessante, che dalla lettura del testo in cui la sostiene e argomenta (*Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Milano, 1983) appare in larga misura convincente: secondo Bognetti, contrariamente all'opinione solitamente predominante, il fatto che nel nostro sistema costituzionale le regole operazionali abbiano finito, come si vedrà, col privilegiare il perseguimento dell'interesse generale rispetto alla tutela delle libertà economiche, non deriva da una scelta in tal senso dei Costituenti: la Costituzione, infatti, prevedeva un modello economico molto differente e molto più rispettoso delle libertà economiche individuali. L'esito più sociale sarebbe avvenuto per effetto di una legislazione e di una prassi successive, contrarie allo spirito originario del testo costituzionale, legislazione e prassi contro le quali la Corte costituzionale non aveva gli strumenti per opporre alcuna efficace difesa; ma non sarebbe stata la Corte di per sé a spingere verso questa direzione.

Anche là dove non si condivide questa tesi, quel che rileva ai nostri fini sul piano teorico è che la costituzione economica è sì «l'insieme dei principi fondamentali sui quali si basano in un ordinamento giuridico [...] i particolari istituti giuridici che reggono i processi di produzione e distribuzione della ricchezza», ma tale insieme di principi è il prodotto del circuito testo costituzionale-legislatore-giudice costituzionale (e "prassi", con Bognetti), che conduce ad una specialissima combinazione unica per ciascun ordinamento (anche a partire da testi analoghi).

### **Le diverse fasi della Costituzione economica italiana**





Bognetti sostiene dunque che la costituzione economica italiana vigente (al momento della pubblicazione del suo libro, nel 1983) fosse differente dalla costituzione voluta da costituenti e che dunque vi sia stata una evoluzione della costituzione economica italiana.

In una prospettiva storica più ampia, Sabino Cassese (La Nuova Costituzione economica, Laterza, Roma-Bari, 2015, cap. II) propone una ricostruzione della costituzione economica italiana a partire dalla nascita del Regno d'Italia divisa in quattro periodi:

*lo stato liberista (1860-1900), caratterizzato da:*

- necessità di unificazione legislativa per la creazione di un mercato nazionale (come accadrà poi per l'UE); codificazione sul modello del code Napoléon; proprietà più importante dell'impresa ;
- necessità di protezionismo doganale per difendere il mercato verso l'esterno; tariffe doganali del 1878 e 1887: tasse sulle merci straniere importate; vantaggio per merci nazionali; forte concorrenza interna; prevalenza delle imprese del Nord; sviluppo economico dualista;
- liberismo;
- privatizzazioni; alienazione di beni statali ed acquisiti dalla Chiesa (ma intanto viene creata Casse Depositi e Prestiti e si costruiscono le ferrovie pubbliche);
- limitati interventi in economia (a parte le ricordate tariffe doganali);
- autosufficienza ed autogoverno dell'attività economica, anche con l'istituzione delle Camere di commercio, industria ed agricoltura;

*la prima industrializzazione (1900-1920), caratterizzata da:*

- differenziazione legislativa per necessità particolari che producono leggi speciali, per sviluppo di determinate aree del Sud;
- sviluppo lavori pubblici (1905: azienda Ferrovie dello Stato);
- nascita di aziende pubbliche (oltre a ferrovie, telefoni, assicurazioni, banche), proprio sotto forma di imprese (da notare che fu Giolitti a crearle, formalmente un liberale);
- previdenza sociale obbligatoria (1917); primi elementi di stato sociale, con rapporto tripolare: lo Stato obbliga il cittadino a pagare un soggetto terzo (ma sempre pubblico), che eroga prestazioni a favore del cittadino

*l'economia mista (1920-1950), caratterizzata da:*

- nuove forme di intervento statale in economia; il monopolio statale si estende al trasporto marittimo ed ai telefoni (1922), al trasporto aereo (1923), alle miniere, alle radio (1923) ecc.; inoltre si rendono necessarie autorizzazioni per lo svolgimento di attività economiche, in vari settori come assicurazioni, commercio, credito, stabilimenti industriali (molto importante per favorire oligopoli nazionali); dirigismo in materia urbanistica (legge 1942) e del credito (1936); disciplina



minuziosa di molte attività economiche; influenza della crisi del '29 negli Usa e del successivo *New Deal*;

- nascita di enti pubblici economici e società per azioni statali, in particolare l'IRI (1933 e poi 1937); le banche erano anche azioniste dei loro debitori; crisi del '29; le aziende chiedono prestiti a banche loro azioniste; conflitto di interessi; obbligo per le banche di cedere le loro partecipazioni all'IRI, che poi acquista anche le azioni delle banche. Poi la legge bancaria del 1936 vieta alle banche di possedere partecipazioni di controllo in imprese industriali e commerciali;
- nuovo codice civile (1942); superamento della distinzione tra codice civile e di commercio, e dunque disciplina unitaria di proprietà e impresa; disciplina generale dei rapporti tra Stato ed economia;

*lo stato del benessere (1950 – 1980), caratterizzato da:*

- costituzione del 1948; disciplina di proprietà (42) e impresa (41 e 43); sono riconosciute proprietà ed impresa private, ma possono essere rispettivamente espropriate o nazionalizzate; si pone un problema giuridico per la proprietà: è riconosciuto l'istituto o un suo determinato contenuto? (potere conformativo); non è un diritto fondamentale, ma è funzionalizzata (come l'impresa), cioè non tutelata in sé stessa (come la libertà personale, per esempio), ma per raggiungere altri scopi; ma questa parte è superata dalla normativa europea;
- completamento partecipazioni statali: oltre all'IRI, già esistente, fu istituito l'ENI, poi nel 1956 il Ministero delle partecipazioni statali; Stato imprenditore; nel 1962 fu realizzata la nazionalizzazione delle imprese di energia elettrica, per realizzare l'ENEL, sulla base di atti espropriazione e della riserva originaria ai sensi dell'articolo 43 Cost. (poi a partire dagli anni '90 si assisterà invece ad un processo inverso di privatizzazione nel settore dell'energia elettrica);
- aiuti finanziari alle imprese; dagli anni '60, introduzione di un obbligo giuridico di pagare al verificarsi di una determinata condizione (ad es. calamità naturale, oppure acquisto di macchinari innovativi o svolgimento di ricerca, con il meccanismo del credito agevolato); poi dagli anni '80 anche da parte della Comunità economica europea;
- pianificazione economica: art. 43.1, ora superato dal diritto europeo;
- Stato del benessere: interventi pubblici in materia di istruzione, sanità, protezione sociale ed occupazione; diritti sociali: 1962, scuola media obbligatoria (art. 34 cost); 1978, servizio sanitario nazionale (art. 32 cost.); 1974, pensione sociale (art. 38.2 cost);

*la nuova costituzione economica (1980-2008), caratterizzata da:*

- globalizzazione economica; tentativo di globalizzazione giuridica; nascita e sviluppo di organismi globali settoriali, tesi a risolvere conflitti sovranazionali; partecipazione dei privati al processo di elaborazione della regolazione;



- riduzione del potere tradizionale dello Stato (ad es., nell'Ue: prima avviene l'unificazione dei mercati e poi – eventualmente – l'unificazione degli Stati); concorrenza, livellare il campo di gioco (level playing field); moneta unica; i privati agiscono come strumenti di unificazione sollevando questioni alla Corte di Giustizia contro i propri Stati; al rapporto bipolare cittadino-Stato si sostituisce il rapporto tripolare cittadino-Stato-Unione; inoltre influenza orizzontale reciproca degli ordinamenti; contaminazioni e trapianti; diritto comparato;
- riduzione dell'intervento pubblico dello Stato per riduzione della dimensione del bilancio pubblico; vincoli di Maastricht; abolizione del Ministero delle partecipazioni statali (referendum 1993);
- moltiplicazione dei poli di decisione: non più solo governo, ma anche autorità indipendenti e, in Italia, Regioni;
- lo Stato cede le proprie partecipazioni dirette in imprese operative ed elimina il monopolio di diritto (telefoni, energia, trasporti ferroviari) ma crea autorità di regolazione di numerosi settori economici: dallo stato imprenditore allo stato regolatore

*la riespansione della sfera pubblica (2008 - ), caratterizzata da:*

- premessa metodologica: pericolo di valutare fenomeni troppo recenti;
- espansione della globalizzazione: Stato e diritto faticano a controllare l'economia; continua rincorsa a strumenti giuridici per imbrigliare l'economia; G-20, operativo tramite il Financial Stability Board (istituito già nel 1999, con il nome di Financial Stability Forum, e allora riservato ai membri del G-7); asimmetria tra economia globale e Stati nazionali;
- metodo dell'azione congiunta per evitare gli arbitraggi regolamentari;
- gli Stati si vedono costretti a salvare le banche; per fare questo, si indebitano ulteriormente; sono sottoposti alla valutazione di agenzie private (rating); in Europa, vengono introdotti meccanismi di stabilizzazione come il Fiscal compact, che prevedono sistemi di prevenzione e sanzione e vincoli ai bilanci statali.

### **Il dibattito sulla costituzione economica italiana negli anni '90**

All'inizio degli anni '90 del XX secolo, si svolge in Italia un intenso dibattito sul significato ed il contenuto della costituzione economica italiana, i cui due principali autori sono Giovanni Bognetti e Massimo Luciani. Si tratta di un periodo storico interessante perché incominciano ad essere attuati i primi esperimenti di liberalizzazione sulla spinta delle direttive europee, ed infatti Cassese fa incominciare negli anni '80 quella che chiama la nuova costituzione economica italiana.

Secondo Luciani (*Economia nel diritto costituzionale, in Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, UTET, 1991), non esiste una costituzione economica in quanto tale, autonoma rispetto al resto della costituzione, perché non esiste una decisione costituzionale fondamentale relativa all'economia, come esiste invece, per esempio, in Germania, la cui costituzione impone il mantenimento dell'«equilibrio economico



generale» (ma cfr. la diversa interpretazione di Burgi, *supra*, ultimo periodo del paragrafo 3). Non esistono autonomi principi economici, ma le regole economiche in costituzione vanno esaminate alla luce dei principi costituzionali generali.

L'Assemblea costituente ha scelto un'«**economia mista**» (vedi Cassese) come mediazione tra tradizione liberale, cattolica e comunista. Però è una scelta che va letta attraverso la chiave dei diritti sociali, e di conseguenza tutti gli articoli della costituzione italiana che trattano di economia vanno letti alla luce dell'art. 3 comma 2 (principio di uguaglianza sostanziale), dal quale discendono i diritti sociali. Infatti tutti gli articoli che riguardano l'economia fanno riferimento all'utilità sociale (41) o alla funzione sociale (42 e 45) o all'utilità generale (43) o ad equi rapporti sociali (44), o all'elevazione economica e sociale (46).

Per Luciani, il perno della costituzione economica italiana è l'art. 3.2.

L'efficienza economica non è un valore in sé, ma solo se finalizzato (funzionalizzato) al perseguimento dell'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3.2. La Costituzione non è indifferente al progresso economico, ma il progresso economico è condizione necessaria – non sufficiente – per attuare l'art. 3.2.

Economia mista significa per Luciani ineguale bilanciamento fra le ragioni del calcolo economico e quelle dello sviluppo sociale a favore delle seconde, e in questo sta l'originalità della costituzione italiana.

Di conseguenza negli articoli 41 e 42 l'iniziativa economica e la proprietà vengono lette come tutelate in quanto funzionali all'art. 3.2: i limiti imposti per l'art. 3.2 sono al tempo stesso una garanzia di non imporre diversi e più pesanti limiti, costituendo un argine ad esempio all'instaurazione di un'economia pianificata.

In particolare, l'art. 41 è il più importante perché qualifica anche l'art. 42 che, senza l'art. 41, potrebbe essere limitato alla proprietà dei beni di uso personale e non estesa a quella dei mezzi di produzione. Invece l'art. 41 garantisce la proprietà privata anche dei mezzi di produzione, precludendo appunto l'instaurazione di un regime socialista.

Per Luciani, l'art. 41 si riferisce solo all'attività economica come impresa, non a qualunque attività che abbia conseguenze economiche (ad es. ne sarebbero esclusi il lavoro autonomo e dipendente, e il godimento della proprietà, inteso come generatore di reddito da capitale e da immobili).

Per l'art. 42, ci si domanda: esiste una nozione naturalistica di proprietà, oppure è proprietà ciò che è definito dalla legge, al fine di raggiungere la funzione sociale? In altri termini, esiste un contenuto essenziale della proprietà, oppure la nozione di proprietà è puramente positivista? Per i diritti fondamentali questo problema non si pone, per la proprietà sì. La giurisprudenza della corte costituzionale è ondivaga.

Quanto all'art. 41.3, attinente alla pianificazione economica, esso non prefigurerebbe una programmazione dirigista, ma democratica e partecipativa, volta a promuovere e indirizzare l'attività dei privati, non imponendo ai privati di fare o non fare determinate attività economiche.

Si è detto della mancanza di un principio guida in materia economica paragonabile all'equilibrio economico generale in Germania. Esiste però l'art. 81 che imponeva la



copertura delle nuove spese e oggi impone il pareggio di bilancio, tuttavia per la Corte costituzionale va letto nel senso di imporre meramente un “tendenziale equilibrio”.

Ci si può ancora domandare se allora debba prevalere l’esigenza di tutela diritti sociali sull’equilibrio di bilancio. Anche sul punto, la Corte costituzionale non è netta: in situazioni di emergenza economica sembra ridurre la tutela dei diritti sociali (Luciani scrive negli anni ‘90, quindi si riferisce alla crisi degli anni ‘70); altre volte è più rigida. Ciò confermerebbe comunque che la questione centrale è il bilanciamento tra le ragioni dello sviluppo economico e quelle dello sviluppo sociale.

In conclusione, per Luciani la costituzione economica ha retto bene nei primi quarant’anni perché collegata alla costituzione nel suo complesso. Se si modificano le altre parti della costituzione, ci sono conseguenze anche su quella economica.

Molto diversa è l’interpretazione di Boggetti, espressa in particolare in (*La Costituzione economica italiana*, II ed., Milano, Giuffrè, 1995). In questo lavoro viene riprodotta la relazione finale tenuta da Boggetti al convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti a Ferrara nel 1991, nella quale Boggetti esordiva osservando come il clima sia radicalmente cambiato rispetto all’ultimo convegno sulla costituzione economica che si era tenuto a Milano solo tre anni prima, nel 1988.

Fino a pochi anni prima, era diffusa una lettura della costituzione economica molto riduttiva nei confronti della tutela dell’iniziativa privata, ed a favore del settore pubblico (tramite la lettura dell’art. 3.2 come se fosse una super-norma che relativizzava tutte le altre, soprattutto nel settore economico): in sostanza, la dottrina costituzionalistica aveva consentito uno stravolgimento del modello di economia mista in economia quasi socialista (dal 1963 alla fine anni ‘80).

Secondo Boggetti, occorre analizzare le scelte dei costituenti e ripercorrere l’evoluzione storico-costituzionale. Le sinistre erano certamente contrarie al mercato, che consideravano il nemico. Per Togliatti il riconoscimento dell’iniziativa economica e della proprietà privata era solo un compromesso momentaneo in attesa di poter cogliere la prima occasione per realizzare l’economia socialista.

Tra i cattolici vi erano posizioni diverse, ma in generale si promuoveva il rispetto dell’iniziativa e proprietà privata, contemplando contenuti interventi pubblici.

I liberali (in particolare Einaudi) – che pure avevano scarso peso numerico in Assemblea costituente – avevano una posizione a tutela della libertà economica e soprattutto favorivano la presenza di stringenti vincoli bilancio (cfr. il dibattito sulla redazione dell’art. 81).

L’esito di questo dibattito in Assemblea Costituente è l’insieme di norme economiche di cui agli articoli 41-47, ma anche 53 e 81, in base al quale l’iniziativa economica privata rimane la colonna portante dell’economia del Paese: L’art. 41.3 deve essere letto alla luce della bocciatura dell’emendamento Montagnana, il quale aveva proposto di inserire nell’ambito del diritto al lavoro seguente testo: “*allo scopo di garantire il lavoro di tutti i cittadini, lo Stato interverrà per coordinare e dirigere l’attività produttiva, secondo un piano che dia il rendimento massimo per la collettività*”. Poiché l’emendamento fu bocciato, l’art. 41.3 stabilisce necessariamente qualcosa di diverso dalla programmazione,



che può legittimamente riguardare solo i servizi pubblici ma non tutta l'economia (come avviene anche in altri Paesi europei e negli USA).

Per Bognetti, il mercato è un valore riconducibile alla libertà personale (art. 13), e da qui discende anche l'esistenza di un limite implicito al livello di tassazione (art. 53): un sistema fiscale che tassasse al 90% distruggerebbe tutta la ricchezza e l'iniziativa economica privata e dunque sarebbe incostituzionale.

Quindi le norme costituzionali adottano sistema "sociale di mercato" – economia mista – che è diverso da sistema liberale (10-15% di economia pubblica), ma anche da, sistema economico socialista (oltre 50% di economia pubblica). L'economia dev'essere quindi regolata secondo un'impostazione prevalentemente privatistica, altrimenti si realizzerebbe un modello sociale, contrario alla Costituzione italiana: la realizzazione dei fini sociali non può sacrificare diritti quesiti tramite la svalutazione e un debito pubblico eccessivo.

Secondo Bognetti, questo modello fu rispettato durante i governi centristi (1948 – 1963), ma poi con il centro sinistra si incominciò a forzare l'interpretazione del testo costituzionale, che fu definitivamente stravolta negli anni Settanta con la nascita dello Stato assistenziale, in cui lo Stato accetta tutte le richieste dei gruppi sociali, ampliando tassazione e debito, e si muove pertanto verso un modello non più misto ma socialista.

Ne consegue che, per una corretta interpretazione della costituzione economica italiana, occorre abbandonare la lettura "oltranzista" dell'art. 3.2: i fini sociali non sono quelli dell'articolo 3.2, ma sono quelli relativi al buon funzionamento del mercato e dell'economia, di cui ad es. agli articoli 47 (risparmio) e 81 (bilancio). L'art. 3.2 di per sé comporta solo la realizzazione di un livello minimo di diritti sociali, il resto dipende dalla scelta del legislatore e quindi è modificabile nel tempo. Ad es. Bognetti rigetta un'interpretazione della costituzione per la quale diritti sociali non sono ritrattabili.

Per quanto riguarda l'art. 43, l'intervento dello Stato imprenditore deve essere limitato ai soli servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio (naturale), mentre tutti gli altri settori devono essere lasciati ai privati. In quest'ottica, i servizi pubblici sono solo quelli economici: la nozione non si può estendere fino a ricomprendere ad es. la cultura (stampa, televisione), ma riguarda solo i servizi essenziali, che i cittadini non potrebbero procurarsi altrimenti che con l'intervento dello Stato.

È vero che l'art. 41 non disciplina rapporti tra privati, ma può essere interpretato nel senso di imporre norme antimonopolistiche (la legge antitrust ha dunque copertura costituzionale). Ciò ha delle conseguenze sull'art. 43: è ammissibile il monopolio pubblico nei tre settori indicati solo dopo la verifica di impossibilità di perseguire lo scopo tramite un meccanismo di concorrenza.

L'art. 41.3 osta quindi ad una programmazione generale dell'economia (cfr. sopra), ma anche la regolazione di singoli settori deve essere limitata e giustificata di volta in volta.

Anche per quanto attiene alla riserva di legge negli artt. 41 e 42, essa va intesa come assoluta e non relativa, perché questa era probabilmente la volontà dei costituenti.

L'art. 81 era fondamentale nella visione costituenti; fu voluto da Einaudi e prescriveva che ogni nuova spesa dovesse comportare una nuova entrata, ma non sotto forma di debito, esclusivamente tramite prelievo fiscale. Però alla fine degli anni Settanta e durante tutti gli anni Ottanta si assistette all'esplosione del debito, che solleva il problema del



rapporto tra art. 81 ed art. 3. Diverse sentenze della Corte costituzionale di tipo additivo estendessero a determinate categorie vantaggi economici ad esse non riservati dalla legge, sollevando la questione se la Corte costituzionale sia vincolata dall'art. 81. Occorre ritenere di sì, perché l'art. 81 è una norma di sistema: secondo Bognetti, la Corte dovrebbe almeno tenerne conto, bilanciandolo con art. 3, mentre fa prevalere sempre l'art. 3. In effetti, il volume globale delle spese pubbliche rispetto al PIL ha superato di gran lunga il limite di un'economia mista, per giungere ad un'economia di tipo sociale (il debito ammonta al 130% del PIL e l'economia pubblica è di dimensioni prevalenti rispetto a quella privata, pur dopo le privatizzazioni degli anni '90; si veda ora la riforma costituzionale del 2012 sull'articolo 81 Cost.).

La costituzione economica italiana deve tenere conto anche dei principi fondamentali del diritto europeo: il modello economico europeo è di economia mista e sociale, ma con indirizzi neoliberali. Non vi è un divieto di Stato imprenditore, ma molte norme che vincolano e rendono difficile tale intervento; in ambito europeo, vi è un carattere preminentemente privatistico dell'economia e un limite alla regolamentazione eccessiva dell'economia.

In ogni caso, vi sono fin dal 1957 nei Trattati europei norme che vanno in direzione del perseguimento di un'economia sociale: norme di programmazione e controllo anche con finalità sociale; norme sulla circolazione dei lavoratori dal punto di vista della garanzia della loro sicurezza sociale; fondo sociale; fin dall'inizio, politica monetaria sociale, che deve perseguire un alto livello di occupazione e la stabilità dei prezzi; oggi, anche le norme sulla coesione economica e territoriale.

In conclusione, secondo Bognetti non vi è, a ben vedere, un radicale conflitto tra scelte economiche europee e costituzione economica italiana, perché la costituzione economica italiana era diversa da quella effettivamente attuata e, nella sua versione originariamente voluta dai Costituenti, era perfettamente coerente con l'impostazione dell'economia sociale di mercato dei Trattati europei. È stata la successiva evoluzione dell'interpretazione e della prassi che ha stravolto il significato della costituzione economica italiana e che la ha distanziata dai Trattati europei.

## **5. Diritto costituzionale comparato dell'economia: i diversi modelli di costituzione economica**

La comparazione delle costituzioni economiche verrà esaminata sotto due aspetti differenti:

- esame dei modelli di costituzione economica attuali: democratico-liberale e socialdemocratica. Tale analisi verrà svolta alla luce del principale problema che le costituzioni economiche attuali devono affrontare e cioè il rapporto tra la tutela dei diritti sociali ed i vincoli di bilancio, che è – come si è visto – anche il tema principale del dibattito sulla costituzione economica italiana.



- comparazione tra costituzione economica italiana ed europea e compatibilità della prima con la seconda. Questo tema sarà affrontato nelle presenti dispense, ma poi approfondito nella parte sul diritto pubblico comparato, esaminato nel testo consigliato per il corso (Trimarchi Banfi), che affronta principalmente il tema dei servizi pubblici e degli appalti pubblici.

La comparazione può anche essere diacronica (approccio storico alla costituzione economica), avvalendosi dei contributi della storia dell'economia e dei diversi modelli economici, per capire la nascita del mercato inteso come istituzione autonoma, separata dalla società civile. Si può parlare della nascita dell'economia di mercato come prima costituzione economica, recepita nelle costituzioni liberali (USA e Francia). Con la nascita dell'economia di mercato, si diffonde la consapevolezza del mercato come insieme di regole autonome ma, al tempo stesso, separate dal diritto.

Contestualmente nascono lo Stato-nazione (rapporto di causalità circolare con nascita di mercato) e lo status di suddito, con rapporti giuridici diretti con il Sovrano, anche di natura economica. Il Re non è più proprietario dello Stato (visione patrimoniale dello Stato) ma ne è separato e il mercato diventa oggetto di indagine separata.

Con Adam Smith (*La ricchezza delle nazioni*, 1776) si afferma infine l'idea che l'economia è soggetta ad un insieme di regole che possono essere conosciute ed influenzate.

### **Costituzione economica e stato di diritto**

Secondo Di Gaspare (*Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali, II ed., Padova, Cedam, 2015*), si può esaminare l'evoluzione storica dei modelli di costituzione economica nell'ambito della teoria comparatistica delle forme di Stato.

Lo sviluppo della rappresentanza in origine è solo locale, attraverso gli stati generali, che vengono convocati solo per decidere in merito alle tasse; successivamente sorge la consapevolezza della borghesia della necessità di avere voce in capitolo su un numero maggiore di materie, anche per effetto del fenomeno di unificazione degli Stati e quindi dei mercati, e così questa classe avanza richieste di maggiori poteri.

In Spagna invece non si sviluppa questa consapevolezza, pur con l'unificazione dello Stato, perché lo Stato è finanziato dalle ricchezze delle colonie e quindi non si compie il processo di formazione dello stato di diritto che si verifica invece in altri ordinamenti.

In Inghilterra la concessione delle garanzie è frutto di un lungo sviluppo tra la *Magna Charta* del 1215 e le Rivoluzioni del XVII secolo.

In Francia la rivoluzione del 1789 è provocata (anche) dalla crisi economica e finanziaria dello Stato.

Quindi si nota come la tutela dei diritti presuppone la stabilizzazione del ruolo dei parlamenti, con il consolidamento dei diritti politici in capo a coloro che pagano le tasse (principio *no taxation without representation*). La costituzione economica presuppone la tutela delle libertà economiche e del diritto di proprietà come diritti fondamentali. Esiste un nesso fondamentale tra i diritti politici e i diritti economici:





- il V emendamento della Costituzione USA (approvato nel 1791) tutela come diritti fondamentali la triade: *life-liberty-property*;
- la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, all'articolo 17, afferma che la proprietà è un diritto inviolabile e sacro.

Benjamin Constant (*Principi di politica*, 1815) sostiene che il diritto di voto deve essere attribuito solo a chi paga le tasse in quanto proprietario fondiario, perché solo chi si trova in questa posizione ha interesse ad intervenire sulle scelte dello Stato (suffragio elettorale limitato in ragione del censo).

Nasce così lo Stato di diritto, caratterizzato da:

- separazione Re/Stato;
- dualismo sovranità popolare / sovranità regia e conseguente controllo dei cittadini sul potere attraverso:
  - parlamenti (controllo politico, ma con le limitazioni del suffragio limitato);
  - tutela dei diritti per opera del potere giudiziario (controllo giudiziario), con possibilità per il giudice di condannare lo Stato (ma su questo vi è una differenza significativa tra la tradizione francese e quella inglese);
- riserva di legge, che implica che solo il Parlamento – e non il Re – può legiferare in materia fiscale e di diritti di libertà;
- gerarchia delle fonti, ovvero prevalenza della legge sugli atti del Governo;
- generalità e astrattezza della legge per assicurare uguaglianza;
- provenienza della legge sempre e solo dal parlamento e soggezione dello Stato al parlamento come qualsiasi cittadino;
- principi di libertà e di stato di diritto, in base ai quali, mentre i cittadini possono fare tutto ciò che non è loro vietato, lo Stato può fare solo ciò che la legge lo autorizza a fare (stato di diritto); in base alla teoria *dell'ultra vires*, sono illegittimi gli atti compiuti dallo Stato senza averne il potere conferito dalla legge.

La nascita dello stato di diritto comporta inizialmente lo sviluppo di una **costituzione economica liberale**, la quale si basa su libertà di industria e commercio e tutela del diritto di proprietà. Di solito le costituzioni del tempo non definiscono né la libertà contrattuale né il diritto di proprietà (non vi è cioè una loro *conformazione* giuridica), sul presupposto che siano elementi naturali e predefiniti (ma questa affermazione è oggetto di forti critiche).

Quanto alla libertà contrattuale, la legge svolge solo un ruolo di garanzia (dell'assenza di costrizioni), non di intervento nei rapporti economici. La legge cioè garantisce le regole del gioco, con l'unico limite della libertà altrui. Questa base giustifica l'abolizione dei monopoli e delle riserve di attività economiche, nonché dei diritti di esclusiva.

Il diritto di proprietà è il lato statico della libertà di iniziativa economica. La proprietà è tutelata contro ogni intrusione; l'unica eccezione ammessa è l'espropriazione per pubblica



utilità, con riconoscimento del valore di mercato, che deve però essere prevista e disciplinata dalla legge.

Il proprietario può disporre di ogni suo bene (vi è dunque un evidente nesso molto stretto con la libertà di iniziativa economica), e tutti i beni economici sono alienabili: è stato superato il diritto medioevale che vietava la vendita e la divisione dei feudi; l'unico retaggio ancora oggi sono i cosiddetti beni demaniali indisponibili come spiagge, fiumi ecc. (artt. 822 e ss. del codice civile).

A garanzia del risparmio e del capitale privato, sono poi previsti in costituzione limiti alle imposte, che "espropriano" del frutto dell'iniziativa economica ovvero della proprietà, come la necessità di approvare ogni anno la legge fiscale e di bilancio che autorizza le spese e le entrate (in inglese si chiama significativamente "*appropriation bill*").

### **Crisi della costituzione economica liberale**

Per il concorso di vari elementi, ad un certo punto la costituzione economica liberale entra in crisi.

In primo luogo, il sistema dualista (sovranità popolare / sovranità regia) si dissolve per la riduzione di forza della sovranità regia, a causa dell'allargamento del suffragio elettorale. Proprio l'allargamento del suffragio elettorale modifica il carattere monoclasse della rappresentanza (rappresentanza pluriclasse): in Parlamento non sono più presenti i soli proprietari terrieri (come nelle prescrizioni di B. Constant) ma anche i rappresentanti di altre categorie economiche e dunque viene meno il dogma della tutela della proprietà privata e della libertà contrattuale.

Si assiste così al passaggio dallo stato liberale di diritto allo stato democratico di diritto, con due diverse versioni: in USA e nel Regno Unito rimane il sistema dualistico, mentre in Europa continentale si sviluppa il modello monista, su influenza dell'esperienza costituzionale francese.

Modello USA: la sovranità popolare legittima sia il Presidente che il parlamento; si mantiene e "congela" il sistema inglese vigente al momento della rivoluzione americana, con sostituzione del Re con il Presidente; successivamente il sistema rimane stabile e non si evolve verso il parlamentarismo.

Modello Regno Unito: il leader del partito di maggioranza è sempre il capo del governo: vi è quindi una tendenza al sistema monistico per sovrapposizione tra governo e maggioranza in parlamento, ma formalmente è dualista perché rimane la diarchia parlamento / Re.

Europa continentale: si sviluppa il modello monista: la sovranità risiede tutta nel parlamento; il governo necessita della fiducia del parlamento e deve far approvare il bilancio dal parlamento, ma con diverse modalità:

- Francia: si inizia con doppia fiducia (Costituzione 1814): il governo deve avere la fiducia del re e del parlamento. Poi si verificano le rivoluzioni del 1830 e del 1848 e la Comune del 1871. Con la Terza Repubblica rimane solo la fiducia del parlamento.



- Italia: lo Statuto Albertino (1848) segue la medesima evoluzione francese, pur senza modifiche formali del testo (cfr. il celebre motto di Sonnino “torniamo allo Statuto”).
- Germania: la situazione è diversa. Il Governo riesce a far passare l’idea che il bilancio è atto di sua competenza; vi è una ridotta responsabilità del governo nei confronti di parlamento. Successivamente la Costituzione di Weimar modifica la situazione e ristabilisce la prevalenza del parlamento sulla legge di bilancio.

Nel modello monista, il parlamento fa tutto, ovvero sia emana la legislazione sia svolge l’attività di indirizzo politico: la legge diventa strumento di decisioni politiche del parlamento, che prima erano prese dal governo e dal re ed avevano forza subordinata alla legge; la legge perde generalità ed astrattezza.

L’onnipotenza del parlamento fa nascere la necessità di contropoteri che vengono individuati nei limiti costituzionali. Sorge quindi l’esigenza della costituzione rigida, cioè della costituzione che non possa essere modificata dalla semplice legge del parlamento.

### **Nascita dello stato democratico di diritto**

Per effetto di questa evoluzione, nascono i diritti sociali, che non erano presenti nello stato liberale, dove la solidarietà sociale era privata e religiosa, ma non statale. Con l’introduzione del suffragio universale, sono rappresentate in parlamento anche le classi che vogliono maggiore spesa pubblica per tutelare le classi più deboli e quindi si sviluppa il concetto di redistribuzione della ricchezza. I conflitti sociali in un parlamento pluriclasse rendono necessaria la stabilizzazione costituzionale dello stato liberale di diritto: ciò avviene in Francia dopo il 1870, in Italia e Germania rispettivamente nel 1948 e 1949, e in Spagna nel 1976. I principali strumenti giuridici di tale stabilizzazione sono i seguenti:

- razionalizzazione della forma di governo parlamentare inglese, tramite adeguate opere di ingegneria costituzionale: la costituzione fissa il compromesso tra diritti economici e diritti sociali e le relative forme di tutela;
- nascita della giustizia costituzionale;
- sviluppo della figura del Presidente della Repubblica come potere neutro;
- consolidamento dell’autonomia della magistratura.

Cambia la caratteristica strutturale della legge: da garanzia della libertà a strumento per l’attuazione del programma politico della maggioranza. La legge può disciplinare qualsiasi materia e conforma l’attività dell’amministrazione (accezione invasiva del principio di legalità).

La legge non è più generale ed astratta, ma si avvicina agli atti del governo. La legge-provvedimento ha il contenuto di un provvedimento amministrativo ma ha la forza di legge e dunque non può essere annullata né disapplicata dalla magistratura, che lo può invece fare con gli atti di governo. Ne deriva il fenomeno dell’eccesso di produzione legislativa ed il parallelo fenomeno di attribuzione di poteri legislativi al Governo con



decreti legge e decreti delegati che si sviluppa, pur con differenze da caso a caso, in tutte le democrazie occidentali.

La modifica della struttura della legge è molto importante per il diritto costituzionale dell'economia: essa cessa di avere generalità ed astrattezza e diventa puntuale in quanto deve operare discriminazioni tra cittadini per attuare l'uguaglianza sostanziale, con conseguente attenuazione dell'uguaglianza formale.

Nell'ambito dello stato democratico di diritto, si realizzano tre diversi modelli di costituzione economica: democratico-liberale, socialdemocratica e democratico-sociale, le quali si differenziano tra di loro in relazione al diverso compromesso tra i diritti economici ed i diritti sociali.

#### *Costituzione economica democratico-liberale*

I diritti di libertà sono tutelati nella costituzione, mentre i diritti sociali sono lasciati alla legge.

La libertà di iniziativa economica è tutelata in costituzione, ma con limitazioni per la tutela di altre libertà personali (*privacy*), dell'ambiente, della sicurezza sul lavoro.

La proprietà è soggetta a limitazioni per garantire a tutti l'accesso: si ha l'eliminazione del latifondo (cfr. in Italia la riforma agraria del 1950-52) e la diffusione dell'azionariato di massa; si introducono regole per la disciplina dei mercati finanziari.

Viene ammessa l'iniziativa economica pubblica ma con le stesse forme di quella privata; sono ammessi aiuti e sussidi pubblici, ma a condizione di parità e meglio se sotto forma di aiuti fiscali; sono ammesse forme di reazione al fallimento del mercato con regolamentazione della concorrenza e, in casi di necessità, monopolio pubblico (per servizi a rete).

Nell'ambito della necessità di tutelare il risparmio, si sviluppa un controllo sull'emissione della moneta, viene al contempo garantita l'autonomia della politica monetaria (attribuita alla Banca centrale) dal parlamento e si stabiliscono limitazioni all'indebitamento; infine si introducono norme costituzionali sull'equilibrio di bilancio pubblico, e limiti costituzionali al prelievo fiscale.

Soprattutto, si afferma il principio per il quale i diritti sociali non devono pesare sul bilancio pubblico con indebitamento e prelievo; si ricorre pertanto a strumenti legislativi che impongano clausole contrattuali favorevoli alle parti deboli e stimolino la mutualità privata.

#### *Costituzione economica socialdemocratica*

È caratterizzata dalla mancanza di un vincolo all'equilibrio di bilancio e dalla formalizzazione costituzionale dei diritti sociali.

Promuove l'eguaglianza sostanziale, con l'erogazione di servizi fondamentali da parte dello Stato (sanità-sociale e previdenziale), tendenzialmente in regime di monopolio pubblico (esclusione dei privati dai servizi, salvo quelli terziari).

Si dà corso ad una penetrante programmazione economica, con la costituzione di aziende pubbliche, e vi è una gestione pubblica del mercato del lavoro e dei servizi finanziari (banche pubbliche o mutualistiche).

Vi è una forte pressione fiscale, che costituisce anche un disincentivo alle concentrazioni di capitale privato; la diminuzione delle entrate fiscali derivante dalla



conseguente contrazione economica viene bilanciata dall'indebitamento e dall'emissione monetaria (inflazione).

Comunque la stabilità del mercato è garantita, se pur temporaneamente, dalla forte domanda del settore pubblico e si ritiene necessaria la protezione doganale che tutela dalla concorrenza estera con tasse e costo del lavoro inferiori. Sono presenti forti limiti legali all'esportazione di capitali.

Il mercato è chiuso ed in equilibrio se le importazioni e le esportazioni sono in pareggio perché così non fuoriescono risorse all'estero.

È il modello degli Stati scandinavi, che avevano autosufficienza economica (fonte di energia) e lunga stabilità politica.

Non è il modello socialista, perché il mercato mantiene un ruolo centrale: rimane il ruolo informativo del consumatore per indirizzare l'offerta (cd. compromesso socialdemocratico).

Questo modello entra in crisi con l'imposizione dell'apertura dei mercati di capitali e la circolazione merci e alla concorrenza dei mercati stranieri (per effetto di imposizioni di fonte europea).

#### *Costituzione economica democratico sociale*

Si registra un'incertezza o imprecisione del testo costituzionale; il rapporto tra diritti economici e diritti sociali rimane fluido: è la legge a definirlo, di volta in volta, dunque è la costituzione materiale e non quella formale a essere determinante.

Spesso convivono il regime della programmazione e quello del mercato, con contraddizioni e conflitti di interesse.

Nei paesi di *common law* (USA / UK), si sviluppa principalmente il modello di costituzione economica democratico-liberale, che però presenta alcune peculiarità rispetto al modello sviluppatosi nei Paesi dell'Europa continentale (ed in particolare nei Paesi della zona Euro).

La principale differenza attiene al ruolo della legge: in USA / UK vi è tradizionalmente una minor quantità di produzione legislativa e un alto ricorso al giudice; in Europa, una maggior quantità di legislazione. Quindi in USA / UK l'imprenditore svolge attività più liberamente, salvo controllo successivo con attribuzione di responsabilità in caso di mancanze, mentre in Europa l'imprenditore, per poter operare, deve generalmente avere una preventiva autorizzazione da parte dell'autorità amministrativa (quindi in USA / UK si afferma la dicotomia lecito / illecito, mentre in Europa quella legittimo / illegittimo).

Recenti modifiche (in Italia) vanno tuttavia verso lo schema USA / UK (cfr. in Italia la disciplina del silenzio-assenso generalizzato introdotto dall'art. 20 L. 241/90: "Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2. Tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato").



Altre differenze tra costituzioni moniste e dualiste all'interno del modello democratico-liberale sono le seguenti:

- rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: nei sistemi dell'Europa continentale, la PA ha poteri speciali generalizzati di regolazione dell'economia, in quanto può emettere provvedimenti immediatamente vincolanti, salvo intervento del giudice, mentre in USA / UK la Pubblica Amministrazione è considerata al livello del cittadino, tanto che esiste un unico giudice per tutte le liti;
- ruolo del giudice, che negli USA è più forte poiché può disapplicare la legge in contrasto con la Costituzione; ciò è associato anche ad una maggiore certezza del diritto, per effetto del carattere vincolante del precedente tipico di USA e UK, rispetto ai Paesi continentali;
- ruolo del giudice: in USA / UK il giudice riduce il potenziale innovativo del legislatore, perché le innovazioni normative, soprattutto nel settore dell'economia, vengono introdotte dal giudice che crea il precedente e poi eventualmente recepite dal legislatore;
- in USA non c'è riserva di legge, né impresa pubblica (i cd. fallimenti del mercato vengono risolti con la regolazione e non con l'impresa pubblica, oppure con la quotazione e il controllo delle grandi società da parte di azionariato diffuso e azionisti istituzionali, come è successo durante la crisi del 2008);
- in USA non esistono riferimenti costituzionali ai diritti sociali: non c'è dunque un obbligo del legislatore a tutelare tali diritti. Esiste una legislazione sociale a partire dagli anni '30 (New Deal) che limita la libertà contrattuale e prevede erogazioni ai non abbienti (dagli anni '70), che è stata dichiarata non incostituzionale dalla Corte Suprema con una linea giurisprudenziale costante dagli anni '30. È pur vero che tale legislazione può essere revocata da legislatore perché non presente in costituzione, ma è difficile che ciò avvenga.
- in Usa è vero che non c'è tutela costituzionale per diritti sociali, ma vi è comunque una tutela costituzionale per disparità nell'erogazione legislativa dei diritti sociali. La recente riforma dell'assistenza sanitaria voluta dal Presidente Obama si basa sull'assicurazione sanitaria obbligatoria, con sussidio statale (totale o parziale) per i non abbienti, quindi non vi è un sistema sanitario pubblico, ma privato in parte finanziato dal pubblico.