IAIC MiBACT DGBIC CREDA

Diritto Mercato Tecnologia

FONDATA E DIRETTA DA
Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE
Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica

1 Marzo 2017

Diritti fondamentali della persona, utilità sociale e benessere collettivo

Maria Francesca Russo

COMITATO SCIENTIFICO
Guido Alpa, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi, Vincenzo Di Cataldo,
Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini, Andrea Guaccero,
Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni, Giorgio Meo,
Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini
E
Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Pàz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue

Nuova Editrice Universitaria

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato dei Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), PHILIPP FABBIO (Un. Reggio Calabria), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

PIERPAOLO ARGANELLI, MARCO BASSINI, SIMONA CASTALDO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, MONICA LA PIETRA, GAETANO MARINO, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, VALENTINA ROSSI, SILVIA SCALZINI

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.8088855, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

Diritti fondamentali della persona, utilità sociale e benessere collettivo

Maria Francesca Russo
Avvocato del Foro di Roma

Sommario: 1. I diritti fondamentali della persona: dalla Rivoluzione francese alla Carta di Nizza – 2. Il riconoscimento dei diritti fondamentali all'essere umano in quanto tale e il bilanciamento con gli interessi della collettività – 3. I diritti fondamentali della persona e il bilanciamento con i valori del mercato – 4. Mercato e benessere collettivo – 5. L'utilità sociale quale strumento di tutela dei diritti fondamentali della collettività nel mercato – 6. I diritti fondamentali e il pericolo di una loro surrettizia sottomissione ai valori del mercato.

1. I diritti fondamentali della persona: dalla Rivoluzione francese alla Carta di Nizza

Sono oramai innumerevoli i testi normativi sia internazionali sia di singoli Paesi che riconoscono e tutelano i diritti fondamentali della persona umana.

Il testo che è considerato aver dato l'avvio all'età moderna della storia giuridica dell'uomo e rappresenta la fine definitiva del medioevo è la Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) – tuttora espressamente richiamato dall'attuale Costituzione francese del 1958 - elaborato nel corso della rivoluzione francese e contenente una solenne elencazione di diritti fondamentali dell'individuo ispirata alla Dichiarazione d'indipendenza americana del 4 settembre 1776.

Tale documento ha ispirato a sua volta pressoché tutte le carte costituzionali del mondo occidentale; gran parte del contenuto della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino è confluito infatti a sua volta nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo adottata all'indomani della se-

conda guerra mondiale dalle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948, stesso anno in cui è entrata in vigore la nostra Costituzione[1].

Sempre sull'onda del moto di ripulsione per la sistematica negazione dei diritti umani che caratterizzò i regimi autoritari durante l'ultima guerra mondiale, fu stipulata la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (cd. CEDU, del cui rispetto si occupa la Corte europea dei diritti dell'uomo, cd. Corte di Strasburgo), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 858. A partire dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 349 del 2007 la CEDU è stata "promossa" nella gerarchia delle fonti, e ora non è più considerata un semplice atto avente forza di legge (come leggi, decreti legge e decreti legislativi) ma si colloca in posizione intermedia tra quest'ultimi e le norme costituzionali.

Degli anni sessanta è la *Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici* (meglio nota come *Patto internazionale sui diritti civili e politici*), trattato delle Nazioni Unite nato dall'esperienza della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* e di cui è considerato un'evoluzione e una specificazione, adottato nel 1966, sottoscritto da tutti i più importanti Paesi del mondo ed entrato in vigore il 23 marzo del 1976.

A seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea afferma che "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* [c.d. Carta di Nizza]… *che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati*", e quindi i diritti fondamentali da essa

[1] Pur non essendo un trattato e pur non essendo stata ratificata, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata espressamente adottata allo scopo di definire il significato delle parole "libertà fondamentali" e "diritti umani" che appare nella Carta delle Nazioni Unite, che è vincolante per tutti gli stati membri. Per questa ragione la Dichiarazione Universale è un documento fondamentale costitutivo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), a cui dunque aderiscono tutti i principali Stati del mondo. Molti giuristi internazionali, inoltre, ritengono che la Dichiarazione fa parte del diritto internazionale consuetudinario ed è un potente strumento di pressione diplomatica e morale ai governi che violano uno dei suoi articoli. La dichiarazione continua ad essere ampiamente citata da governi, accademici, avvocati, Corti costituzionali (in particolare la nostra Corte costituzionale la cita spesso come argomento rafforzativo delle sue decisioni) e singoli esseri umani che si appellano ai suoi principi per la tutela dei loro diritti umani.

riconosciuta sono entrati a pieno titolo a far parte dei valori dell'Unione europea che la Corte di Giustizia di Lussemburgo è tenuta a far rispettare e che la nostra Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, colloca nella gerarchia delle fonti addirittura sopra le norme costituzionale e sotto soltanto i diritti fondamentali e i principi fondamentali della Costituzione (cd. teoria dei contro limiti). I diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Carta di Nizza dunque si affiancano a quelli tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e difesi della Corte di Strasburgo nonché a quelli della nostra Costituzione, di cui si fanno interpreti e protettori la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione.

2. Il riconoscimento dei diritti fondamentali all'essere umano in quanto tale e il bilanciamento con gli interessi della collettività

I diritti fondamentali della persona sono riconosciuti all'essere umano in quanto tale, a prescindere da qualsiasi suo status o condizione, e quindi anche al non cittadino o al detenuto.

La salute psico-fisica del disabile quale diritto fondamentale dell'individuo, tutelata dall'art. 32 Cost., rientra ad esempio tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all'individuo a prescindere dalla circostanza che egli sia o meno un cittadino italiano (sentenza n. 213 del 2016).

La nostra Corte di Cassazione, in sintonia con il dettato dell'art. 2 della Costituzione, ha dato effettivo riconoscimento ai diritti fondamentali dell'individuo individuandone la loro effettiva essenza nella circostanza che portatore di tali diritti è l'uomo in quanto tale e non solo il cittadino: si pensi al filone giurisprudenziale in tema di immigrazione, ove si afferma che "*sono costituzionalmente illegittime, perché ingiustificatamente discriminatorie, le norme che impongono nei soli confronti dei cittadini extraeuropei particolari limitazioni al godimento di diritti fondamentali della persona, riconosciuti ai cittadini italiani*" (sentenze n. 593 del 2016, che riconosce anche al disabile straniero privo della carta di soggiorno l'indennità di accompagnamento e 15362 del 2015, che riconosce a determinate condizioni allo straniero il diritto al ricongiungimento familiare).

Quanto al detenuto, con la sentenza n. 83 del 2017 la Consulta ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario), con la quale il giudice *a quo*, ritenendo che tale norma potesse applicarsi solo ai detenuti e non anche agli internati (ossia a coloro che non scontano una pena ma sono sottoposti ad una misura di sicurezza), lamentava una disparità di trattamento fra le due categorie. La Corte costituzionale ha ritenuto invece che da una interpretazione piana della norma si deduca la sua applicabilità sia ai detenuti che agli internati. Secondo tale norma, dunque, i detenuti e gli internati che subiscono o hanno subìto un trattamento degradante e disumano in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo possono chiedere un rimedio risarcitorio. La Corte europea dei diritti dell'uomo individua, tra gli indicatori di tale trattamento, lo spazio disponibile per ogni singola persona detenuta o internata, l'impossibilità di utilizzare la toilette in modo privato, l'areazione, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle regole sanitarie di base.

Si deve sottolineare che il risarcimento del danno da detenzione inumana o degradante non è un danno derivante dalla semplice "compressione" dei diritti fondamentali (che nel caso del detenuto è considerata legittima), ma per la loro compressione eccessiva, tale cioè da intaccarne il nucleo incomprimibile, lo "zoccolo duro". Infatti, come si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 20 del 2017 a proposito della possibilità di limitare il diritto fondamentale di cui all'art. 15 Cost. alla libertà e alla segretezza della corrispondenza dei detenuti, se è vero che tale diritto garantisce «quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana» nondimeno, al pari di ogni altro diritto costituzionalmente protetto, anche il diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza è soggetto a limitazioni, purché disposte «per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge». Per questo, la «Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi», nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ra-

gionevolezza (sentenza n. 85 del 2013). Analogamente, ha affermato la Consulta nella sentenza n. 122 del 2017 che la tutela dei diritti costituzionali del detenuto opera «con le limitazioni che, come è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta». La legittima restrizione della libertà personale cui il detenuto è soggetto, e che trova alla sua base un provvedimento giurisdizionale, si riverbera inevitabilmente, in modo più o meno significativo, sulle modalità di esercizio delle altre libertà costituzionalmente alla prima collegate. Ciò avviene anche per la libertà di comunicazione, la quale, nel corrente apprezzamento, rappresenta – al pari della libertà di domicilio (art. 14 Cost.) – una integrazione e una precisazione del fondamentale principio di inviolabilità della persona, sancito dall'art. 13 Cost., in quanto espressione della "socialità" dell'essere umano, ossia della sua naturale aspirazione a collegarsi spiritualmente con i propri simili. È evidente, così, che lo stato di detenzione incide in senso limitativo sulla facoltà del detenuto di intrattenere colloqui diretti con persone esterne all'ambiente carcerario: colloqui che, quali comunicazioni tra presenti, ricadono certamente nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost.

È costante, nella giurisprudenza costituzionale, la considerazione secondo cui l'art. 3 Cost. esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali. E la tutela del principio di proporzionalità, nel campo del diritto penale, conduce a «negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni» (sentenze n. 341 del 1994 e n. 409 del 1989). Deve essere ricordato, in questa prospettiva, anche l'art. 49, numero 3), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e che ha ora lo stesso valore giuridico dei trattati, in forza dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008 n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009 – a tenore del

quale «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato» (sentenza n. 286 del 2016).

Peraltro, correlativamente, anche i diritti inviolabili possono subire limitazioni o restrizioni «in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia» della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione (sentenza n. 366 del 1991), e non v'è dubbio che l'amministrazione della giustizia e la persecuzione dei reati costituiscano interessi primari, costituzionalmente rilevanti, idonei a giustificare una normativa limitativa del diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e della comunicazione. La "somma" dei nuclei incomprimibili dei diritti fondamentali costituisce la base della dignità dell'essere umano, che pure in carcere deve essere rispettata: il danno risarcibile pertanto, liquidabile anche con valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., è soltanto quello che supera la legittima compressione dei diritti fondamentali per sconfinare in una violazione del nucleo incomprimibile dei diritti fondamentali.

Del resto anche la Cassazione[2] ha affermato il diritto di qualsiasi detenuto – anche il più pericoloso – di morire dignitosamente: la dignità è dunque una condizione che deve accompagnare l'essere umano in qualunque fase della sua vita, anche quella della permanenza in carcere, ed essa non può essere sacrificata oltre un certo limite in nome dell'esigenza di protezione della collettività.

Un altro caso di contemperamento tra diritti fondamentali dell'individuo e esigenze della collettività (nel caso di specie alla certezza nelle relazioni giuridiche) si è avuto con la sentenza n. 180 del 2017, con la quale si è affermato come l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisca senz'altro espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere. Il ragionevole punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia è stato, infatti, individuato affidando al giudice, nella valutazione delle insopprimibili peculiarità di ciascun individuo, il compito di ac-

[2] Cass., sez. I, 22/03/2017, ud. 22/03/2017, dep.05/06/2017, n. 27766, Riina.

certare la natura e l'entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere.

Analoghe affermazioni relative al necessario contemperamento tra diritti dell'individuo e della collettività vengono svolte dalla Corti di Lussemburgo, ad esempio in tema di decadenze da azioni di risarcimento del danno, secondo tale Corte spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi, compresi quelli per risarcimento danni, alla sola condizione che tali modalità non violino i principi di equivalenza ed effettività (tra le tante, Corte di giustizia 26 novembre 2015, C-166/14, Med Eval, punto 37; 12 marzo 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, punto 39; 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, punto 46). Sostanzialmente analoghe sono le traiettorie seguite dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui «il "diritto a un tribunale", di cui il diritto all'accesso costituisce un aspetto, non è assoluto, potendo essere condizionato a limiti implicitamente ammessi. Tuttavia, tali limiti non debbono restringere il diritto all'accesso ad un tribunale spettante all'individuo in maniera tale, o a tal punto, che il diritto risulti compromesso nella sua stessa sostanza. Inoltre, limiti siffatti sarebbero da considerarsi in violazione dell'articolo 6 § 1 a meno che non perseguano uno scopo legittimo e che esista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito» (Corte EDU, 4 febbraio 2014, Staibano e altri contro Italia, paragrafo 27; nonché la giurisprudenza ivi citata: 24 settembre 2013, Pennino c. Italia, paragrafo 73; Papon c. Francia, 25 luglio 2002, paragrafo 90; 14 dicembre 1999, Khalfaoui c. Francia, paragrafi 35-36).

3. I diritti fondamentali della persona e il bilanciamento con i valori del mercato

Se dunque i diritti fondamentali della persona sono ormai nel mondo occidentale pressoché unanimemente riconosciuti, è tuttavia diversa l'importanza e il ruolo che ad essi si attribuisce a seconda del testo normativo che prendiamo in considerazione. In effetti, non può non rilevarsi la significativa differenza che tuttora persiste tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta di Nizza, in quanto mentre la prima carta dei valori attribuisce rilievo solo ai diritti fondamentali dell'individuo, la seconda con-

templa anche valori tipici del mercato (si pensi al riconoscimento della libertà d'impresa all'art. 16 – che anzi è considerato a sua volta un diritto fondamentale, come tale avente pari dignità rispetto agli altri diritti fondamentali e con essi suscettibile di essere bilanciato - al diritto di proprietà di cui all'art. 17 e alla tutela dei consumatori all'art. 38)[3], e ammette esplicitamente, all'art. 52, eventuali limitazioni all'esercizio delle libertà e dei diritti dell'uomo riconosciuti dalla Carta.

Non può in effetti dimenticarsi la persistente centralità del mercato nell'ottica dell'Unione europea e che i diritti fondamentali sono stati in un primo tempo trascurati dall'Unione europea la quale, quando era ancora semplicemente una "Comunità economica europea" ha rivolto i suoi sforzi esclusivamente nella direzione di una integrazione economica[4], tralasciando altri aspetti, quali da un lato un tentativo effettivo di creare una reale unione politica e dall'altro uno serio sforzo di imporre a tutti gli Stati membri il dovere di rispettare i diritti fondamentali.

Solo di recente si è acquisita la consapevolezza che una Unione dell'Europa reale ed effettiva si può realizzare esclusivamente attraverso una integrazione e una cooperazione in tutti i campi, ivi compresi i diritti fonda-

---

[3] Cfr. Corte di Giustizia UE (Quarta Sezione), 27 marzo 2014, causa C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH, Contro Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, secondo cui *la Corte ha già statuito che, quando diversi diritti fondamentali sono in contrasto fra loro, gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione di una direttiva, a fondarsi su un'interpretazione di quest'ultima tale da garantire un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali applicabili tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Per quanto riguarda la libertà d'impresa, va constatato che l'adozione di un'ingiunzione quale quella di cui al procedimento principale limita tale libertà. Infatti, il diritto alla libertà d'impresa comprende segnatamente il diritto di ogni impresa di poter disporre liberamente, nei limiti della responsabilità per le proprie azioni, delle risorse economiche, tecniche e finanziarie di cui dispone.* Cfr. l'art. 16 (*Libertà d'impresa*): *È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*; art. 38 (*Protezione dei consumatori*): *nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori*. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in (a cura di) A.M. GAMBINO, *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, 166, secondo cui i citati artt. 16 e 38 impongono di rimeditare l'impostazione secondo cui la Carta di Nizza attribuirebbe rilevanza e tutela soltanto alle manifestazioni dell'autonomia privata che più immediatamente si collegano allo sviluppo della persona umana.

[4] Cfr. ad esempio Corte di Giustizia CEE, 5 febbraio 1963, C-26/62, secondo cui "lo scopo del Trattato CEE è quello di instaurare un mercato comune".

mentali, e ciò peraltro anche al fine di realizzare una più soddisfacente integrazione economica. È da poco infatti che si è verificato il definitivo superamento della concezione iniziale dell'Unione europea, attenta solo ad una integrazione economica e a far valere il principio di libera circolazione delle persone, delle merci, dei sevizi e dei capitali[5].

Per quanto riguarda invece Cassazione e Corte costituzionale, si è assistito ad un processo per certi versi quasi opposto: esse hanno infatti solo negli ultimi anni finalmente pienamente metabolizzato e fatti propri i valori della concorrenza e del mercato (si pensi all'introduzione solo nel 1990 - legge n. 287 - di una disciplina *antitrust* nazionale, dell'inserimento per la prima volta nella Costituzione - all'art. 117, comma 2 - della parola "concorrenza" a seguito della riforma del titolo V nel 2001; alla sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 2207 del 2005 che ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale; alle numerose sentenze della Corte costituzionale che hanno ricondotto le misure legislative di liberalizzazione delle attività economiche - dalle professioni intellettuali alle concessioni demaniali agli stabilimenti balneari - alla materia «tutela della concorrenza»; alle sempre più frequenti sentenze della Cassazione che sanzionano comportamenti illeciti della pubblica amministrazione per violazione della legge *antitrust* nell'assegnazione degli appalti o nell'applicazione del principio di non discriminazione fra imprese[6].

---

[5] Cfr., fra le tante, Corte di giustizia UE 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland e Seitlinger e a. (cause riunite C-293/12 e C-594/12), che ha dichiarato invalida la direttiva sulla conservazione dei dati personali, in quanto comporta "un'ingerenza di vasta portata e di particolare gravità nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, non limitata allo stretto necessario".

[6] Cfr. Cass. 11 maggio 2017, n. 11456, secondo cui la circostanza che un'impresa eserciti la gestione di servizi di interesse generale (nella specie, servizi cimiteriali) non le consente di ottenere in via esclusiva anche l'affidamento di altri servizi (nella specie, onoranze funebri, nonché fornitura e posa di arredi funerari), in quanto l'esenzione dall'applicazione della normativa *antitrust*, prevista dall'art. 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, opera solo per le attività strettamente connesse all'adempimento degli specifici compiti loro affidati, non estendendosi a quelle che possono essere esercitate in regime di concorrenza; Cass. 10 maggio 2017, n. 11446, secondo cui negli appalti di opere pubbliche costituisce violazione delle norme imperative in tema di evidenza pubblica l'assegnazione attraverso trattativa privata di un appalto, con conseguente nullità del contratto stesso; Cass., 7 febbraio 2017, n. 3200, secondo cui poi-

In effetti, le nostre Corti nazionali e la Corte di Strasburgo hanno fin dall'inizio avuto saldamente come obiettivo primario la tutela dei diritti fondamentali, anche se tale tutela ha sicuramente avuto negli ultimi tempi un ulteriore impulso ad opera da un lato della Corte costituzionale mediante la "promozione" nella gerarchia delle fonti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a partire dalle sentenza nn. 348 e 349 del 2007 e dall'altro della già ricordata entrata in vigore della Carta di Nizza nel 2009.

Infatti, la tutela dei diritti fondamentali è fermamente ancorata alla nostra Costituzione del 1948 e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, che nascono *in primis* non certo a tutela della concorrenza e del mercato ma proprio a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), a seguito degli orrori della seconda guerra mondiale, delle leggi razziali, dei campi di sterminio, e dunque come reazione alla violazione sistematica dei diritti fondamentali che avvenne in quel periodo e alla conseguente completa degradazione e annullamento della dignità della persona umana. È in questa prospettiva che è ormai da tempo acquisita alla nostra cultura giuridica la c.d. teoria dei controlimiti, che risale alla sentenza della Consulta n. 170 del 1984, innumerevoli volte citata e confermata in seguito dalle nostre Corti nazionali, e che pone al vertice del nostro ordinamento i diritti fondamentali, i quali devono prevalere anche sul diritto dell'Unione europea che si ponesse eventualmente in contrasto con essi[7]. Tale principio è stato ribadito dalla sentenza n. 238 del 2014, secondo la quale i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'ingresso delle norme interna-

---

ché, a parità di contenuto delle prestazioni che le imprese rendono in favore di una stessa P.A., quest'ultima è tenuta nei loro confronti al medesimo corrispettivo economico, pena la discriminazione di alcune di esse rispetto ad altre, l'impresa che decida di non impugnare un atto generale della P.A. che modifichi il corrispettivo dovuto per le prestazioni svolte non può essere pregiudicata, ove tale atto venga annullato su ricorso di terzi, in ragione di una pretesa validità del provvedimento nei suoi confronti.

[7] Accade peraltro che tale prevalenza per ragioni di "galateo internazionale" - cfr. in questo senso la sentenza n. 238 del 2014 – non viene completamente esplicitata nelle motivazioni, come nel caso della c.d. sentenza Alitalia n. 270 del 2010, che, pur senza dichiarare esplicitamente incostituzionale norme dell'Unione europea, ha tuttavia sancito la prevalenza del diritto fondamentale al lavoro sulle norme in tema di concorrenza non solo nazionali ma anche dell'Unione europea, che avrebbero impedito la fusione tra Alitalia e Air One, in quanto tale fusione integrava a tutti gli effetti una concentrazione anticoncorrenziale vietata dalle norme dell'Unione.

zionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, comma 1, Cost. ed operano quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea. La stessa sentenza ha, a proposito dell'immunità degli Stati sovrani dalla giurisdizione italiana per i crimini di guerra, affermato che anche in una prospettiva di realizzazione dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati ai principi di pace e giustizia, in vista dei quali l'Italia consente a limitazioni di sovranità (art. 11 Cost.), il limite che segna l'apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale e sovranazionale (artt. 10 ed 11 Cost.) è costituito dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo, e ciò è sufficiente ad escludere che atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, riconosciuti come crimini contro l'umanità, possano giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di quei crimini, nell'ambito dell'ordinamento interno. Pertanto, in un contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo, esaltati dall'apertura dell'ordinamento costituzionale alle fonti esterne, la circostanza che per la tutela dei diritti fondamentali delle vittime dei crimini di guerra sia preclusa la verifica giurisdizionale rende del tutto sproporzionato tale sacrificio rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato, allorquando quest'ultima si sia espressa, come nella specie, con comportamenti qualificabili come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, in quanto tali estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo.

Mentre in Italia i diritti fondamentali godono dunque di una dignità assoluta e di preminenza tra le fonti del diritto, nei Trattati dell'Unione europea essi si pongono sullo stesso piano delle altre disposizioni dei Trattati e degli altri principi e valori del diritto comunitario; la stessa Carta di Nizza ammette esplicitamente, all'art. 52, che eventuali limitazioni all'esercizio delle libertà e dei diritti riconosciuti dalla Carta possono essere previste dalla legge. Pertanto, in ambito UE il rispetto dei diritti umani viene contemperato con altri valori e principi comunitari come quelli relativi al mercato interno e alla libera circolazione di merci, persone, servizi, capitali, o concernenti la libera concorrenza o l'unione monetaria, tanto che la parola "fondamentali" viene più spesso abbinata non già a quella"diritti" ma a "libertà", e non per inten-

dere la libertà di movimento, di riunione o di associazione, ma libertà quali la libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi e di libera circolazione dei capitali[8]. Già la sentenza della Corte di Giustizia CEE 14 maggio 1974, causa 4/73 (Nold contro Commissione) affermò in effetti che i diritti fondamentali possono essere sottoposti a limiti giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non sia lesa la sostanza (quello che la nostra Corte costituzionale definirebbe "il nucleo essenziale", "il nocciolo duro") di tali diritti.

Nelle nostre Corti nazionali e nella Corte EDU[9] è infatti ancora saldamente al centro delle tutele l'uomo, la persona umana, mentre nella filosofia

---

[8] Sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione), Fernand Ullens de Schooten contro État belge, causa C-268/15 del 15 novembre 2016, secondo cui il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che il regime della responsabilità extracontrattuale di uno Stato membro per il danno causato dalla violazione di siffatto diritto non è destinato a trovare applicazione in presenza di un danno asseritamente provocato ad un singolo a causa della presunta violazione di una libertà fondamentale, prevista agli articoli 49, 56 o 63 TFUE (le disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi e di libera circolazione dei capitali), da una normativa nazionale applicabile indistintamente ai cittadini nazionali e ai cittadini di altri Stati membri, allorché, in una situazione i cui elementi sono tutti collocati all'interno di uno Stato membro, non sussistono legami fra l'oggetto o le circostanze in discussione nel procedimento principale e i menzionati articoli.

[9] Cfr. ad esempio, solo per citare alcune tra le decisioni più recenti, Corte EDU Rasul Jafarov v. Azerbaijan n. 69981/14), sez. V, 17 marzo 2016, in tema di detenzione illegale di un avvocato-attivista per i diritti umani, decisione in cui si è riscontrata la violazione dell'art. 5 § 1 (diritto alla libertà e alla sicurezza), dell'art. 5 § 4 (diritto ad avere una detenzione secondo legge e decisa in tempi rapidi da un giudice); Corte EDU Simeonovi v. Bulgaria (n. 21980/04), sez. V, 20 ottobre 2015, sulle cattive condizioni in cui era custodito un detenuto condannato al'ergastolo: la Corte ha individuato una violazione dell'art. 3 della Convenzione in ragione delle pessime condizioni in cui era detenuto; Corte EDU Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina (n. 17224/11), sez. V, 13 ottobre 2015, in tema di in tema di un processo per diffamazione intentato contro delle organizzazioni non governative a seguito di una loro lettera di lamentele scritta contro il diretto di una radio, la Corte ha ritenuto con la maggioranza di 4 voti contro 3 che non ci fosse stata violazione dell'art. 10 della Convenzione in tema di libera manifestazione del pensiero e che vi fosse stata un corretto bilanciamento tra il diritto alla reputazione del direttore della radio e il diritto delle ONG di riportare critiche alla autorità competenti che però avevano trasmodato una corretta e serena esposizione dei fatti; Corte EDU Nagmetov v. Russia (n. 35589/08), sez. V, 5 novembre 2015,che riguarda il caso del figlio dell'attore morto a causa di una granata scoppiata durante una manifestazione politica di protesta: la Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 2 della Convenzione (diritto alla vita) sotto il profilo di un ricorso alla forza da parte della polizia sproporzionato rispetto alle effettive necessità.

della Corte di Giustizia dell'Unione europea riveste tuttora una posizione preminente il corretto funzionamento del mercato (luogo di incontro di professionisti e consumatori), anche se nella più o meno raggiunta consapevolezza che esso altro non è che un luogo ove agiscono persone umane, una di quelle formazioni sociali cioè cui fa riferimento l'art. 2 Cost.[10].

Questa contrapposizione non del tutto risolta tra tutela dei diritti fondamentali e mercato e quindi tra persona e consumatore costringe l'interprete ad un continuo sforzo per ricostruire da un lato la *ratio* di tutela delle norme più pertinente alla particolare situazione e dall'altro ad un delicato bilanciamento tra i suddetti valori. In questa prospettiva il mercato non va considerato come solo il luogo deputato alle contrattazioni economiche tra consumato-

---

[10] Il rapporto tra tutela della concorrenza e dei diritti fondamentali e la diversità "culturali" tra Corte GUE e Corti nazionali non sempre tuttavia costituiscono un problema, e anzi talvolta marciano di pari passo e hanno permesso una reciproca e proficua crescita nei rispettivi ambiti di tutela. Così, ad esempio, in un caso riguardante specificamente l'Italia, la Corte di Giustizia ha evidenziato lo stretto collegamento tra il corretto funzionamento del mercato e dei meccanismi concorrenziali da un lato e la possibilità per i cittadini di usufruire di libertà fondamentali quali quella al pluralismo dell'informazione dall'altro (Corte Giustizia CE, 31 gennaio 2008, Causa C-380/05). Si è in particolare affermato che il principio della libera prestazione di servizi è leso da un sistema, come quello italiano, che non consente al titolare di una concessione televisiva di trasmettere e quindi prestare di un servizio a causa della mancata assegnazione delle frequenze da parte delle autorità amministrative nazionali. Conclude la CGUE sostenendo che un sistema che limita il numero degli operatori presenti sul mercato e consolida la posizione degli operatori già attivi nel settore delle trasmissioni televisive, senza applicare criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati per la concessione delle autorizzazioni, è un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Coerentemente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 206 del 2009, ha evidenziato che principio fondamentale del sistema radiotelevisivo è il pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, l'apertura alle diverse opinioni, riconducibili all'art. 21 Cost. Una sentenza della Cassazione su un tema apparentemente banale mostra poi ancora una volta la stretta connessione tra diritti fondamentali della persona e diritti economici e il reciproco vantaggio che si può trarre da una tutela congiunta dei due aspetti: ha stabilito la Suprema Corte (sentenza n. 14602 del 2007) che ai fini dello svolgimento dell'attività di propaganda a scopi commerciali in locali nei quali il consumatore si trovi temporaneamente per ragioni di studio, cura o svago, l'incaricato può accedere a tali luoghi ma è necessario che sia munito del prescritto tesserino di riconoscimento, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 114 del 1998. In mancanza, dell'illecito rispondono tanto l'impresa per conto della quale l'incaricato agisce quanto quest'ultimo. La vendita porta a porta mostra come sia un tutt'uno il diritto economico a non fare scelte di acquisto non adeguatamente ponderate e il diritto alla propria *privacy*, a non essere disturbati.

ri e professionisti ma anche una formazione sociale in cui la persona umana può sviluppare la propria personalità.

I principi della solidarietà sociale e della dignità della persona, che permeano l'intero ordine costituzionale, connotando la forma di Stato in termini di democrazia sostanziale, trovano uno specifico ambito di applicazione anche nelle disposizioni riguardanti le libertà economiche, in quanto il diritto di iniziativa economica del professionista viene limitato, a favore del consumatore, attraverso clausole aperte quali l'"utilità sociale" e la "sicurezza, la libertà la dignità umana"[11]. La contrattazione sul mercato, accanto ad interessi pubblici aventi una forte caratterizzazione collettiva (come ad esempio il rispetto dell'ambiente e della concorrenza) mette in gioco anche il rispetto di diritti fondamentali del singolo, della persona umana (in primis il diritto alla salute, ma si pensi anche al diritto alla privacy e alla riservatezza[12], sempre più messi a repentaglio da contrattazioni a distanza che richiedono necessariamente la raccolta di dati sensibili del consumatore).

---

[11] C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano 1985, 370, il quale considera le condizioni generali del contratto come un fenomeno collettivo e ritiene che la potenziale dannosità sociale delle stesse sia data dall'eventuale approfitta mento che trascende il singolo rapporto e si proietta a danno di una generalità di contraenti, assoggettati all'altrui potere regolamentare; M. NUZZO, *Condizioni generali di contratto e pubblici servizi*, Milano 1994, 157, il quale sottolinea l'esigenza di una valutazione del potere privato condotta sulla scorta del limite dell'utilità sociale, nella quale si riassumono gli interessi fondamentali tutelati dalle norme costituzionali in tema di rapporti economici.

[12] Cfr. ad esempio Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, secondo cui il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cosiddetto codice della privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva. Il relativo accertamento di fatto è rimesso al giudice di merito e resta ancorato alla concretezza della vicenda materiale portata alla cognizione giudiziale ed al suo essere maturata in un dato contesto temporale e sociale. In applicazione di tale principio la S.C. ha cassata la decisione di merito che, sulla base del mero disagio, aveva ritenuto risarcibile il danno alla privacy, caratterizzato dalla possibilità, per gli utenti del "web", di rinvenire agevolmente su internet - attraverso l'uso di un comune motore di ricerca - generalità, codice fiscale, attività di studio, posizione lavorativa e retributiva della parte attrice.

4. Mercato e benessere collettivo

Funzione essenziale del mercato è la crescita della ricchezza attraverso una rapida circolazione dei beni, in ragione del fatto che il bene scambiato riveste un'utilità maggiore per chi lo compra rispetto a chi lo vende. In questa prospettiva, è innegabile che il mercato costituisca un importante strumento per incrementare il benessere collettivo; tuttavia quando è privo di regole porta con sé il rischio che il più forte ne voglia approfittare: di qui la necessità di una adeguata regolamentazione (leggi *antitrust*, Autorità garante della concorrenza e altre Autorità di settore), che se eccessiva richiede una oculata politica di liberalizzazioni.

La nascita del mercato viene tradizionalmente indicato come un passaggio fondamentale della storia dell'uomo, il punto di passaggio dal medio evo all'età moderna e la nascita della borghesia; è il momento in cui gli abitanti del feudo lasciano i propri feudatari per incontrarsi e scambiare i propri beni prodotti in eccedenza: vengono fondate nuove città ed inizia a circolare il denaro. In economia si intende per mercato il luogo deputato allo svolgimento degli scambi; secondo un'altra definizione il mercato è il punto di incontro della domanda e dell'offerta[13], cioè degli acquirenti e dei venditori[14].

Attraverso il mercato viene spesso direttamente anche permessa la realizzazione e il conseguimento di diritti fondamentali (ad esempio attraverso il mercato televisivo il diritto ad essere informati in maniera pluralistica ed effettiva[15]; attraverso la vendita di beni alimentari il diritto alla salute).

---

[13] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, 67, secondo cui il mercato è un luogo, anche solo figurativamente inteso, in cui si realizzano scambi organizzati: è dunque un *locus artificialis* che non potrebbe esistere senza un nucleo di regole che in qualche modo lo conformino. Il mercato sarebbe *locus artificialis* e non *naturalis* perché "fatto con l'arte del legiferare".

[14] G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna 1979, 22. Cfr. anche A. STAZI e D. MULA, *Commento agli artt. 48 e 49 del Codice del consumo*, in A.M. GAMBINO e G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori*, *Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014, 73, i quali rilevano che gli obblighi di informazione e trasparenza sono finalizzati non solo al superamento delle asimmetrie informative ma sono volti anche a disciplinare il mercato, l'attività che vi si svolge e le imprese che vi operano.

[15] La giurisprudenza della Corte costituzionale ha costantemente affermato la valenza centrale della libertà di manifestazione del pensiero nel nostro ordinamento costituzionale. Sin da risalenti pronunce essa ha infatti asserito che tale libertà «è tra le libertà fondamentali

In effetti il mercato è più di un luogo di scambio, anche e soprattutto perché vi sono delle persone umane che possono recarvisi, incontrarsi, scambiarsi delle idee, informarsi, più o meno bene[16], e non comprare o vendere nulla. Secondo il giurista inglese Goode infatti, se il mercato si basasse

---

proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale» (sentenza n. 9 del 1965), sottolineando che il diritto previsto dall'art. 21 Cost. è «il più alto, forse,» dei «diritti primari e fondamentali» sanciti dalla Costituzione (sentenza n. 168 del 1971). La libertà di manifestazione del pensiero rientra quindi, secondo la Corte, tra i «diritti inviolabili dell'uomo» di cui all'art. 2 Cost. (sentenza n. 126 del 1985), con la conseguenza, da un lato, che la Repubblica ha il dovere di garantirla anche nei confronti dei non cittadini (nel senso che «non è lecito dubitare che la libertà [in parola] debba imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa arrecarvi attentato», sentenza n. 122 del 1970) e, dall'altro, della non sopprimibilità della stessa (anche se non, sembra doversi ritenere, dell'immodificabilità della formulazione attuale dell'art. 21 Cost.). La stessa Corte ha posto un forte accento sul rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e regime democratico, affermando che la prima è «pietra angolare dell'ordine democratico» (sentenza n. 84 del 1969), «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» (sentenza n. 126 del 1985). La libertà di stampa è tutelata dall'art. 10 della Convenzione EDU, e la Corte di Strasburgo offre nella sua giurisprudenza una interpretazione ampia ed effettiva di tale norma, nel senso che tale libertà viene difesa con molta forza ed energia. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, infatti, attribuendo un significato molto esteso alla tutela accordata dalla disciplina convenzionale, ha chiarito che l'informazione a mezzo stampa ricopre il ruolo di watch dog dei pubblici poteri, considerato che i lettori hanno il diritto di ricevere informazioni in merito alle azioni dei titolari di funzioni pubbliche, con la conseguente estensione della tutela convenzionale anche alle opinioni che possano risultare sgradite. La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza "Kapsis e Danijas contro Grecia", depositata il 19 gennaio 2017, ha ritenuto violare la Convenzione EDU la circostanza che il Tribunale di prima istanza di Atene (con decisione confermata dalla Corte d'Appello e dalla Corte di Cassazione) abbia irrogato sanzioni pecuniarie nei confronti di giornalisti senza tener conto della loro situazione economica, e questo anche quando a versare i risarcimenti siano gli editori perché, in ogni caso, sanzioni eccessive producono un effetto dissuasivo sulla libertà di stampa.

[16] Cfr. Cass. 31 ottobre 2016, n. 22042, secondo cui ai fini della configurabilità della concorrenza sleale per denigrazione, le notizie e gli apprezzamenti diffusi tra il pubblico non debbono necessariamente riguardare i prodotti dell'impresa concorrente ma possono avere ad oggetto anche circostanze od opinioni inerenti in generale l'attività di quest'ultima, la sua organizzazione o il modo di agire dell'imprenditore nell'ambito professionale (esclusa la sfera strettamente personale e privata), la cui conoscenza da parte dei terzi risulti comunque idonea a ripercuotersi negativamente sulla considerazione di cui l'impresa gode presso i consumatori, dovendosi apprezzare, ai fini della potenzialità lesiva delle denigrazioni, non solo l'effettiva "diffusione" tra un numero indeterminato (od una pluralità) di persone, ma anche il contenuto fortemente diffamatorio degli apprezzamenti stessi.

solo su una serie di contratti bilaterali non collegati tra loro rimarrebbe un bambino gracile[17]: la sua forza deriva dall'organizzazione, dall'esistenza di un luogo fisico di incontro – e in tempi più recenti la rete di internet, che sempre più spesso trasforma il mercato in un luogo meramente virtuale[18] – con le sue regole associative, le sue occasioni per far conoscere i venditori agli acquirenti ed i finanziatori a chi prende a prestito il denaro, il clima di fiducia o meno che vi si respira al suo interno. Scrive poi Guido Rossi che il mercato è sede naturale di un vastissimo *bargaining*, cioè di una contrattazione continua, che va oltre la contrattazione giuridica e le sue regole e che è fra l'altro costituita da una serie di pratiche informali, dove c'è molto disordine e i contratti e la loro vincolatività sono valutati solamente per la loro efficacia ai fini del raggiungimento di un determinato scopo economico[19]. Aggiunge Oppo che è il mercato che in qualche modo deve comporre domanda e offerta, e mercato vuol dire gli uomini, nei loro bisogni e sentimenti[20].

In ogni caso il mercato appare oggi sempre più anche un luogo vivo, dove non solo avvengono le contrattazioni ma in cui delle persone fisiche si incontrano e può dunque ragionevolmente considerarsi una formazione sociale ove si svolge la personalità dell'uomo riconosciuta e tutelata dall'art. 2 Cost.

Il principio personalistico, accolto nella Costituzione, soprattutto negli artt. 2 e 3, 2° co., muove dall'idea di uomo *situato*, che sviluppa cioè la sua personalità aderendo ad una serie progressiva di formazioni sociali, culminanti nella società politica (storicamente incarnata dallo Stato), avente per fine, diretto o sussidiario, la generalità dei bisogni umani (il bene comune). Tradizionalmente, anche i giuristi maggiormente legati a tale impostazione non inseriscono il mercato tra le formazioni sociali, in cui tutt'al più rientra l'impresa, in quanto si vede nel mercato non un luogo di socialità nel senso

---

[17] R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano 2003, 72.

[18] V. ZENO-ZENCOVICH, *Globalizzazione, delocalizzazione, europeizzaizone: riflessi sul processo del consumatore*, in (a cura di) A.M. GAMBINO, *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, 4, secondo cui la globalizzazione, da intendersi come l'effetto - causato dai progressi tecnologici - di ridurre, fino a quasi ad annullare, la dimensione spaziale dell'esistenza umana, sul piano giuridico si traduce nell'attenuazione del legame fra la persona e un dato territorio.

[19] G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 14.

[20] G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Scritti giuridici*, VII, Padova 2005, 193.

comunitario del termine, bensì un luogo di conflittualità, di concorrenza mossa da finalità di tipo individualistico. Il mercato era pertanto ridotto, in tali teorie, ad arena degli imprenditori. Fatti recenti dimostrano però come il funzionamento del mercato dipenda non dai soli meccanismi di produzione e di profitto, bensì da un clima relazionale di fiducia, che rivela la pluralità dei soggetti presenti nel mercato e la loro ineludibile interdipendenza.

Anche le discipline a tutela del consumatore considerano quest'ultimo innanzitutto come una persona umana e non solo come un automa caratterizzato esclusivamente da scarsità di esperienza e di informazioni emerge nel codice del Consumo anche dall'analisi della ratio di alcune delle discipline di tutela: si pensi ad esempio alle norme sulle etichettature dei cibi a tutela del suo diritto alla salute; ma anche altre norme apparentemente poste a protezione dell'*homo economicus*, come il diritto ad essere informato o di recesso, più che tutelare l'inesperienza del consumatore sembrano piuttosto dirette ad ampliarne le conoscenze e ad impedirne scelte di impulso dettate dalla sua emotività.

5. L'utilità sociale quale strumento di tutela dei diritti fondamentali della collettività nel mercato

Sembra di primo acchito assai complicato conciliare principi apparentemente opposti, ossia da un lato il valore della tutela della salute di cui all'art. 32 Cost., quello al diritto ad essere informati di cui all'art. 21 Cost., quello dell'ambiente di cui all'art. 9, comma 2, Cost., quello al lavoro di cui agli artt. 1 e 4 Cost.[21], nonché l'utilità sociale di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost. e dei diritti fondamentali in genere; dall'altro la libera iniziativa economica, la tutela del mercato della concorrenza e dell'autonomia contrattuale (che possono essere ricondotte al comma 1 dell'art. 41 Cost.). Tutela della salute, dell'ambiente, dell'informazione, del lavoro, utilità sociale e diritti fonda-

[21] Cfr. però le sentenze n. 210 del 2016 e 207 del 2002 della Corte costituzionale secondo cui l'ambiente non può identificarsi con una materia in senso stretto, dovendosi piuttosto intendere come un valore costituzionalmente protetto.

mentali sono il simbolo di uno Stato interventista in economia; la tutela del mercato, al contrario, è la tipica espressione di uno Stato liberista.

Occorre dunque necessariamente partire dall'art. 41 Cost., che è il frutto dell'accordo ("compromesso" è la parola che usa Togliatti) tra le tre anime presenti in sede di Assemblea Costituente, quella liberale (si pensi a Luigi Einaudi), di cui è espressione il co. 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica (si pensi a Alcìde De Gasperi), di cui è espressione il co. 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti "negativi" alla libertà d'iniziativa economica), quella comunista/socialista (si pensi a Palmiro Togliatti) di cui è espressione il co. 3 (c.d. limiti "positivi" alla libertà d'iniziativa economica).

La scelta dei Costituenti è stata nel senso di considerare l'iniziativa economica come libera, ma al contrario di molte libertà civili essa non è qualificata come inviolabile[22] (si vedano invece gli artt. 13, 14, 15 Cost., in tema rispettivamente di libertà personale, domicilio, corrispondenza); sono inoltre apprestati vincoli assai più rigidi e penetranti (cfr. co 2 e 3 dell'art. 41 Cost.) di quelli previsti per le libertà civili; infine la Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica come diritto fondamentale. Questi dati hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno

[22] Non può poi non ricordarsi il già citato art. 16 della CEDU (che, pur essendo subordinata alla Costituzione, ha comunque un valore superiore rispetto agli atti avente forza di legge: cfr. Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007), il quale stabilisce che "è riconosciuta la libertà d'impresa, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*": nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quest'ultimo inciso determina la possibilità di una severa e significativa limitazione della libertà d'impresa in nome di una migliore protezione dei diritti fondamentali dell'uomo. Così, ad esempio, riguardo alle incapacità personali connesse allo stato di fallito, con specifico riferimento agli artt. 50 e 143 della legge fallimentare all'epoca vigente, la Corte di Strasburgo (sentenza 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01), ha ritenuto le disposizioni della legge fallimentare lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza «non necessaria in una società democratica». La Corte di Strasburgo ha affermato, in particolare, che «a causa della natura automatica dell'iscrizione del nome del fallito nel registro e dell'assenza di una valutazione e di un controllo giurisdizionali sull'applicazione delle incapacità discendenti dalla suddetta iscrizione e del lasso di tempo previsto per ottenere la riabilitazione, l'ingerenza prevista dall'art. 50 L.F. nel diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti non è necessaria in una società democratica, ai sensi dell'art. 8, § 2, della Convenzione». Cfr. DELLI PRISCOLI, *La rilevanza dello status nella protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in *Riv. dir. comm*., 2012, 322.

assegnato alla predetta libertà uno status di libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile come diritto fondamentale[23].

Fin dall'inizio l'art. 41 Cost., soprattutto per quanto riguarda il limite dell'"utilità sociale" ha avuto numerose critiche[24], per la sua formulazione "pericolosamente generica, troppo ampia, inconoscibile, indeterminata e indeterminabile: una norma che non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale e arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi saranno conformi a ciò"[25].

Negli ultimi anni, una serie di decreti legge poi convertiti[26], hanno affermato, quanto ai limiti alla libertà di iniziativa economica privata, il prin-

---

[23] Cfr. in questo senso LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582.

[24] Cfr. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 300, che definisce la norma "indeterminata nel suo nucleo politico centrale" e "anfibologica", suscettibile cioè di essere sviluppata in opposte direzioni.

[25] Cfr. Einaudi e il suo intervento nella seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 39337-38. Egli affermava che le libertà civili e le libertà economiche sono reciprocamente dipendenti: ciascuna forma di libertà emerge solo in presenza delle altre e che una eccessiva compressione delle libertà economiche avrebbe inevitabilmente compromesso le altre.

[26] Cfr. l'art. 1 del D.L. n. 1del 2012, conv. in legge n. 27 del 2012: il cui art. 1 (*Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese*) afferma che "… in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, sono abrogate….: a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; [omissis] 2. Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica. L'art. 3 del D.L. n. 138 del 2011 conv. in legge n. 148 del 2011 (*Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche*) – norma che ricorda l'art.4 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, se-

cipio della riserva di legge (è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge). Peraltro, già dal 1964 (sentenza n. 40) la Corte costituzionale si era espressa nel senso che la riserva di legge nell'art. 41 Cost., pur senza che si possa negare una sua certa modulazione, rappresenta una costante, se non altro per l'espressione utilità sociale, la cui indubitabile indeterminatezza ne rende quanto meno complessa l'immediata operatività, implicando l'opportunità, se non la necessità, dell'intermediazione del legislatore. La novità di questa recente disciplina sta dunque nell'ancorare i limiti imponibili all'iniziativa economica alla protezione di ben definiti valori costituzionali, quali il lavoro, l'ambiente, il diritto della collettività ad essere informata in maniera pluralistica ed effettiva nonché il diritto alla salute: non è sufficiente una qualsiasi legge dunque per porre un freno all'attività economica, occorre anche che quella legge abbia il chiaro obiettivo di tutelare i predetti valori.

L'esame della giurisprudenza costituzionale evidenzia innanzitutto un dato statistico incontrovertibile, ossia la circostanza che negli ultimi anni sono notevolmente incrementate le questioni poste alla Corte costituzionale nelle quali la tutela della salute, del lavoro, del diritto ad essere informati, dell'ambiente e l'utilità sociale sono indicati quali parametri alla luce dei quali valutare la legittimità costituzionale di una norma. Più limitato invece è l'uso che della tutela dell'ambiente e dell'utilità sociale fa la Cassazione, per lo più proprio solo nel richiamare il contenuto di sentenze della Corte costituzionale[27].

---

condo cui "La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri" – afferma che 1. Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica.

[27] Cfr. ad es. Cass. S.U. 20 giugno 2012 n. 10130, che a proposito dell'indennità di espropriazione richiama la sentenza n. 348 del 2007 e conseguentemente il «ragionevole legame» con il valore di mercato; Cass. 1° giugno 2012 n. 8834, che a proposito del contratto di autotrasporto di cose e del relativo sistema di tabelle tariffarie (c.d. "a forcella", ossia con

D'altro canto non va sottovalutato il fatto che anche la libertà di iniziativa economica ha avuto un notevole aumento di citazioni, sia nella legislazione che nelle sentenze della Consulta, pur confermandosi della stessa sempre la stessa definizione: "il legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta (ma del resto tutti i diritti fondamentali sono suscettibili di essere oggetto di bilanciamento con altri diritti fondamentali), ma l'ha subordinata, fra l'altro, al vincolo costituito dal mancato contrasto con l'utilità sociale" (es. sentenza n. 289 del 2010).

La Costituzione non definisce l'utilità sociale; anche la Corte costituzionale evita di farlo, si limita volta per volta a affermare cosa vi rientri e cosa no, affermando che un certo interesse costituzionalmente riconosciuto ha una valenza di utilità sociale e come tale deve essere adeguatamente tutelato. E i confini dei concetti di tutela dell'utilità sociale sembrano ai nostri giorni diventati così ampi che si corre concretamente il rischio di tendere ad identificare il concetto di utilità sociale con quello generico di interesse pubblico, della collettività, degli altri, siano essi singoli, una collettività più o meno grande o un gruppo di persone portatrici di un interesse omogeneo: sono gli interessi di tutti coloro che, direttamente o indirettamente, vengono colpiti dall'iniziativa economica altrui: ad es. i lavoratori, i consumatori, i cittadini che abitano vicino ad un'industria e ne respirano i fumi velenosi. Potrebbe ben affermarsi che così facendo tali espressioni perdono probabilmente un reale contenuto precettivo. Ma forse questo rischio vale la pena di essere corso, perché con il riferimento alla tutela dell'ambiente e all'utilità sociale

---

limiti massimi e minimi), richiama la sentenza n. 386 del 1996). Deve però citarsi Cass. 3 giugno 2011 n. 12131, secondo cui in tema di collocamento obbligatorio di centralinisti telefonici non vedenti della Regione Sicilia e con riferimento al rifiuto di assunzione da parte del datore di lavoro, afferma che il rapporto tra l'art. 10 della legge Regione Sicilia n. 12 del 1991 e la legge statale n. 68 del 1999, deve essere risolto alla luce del principio di cedevolezza delle disposizioni regionali che non siano compatibili con i principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato contenuti nella legislazione statale sopravvenuta, improntata ad una serie di controlli, pienamente compatibili con l'art. 41, co. 2, Cost., posto che si coniugano con l'utilità sociale, come rettamente intesa dal legislatore costituzionale, attento ai valori della libertà, anche dal bisogno, e della dignità umana dei concittadini, nella specie, non vedenti. La Cassazione qui propone un criterio di lettura del rapporto tra norme di principio dello Stato e norme di dettaglio della Regione di cui all'art. 117, co. 3, Cost. (tutela e sicurezza del lavoro) ispirato dalla ricerca della normativa più rispondente a valori costituzionali quali l'utilità sociale.

nella Costituzione si è proprio voluto attribuire dignità costituzionale al concetto – sicuramente generico e vago ma non per questo non importante - degli interessi della collettività che, volente o nolente, si trova ad interagire con colui che esercita un'attività economica.

Fatto sta che nel ventunesimo secolo la Corte costituzionale parla di utilità sociale non solo a proposito di ambiente, ma anche di salute, lavoro, autonomia contrattuale, proprietà: con riferimento in particolare all'ambiente, a proposito di condono edilizio, esigenze di finanza pubblica e tutela dell'ambiente[28]; limiti all'iniziativa economica in nome della tutela dell'ambiente[29]; limiti al commercio itinerante e tutela dei centri storici delle città d'arte[30]; limitazioni al diritto di proprietà in nome di esigenze di rilievo pubblico[31].

L'utilità sociale è un concetto che racchiude altresì la tutela di "diritti sociali" "ritenuti di fondamentale importanza sul piano della dignità umana", quali quello all'abitazione (cfr. in questo senso la citata giurisprudenza costituzionale in tema di condono edilizio), il diritto al lavoro (cfr. sentenza 200 del 2012 e n. 270 del 2010, 50 del 2005: quest'ultima parla di "diritto sociale

---

[28] Sentenze n. 9 del 2008, n. 196 del 2004, secondo cui il bilanciamento che nel caso di specie verrebbe in considerazione è quello tra i valori tutelati in base all'art. 9 Cost. e le esigenze di finanza pubblica; in realtà, la Corte, nella sua copiosa giurisprudenza in tema di condono edilizio, ha più volte riconosciuto - in particolare nella sentenza n. 85 del 1998 - come in un settore del genere vengano in rilievo una pluralità di interessi pubblici, che devono necessariamente trovare un punto di equilibrio, poiché il fine di questa legislazione è quello di realizzare un contemperamento dei valori in gioco: quelli del paesaggio, della cultura, della salute, della conformità dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale, della funzione sociale della proprietà da una parte, e quelli, pure di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell'abitazione e del lavoro, dall'altra.

[29] Cfr. sentenze n. 190 del 2001 e 196 del 1998, secondo cui al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 Cost., non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente intesi alla tutela dell'ambiente. Ebbene, la disposizione censurata, contrariamente a quanto ritenuto dal remittente, lungi dal sopprimere la libertà di iniziativa economica in relazione all'attività di acquacoltura, si limita a regolarne l'esercizio, ponendo condizioni che, finalizzate come sono alla tutela dell'ambiente, non appaiono irragionevoli.

[30] Sentenza n. 247 del 2010.

[31] Sentenza 200 del 2010 (oneri amministrativi per il fascicolo del fabbricato per ragioni di utilità sociale); sentenza 167 del 2009 (bilanciamento tra diritto di proprietà e l'utilità sociale correlata alla libera raccolta dei tartufi); sentenza n. 167 del 1999 (servitù coattiva a favore di disabili e diritto di proprietà).

al lavoro")[32], il diritto allo studio (sentenza n. 219 del 2002)[33] e soprattutto il diritto alla tutela dell'ambiente, ad accedere concretamente al mercato del lavoro, ad essere informati in maniera pluralistica e reale. Si tratta a ben vedere più che di diritti soggettivi, ossia della singola persona, di interessi della collettività considerata nel suo insieme e che per essere concretamente realizzati hanno bisogno di molto denaro, che molto spesso però lo Stato non ha o non si può permettere[34]. Ecco dunque che la tutela dell'utilità sociale ritor-

---

[32] Secondo la sentenza n. 200 del 2012 una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale.

[33] Il diritto allo studio comporta non solo il diritto di tutti di accedere gratuitamente alla istruzione inferiore, ma altresì quello - in un sistema in cui "la scuola è aperta a tutti" (art. 34, co. 1, Cost.) - di accedere, in base alle proprie capacità e ai propri meriti, ai "gradi più alti degli studi" (art. 34, co. 3): espressione, quest'ultima, in cui deve ritenersi incluso ogni livello e ogni ambito di formazione previsti dall'ordinamento. Il legislatore, se può regolare l'accesso agli studi, anche orientandolo e variamente incentivandolo o limitandolo in relazione a requisiti di capacità e di merito, sempre in condizioni di eguaglianza, e anche in vista di obiettivi di utilità sociale, non può, invece, puramente e semplicemente impedire tale accesso sulla base di situazioni degli aspiranti che - come il possesso di precedenti titoli di studio o professionali - non siano in alcun modo riconducibili a requisiti negativi di capacità o di merito. A tale diritto si ricollega altresì quello di aspirare a svolgere, sulla base del possesso di requisiti di idoneità, qualsiasi lavoro o professione, in un sistema che non solo assicuri la "tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35, co. 1, Cost.), ma consenta a tutti i cittadini di svolgere, appunto "secondo le proprie possibilità e la propria scelta", un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, co. 2, Cost.): ciò che a sua volta comporta, quando l'accesso alla professione sia condizionato al superamento di un *curriculum* formativo, il diritto di accedere a quest'ultimo in condizioni di eguaglianza. Il diritto di studiare, nelle strutture a ciò deputate, al fine di acquisire o di arricchire competenze anche in funzione di una mobilità sociale e professionale, è d'altra parte strumento essenziale perché sia assicurata a ciascuno, in una società aperta, la possibilità di sviluppare la propria personalità, secondo i principi espressi negli artt. 2, 3 e 4 Cost.

[34] Sentenza n. 223 del 2012: la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria; ma esige invece un indefettibile raccordo con la capacità contributiva, in un quadro di sistema informato a criteri di progressività, come svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di eguaglianza, collegato al compito di rimozione degli ostacoli economico-sociali esistenti di fatto alla libertà ed eguaglianza dei cittadini-persone umane, in spirito di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 2 e 3 Cost.). Pertanto, il controllo della Corte in ordine alla lesione dei principi di cui all'art. 53 Cost., come specificazione del fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., consiste in

nano per ricordare che nel necessario e inevitabilmente "crudele" bilanciamento tra esigenze dei singoli (a pagare meno imposte possibili) e diritti della collettività, questi ultimi non possono passare in secondo piano. La tutela dell'ambiente e dell'utilità sociale appaiono dunque lo strumento che consentono una protezione dei diritti fondamentali in una fase per così dire collettiva della loro esistenza, quando cioè sono messi in pericolo non tanto in quanto riferiti a un singolo individuo, ma in un orizzonte più ampio, con riguardo ad una collettività più o meno ampia e definita di persone. Ed in effetti vi sono diritti fondamentali che, senza neppure dover far riferimento all'utilità sociale, vivono in una dimensione individuale e in una collettiva allo stesso tempo.

Così, ad esempio, a proposito del diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost., le sentenze n. 107 del 2012, in tema di vaccinazioni[35] e la n. 84 del 2016 in tema di ricerca scientifica bio-medica nel campo della procreazione medicalmente assistita, hanno affermato che la salute è al contempo un diritto fondamentale dell'individuo (lato «individuale e soggettivo») e un interesse della intera collettività (lato «sociale e oggettivo»).

Quanto alla dimensione collettiva dell'ambiente, essa è fatta propria anche dalla Suprema Corte, secondo cui l'ambiente, bene unitario ma anche immateriale, è espressione di un autonomo valore collettivo, ed è oggetto, come tale, di tutela da parte dell'ordinamento, che non si è realizzata soltanto a partire dalla legge n. 349 del 1986, il cui art. 18, sebbene sia norma non retroattiva, ha avuto soltanto una funzione ricognitiva di un assetto che già trovava radice

---

un «giudizio sull'uso ragionevole, o meno, che il legislatore stesso abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell'imposta con il suo presupposto economico, come pure la non arbitrarietà dell'entità dell'imposizione» (sentenza n. 111 del 1997). L'eccezionalità della situazione economica che lo Stato deve affrontare è, infatti, suscettibile senza dubbio di consentire al legislatore anche il ricorso a strumenti eccezionali, nel difficile compito di contemperare il soddisfacimento degli interessi finanziari e di garantire i servizi e la protezione di cui tutti cittadini necessitano. Tuttavia, è compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il quale, certo, non è indifferente alla realtà economica e finanziaria, ma con altrettanta certezza non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l'ordinamento costituzionale.

[35] Cfr. sentenza n. 307 del 1990: la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri

nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 9, 32, 41 e 42 Cost.) e, ai fini di una tutela piena ed organica, nell'art. 2043 c.c.[36], là dove il citato art. 18 è intervenuto a definire e tipizzare l'illecito ambientale, richiedendo, quale elemento costitutivo, una condotta dolosa o colposa che sia violatrice "di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge, che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte". Pertanto, ai fini dell'integrazione della responsabilità civile per danno ambientale in relazione a fatti anteriori alla legge n. 349 del 1986 - e, dunque, ai sensi dell'art. 2043 c.c. - il danno ingiusto (ossia l'evento lesivo della modificazione, alterazione o distruzione dell'ambiente naturale considerate da un mero punto di vista obiettivo, nella sua materialità) deve essere determinato da una condotta, attiva od omissiva, sorretta dall'elemento soggettivo intenzionale e cioè dal dolo o dalla colpa[37]. La Cassazione si mostra altresì consapevole da un lato sia del particolare valore riconosciuto all'ambiente, relativamente al quale è esclusa la risarcibilità per equivalente[38] e la responsabilità di tutti gli

---

[36] Cfr., tra le altre, Cass., 3 febbraio 1998, n. 1087; ma, analogamente, per l'affermazione che l'art. 18 cit. non ha introdotto nel nostro ordinamento una nozione di danno ambientale, Cass., 10 ottobre 2008, n. 25010 e Cass., 7 marzo 2013, n. 5705.

[37] Cass., 19 febbraio 2016, n. 3259, relativa ad una fattispecie in tema di inquinamento. Cfr. Cass. 13 agosto 2015, n. 16806, secondo cui ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge n. 97 del 2013, anche se riferiti a fatti anteriori alla data di applicabilità della direttiva comunitaria recepita da tale legge, è applicabile l'art. 311 del d.lgs. n. 152 del 2006, nel testo modificato, da ultimo, dall'art. 25 della legge n. 97 cit., ai sensi del quale resta esclusa la risarcibilità per equivalente, dovendo ora il giudice individuare le misure di riparazione primaria, complementare e compensativa ivi prescritte e, per il caso di loro omessa o incompleta esecuzione, determinarne il costo, in quanto solo quest'ultimo (ovvero il suo rimborso) potrà essere oggetto di condanna nei confronti dei danneggianti. Ne consegue che non residua alcun danno ambientale risarcibile ogniqualvolta, avutasi la riduzione al pristino stato, non persista la necessità di ulteriori misure sul territorio, da verificarsi alla stregua della nuova normativa.

[38] Cfr. Cass., 6 maggio 2015, n. 9012, che ha affermato che la regola di cui all'art. 311, comma 3, penultimo periodo, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nel testo modificato, da ultimo, dall'art. 25 della legge 6 agosto 2013, n. 97 - per la quale "nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale" - mira ad evitare la responsabilità anche per fatti altrui, sicché opera nei casi di plurime condotte indipendenti e non anche in quelli di azioni od omissioni concorrenti in senso stretto alla concretizzazione di un'unitaria condotta di danneggiamento dell'ambiente, che restino tutte tra loro avvinte quali indispensabili antefatti causali di questa. Ne consegue che, in tale ultima ipotesi, non soffre limitazione la regola di cui all'art. 2055 c.c. In tema di

autori dell'illecito per l'intero evento causato in caso di azioni od omissioni concorrenti alla concretizzazione di un'unitaria condotta di danneggiamento dell'ambiente, sia lo stretto e inevitabile collegamento tra tutela dell'ambiente e tutela della salute[39].

La giurisprudenza costituzionale così succintamente esaminata ci spiega che ha ben poco senso - o forse non ne ha per nulla - considerare isolatamente le singole disposizioni dell'art. 41 Cost. Esse invece acquistano un significato tutto nuovo e per nulla contraddittorio se lette unitariamente: esprimono una esigenza di bilanciamento tra diversi valori.

Emerge poi un continuo passaggio e rinvio dalla sfera individuale a quella collettiva e viceversa, dai diritti fondamentali all'utilità sociale, dai diritti inviolabili della persona, all'interesse della collettività. Il "tramite" tra la sfera individuale e quella collettiva dei diritti, il metro per decidere in merito a come effettuare il necessario bilanciamento di valori, è offerto da due principi fondamentali: quello della solidarietà sociale[40] (oltre agli artt. 41, 42, 43 e 44 Cost.[41], si pensi anche agli artt. della Cost. 2, 3, co. 2, e 53 – progressività

---

responsabilità di ciascun coautore della condotta per l'intero evento causato.

[39] Cass., 28 luglio 2015, n. 15853, secondo cui, in tema di immissione di onde elettromagnetiche, il principio di precauzione - sancito dall'ordinamento comunitario come cardine della politica ambientale - è assicurato dallo stesso legislatore statale attraverso la disciplina contenuta nella legge 22 febbraio 2001, n. 36, e nel DPCM 8 luglio 2003, che ha fissato i parametri relativi ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione e agli obiettivi di qualità, i quali non sono modificabili, neppure in senso restrittivo, dalla normativa delle singole Regioni (Corte cost., sentenza n. 307 del 2003), ed il cui mancato superamento osta alla possibilità di avvalersi della tutela giudiziaria preventiva del diritto alla salute, che è ipotizzabile solo in caso di accertata sussistenza del pericolo della sua compromissione, da ritenersi presuntivamente esclusa quando siano stati rispettati i limiti posti dalla disciplina di settore.

[40] Cfr. l'art. 2 del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992, secondo cui l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

[41] Cfr. Corte cost. n. 40 del 1964, secondo cui esiste una regola costituzionale comune a tutta una materia ordinata nella Carta fondamentale in sistema unitario, per quanto distribuita in più articoli, come è appunto il caso per la regola della riserva di legge nel campo delle private libertà nella materia economica, comprensive della libertà di iniziativa e di quella di disporre e godere della proprietà. Tali libertà sono infatti disciplinate negli artt. 41-44 Cost. secondo una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di

dell'imposizione fiscale: cfr. la già citata sentenza n. 107 del 2012 in tema di vaccinazioni e la n. 223 del 2012 sulle retribuzioni dei magistrati)[42] e quello della ragionevolezza[43] (corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.)[44].

Afferma infatti la sentenza 107 del 2012 che, in tema di indennizzi in ipotesi di profilassi delle malattie infettive (art. 1, legge n. 210 del 1992), sul piano dei valori garantiti dall'art. 2 Cost., in un contesto di irrinunciabile solidarietà, la misura indennitaria appare destinata a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo: sarebbe infatti irragionevole che la collettività possa, tramite gli organi competenti, imporre o anche solo sollecitare comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica senza che essa poi non debba reciprocamente rispondere delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di coloro che si sono uniformati[45]. La

---

legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante.

[42] Oppo sottolinea lo stretto collegamento tra il dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost. e il canone dell' utilità sociale. «Al precetto dell'art. 2 Cost. in particolare nella specificazione solidarietà economica e solidarietà sociale possono riportarsi gli imperativi e del co. 2 e 3 dell'art. 41 Cost.: non solo quelli che si richiamano all' utilità sociale e ai fini sociali ma quelli che vogliono il rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana e che sono stati considerati espressivi anche dell'ordine pubblico economico» (OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in OPPO, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1991, 260, ripreso da OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, 2012, 509).

[43] Di "ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi di rango costituzionale" parlano ad esempio Corte cost. n. 172 del 2012 e n. 245 del 2011. Di "ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi di rango costituzionale" parlano ad esempio Corte cost. n. 172 del 2012 e n. 245 del 2011.

[44] Cfr. sentenza n. 270 del 2010: la necessità che le misure in tema di concorrenza siano ragionevoli e non realizzino una ingiustificata disparità di trattamento rende chiara la correlazione, ancora una volta, tra gli artt. 3 e 41 Cost.

[45] In tema di vaccinazioni obbligatorie o raccomandate, e di diritto all'indennizzo per danni alla salute a seguito del trattamento praticato, la Corte ha avuto modo di affermare, sin dalla sentenza n. 307 del 1990 − pronunciata in materia di vaccinazione antipoliomielitica per i bambini entro il primo anno di vita, all'epoca prevista come obbligatoria − che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale». Ma se «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettivi-

solidarietà sociale agisce dunque non solo dal singolo a favore della collettività (come nel caso della funzionalizzazione della proprietà a ragioni di utilità sociale) ma anche, come appunto nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, dalla collettività a favore del singolo.

Venendo poi al rapporto tra le varie fonti che riconoscono i diritti fondamentali, sembra che ormai riduttivo impostare il problema solo in termini di rapporto di gerarchia tra le fonti: appare infatti che la distinzione tra diritti costituzionalmente riconosciuti, diritti fondamentali, diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza e quindi facenti parte dell'Unione europea e diritti riconosciuti dalla CEDU sia ormai di fatto se non superata comunque sempre meno decisiva, in virtù di una giurisprudenza costituzionale che in presenza di una pluralità di interessi costituzionalmente riconosciuti tende a ragionare in termini di necessario bilanciamento tra gli interessi stessi, pur nella convinzione che esista un nucleo essenziale o irrinunciabile dei diritti fondamentali insuscettibile di essere compresso e nella consapevolezza che esiste una reciproca integrazione fra le fonti, fra le quali tende a prevalere quella che offre una maggiore tutela del diritto fondamentale.

La (possibile) prevalenza (o perlomeno il necessario bilanciamento) dei diritti fondamentali sulla disciplina dell'Unione europea è così affermata nella sentenza Alitalia (n. 270 del 2010, in cui la Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità della norma che, consentendo la fusione tra Alitalia e Air One, deroga alla disciplina antitrust delle concentrazioni tra imprese): la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario, in particolare con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato

---

tà» − si soggiunse − esige che, «in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico», tuttavia esso «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri». Ne deriva che «un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute − e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario − implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».

sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lett. g, del Trattato sull'Unione europea), comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi.

Appare tuttavia illusorio e irrealistico sostenere che i diritti fondamentali si pongono su un piano superiore e non comunicante rispetto ai diritti del mercato e che non possano mai essere sacrificati a favore di altri valori; tale atteggiamento potrebbe anzi essere non solo infruttuoso ma anche rischioso, qualora, facendosi forza di questa affermazione, si comprima lo spazio dei diritti dell'uomo a favore del mercato con il pretesto che tanto si tratta di mondi che non possono interferire tra di loro (cfr. la sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale, che, in nome del diritto al lavoro e del diritto di iniziativa economica riconosce la possibilità di comprimere il diritto alla salute e all'ambiente)[46]. Sembra invece assai più proficuo prendere atto della reciproca interferenza fra gli stessi e concentrarsi sul procedimento più appropriato per realizzare un bilanciamento tra valori che tenga in dovuto conto della sussistenza dei diritti fondamentali senza al contempo "umiliare", frustrare eccessivamente i valori del mercato[47], dato che la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli. In questa direzione è fondamentale un uso sapiente delle clausole generali, e in particolare della ragionevolezza[48], pur nella consapevolezza degli inevitabili pericoli di genericità

---

[46] Cfr. in questo senso LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 766, secondo cui la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli.

[47] Sull'irragionevolezza delle norme che impongono gerarchie interpretative cfr. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Milano, 2010, 16.

[48] Così DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento,* in *Riv. dir. civ*., 2010, I, 29. Occorre ancora una volta ricordare che la libertà d'iniziativa economica privata, riconosciuta dal co. 1 dell'art. 41 Cost., è da una parte bilanciata dal limite dell'utilità sociale e dal rispetto della sicurezza, libertà, dignità umana (art. 41, co. 2, Cost.), d'altra parte è indirizzata e coordinata a fini sociali che legittimano la previsione ad opera del legislatore ordinario di programmi e controlli (art. 41, co. 3, Cost.). Essa poi può talora essere del tutto compressa nel caso

e arbitrarietà che esse comportano[49]. Per ridurre tali rischi risulterebbe fondamentale innanzitutto poter fare affidamento su giudici altamente specializzati in materie economiche[50] e procedere al bilanciamento dei diritti fondamentali tenendo conto, a livello macroeconomico, della dimensione collettiva degli interessi coinvolti: quanto più alto sarà il numero delle persone coinvolte dai sacrifici richiesti dalle esigenze del mercato (ad es. l'inquinamento prodotto da una nuova industria, l'aumento dei prezzi determinato da un'intesa anticoncorrenziale) tanto più energica dovrà essere la reazione dell'ordinamento nel riaffermare le esigenze della collettività valorizzando al massimo l'utilità sociale, che può essere considerata l'anello di collegamento tra diritti fondamentali e mercato. Nell'applicazione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà dunque tenere presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali. Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eventualmente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni dell'equità bensì prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal merca-

---

in cui – avendo ad oggetto servizi pubblici essenziali o fonti di energia o situazioni di monopolio e rivestendo preminente interesse nazionale – il legislatore ordinario ne riservi originariamente a sé ne trasferisca l'esercizio. Pertanto, i due estremi costituiti dal pieno ed assoluto riconoscimento della libertà d'iniziativa economica privata e, all'opposto, dalla riserva di esercitare determinate imprese, si collocano vari possibili modelli connotati da un più o meno intenso intervento pubblico nell'economia. La concreta misura di tale intervento, che va a comprimere l'iniziativa economica privata, è demandata al legislatore ordinario, spettando alla Corte costituzionale solo l'identificazione del fine sociale e della riferibilità ad esso di limitazioni, programmi e controlli. Tale valutazione di riferibilità dà luogo ad un giudizio di ragionevolezza della limitazione della libertà d'iniziativa economica privata per il raggiungimento del fine medesimo, anche se non può esorbitare nel merito del provvedimento legislativo (sentenza n. 446 del 1988).

[49] RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 718, secondo cui la presenza di clausole generali è tanto più necessaria quanto più appare evidente la complessità delle nostre società, le fratture che le attraversano. In una società articolata, "di minoranze", è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità. Non è forse questo il modo di operare della clausola di buona fede quando determina il concreto regolamento contrattuale in base alla specifica collocazione sociale dei contraenti?

[50] Cfr. in questo senso RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Società*, 2000, 154.

to (così ad esempio potrà ridurre secondo equità una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente attualità) ma solo quando esigenze di inesperienza e carenza di informazioni del consumatore o di assenza di alternative dell'imprenditore debole lo esigano.

E soprattutto occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza n. 119 del 2012[51], secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo "zoccolo duro" dei diritti fondamentali[52]. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), "non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire

[51] La giurisprudenza costituzionale costante è nel senso che l'art. 38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca un trattamento previdenziale prima spettante in base alla legge (sentenze n. 316 del 2010 e n. 361 del 1996), fermo il controllo di ragionevolezza sulle singole norme riduttive. Si deve escludere, viceversa, che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire siffatte riduzioni di spesa per l'attuazione di diritti ex art. 38 Cost., in nome di un generico principio di solidarietà sociale, superando e addirittura ponendosi in contrasto con le determinazioni del legislatore. Solo a quest'ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici, mentre è compito di questa Corte vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore.

[52] La stessa Carta di Nizza all'art. 52 stabilisce che eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali possono giustificarsi solo se rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà e solo se necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

le risorse finanziarie delle quali dispone", per altro verso però "le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (interesse oppositivo)[53].

Come già rilevato dunque la prepotente affermazione della teoria del bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e della conservazione del nucleo indissolubile dei diritti induce a riflettere sul se abbia un senso distinguere, nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti, tra diritti fondamentali – che nella gerarchia delle fonti andrebbero collocati per la teoria dei contro limiti al di sopra delle norme dell'Unione europea – e diritti che fondamentali non sono (ad esempio probabilmente il diritto di iniziativa economica)[54]. Infatti tutti i diritti costituzionalmente rilevanti sono in grado di farsi sentire, di entrare in bilanciamento con diritti di sicura qualificabilità come diritti fondamentali, in un contesto di reciproca interferenza tra le fonti e fra i vari interessi che delle stesse sono espressione.

Il diritto comunitario ha indubbiamente condizionato l'interprete nella lettura dell'art. 41 Cost.[55], dapprima ritenendosi che la centralità del mercato e

---

[53] Corte cost., sentenze nn. 432 del 2005 e 252 del 2001. Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (S.U. 1° agosto 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

[54] Cfr. ad esempio la sentenza n. 50 del 1957, secondo cui "l'art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale".

[55] È frequente invece l'affermazione (cfr. da ultimo CIFARELLI, *Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. merito*, 2012, 1694) che solo secondo una erronea vulgata, il carattere compromissorio della nostra Carta avrebbe reso le norme costituzionali in materia di economia superate, oppure rese inapplicabili e sostituite dalle nuove regole economiche derivanti dall'ordinamento comunitario. Tale tesi interpretativa si baserebbe su un errore di fondo, poiché non terrebbe conto dei diversi piani su cui agiscono i trattati comunitari e la nostra Costituzione. L'art. 41, infatti, pur non essendo tra «i più perspicui» (GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1992, 175) della no-

della concorrenza nel diritto europeo dovessero far pendere la bilancia a favore del co. 1 dell'art. 41[56], per poi "riscoprire" l'utilità sociale alla luce del maggior risalto attribuito di recente ai diritti fondamentali (si pensi solo al recepimento della Carta di Nizza ad opera dell'art. 6 TUE). Tutto ciò ha in realtà esaltato la valenza di clausola generale che riveste oggi l'art. 41 Cost., e che a mio avviso aveva e continua tuttora ad avere attualità e rilievo in quanto prima di tutto esprime l'esigenza che si proceda ad un bilanciamento tra i valori in esso espressi. Quello che l'art. 41 Cost. non dice sono le misure, i rapporti di forza tra questi valori, ma questa è una caratteristica tipica delle clausole generali ed in questo non può negarsi l'influenza del diritto dell'Unione europea che, con la "scoperta" dei diritti fondamentali, ha contribuito non poco ad attribuire oggi un peso maggiore all'utilità sociale, e dunque ad una sua "riscoperta"[57].

---

stra Carta, «fonda una situazione soggettiva di libertà individuale. Il diritto comunitario esprime invece prevalentemente un modello di relazioni economiche e giuridiche. La prima garantisce tutela al diritto di impresa, ma non si impegna nella scelta del sistema che sarebbe stata necessario per porre liberalizzazione e mercato alla base delle relazioni di tipo economico. La seconda pone invece l'apertura del mercato e la libera competizione come premessa per il loro svolgimento» (CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 10). Io personalmente non condivido la tesi della non interferenza tra il diritto dell'Unione europea e l'art. 41 Cost.: lo dimostra ad es. la sentenza n. 270 del 2010 che ha ammesso di aver sacrificato un valore dell'Unione europea, quello della concorrenza, in nome dell'utilità sociale del diritto al lavoro.

[56] La distonia tra l'art. 41 Cost. e i principi di libero mercato fondanti l'Ue è apparentemente evidente: pensiamo alle quattro libertà fondamentali espresse nel Trattato e pensiamo all'innumerevole giurisprudenza comunitaria che ha applicato ed interpretato questi principi secondo una visione liberale dell'economia di mercato. E tuttavia in nome dell'art. 41 sono state attuate leggi profondamente diverse tra di loro: così come è stata approvata una legge di "programmazione economica" negli anni '60. Si tratta della legge n. 685 del 1967, contenente il piano economico quinquennale 1966-1970 con cui si intendeva determinare il quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo e di tutti gli investimenti pubblici, unanimemente qualificata, in assenza in essa di qualunque contenuto precettivo, "libro dei sogni": così NIRO, *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, 850), notiamo che 30 anni dopo è stata emanata una legge antitrust (legge n. 287 del 1990, il cui l'art. 1 afferma esplicitamente di costituire attuazione dell'art. 41 Cost.).

[57] La non definizione da parte dei padri costituenti di un programma definito di politica economica è testimoniata dal fatto che l'art. 41, nel quale si viene definendo un equilibrio tra logiche di mercato, intervento pubblico e Stato sociale (SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in PINELLI, TREU, (a cura di), *La costituzio-*

La Costituzione non definisce l'utilità sociale; anche la Corte costituzionale evita di farlo, ma si limita volta per volta ad individuare cosa vi rientri e cosa no, affermando che un certo interesse costituzionalmente riconosciuto ha una valenza di utilità sociale e come tale deve essere adeguatamente tutelato. E i confini del concetto di utilità sociale sembrano ai nostri giorni diventati così ampi ed evanescenti che si corre concretamente il rischio di tendere ad identificare il concetto di utilità sociale con quello generico di interesse pubblico, della collettività, degli altri, siano essi singoli, una collettività più o meno grande o un gruppo di persone portatrici di un interesse omogeneo: sono gli interessi di tutti coloro che, direttamente o indirettamente, vengono colpiti dall'iniziativa economica altrui: ad es. i lavoratori, i consumatori, i cittadini che abitano vicino ad un'industria e ne respirano i fumi velenosi. Potrebbe allora ben affermarsi che così facendo tale espressione perde probabilmente un reale contenuto precettivo. Ma forse questo rischio vale la pena di essere corso, perché riterrei che con il riferimento all'utilità sociale nella Costituzione si è proprio voluto attribuire dignità costituzionale al concetto – sicuramente generico e vago ma non per questo non importante - degli interessi della collettività che, volente o nolente, si trovi ad interagire con colui che esercita un'attività economica[58].

Ciò che in ogni caso deve sottolinearsi è che la progressiva eclissi, alla fine del secolo scorso, della disposizione base della costituzione economica

---

ne economica: Italia, Europa, Bologna, 2010, 245) non ha ostacolato «scelte innovative nel campo dell'economia, né nel senso di un maggior interventismo pubblico, né nel senso opposto di una sua riduzione, quando e nei settori in cui è stata o è ritenuta necessaria, della presenza dei poteri pubblici» (ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2007, 84). In sostanza, la nostra Costituzione, anche grazie alle spinte derivanti dall'ordinamento comunitario, si è dimostrata negli anni un «contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori» (AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 17).

[58] L'utilità sociale è citata spesso dalla Cassazione quale sinonimo di interesse pubblico a proposito di diffamazione e limiti del diritto di cronaca: cfr. ad es. Cass. 13 gennaio 2009, n. 482, secondo cui il diritto di informazione, garantito dall'art. 21 della Costituzione, sussiste in capo ad un'associazione di consumatori ogni qual volta risulti evidente l'"utilità sociale" della conoscenza dei fatti e delle opinioni, trasmessi con comunicati, perché diretti a contribuire alla formazione della pubblica opinione in materia di interesse generale (cfr. invece Cass. 13 maggio 2011, n. 11104, che si esprime in termini di "interesse pubblico" alla diffusione della notizia).

italiana, l'art. 41 Cost., dietro il diritto comunitario - tanto che Sabino Cassese[59] ha contrapposto una vecchia costituzione economica che si sarebbe sviluppata a partire dall'unificazione ad una nuova costituzione economica che ha il suo caposaldo nella prospettiva ultranazionale - ha avuto, a partire dall'inizio del ventunesimo secolo, una brusca inversione di marcia: e infatti non può non notarsi di recente un progressivo riscatto dell'art. 41 Cost.[60].

Tornando all'utilità sociale, essa è un concetto che racchiude altresì la tutela di "diritti sociali", "ritenuti di fondamentale importanza sul piano della dignità umana", quali quello all'abitazione (cfr. in questo senso la citata giurisprudenza costituzionale in tema di condono edilizio), il diritto al lavoro (cfr. sentenze 200 del 2012 e n. 270 del 2010, 50 del 2005: quest'ultima parla di "diritto sociale al lavoro"), il diritto allo studio (sentenza n. 219 del 2002). Si tratta a ben vedere più che di diritti soggettivi, ossia della singola persona, di interessi della collettività considerata nel suo insieme e che per essere concretamente realizzati hanno bisogno di molto denaro, che molto spesso però lo Stato non ha o non si può permettere (sentenza n. 223 del 2012). La prospettiva (anche) collettiva dei diritti fondamentali ben si attaglia ad una concezione moderna della tutela dei consumatori, ove sempre più spesso viene in rilievo non tanto il danno al singolo consumatore quanto la dimensione collettiva dell'illecito perpetrato ai danni di una collettività dei consumatori, ai quali è attribuito il rimedio, parimenti collettivo, della *class action* (cfr. art. 140-*bis* del codice del consumo).

Occorre altresì evidenziarsi che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza n. 119 del 2012 , secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le

---

[59] S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari 2012, 44.

[60] Insistono sull'attuale centralità dell'art. 41 Cost. nella nuova Costituzione economica C. PINELLI, T. TREU, *La Costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione*, Milano 2010, 11, per i quali, inoltre, la reinterpretazione della Costituzione, specie dell'art. 41, si è andata affermando sulla spinta dell'ordinamento europeo.

esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo "zoccolo duro" dei diritti fondamentali. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), "non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone", per altro verso però "le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (interesse oppositivo: Corte Cost., sentenze nn. 432 del 2005, 252 del 2001)[61].

Secondo la Consulta, quando si tratta di effettuare un bilanciamento tra vari interessi alla luce del principio di ragionevolezza, questo deve consistere in un "ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali, (cfr. le sentenze nn. 172 del 2012, 245 del 2011; "la prima della serie" è invece la sentenza 139 del 1982). È significativo però che è solo dal 2010 che la Corte costituzionale ha introdotto, nelle sue motivazioni riguardanti la violazioni da parte di una legge del principio di ragionevolezza, l'inciso "specie quando limitano un diritto fondamentale della persona". La Corte non approfondisce ulteriormente il concetto, ma sembra evidentemente di capire che tutti i diritti possono essere compressi, ma quelli che meno possono tollerare una *deminutio* sono i diritti fondamentali quale ad esempio il diritto alla libertà personale.

Inoltre, pur rendendosi sempre più disponibile ad accogliere fonti di diritto di provenienza non autoctona, la Corte costituzionale non ha ad oggi an-

[61] Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (Cass., S.U., 20 maggio 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

cora mai smentito l'affermazione contenuta nella citata sentenza n. 170 del 1984 (sempre confermata: cfr. ad esempio la sentenza n. 288 del 2010), con la quale ha dato sì ingresso al diritto comunitario in posizione di preminenza rispetto al diritto interno, ma ha anche ritenuto che "ciò non implicava che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno fosse sottratto alla propria competenza, potendo il diritto comunitario essere soggetto al suo sindacato in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili delle persona umana". Si tratta della cosiddetta teoria dei controlimiti, che pone al vertice della gerarchia delle fonti i diritti fondamentali, collocati su un gradino ancora più alto rispetto al diritto comunitario, che pure a sua volta si pone su un piano superiore rispetto alle norme avente rango costituzionale.

Negli ultimi anni infine si è anche assistito ad una sempre maggiore rivalutazione del principio di correttezza nel mercato, sia da parte della giurisprudenza che della dottrina che della legislazione, tanto che si è giunti ad affermare che il principio di correttezza e buona fede costituisce un'applicazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost.[62].

---

[62] Cfr. A.M. GAMBINO, *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del d.lgs. 25 gennaio 1992 in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contr. impr.*, 1992, 412, il quale, nel criticare le impostazioni soggettivistiche del principio di correttezza nel mercato, rileva che occorre accantonare tutte le varie e contingenti situazioni puramente individuali e raccogliere solo quegli interessi oggettivi che hanno la capacità di condizionare le politiche d'impresa le quali, a loro volta, dato il fondamento utilitaristico dell'etica professionale, portano alla formazione di diverse valutazioni deontiche. In effetti, il principio di correttezza e buona fede - il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" - deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile (Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 335; Cass. 14 ottobre 2013 n. 23232). Del resto, secondo l'art. 39 del Codice del consumo (*Regole nelle attività commerciali*) *le attività commerciali sono improntate al rispetto dei princìpi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezio-*

6. I diritti fondamentali e il pericolo di una loro surrettizia sottomissione ai valori della concorrenza e del mercato

La rinnovata attenzione delle Corti europee e nazionali per i diritti fondamentali non riduce le difficoltà di una esatta e corretta individuazione di essi[63]. In effetti, quando però si vuole passare da affermazioni di principio a proposizioni più puntuali ci si scontra con delle gravi difficoltà: la mancata elencazione dei diritti fondamentali una volta per tutte da parte della Corte costituzionale; l'inevitabile necessità di dover comunque "bilanciare" tale diritti con altri costituzionalmente riconosciuti e dunque l'ammissione – mai esplicita – che tali diritti possono, sia pure non nel loro nucleo essenziale, essere "violati".

Quanto all'individuazione dei diritti fondamentali della persona, essi sembrano tutti emanazione del generalissimo diritto alla dignità della persona umana, oggetto dell'art. 1 della carta di Nizza[64]. In effetti, secondo le sentenze della Corte costituzionale n. 92 del 2002 e n. 293 del 2000, la tutela della dignità della persona umana non solo è un valore costituzionale fondamentale, ma altresì anima l'art. 2 Cost. e permea di sé l'intero diritto positivo. Ha poi affermato la sentenza n. 219 del 2008 che «il fine ultimo dell'organizzazione sociale» è «lo sviluppo di ogni persona umana», il cui

---

ne delle categorie di consumatori.

[63] Nell'uso corrente "diritti umani", "diritti inviolabili" e "diritti fondamentali" sono termini utilizzati in modo promiscuo ed equivalente, e, in prima approssimazione, stanno ad indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale (l'art. 2 Cost. attribuisce infatti i diritti inviolabili all'uomo e non al cittadino). Il riconoscimento dei diritti inviolabili è uno degli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto; essi trovano la loro tutela nella "rigidità" della Costituzione e nel controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte costituzionale; inoltre anche tali diritti hanno bisogno di un passaggio "positivistico" in quanto non sono il frutto di giusnaturalistiche deduzioni razionali e quindi non sono fissati per sempre una volta per tutte. In questo senso, fra gli altri, SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 146; OPPO, *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3.

[64] In questo senso PROSPERI, *I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo*, *Contr. impr.*, 2012, 1002; BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 7; LIPARI, (nt. 55), 758; RESTA, *La dignità*, in ZATTI, RODOTÀ, *Trattato di biodiritto*, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 259.

valore si pone al centro dell'ordinamento costituzionale: compete al legislatore approntare il più efficace dei sistemi di tutela, affinché esso non venga compromesso. La Costituzione italiana, approvata il 22 dicembre 1947, fa esplicito riferimento ad esso negli articoli 3, 36 e 41, e lo richiama in particolare nell'art. 32. Un anno dopo, il 10 dicembre 1948, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approva la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui articolo 1 integra in modo significativo l'antica formula settecentesca della Dichiarazione francese ("gli uomini nascono e rimangono liberi e eguali nei diritti") affermando che "tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti"[65].

Secondo la Consulta, quando si tratta di effettuare un bilanciamento tra vari interessi alla luce del principio di ragionevolezza, questo deve consistere in un "ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali[66], (cfr. le sentenze nn. 172 del 2012[67], 245 del 2011; "la prima della serie" è

---

[65] RODOTÀ, *Antropologia dell'*homo dignus*, Lezione tenuta nell'Aula Magna dell'Università di Macerata il 6 ottobre 2010 in occasione del conferimento della Laurea honoris causa*, www.italianieuropei.it

[66] Così ad esempio, con la sentenza n. 291 del 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato che sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, co. 7-*bis*, legge n. 354 del 1975, introdotto dall'art. 7, co. 7, della legge n. 251 del 2005, impugnato, in riferimento agli artt. 3 e 27, co. 3. Cost., nella parte in cui esclude che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale possa essere disposta per più di una volta in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p. per non avere il rimettente preso in considerazione la possibilità di dare alla disposizione censurata un'interpretazione adeguatrice, nel senso che l'esclusione dal beneficio operi in modo assoluto solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante.

[67] Con la sentenza n. 172 del 2012 la Corte ha affermato che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata al bilanciamento di molteplici interessi pubblici, che spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità. Il legislatore può, pertanto, subordinare la regolarizzazione del rapporto di lavoro al fatto che la permanenza nel territorio dello Stato non sia di pregiudizio ad alcuno degli interessi coinvolti dalla disciplina dell'immigrazione, ma la relativa scelta deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi, soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario,

invece la sentenza 139 del 1982). È significativo però che è solo dal 2010 che la Corte costituzionale ha introdotto, nelle sue motivazioni riguardanti la violazioni da parte di una legge del principio di ragionevolezza, l'inciso "specie quando limitano un diritto fondamentale della persona". La Corte non approfondisce ulteriormente il concetto, ma sembra evidentemente di capire che tutti i diritti possono essere compressi, ma quelli che meno possono tollerare una *deminutio* sono i diritti fondamentali quale ad esempio il diritto alla libertà personale.

Deve ritenersi che in questa accentuata sensibilità della Consulta verso i diritti fondamentali abbia contribuito l'equiparazione al diritto comunitario da parte del Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata a Nizza[68], in precedenza non formalmente entrata in vigore[69], ma che aveva assunto, sin dalla sua proclamazione, una valenza declaratoria e simbolica quale momento rilevante nel cammino verso un'Europa dei diritti[70].

Altro fattore significativo di sviluppo di una maggiore attenzione per i diritti fondamentali è, come si è detto, l'introduzione, nel primo comma dell'art. 117 Cost., del limite, anche per il legislatore statale, del rispetto degli obblighi internazionali, così che si è potuto sviluppare – a partire dalle già citate fondamentali sentenze nn. 348 e 349 del 2007 – un orientamento della giurisprudenza costituzionale volto a subordinare non solo la validità

---

perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi. Inoltre, le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa».

[68] Cfr. l'art. 6, co. 1 del Trattato sull'Unione europea, secondo cui l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

[69] *Not fully binding*, come ci ricorda la CEDU nella sentenza Bosphorus v. Ireland del 30 giugno 2005.

[70] Cfr. ad esempio SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 155; SORRENTINO, *I diritti fondamentali dopo Lisbona*, in *Corr. giur.*, 2010, 147.

delle norme interne al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche l'interpretazione di questa agli orientamenti della Corte di Strasburgo. In questo quadro si inserisce il Trattato di Lisbona del dicembre 2009, che ha ampliato la prospettiva della protezione dei diritti fondamentali: con l'attribuire significato valoriale fondante al rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia e della solidarietà; con l'impegnare le istituzioni comunitarie a promuovere questo insieme di valori nell'adozione dei loro atti e nella formulazione delle politiche europee; con l'adesione da parte dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[71].

Inoltre, pur rendendosi sempre più disponibile ad accogliere fonti di diritto di provenienza non autoctona, la Corte costituzionale non ha ad oggi ancora mai smentito l'affermazione contenuta nella sentenza n. 170 del 1984 (sempre confermata: cfr. ad esempio la sentenza n. 288 del 2010), con la quale ha dato sì ingresso al diritto comunitario in posizione di preminenza rispetto al diritto interno, ma ha anche ritenuto che "ciò non implicava che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno fosse sottratto alla propria competenza, potendo il diritto comunitario essere soggetto al suo sindacato in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili delle persona umana". Si tratta della già citata teoria dei contro limiti[72], che pone al vertice della gerarchia delle fonti i diritti fondamentali, collocati su un gradino ancora più alto rispetto al diritto comunitario, che pure a sua volta si pone su un piano superiore rispetto alle norme avente rango costituzionale.

Il consumatore oggetto delle tutele a favore del mercato e la persona destinataria dei diritti fondamentali dell'individuo non vivono in due galassie lontane e separate, non sono due rette parallele che non si incontrano mai, ma coincidono nell'atto del consumo, perché anche in quella circostanza il consumatore è e mantiene pur sempre la sua dignità di persona ed è conseguentemente portatore dei diritti inviolabili dell'uomo, pur ricevendo al contempo

[71] Cfr. l'art. 2, del Trattato sull'Unione europea.

[72] Cfr. ad esempio, nella sconfinata letteratura sul tema, PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in *Dir. comunit. scambi internaz.*, 2009, 211.

tutte le tutele proprie del consumatore. I valori del mercato e i diritti fondamentali entrano infatti spesso in contatto e in conflitto e pertanto richiedono continuamente di essere bilanciati, con il necessario ed inevitabile sacrificio parziale degli uni degli altri o di entrambi (purché in ogni caso sia salvo il "nocciolo duro" dei diritti fondamentali). È emerso al contempo che le regole del mercato sono sì regole per disciplinarlo, ma al contempo (si pensi all'utilità sociale) possono essere a difesa di diritti fondamentali [30]. Le regole a tutela del mercato e quelle poste a presidio dei diritti fondamentali dunque spesso coincidono, si intersecano di continuo e talvolta riescono a coesistere pacificamente; non si tratta dunque di due compartimenti stagni, di due dimensioni separate e incomunicabili. L'esistenza del mercato è compatibile con i diritti fondamentali, così come il consumatore è nello stesso momento una persona. È possibile e doverosa pertanto un'interpretazione dell'art. 41 Cost. diretta a contemperare le diverse istanze in esso racchiuse, ossia la tutela della concorrenza, della correttezza e della trasparenza delle operazioni commerciali, con l'obiettivo di rimuovere gli ostacoli all'efficienza del mercato, promuovendo però nello stesso tempo l'utilità sociale, e così correggendo con misure appropriate le disparità di potere contrattuale pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche.

E in effetti la Costituzione italiana mette sì al vertice del sistema l'essere umano, ma inteso non come entità scissa dalla concretezza e storicità delle sue condizioni di vita, bensì colta e compresa nel suo radicamento sociale, nella pluralità e varietà dei suoi bisogni e interessi, nella molteplicità e varietà delle sue manifestazioni attive fra le quali il mercato ricopre un ruolo ed un'importanza fondamentali, tanto da potersi considerare una di quelle "formazioni sociali" in cui, secondo l'art. 2 Cost., si svolge la personalità dell'uomo.

La persistente rilevanza della persona nelle contrattazioni commerciali, deve indurre l'interprete a non trascurare, accanto ai danni patrimoniali, anche quelli non patrimoniali derivanti dalla violazione dei diritti fondamentali. In questo senso deve accogliersi con particolare favore il filone giurisprudenziale che riconosce tali danni non solo in sede di responsabilità extracontrattuale ma anche in quella contrattuale[73].

[73] Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972.

A livello microeconomico dovrà poi considerarsi che i diritti fondamentali vivono (anche) nel mercato (che si è detto essere una delle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo) e devono quindi adattarsi alle sue caratteristiche. Non può dunque non tenersi conto sia del processo di oggettivazione che ha attraversato il mercato (si pensi all'istituto dell'abuso del diritto, all'inversione dell'onere della prova nella valutazione della responsabilità a scapito del professionista medico, al rifiuto dei danni punitivi nella *class action*), sia della persistente rilevanza della persona fisica sul mercato rispetto all'ente collettivo (si pensi alla definizione di consumatore e al diverso trattamento riservato in sede di risarcimento dei danni non patrimoniali a persona fisica e ente collettivo). Il principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà dunque tenere presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali. Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eventualmente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni dell'equità bensì prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal mercato (così ad esempio potrà ridurre secondo equità una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente attualità) ma solo quando le suddette esigenze di inesperienza o di assenza di alternative lo esigono.

Secondo un ormai consolidato insegnamento della Corte costituzionale, una politica di concorrenza non deve limitarsi a mantenere passivamente lo *status quo*, impedendo che mercati aperti alla concorrenza vengano presi di mira da condotte *antitrust*, ma deve altresì attivarsi perché mercati attualmente protetti in tutto o in parte da barriere al suo accesso possano aprirsi alla con-

---

Cfr. Corte cost. n. 46 del 2013, secondo cui "l'intervento normativo statale, con il d.l. n. 1 del 2012 (si tratta di un corpus normativo che reca delle liberalizzazioni), si prefigge la finalità di operare, attraverso la tutela della concorrenza (liberalizzazione), un contenimento della spesa pubblica".

correnza attraverso l'abbattimento di tali barriere[74]. Le liberalizzazioni, consistendo nell'abbattimento delle barriere di accesso al mercato da parte dei potenziali concorrenti, costituiscono una branca fondamentale della materia "concorrenza" e contribuiscono così in maniera rilevante all'aumento del benessere collettivo, in quanto, consentendo una riduzione dei prezzi dei beni o servizi, permettono di utilizzare maggiori risorse per la tutela dei diritti fondamentali. Infatti per un verso queste risorse, nel periodo storico di forte crisi economica in cui versa il nostro Paese, si sono drasticamente ridotte; per altro verso proprio la giurisprudenza costituzionale sul nucleo irrinunciabile dei diritti fondamentali, nell'ammettere la possibilità di una loro compressione, suggerisce al contempo al legislatore che una loro eventuale protezione più ampia, non limitata cioè al solo nucleo essenziale, sarebbe assai apprezzata, e che per poter ampliare tale tutela è giocoforza doversi confrontare con le limitate risorse finanziarie dello Stato[75].

Il mercato dunque, per essere realmente un luogo di crescita del benessere collettivo, deve non solo essere sorretto da corrette regole di concorrenza ma anche dal rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo e della collettività.

Una politica seria, rigorosa e coerente di liberalizzazioni, lungi dal porsi in contrasto con i diritti fondamentali, è in grado al contrario di favorire, valorizzare tali diritti. Ecco dunque che viene a sciogliersi quell'interrogativo che ci era posti nel paragrafo introduttivo: il perseguimento delle liberalizzazioni (ossia la possibilità di far esplicare a tutti la propria libertà di iniziativa economica) non va a scapito dell'utilità sociale (ossia dei diritti fondamentali della collettività) ma al contrario, come era nell'idea del Costituente, la rafforza, e quest'ultima fornisce nuovo vigore ad una politica di liberalizzazioni.

Gli ostacoli alle liberalizzazioni non consistono peraltro soltanto in interessi corporativi molto forti e che spesso trovano ascolto in Parlamento, ma anche (e forse soprattutto) nella politica legislativa in campo economico fin qui attuata dal dopo Costituzione in poi, ove l'art. 41 Cost. è stato troppo spesso – negligentemente (magari scambiandosi l'adempimento di un qualche inutile adempimento burocratico quale fondamentale ossequio ad un valore costitu-

[74] In tal senso già le sentenze della Consulta n. 20 del 1980 e n. 78 del 1958
[75] Cfr., *ex plurimis*, in questo senso, Corte costituzionale, sentenza n. 67 del 2010

zionale) o volontariamente (magari con il pretesto che si trattava di norma meramente programmatica o di impossibile attuazione data la sua presunta genericità) - ignorato. E che non sarà facile porre rimedio ai guasti del passato lo dimostra, forse meglio di ogni altra affermazione, quanto sostenuto dalla Consulta con la già citata sentenza n. 200 del 2012, la quale da un lato ha affrontato la questione di legittimità costituzionale del co. 1 dell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011 – che sancisce, come ricordato, il principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge – e l'ha dichiarata non fondata perché tale principio è perfettamente coerente con l'art. 41 Cost. unitariamente considerato, ma dall'altro ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del successivo co. 3, il quale disponeva l'automatica «soppressione» di tutte le normative incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche di cui al citato co. 1. La soppressione generalizzata delle normative statali in contrasto con il principio di cui sopra è apparsa infatti alla Consulta eccessivamente indeterminata, incompatibile con un principio così ampio e generale, risultando così tal soppressione irragionevole perché impraticabile in concreto, perché avrebbe posto l'interprete e gli operatori economici in una condizione di obiettiva incertezza, che anziché favorire la tutela della concorrenza, avrebbe finito per ostacolarla. Con il risultato che ad oggi – a fronte ad una affermazione di principio che è del tutto inutile perché meramente ripetitiva rispetto ad una corretta lettura dell'art. 41 Cost. – non vi sono stati, se non in minima parte, dei provvedimenti legislativi – che, come si è visto, non possono essere improvvisati e generici ma richiedono una delicata opera di bilanciamento e ponderazione e quindi uno studio caso per caso della compatibilità di ogni singola norma vigente con i principi di cui all'art. 41 Cost. - che abbiano contribuito a sfoltire le tanti leggi che oggi sono di ostacolo ad una piena ed effettiva attuazione dell'art. 41 Cost.

Un esempio della strettissimo legame tra liberalizzazioni e diritti fondamentali della collettività e della necessità di pervenire ad un contemperamento tra opposte esigenze è offerto dalla sentenza n. 267 del 2016 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma regionale che imponeva alle imprese che volessero costruire ed esercitare un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica un'autorizzazione regionale che si aggiungeva

rispetto a quella statale (valutazione di impatto ambientale, cd. VIA). Secondo la Consulta, in un sistema informato al principio della libertà dell'iniziativa economica, i limiti consentiti dovrebbero essere funzionali alla tutela dell'utilità sociale e della libertà, sicurezza e dignità umana; in altri termini, i condizionamenti all'iniziativa economica dovrebbero essere articolati in modo da permettere il raggiungimento di finalità sociali e di benessere collettivo, dovendosi incoraggiare sia le esigenze di tutela ambientale che riguardano il reperimento di fonti energetiche alternative sia il coinvolgimento dell'iniziativa privata per la realizzazione di tale interesse di natura strategica. La Corte costituzionale ha ritenuto la norma regionale impugnata in contrasto sia con l'art. 41 Cost. – in quanto frappone un ostacolo alla libera iniziativa privata nonostante sia "funzionalizzata" alla cura di interessi ambientali dalla specifica normativa statale – sia con l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., in quanto invasiva della competenza statale in materia ambientale. È, infatti, necessario che i valori costituzionali in tensione siano ponderati nella misura strettamente necessaria ad evitare il completo sacrificio di uno di essi nell'ottica di un tendenziale principio di integrazione. Operazione quest'ultima che è stata realizzata dal legislatore statale attraverso una rete di subprocedimenti, dal cui esito positivo dipende appunto l'autorizzazione unica. Ulteriormente esemplificando, emerge come – a livello di legislazione statale – il bilanciamento sia intervenuto, attraverso distinti subprocedimenti, tra l'intrinseca utilità degli impianti eolici, che producono energia senza inquinare l'ambiente, ed il principio di precauzione attuato mediante la separata verifica che detti impianti non danneggino il paesaggio, in particolare sotto il profilo dell'impatto visivo. In conclusione, mentre la scelta legislativa dello Stato (di concentrare in una autorizzazione finale la tempistica e gli esiti delle procedure autorizzatorie in un settore di particolare complessità) supera il test di ragionevolezza in ordine alla congruità tra mezzi e fini – poiché risulta contemporaneamente idonea a sorreggere scelte strategiche in campo economico-ambientale ed a garantire le situazioni soggettive degli imprenditori di settore, sottraendole alla mutevole facoltà dell'amministrazione di parcellizzare e rendere incostanti le proprie determinazioni – la norma regionale impugnata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione sia della competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., sia dell'art. 41 Cost.

La strada da percorrere verso un effettivo abbattimento di tutte le barriere all'accesso al mercato è dunque ancora lunga, e forse è soltanto iniziata; non può però negarsi che si assiste oggi da un lato ad una valorizzazione del comma 1 dell'art. 41 Cost. per quanto riguarda la necessità di effettuare le liberalizzazioni e di sciogliere le imprese dai lacci burocratici e amministrativi, lacci che il più delle volte nulla hanno a che fare con i valori tutelati dall'art. 41 comma 2, e dall'altro, e non contraddittoriamente, ad una esaltazione anche del co. 2 dell'art. 41 Cost., in qualità di concetto valvola in grado di dare voce ai diritti fondamentali che si contrappongono all'iniziativa economica privata. In effetti, una politica seria, rigorosa e coerente di liberalizzazioni, lungi dal porsi in contrasto con l'ambiente o dal doversi intendere come mera *deregulation*, ossia come semplice abolizione di regole, è in grado al contrario di favorire e valorizzare sia la concorrenza che i diritti fondamentali.

Ma soprattutto quello che oggi più viene valorizzato è l'esigenza che queste diverse istanze debbano trovare una loro composizione equilibrata, un armonico contemperamento, allo scopo di porre in essere un bilanciamento ragionevole e solidale fra i vari interessi in gioco, in coerenza con quell'economia sociale di mercato individuata dall'art. 3, co. 3, del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 (secondo cui l'Unione europea si basa "su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva")[76], con il vincolo

[76] Cfr. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «Decreto Alitalia»*, in *Giur. cost.*, 2010, 3296,, 3299, il quale ritiene che nell'ordinamento europeo la concorrenza sia riconosciuta come valore *strumentale* rispetto a finalità complessive di benessere collettivo, che si compongono anche di altri valori, extraeconomici (come la tutela dell'ambiente) ed anche economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.); questi valori sono tendenzialmente destinati a prevalere - in caso di insuperabile contrasto - sulla tutela della competizione fra imprese, in quanto tale. Parallelamente emerge anche che, abbandonate le chimere del raggiungimento di una concorrenza perfetta - che neppure sarebbe auspicabile perché significherebbe che non ci sarebbe lotta fra le imprese per migliorare e differenziare i propri prodotti - il modello di concorrenza disegnato dal legislatore europeo è quello della *concorrenza come processo dinamico virtuoso*, orientato dalle libere scelte del consumatore, in cui le imprese competono soprattutto per l'acquisizione di risorse scarse di tipo immateriale e conseguentemente per offrire ai consumatori un bene o un servizio caratterizzato dal miglior rapporto qualità/prezzo possibile, a tutto vantaggio naturalmente dei consumatori stessi. Cfr. LIBERTINI, voce "*Concorrenza*", in *Enc. dir.*, 2010, Milano, 245; Corte cost., n. 325 del 2010, secondo cui fanno parte a pieno titolo della tutela della concorrenza non solo le «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti

dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse che possono essere destinate alla tutela di valori quali l'ambiente e la salute, sintetizzati nella formula "utilità sociale".

Valori del mercato e diritti fondamentali entrano dunque spesso in contatto e in conflitto e pertanto richiedono continuamente di essere bilanciati, con il necessario ed inevitabile sacrificio degli uni, degli altri o parziale di entrambi. È emerso al contempo che le regole del mercato sono sì regole per disciplinarlo, ma al contempo (si pensi all'utilità sociale) costituiscono una difesa dei diritti fondamentali. Le regole a tutela del mercato e quelle poste a presidio dei diritti fondamentali dunque spesso coincidono, si intersecano di continuo e talvolta riescono a coesistere pacificamente, e pertanto non costituiscono compartimenti stagni o dimensioni separate e incomunicabili. L'esistenza del mercato è compatibile con i diritti fondamentali, così come il consumatore è nello stesso momento una persona, e così come anche il principio dell'autonomia contrattuale riesce a convivere perfettamente con il divieto di abusarne. È possibile pertanto un'interpretazione dell'art. 41 Cost. diretta a contemperare le diverse istanze in esso racchiuse, volto alla tutela della concorrenza, della correttezza e della trasparenza delle operazioni commerciali, nel segno di una volontà di rimuovere gli ostacoli all'efficienza del mercato attraverso le liberalizzazioni, promuovendo però nello stesso tempo l'utilità sociale[77], e così correggendo con misure appropriate le disparità di potere contrattuale pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche[78].

---

ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati» (misure *antitrust*, c.d. concorrenza in senso "statico"); ma anche le misure legislative di promozione, «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (per lo piú dirette a tutelare la concorrenza "nel" mercato: c.d. concorrenza in senso "dinamico").

[77] F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, *Riv. dir. civ*., 2010, I, 57.

[78] L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, *Banca, borsa tit. cred*., 1997, I, 3.

Diritto Mercato Tecnologia

Numeri Speciali

2016 Lo Stauto Etico Giuridico dei Campioni Biologici Umani
a cura di Dario Farace

La rivista "Diritto Mercato Tecnologia" intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall'interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

IAIC
ITALIAN ACADEMY OF THE INTERNET CODE

MiBACT
DGBIC
DIREZIONE GENERALE BIBLIOTECHE E ISTITUTI CULTURALI

UNIVERSITÀ EUROPEA DI ROMA
VINCE IN BONO MALUM
CREDA
Centro di Ricerca di Eccellenza per il Diritto d'Autore