



Associazione
GRUPPO
di **PISA**

Alessio Vaccari - I fondamenti teorici dell'utilità sociale

📅 22 SETTEMBRE 2017

SOMMARIO: 1. Il sintagma "utilità sociale" nell'articolo 41 della Costituzione: una clausola generale?; 2. L'illuminismo scozzese; 3. Il dibattito in Assemblea costituente; 4. Clausole generali: un tentativo di classificazione; 5. L'utilità sociale come "clausola generale in senso stretto" con alcuni tratti caratterizzanti; 6. Alla ricerca della nozione di utilità sociale; 7. Un apparente paradosso.

NUMERO, AUTORE, SEZIONE E ARGOMENTI:

2017/03

Alessio Vaccari

Relazioni



I FONDEMENTI TEORICI DELL'UTILITÀ SOCIALE

ALESSIO VACCARI*

SOMMARIO: 1. Il sintagma “utilità sociale” nell’articolo 41 della Costituzione: una clausola generale?; 2. L’illuminismo scozzese; 3. Il dibattito in Assemblea costituente; 4. Clausole generali: un tentativo di classificazione; 5. L’utilità sociale come “clausola generale in senso stretto” con alcuni tratti caratterizzanti; 6. Alla ricerca della nozione di utilità sociale; 7. Un apparente paradosso.

1. Il sintagma “utilità sociale” nell’articolo 41 della Costituzione: una clausola generale?

Il perseguimento dell’interesse materiale dei singoli comporta, quale effetto indiretto, anche il soddisfacimento dell’interesse della collettività o per raggiungere quest’ultimo è necessario introdurre dei meccanismi correttivi al mercato?

Un interrogativo che affonda le sue radici nella cultura filosofica europea del ‘700 e che ha attraversato lo stesso dibattito che si svolse in Assemblea costituente prima dell’approvazione definitiva dell’art. 41 Cost.

Nella Costituzione italiana tale questione si è tradotta nella formulazione di un articolo complesso, che riconosce l’iniziativa economica privata e prevede quale suo limite negativo l’utilità sociale nonché il potere del legislatore di intervenire a determinare programmi o prevedere controlli per indirizzare l’attività economica a “fini sociali”¹.

In particolare, secondo quanto prevede l’articolo 41 Cost. l’iniziativa economica è libera (primo comma) ma non può svolgersi in contrasto con «l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (secondo comma). La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (terzo comma).

I costituenti scelsero dunque di assoggettare l’iniziativa economica privata ad una serie di limiti dai contorni variamente indeterminati, il più importante dei quali è sicuramente l’utilità sociale che, come è stato osservato, svolge un ruolo «pivotal» nell’edificio costituzionale rappresentando «il regolatore dei rapporti tra politica ed economia».²

* Dottorando di ricerca in Scienze Politiche (Governo e Istituzioni) – Università degli Studi Roma Tre.

¹ Sottolinea che la formula “fini sociali” non può essere letta se non come espressiva della consapevolezza dell’incapacità del mercato di «autoregolarsi e di garantire l’ottimo sociale» R. NIRO, *Art. 41*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 858.

² Così, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno Aic 2011 *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria*, in www.rivistaic.it.

La dottrina ha qualificato in vario modo tale sintagma per metterne in evidenza i tratti caratterizzanti. Secondo alcuni autori si tratterebbe di una «norma elastica», secondo altri di una clausola generale³, per altri ancora sarebbe preferibile definire l'utilità sociale come un «principio valvola» dell'ordinamento giuridico⁴ in grado di permetterne il costante adeguamento al mutare dei tempi, una sorta di «organo respiratorio»⁵, per usare un'immagine tratta dal corpo umano. Altri ancora hanno ricondotto tale espressione alla categoria dei concetti a vaghezza socialmente tipica (o da rinvio)⁶, vale a dire a concetti indeterminati, ma di un tipo particolare. La loro indeterminatezza, infatti, non sarebbe risolvibile al livello del linguaggio⁷.

La diversità di formule è frutto di un dibattito molto ricco sulla natura dell'utilità sociale che ricalca quello che, più in generale, ha avuto ad oggetto le clausole generali, la loro struttura, la loro funzione e la loro collocazione nell'ordinamento.

Prima di esaminare le caratteristiche dell'utilità sociale alla luce della dottrina sulle clausole generali è opportuno delineare lo sfondo culturale che permette di ricostruire l'orizzonte di senso di questo concetto. La sezione seguente sarà dedicata in particolare ad analizzare l'utilità sociale negli scritti di due figure centrali dell'illuminismo scozzese che ne illustrarono il significato anche nel quadro del complesso rapporto che intercorre fra mercato e politica. Questo contesto permetterà di spiegare la peculiare rilevanza che il sintagma utilità sociale assunse nel dibattito costituente.

2. L'illuminismo scozzese

In dottrina è stata prospettata la tesi che i costituenti avessero presente il dibattito sviluppatosi nel '700 inglese in relazione ai principi della nascente economia politica⁸. Tale tesi può essere riproposta più in particolare rispetto all'utilità sociale.

La nozione di utilità ha una importanza primaria nel pensiero di David Hume⁹. Nella Ricerca sui principi della morale, Hume scrive:

E' un dato di fatto, che la circostanza dell'utilità, in ogni soggetto, è fonte di lode e di approvazione. Ad essa si fa costantemente riferimento in tutte le decisioni riguardanti il merito e il demerito delle azioni; essa è la sola fonte dell'alta considerazione che tributiamo alla giustizia, alla fedeltà, all'onore L'utilità è inseparabile da tutte le altre virtù sociali quali l'umanità, la generosità, la carità ... In una parola, essa fonda la parte principale della morale che si riferisce all'umanità e ai nostri simili.¹⁰

L'utilità sociale non è soltanto il principio esplicativo e giustificativo delle virtù sociali riconducibili ai tratti altruistici del carattere e alle qualità necessarie per partecipare con successo alle varie sfere di interazione sociale, ma è anche l'unico fondamento della giustizia, ossia di

³ In questo senso, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 192 ss.

⁴ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 79 ss.

⁵ Per questa formula, cfr. V. POLACCO, *Opere minori*, Modena, 1929, I, 60.

⁶ Così, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

⁷ Cfr ancora C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., 302.

⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 7 ss.

⁹ F. ROSEN, *Classical Utilitarianism from Hume to Mill*, Routledge, London and New York, 2003, cap. 3 si veda anche K. Haakonssen, *The Science of Legislator: the Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge, 1981, cap. 1.

¹⁰ D. HUME, *An Enquiry concerning the Principles of Morals*, trad. it. *Ricerca sui principi della morale*, in D. HUME, *Opere*, vol. II, Roma-Bari, 1987, 5.44.

quell'insieme di regole che sono alla base dell'istituzione della proprietà e della nostra tendenza a rispettare le promesse, senza la quale non potrebbe esistere alcuna società stabile e pacifica.

A complicare ulteriormente la ricchezza semantica di questa nozione vi è poi la circostanza che essa è usata indistintamente sia per indicare i mezzi per le diverse finalità sopraindicate sia per i fini e per il modo in cui si adattano reciprocamente.

L'utilità è soltanto una tendenza verso un certo fine ed è una contraddizione in termini che qualcosa ci piaccia come mezzo senza che il suo fine abbia un qualche effetto positivo su di noi. Se dunque l'utilità è una fonte del sentimento morale e se questa non è sempre considerata in relazione a noi stessi, allora ogni cosa che contribuisce al benessere della società suscita anche la nostra approvazione e la nostra buona volontà. Ecco un principio che spiega in larga parte l'origine della nostra moralità. Che bisogno abbiamo di ricercare sistemi astrusi e remoti quando ne abbiamo uno così chiaro e naturale?¹¹

L'indagine humeana prende le mosse dalla osservazione che gli esseri umani approvano ciò che è utile alla società. Approvare i mezzi implica tuttavia anche approvare i fini che questi sono in grado di realizzare. Nel sistema humeano si tratta in definitiva della stessa forma di approvazione e ciò spiega perché l'utilità sociale finisca inevitabilmente per essere sinonimo di felicità della società.

Attraverso il fenomeno psicologico dell'approvazione, Hume spiega inoltre come l'utilità sociale sia fondamentalmente un concetto morale e non economico o di senso comune. In una visione del mondo completamente naturalizzata che rifiuta una concezione del valore come esistente indipendentemente dagli esseri umani, la moralità è quella sfera della nostra riflessione, del nostro linguaggio e del nostro comportamento che è legata alla valutazione condivisa di ciò che realizza gli interessi umani. La natura della approvazione e degli interessi va tuttavia precisata. Questa impostazione rifiuta infatti quelle concezioni antropologiche che riconducono ogni movente dell'azione a desideri egoistici che spingerebbero a massimizzare il proprio interesse personale. Una tale immagine, espressa in modo esemplare nel pensiero hobbesiano¹² e confluita nelle teorie moderne dell'homo oeconomicus, sarebbe infatti priva di fondamenti empirici. Con grande anticipo rispetto agli esperimenti di John Elster¹³, David Hume aveva infatti mostrato come gli esseri umani sono mossi da una molteplicità di passioni che prevedono la presenza tanto di inclinazioni altruistiche quanto di atteggiamenti che permettono di costruire complesse forme di cooperazione o di coordinazione basate sulla fiducia¹⁴. Hume aveva inoltre spiegato come gli esseri umani sono in grado di approvare in modo disinteressato e condiviso queste condotte e le regole che le stabilizzano in quanto partecipano, attraverso il principio psicologico della simpatia, alla felicità che esse generano.

Le ragioni per le quali l'utilità sociale è un concetto morale non dipendono quindi da una visione riduttiva della natura umana, ma al contrario da una concezione naturalizzata del mondo e da una visione empiricamente fondata della psicologia umana. Ciò che favorisce la realizzazione dei nostri interessi a lungo termine, che coincidono con la possibilità di sviluppare le nostre qualità, di

¹¹ D. HUME, *Ricerca sui principi della morale*, in D. HUME, *Opere*, vol. II, Roma-Bari, 1987, 5.17.

¹² Si veda in particolare il *De homine*, 1658, trad. it. di A. Pacchi, Bari, Laterza, 1970, cap. X, par. 1. Più avanti Hobbes descrive l'essere umano come «famelico anche di fame futura, [che] supera in rapacità e crudeltà lupi, orsi e serpenti [...]», *De homine*, cit., 142 - cap. X, par. 3.

¹³ J. ELSTER, *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, 2005.

¹⁴ Una chiara presentazione di queste tesi è nel libro 2 e 3 del *Treatise of Human Nature* (1739-1740), trad. it. di A. Carlini, E. Lecaldano, E. Mistretta, con il titolo *Trattato sulla natura umana*, in *Opere filosofiche*, a cura di E. Lecaldano, vol. I, Roma-Bari, 1987.

partecipare attivamente alla vita sociale nel rispetto delle istituzioni e delle leggi che la fondano è approvato come socialmente utile. In questa ottica i contenuti morali sono appunto tali proprio in quanto riguardano il benessere degli esseri umani e su di essi, diversamente da ciò che avviene per altri ambiti del valore, è possibile raggiungere punti di convergenza stabili e imparziali fra tutti coloro che prendono parte al processo valutativo.

La dimensione condivisa del processo valutativo spiega inoltre perché l'utilità sociale non vada confusa con la quantità complessiva di benessere prodotto nella società e neppure come quella di una sua parte. Anche se Hume non aveva chiaramente affrontato il problema della distribuzione del benessere all'interno delle comunità, gli elementi che di volta in volta conducono all'utilità sociale sono quelli che permettono di migliorare le condizioni di vita di tutti e non soltanto di alcuni ceti o classi sociali.

Su questo sfondo si innesta il complicato rapporto che intercorre fra benessere individuale e benessere generale, cioè fra ciò che soddisfa gli interessi del singolo e ciò che promuove gli interessi della società. Nonostante la sua antropologia sociale, Hume rifiutava una visione ottimistica del collegamento fra interesse privato e interesse della collettività secondo la quale questo nesso è da considerarsi un fatto automatico e naturale. Per esaminare questo aspetto occorre nuovamente prendere le mosse dalla sua trattazione della giustizia, in modo particolare dall'insieme di regole che disciplinano l'acquisizione e il trasferimento della proprietà.

Come abbiamo osservato, il fondamento di queste regole risiede nella loro utilità: gli esseri umani approvano e riconoscono la dimensione normativa della giustizia perché le sue regole sono necessarie alla soddisfazione dei loro interessi a lungo termine. A partire da questa prospettiva, Hume riscrive la relazione fra interesse privato e interesse generale come il passaggio dalla soddisfazione degli interessi individuali immediati a quella degli interessi individuali a lungo termine¹⁵. Questo spostamento non è automatico né naturale, ma presuppone elementi artificiali quali la creazione di regole mutualmente vincolanti che riguardano la proprietà e il rispetto delle promesse che Hume pone alla base del vincolo politico¹⁶. Senza di esse, i rapporti sociali e, in modo particolare, le interazioni economiche prive del controllo delle leggi, costituirebbero una minaccia costante per la stabilità e per la sopravvivenza della società.

L'utilità sociale rimane centrale nella riflessione Settecentesca nell'opera di Adam Smith dove, oltre a svolgere un ruolo all'interno della teoria morale e della giustizia, è strettamente connessa alla sua concezione economica, in particolare al tema dell'intervento pubblico nel mercato¹⁷. Per ciò che riguarda il primo aspetto, Smith riprende la lezione humeana, connettendo però l'utilità della giustizia non alla scarsità naturale dei beni primari quanto piuttosto alla necessità di contrastare le passioni antisociali. L'idea smithiana è che la giustizia è utile poiché in una società nella quale i diritti di proprietà sono rispettati saranno assicurate migliori condizioni di vita per tutti e la fioritura della vita sociale.

Oltre a questo tema humeano, Smith sviluppa nuove linee di ricerca che riguardano il significato dell'utilità sociale sia in rapporto alla distribuzione dei beni all'interno della società sia rispetto ai vincoli che lo Stato deve porre al mercato.

Il primo profilo, è esaminato in diversi contesti, il più importante dei quali riguarda la celebre immagine della mano invisibile, formulata dapprima nella *Teoria dei sentimenti morali* e

¹⁵ Si veda su questo punto, D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, cit., 520.

¹⁶ D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, cit., Libro 3, Parte 2.

¹⁷ Su questo tema si veda, ad esempio, A. L. MACFIE, J. CROPSY, *Polity and Economy: An Interpretation of the Principles of Adam Smith*, in *Philosophical Quarterly*, 9 (35), 1959. Si veda anche J. B. Schneewind, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, 1998.

successivamente nella *Ricchezza delle nazioni*. Come è noto, si tratta di una formula di non facile interpretazione che è stata per lungo tempo utilizzata per sostenere una lettura in senso liberista del pensiero economico di Smith e per mettere in luce il contrasto fra questa dottrina e la sua teoria dei sentimenti morali. Un esame esaustivo di tale dibattito va al di là degli scopi di questo intervento, che riguarda più direttamente il significato di questa espressione in relazione al concetto di utilità sociale. Sotto questa luce, la dottrina della mano invisibile può essere riassunta schematicamente nell'idea che un sistema economico nel quale il livello di crescita della produzione è maggiore di quello dei rendimenti da capitale è utile poiché causa il miglioramento delle condizioni di vita di coloro che sono più svantaggiati. Per Smith, si tratta di un conseguenza non voluta poiché non è prodotta intenzionalmente dagli imprenditori, i cui comportamenti sono infatti causati dal desiderio di incrementare il proprio benessere materiale e di ricevere l'approvazione dei propri simili. La tesi di Smith è che il comportamento degli imprenditori è utile non perché massimizza la ricchezza complessiva della società a spese dell'aumento della disuguaglianza sociale, ma perché la incrementa migliorando le condizioni di coloro che sono più svantaggiati.

Indipendentemente dalla plausibilità dell'analisi smithiana, il punto che qui interessa sottolineare è che in questo contesto Smith elabora una accezione di utilità sociale che, pur riprendendo l'equazione humeana fra utilità e felicità generale, la declina lungo una linea nuova e originale. Utili sono quegli schemi di azione che promuovono la redistribuzione della ricchezza favorendo il miglioramento della qualità della vita di coloro che stanno peggio. In questo modo, come ha messo in luce Robbins e, più recentemente Rosen, Smith formula un criterio per valutare i rapporti economici che è in qualche modo esterno al mercato e che riguarda più direttamente la giustizia distributiva¹⁸. Inoltre, ed è questa la seconda linea, il sistema economico è sempre il prodotto anche di scelte politiche e non è mai semplicemente l'esito del mercato. In contrasto con la tesi semplicistica dell'automatica armonia fra interesse privato e interesse generale, la cui realizzazione non richiederebbe altro che l'egoistico perseguimento del primo realizzato attraverso i meccanismi del mercato, Smith indica a più riprese la necessità di porre vincoli al commercio «quando una data specie di attività è necessaria per la difesa del [proprio] paese»¹⁹. Simili restrizioni sono lecite e sagge perché «la difesa [del proprio paese] è di importanza molto maggiore della [sua] prosperità»²⁰. Nel sistema smithiano, le restrizioni imposte al mercato poggiano su un presupposto fondamentale: l'idea che esista un bene pubblico o utilità sociale che occupa un grado superiore rispetto al benessere economico e materiale²¹. Utilità che soltanto il potere politico può di volta in volta definire indicando un ordine fra i diversi beni sociali che è opportuno promuovere nelle circostanze date.

In contrasto con una lettura liberista della dottrina della «mano invisibile», questo progetto parte dalla convinzione, peraltro ormai condivisa da molti interpreti²², che Smith considera il mercato come un luogo artificiale, all'interno del quale le interazioni fra individui sono regolate dal potere politico. Coerentemente con questa impostazione e con quanto Hume sostiene nel libro III del *Trattato sulla natura umana*, Smith sottolinea nella *Ricchezza delle nazioni* che il rispetto della proprietà privata non è riconducibile ad un presunto diritto naturale, ma è invece l'esito di interazioni sociali, ripetute e casuali, attraverso le quali gli esseri umani arrivano a convergere su

¹⁸ Si veda L. ROBBINS, *The Theory of Economic Policy in English Classical Political Economy*, 2nd ed., London, 1978; ROSEN, *Classical Utilitarianism*, cit., 99 ss.

¹⁹ A. SMITH, *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, trad. it. di A. Campolongo, Torino, 1950, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, 416.

²⁰ A. SMITH, *Ricerche*, cit., 418.

²¹ Si veda A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, trad. it. di S. di Pietro, *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, 2009, 463. Su questo punto seguono le osservazioni di M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione Convegno annuale AIC, Torino, 2011, 25.

²² Per una ricostruzione di questa interpretazione si veda, ad esempio, A. RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005. Si veda inoltre E. LECALDANO, *Introduzione alla Teoria dei Sentimenti morali*, Milano, 5 ss.

regole generali, determinate e inflessibili che riguardano il possesso e il trasferimento di particolari beni²³.

Seguendo questa stessa linea teorica, nella *Ricchezza* Smith afferma esplicitamente che fra i compiti del sovrano figurano anche quei doveri, quali ad esempio la costruzione di ponti e di strade, che sono strumenti necessari per favorire lo sviluppo del commercio. Smith sostiene che la costruzione di queste opere non deve essere affidata ai singoli imprenditori. Se così fosse – questo era l’argomento – la loro realizzazione sarebbe stata funzionale al profitto dei privati, con la conseguenza che quando i costi fossero divenuti troppo elevati, nessuno avrebbe avuto il desiderio di realizzarle.²⁴ Nell’ottica Smithiana, l’intervento dello Stato nell’economia non è giustificato soltanto perché vi sono interessi che compongono il bene pubblico che non possono essere sacrificati al benessere materiale della collettività, ma anche perché lo stesso mercato, lasciato in balia delle proprie dinamiche, non è in grado di esprimere le proprie virtù.

3. Il dibattito in Assemblea costituente

Gli usi di utilità sociale presenti nel dibattito filosofico del XVIII secolo offrono al lettore degli atti dell’assemblea costituente uno sfondo concettuale assai fertile che permette di comprendere meglio le ragioni che spinsero a utilizzare proprio questo sintagma nelle parti in cui vennero affrontati temi economici. I motivi di questa scelta sono da ricondurre all’esigenza di disegnare forme di intervento pubblico volte a regolare il mercato quando questo si fosse posto in contrasto con il benessere generale. In linea con la tradizione filosofica sopra esaminata, il benessere in gioco non doveva essere interpretato esclusivamente come benessere materiale. Esso alludeva piuttosto a quelle condizioni di vita nelle quali ciascun cittadino può condurre una vita dignitosa e autonoma, godendo dei frutti del proprio lavoro e partecipando in modo attivo alla vita sociale e politica del proprio paese.

Questa operazione è della massima importanza per gli scopi di questo lavoro. Ricostruire il pensiero dei costituenti, mettendo in evidenza gli elementi di comunanza fra le diverse linee politiche, permette infatti di guadagnare i principi e i criteri che dovrebbero guidare l’interpretazione e l’uso di questo sintagma sia da parte della dottrina che del legislatore. Non si tratta pertanto di irrigidire la sua applicazione a partire dal suo presunto significato originario, ma al contrario di comprenderlo alla luce di quelle finalità ampie che consentono piuttosto di non irrigidirlo, mantenendo viva la sua funzione dinanzi al mutare delle circostanze storiche e sociali.

Il significato di utilità sociale venne discusso in assemblea Costituente nei lavori della Terza Sottocommissione e in quelli dell’Assemblea plenaria dedicata ai rapporti economici. La prima, che si riunì dal 26 luglio 1946 al 26 agosto 1946, doveva occuparsi dei diritti e dei doveri economico-sociali, la seconda, che si svolse invece dal 3 al 19 maggio dell’anno successivo, aveva lo scopo di discutere e approvare quelli che sarebbero diventati i futuri articoli della Costituzione.

Sofferamoci sui primi documenti. Lo scopo di questi lavori era avviare una discussione fra le diverse posizioni relativamente ai modi di intervento dello Stato nell’economia. Non si trattava semplicemente di prevedere quali forme di controllo pubblico della vita economica sarebbero state accettabili ma, più propriamente, di discutere le garanzie economiche e sociali di diritti fondamentali quali il lavoro, l’assistenza, l’educazione, la proprietà e l’iniziativa economica privata.

²³ Adam Smith, *Ricerche*, cit., 650. Su questo punto, vedi ancora LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 25.

²⁴ Su questo punto si veda M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 26 ss.

Una delle più importanti linee tematiche che attraversa il dibattito della Terza Sottocommissione è la discussione sullo statuto sociale di questi diritti. Esaminare gli usi del termine sociale associato a questa parte del dibattito costituente è la premessa necessaria per chiarire il significato del sintagma utilità sociale presente in questo dibattito.²⁵

Nella discussione sul diritto al lavoro la dimensione sociale è duplice. In una prima accezione, il lavoro non è soltanto un diritto individuale, che assicura il benessere del singolo e soddisfa il bisogno umano del «dominio ... su tutte le vicissitudini e in tutte le contingenze»²⁶, ma anche un «dovere verso la collettività», poiché è lo «strumento mediante il quale può realizzarsi il bene comune», identificato con la costruzione di una «Nazione attiva e potente»²⁷. Nella sua seconda accezione, che riguarda più direttamente l'intervento dello Stato nell'economia, i costituenti dichiarano che la Costituzione deve garantire anche un diritto al lavoro. Al dovere del singolo di lavorare fa riscontro il dovere della società di creare le condizioni affinché a ciascuno sia garantita la «reale possibilità di svolgere una attività manuale o intellettuale»²⁸ in conformità con le proprie attitudini ed in armonia con gli interessi della società. Soprattutto in questo secondo senso, trova espressione un aspetto fondamentale della vocazione etica che anima questo dibattito. Assicurare a ciascun cittadino la libertà dal bisogno non è semplicemente un mezzo per l'incremento della produzione. Ma è l'espressione di una finalità più alta che consiste nel delineare un progetto di società nella quale sia garantita a ciascuno una vita indipendente e dignitosa e la possibilità di esprimere nel lavoro la propria personalità, favorendo un miglioramento non solo materiale ma anche spirituale di tutti i cittadini.

Questa stessa impostazione «umana e sociale»²⁹ avrebbe poi dovuto ispirare il riconoscimento e la garanzia costituzionale dei diritti di assistenza e di previdenza. Il lavoratore costretto a una sosta forzata per malattia o infortunio, o la gravidanza della donna dovevano essere tutelati garantendo a questi soggetti la promozione del loro benessere e il sostegno alla loro famiglia. L'elemento sociale è fatto coincidere in questo caso con la tutela dei soggetti più deboli della comunità, le donne e i lavoratori temporaneamente inabili, ai quali si voleva garantire l'uguaglianza di trattamento rispetto ad altri soggetti. Una impostazione analoga guida anche la discussione delle garanzie economiche-sociali del diritto all'affermazione della personalità del cittadino, dove la cultura e l'istruzione venivano ricondotti alla classe dei beni sociali. Come nel caso precedente, il loro statuto sociale è connesso alla protezione dell'istruzione dei giovani più poveri nei cui confronti lo Stato si impegnava a provvedere con aiuti materiali.

Un ulteriore significato del termine sociale riguarda il diritto di proprietà. Secondo le parole del relatore Taviani, il riconoscimento di tale diritto era connesso sia all'esigenza della Costituzione di garantire la «libertà», «l'autonomia» e «l'affermazione della persona umana» sia a finalità più squisitamente sociali quali, ad esempio, la possibilità per tutti di accedere alla proprietà con il lavoro e con il risparmio. Secondo l'impostazione di Taviani i due profili non erano in contrasto fra loro. Al contrario, era proprio questa possibilità che avvalorava la tesi che il diritto di proprietà³⁰ fosse garanzia di libertà per tutti e non soltanto per alcuni. Per assicurare questa finalità sociale, la

²⁵ Dati gli scopi di questo intervento non prenderò in esame il problema di stabilire il significato dell'aggettivo sociale nella Parte I della Costituzione. Per una trattazione di questo tema rimando a V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale* (1950), in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, ora in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015. Per un esame illuminante delle differenze fra il contenuto «sociale» della nostra Costituzione repubblicana e l'elemento sociale della economia di mercato ordoliberal si veda invece O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 16-23.

²⁶ Assemblea costituente, terza sottocommissione, relazione Colitto, p. 8.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Assemblea costituente, cit, p. 20.

³⁰ Assemblea costituente, cit, pp. 67-71.

legge – seguendo il ragionamento esposto dall’On. Fanfani – doveva porre limiti nell’estensione, nell’origine e nei modi di trasferimento della proprietà privata. Come è noto, la relazione Taviani fu ampiamente criticata da parte del gruppo comunista. Oltre che essere tacciata di identificare la libertà con il possesso della proprietà, veniva accusata di aver escluso la possibilità di una eventuale abolizione futura della proprietà personale³¹. A seguito di queste critiche il testo iniziale venne privato di quelle che furono definite le sue premesse «filosofiche»³², cioè di quegli scopi che il riconoscimento di tale diritto avrebbe dovuto garantire³³. Tuttavia ciò non alterò la sostanza della posizione della maggioranza dei costituenti. Seguendo le riflessioni dell’On. Fanfani, che più volte svolse un’importante opera di mediazione fra le diverse anime del dibattito, esso richiamava due diversi profili del diritto di proprietà. Da una parte, faceva riferimento a quelle che furono chiamate le sue motivazioni di principio, l’idea cioè che gli esseri umani «affermano le proprie qualità costruttive» e esprimono la propria personalità anche attraverso la proprietà o, più precisamente, «l’appropriazione di ciò che riescono a produrre»³⁴. In questa accezione, la difesa del diritto di proprietà aveva uno scopo sociale poiché delineava una società nella quale ciascuno poteva esprimere «il massimo di libertà e ... ottenere quello di cui ha bisogno»³⁵. Dall’altra, sociali erano invece i limiti che il legislatore doveva porre in essere affinché la proprietà privata di alcuni non avesse come conseguenza «lo schiacciamento della personalità altrui»³⁶. Con questa espressione ricognitiva, Fanfani alludeva al complesso di circostanze, più volte richiamate nel corso della discussione, che avrebbero dovuto giustificare i limiti al godimento di tale diritto. Nell’Italia rurale del dopoguerra, il controllo della ripartizione del suolo, in particolare delle grandi proprietà latifondiarie, rappresentava ad esempio un caso nel quale dovevano rendersi operanti gli interventi dello Stato. Come mise chiaramente in luce Taviani, questi limiti non erano giustificati esclusivamente dal fatto che si voleva giustamente sviluppare e potenziare il rendimento del suolo, ma soprattutto dalla necessità di assicurare ad «ogni famiglia una abitazione sana e indipendente; al fine di garantire ad ognuno – che ne abbia la capacità e i mezzi – la possibilità di accedere alla proprietà della terra che coltiva»³⁷. Il limite alla proprietà era quindi funzionale non tanto, o non esclusivamente, al potenziamento del rendimento delle terre, quanto piuttosto alla necessità di garantire una casa a ciascuna famiglia e, più in generale, a esigenze che riguardavano più esplicitamente il rinnovamento sociale attraverso la redistribuzione dei beni³⁸.

L’acceso dibattito sulla proprietà, in linea di continuità con l’orientamento emerso nella altre sedute della Terza Sottocommissione, mostrava chiaramente come l’aggettivo sociale veniva usato per indicare la tutela di valori e interessi che non rientravano esclusivamente nella sfera economica e che erano ad essa sovraordinati. E’ esattamente in questa prospettiva che viene per la prima volta menzionato nei lavori della Terza Sottocommissione il sintagma «utilità sociale». Con questa espressione, i democristiani, i socialisti e i comunisti intendevano una clausola ricognitiva che ricomprendeva gli interessi sociali discussi precedentemente nei lavori della Sottocommissione. Nei casi in cui la proprietà privata fosse entrata palesemente in conflitto con questi interessi, la legge poteva limitarne il suo utilizzo. L’On. Lombardo sostenne, ad esempio, che «l’utilità sociale» era ciò che poteva giustificare la privazione, con riserva di indennizzo, della proprietà, aggiungendo poi

³¹ Assemblea costituente, cit, relazione Assennato, p. 75. Assennato sosteneva: «non si può consentire in questa epoca di dichiarare che alla proprietà si assegna lo scopo di stabilire la libertà e la formazione della persona, proprio in questa epoca, in cui anche le più reazionarie legislazioni vanno attenuando il significato della proprietà».

³² Assemblea costituente, cit, relazione Giua, p. 73.

³³ Assemblea costituente, cit, relazione Taviani, p. 79.

³⁴ Assemblea costituente, cit, relazione Fanfani, p. 76.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Assemblea costituente, cit, si veda su questo punto anche la relazione Corbi, p. 72.

che questo diritto «non può essere esercitato contrariamente all'utilità sociale»³⁹. Ciò significava, come precisò ancora Taviani, che concordava sulla necessità di usare quel sintagma, che la proprietà privata «doveva essere inquadrata in una visione organica della vita economica e dello Stato»⁴⁰.

In queste relazioni furono anticipate le tesi poi convogliate nel complesso dibattito sui limiti dell'iniziativa economica privata che si svolse nelle sedute dell'Assemblea plenaria dedicate ai rapporti economici. Come è noto, il futuro articolo 41 Cost. fu il risultato della fusione fra l'articolo 37, che doveva prevedere i limiti positivi «dell'attività economica», e il 39 che verteva invece sull'«iniziativa economica» e sui suoi limiti negativi⁴¹. La fusione, proposta originariamente dall'On Mortati, diede vita ad un articolo che pur lasciando libera l'iniziativa, definita come la «volontà di fare dell'imprenditore», sottoponeva la realizzazione di quell'attività a limiti negativi e positivi. Mortati distinse chiaramente il sintagma fini sociali dall'utilità comune o sociale. Fini sociali ricomprendeva tutti quei provvedimenti (piani, programmi, controlli) che coordinano fra loro le diverse attività economiche verso un fine unitario. Utilità sociale designava invece una espressione dal significato meno comprensivo della precedente, che rimandava alla tutela di quegli interessi e di quei valori legati al miglioramento delle condizioni dei più svantaggiati che non dovevano entrare in contrasto con l'iniziativa economica dei singoli. Coerentemente con questa linea, Mortati propose una formulazione dei limiti negativi nella quale «la libertà» e «la dignità» non erano elementi separati dall'utilità sociale, ma sue componenti interne.⁴² Nella sua stesura definitiva, il secondo comma dell'articolo 41 non rispettò la proposta Mortati, preferendo adottare la formula disgiuntiva «sicurezza», «dignità» e «utilità sociale». La sicurezza e la dignità erano valori troppo importanti per essere celati dietro un sintagma considerato da alcuni troppo elastico o addirittura privo di significato. Tuttavia, come testimoniato dalle relazioni dei Costituenti sopra discusse, questi concetti avevano con l'utilità sociale robuste connessioni semantiche.

4. Clausole generali: un tentativo di classificazione

La discussione dottrinale sull'utilità sociale ha riguardato in modo prevalente l'indagine sulla indeterminatezza che caratterizza il significato di questo sintagma. Più precisamente, si è cercato di mettere in luce la sua peculiare vaghezza sia attraverso la ricostruzione del tipo o dei tipi di criteri o *standards* che permettono la sua concretizzazione sia attraverso una riflessione volta a individuare i soggetti a cui l'utilità sociale dovrebbe rivolgersi. Seguendo questo metodo, la dottrina ha esaminato tale sintagma sullo sfondo della complessa controversia che ha riguardato la natura delle clausole generali. Nel resto di questo breve saggio, dopo aver ricostruito criticamente alcuni momenti di questo dibattito, si proverà a mostrare come esso debba essere integrato dalle conclusioni sull'orizzonte dell'utilità sociale precedentemente formulate. Quest'ultima prospettiva consente infatti non soltanto di tracciare i contorni semantici di una nozione che sarebbe altrimenti compromessa da una eccessiva polisemia, ma anche di comprendere in modo più chiaro il tipo di clausola generale cui questo sintagma può essere ricondotto.

La discussione dottrinale su tali clausole appare molto ampia e articolata, ma a volte difficile da decifrare.

³⁹ Assemblea costituente, cit, relazione Lombardo, p. 75. Si veda su questo stesso punto la relazione Ghidini, p. 87 e la relazione Pesenti, p. 108.

⁴⁰ Assemblea costituente, cit, relazione Taviani, p. 80.

⁴¹ Assemblea costituente, seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947, relazione Mortati.

⁴² *Ibidem*: «la legge pone norme necessarie perché le attività economiche siano coordinate a fini sociali e non rechino danno alla libertà e alla dignità e non contrastino in altro modo all'utilità comune», p. 3931.

L'uso della formula "clausola generale" non è stato univoco: da un lato, «fenomenologie normative in tutto o in parte differenti» sono state ricondotte a tale categoria, dall'altro, gli stessi sintagmi caratterizzati da un tipo particolare di indeterminatezza (le clausole generali in senso stretto) sono stati ridefiniti in modo diverso⁴³. La dottrina ha cercato attraverso diverse definizioni di metterne in evidenza i tratti che, di volta in volta, sono stati ritenuti caratterizzanti. Così, per sottolinearne la funzione di apertura all'esterno è stata coniata l'espressione "concetti valvola"⁴⁴ o valvole di sicurezza. Sebbene tutte le norme dell'ordinamento siano pensate per garantirne la durata nel tempo, la particolare formulazione di tali clausole dovrebbe consentire una durata ancora maggiore. Altra parte della dottrina, per esprimere la stessa valenza, ha preferito utilizzare la formula "norme elastiche" o preferibilmente "concetti elastici", per indicare che non si tratta di norme bensì di frammenti o parti di esse.

Volendo tentare una schematizzazione dei diversi usi dello stesso formula clausola generale, tale particolare tecnica legislativa è stata ritenuta sussistere quando si è di fronte ad a) una norma altamente indeterminata; b) una norma analogicamente estensiva; c) una norma a fattispecie aperta e a d) frammenti di norma che contengono termini o concetti valutativi⁴⁵.

In particolare, nel caso *sub a)* la norma a fattispecie altamente indeterminata si contrappone alle fattispecie casistiche che non riescono a cogliere la molteplicità del reale. Il legislatore sceglierebbe intenzionalmente queste formule, cosciente della impossibilità di prevedere i casi futuri⁴⁶. Nel caso *sub b)*, invece, la clausola generale ha una «funzione espressamente "estensiva" d'una o più categorie "esemplificative" menzionate nella fattispecie»⁴⁷. Nel caso *sub c)* l'apertura della fattispecie si realizza non in forza di un elemento della fattispecie, ma grazie all'interpretazione che del sintagma fornisce l'interprete. Infine, nel caso *sub d)* il sintagma permette l'apertura dell'ordinamento all'esterno perché contiene un termine o concetto valutativo.

In quest'ultimo caso, si sarebbe in presenza di clausole generali vere e proprie o "clausole generali in senso stretto".⁴⁸ Tali clausole generali, tuttavia, come si è già osservato, sono state ridefinite dalla dottrina di volta in volta con formule diverse, norme o concetti elastici, concetti valvola, norme a vaghezza socialmente tipica.

Tale differenza terminologica non deve essere considerata come un puro esercizio di stile, essa esprime invece i diversi tratti distintivi che la dottrina ha voluto mettere in evidenza con l'uso di una formula piuttosto che un'altra⁴⁹.

Nonostante la diversità di formule, sembra potersi affermare che le cd. clausole generali in senso stretto sono caratterizzate a) dal fatto di permettere un'apertura dell'ordinamento verso l'esterno; b) dal fatto che necessitano di una integrazione valutativa.

Il dinamismo che esse consentono all'ordinamento, garantendo ad esso il costante adeguamento a una realtà in continuo mutamento, non sembra infatti messo in discussione dalle diverse

⁴³ Così F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, 372 e ampiamente 33 ss. Sottolinea questo profilo anche C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 305. Secondo il quale il termine clausole generali è «fortemente ambiguo in quanto è usato simultaneamente e in modo indifferenziato tanto come sinonimo di norma fluida e aperta alla realtà sociale quanto come sinonimo di norma generale riassuntiva». Per questa ragione l'autore propone la formula "a vaghezza socialmente tipica o da rinvio" che secondo lui, rispetto agli altri termini, avrebbe il solo difetto di essere una novità.

⁴⁴ Tale formula si deve a K. G. WURZEL, *Das Juristische Denken*, Wien, 1904, 86.

⁴⁵ Questa schematizzazione si deve a F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 374 e ampiamente 63 ss.

⁴⁶ Sulle clausole generali come tecnica legislativa cfr. K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 197 ss.

⁴⁷ In questi termini, F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 374.

⁴⁸ Cfr. ancora F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 87 ss.

⁴⁹ Sottolinea in modo particolare tale profilo E. FABIANI, *Clausole generali*, in *Enc. dir.*, annali, (2012), 213.

ricostruzioni, così come il fatto che le clausole generali sono parti di norma che esprimono “concetti di valore”, o, con una formula equivalente, “termini di valore”.

Essi sono caratterizzati da una indeterminatezza molto diversa dalla normale vaghezza delle norme e questo li distingue dai cosiddetti concetti indeterminati, vale a dire quei concetti che, rispetto alle altre norme, presentano un grado maggiore di indeterminatezza. Nel caso delle clausole generali, o come altra dottrina preferisce, dei concetti a vaghezza socialmente tipica o da rinvio, la vaghezza è *qualitativamente*, e non semplicemente *quantitativamente*, diversa. Quando il legislatore utilizza formule di questo tipo di fatto «rinuncia a determinare direttamente *i criteri per applicare una certa qualifica ai fatti* e fa implicito o esplicito rinvio a parametri variabili nel tempo e nello spazio desumibili da regole morali, sociali e del costume»⁵⁰. Per applicare la norma, l'interprete dovrà quindi individuare in via preliminare il parametro di riferimento e molto spesso sarà costretto a compiere una scelta tra una pluralità di regole di comportamento, o come altrimenti vengono definiti, tra una pluralità di *standards* in concorrenza tra loro presenti nella stessa società.

Questa particolare indeterminatezza qualitativa non sembra venir meno se si accede alla ricostruzione che sottolinea che non sempre esse fanno riferimento a criteri esterni al diritto, ad una dimensione meta-giuridica. Secondo questa tesi, le clausole generali sarebbero al contrario costituite da «un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti»⁵¹.

In particolare, vi sarebbero almeno due tipologie di clausole generali: quelle che indicano all'interprete il “tipo” di criterio (morale o interno al diritto) utile ad individuarne il significato e quelle che invece lo lasciano libero di scegliere tra criteri interni e criteri esterni al diritto⁵².

Questa impostazione rischia tuttavia di far perdere alle clausole generali la loro caratteristica di rinviare *almeno potenzialmente* a regole esterne al diritto.

Proprio per questa ragione, recentemente è stata proposta in dottrina la tesi secondo la quale «le clausole generali sarebbero quelle parti di norma, e più precisamente quegli elementi della fattispecie, espressi dai termini o sintagmi valutativi, presenti nella disposizione, qualora questi ultimi siano interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato (i cui criteri di applicazione) non sia (siano) determinabile (determinabili) se non per il tramite di parametri di giudizio-quanto meno potenzialmente desumibili da un qualche insieme di regole meta-giuridiche (di solito sociali o del costume) diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione tra loro»⁵³.

L'indeterminatezza delle clausole generali non consentirebbe dunque «la determinazione delle condizioni per la applicazione *di tali clausole* se non ricorrendo a criteri di giudizio:1) non direttamente esplicitati nella disposizione espressiva della clausola generale; 2) *potenzialmente* desumibili da qualche dimensione normativa metagiuridica, anche se non per forza da essa concretamente ricavati; 3) diacronicamente mutevoli; 4) in potenziale concorrenza tra loro»⁵⁴.

⁵⁰ Così C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 303, secondo il quale la vaghezza socialmente tipica si contrapporrebbe alla vaghezza comune che si ha «nei casi ordinari, quando il richiamo alle regole e ai valori etico sociali non è necessario per l'applicabilità di un concetto all'esperienza».Cfr. ancora 303.

⁵¹ Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 71.

⁵² In questo senso, cfr. ancora V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 65.

⁵³ F. PEDRINI, *Le “clausole generali”*, cit., 98.

⁵⁴ Così, ancora F. PEDRINI, *Le “clausole generali”*, cit., 98.

Un elemento che attraversa trasversalmente i diversi tentativi di classificazione e in qualche modo li accomuna è il ruolo riservato al giudice⁵⁵. In tutte le ricostruzioni, il giudice rappresenta una figura centrale, anche se poi le diverse tesi si distinguono perché attribuiscono all'interprete un potere di ampiezza diversa. Secondo alcune ricostruzioni, le clausole generali dovrebbero essere interpretate come una vera e propria delega al giudice, che avrebbe il compito di creare la norma giuridica. Secondo altre, invece, anche in presenza di clausole generali, il ruolo del giudice, seppure fondamentale, non potrebbe spingersi fino ad un atto creativo della norma da applicare al caso concreto.

A prescindere dall'ampiezza del potere riconosciuto al giudice, in tutte le ricostruzioni gli *standards* svolgono una funzione chiave per quanto riguarda la concretizzazione della indeterminatezza della clausola generale. Lo *standard* viene utilizzato dal giudice quale criterio o parametro di giudizio. Parte della dottrina, tuttavia, sottolinea come il rapporto tra clausola generale e standard non possa risolversi in una identificazione e neppure in un mero rinvio recettizio. Gli standards sono «punti di vista che il giudice deve tradurre in un proprio giudizio valutativo»⁵⁶. In questa prospettiva, le clausole generali possono essere ricostruite «come tecniche di formazione giurisprudenziale della regola da applicare»⁵⁷.

Nel dibattito sulle clausole generali è ormai una costante anche l'osservazione che esse svolgono una funzione di apertura nei confronti dell'evoluzione della società non solo diacronica ma anche sincronica, permettendo di dar voce al pluralismo in essa presente.

Assumendo questa prospettiva, secondo una certa ricostruzione, anzi esse avrebbero «ormai mutato funzione, e non si *presenterebbero* come espedienti per evitare l'irrigidirsi di un complesso legislativo di fronte ad una realtà mutata, ma *rappresenterebbero* gli strumenti più adeguati a regolare una realtà dal dinamismo crescente, e quindi irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definite. Mutando funzione, esse tendono a trasformarsi da strumenti di "disordine" di un sistema tutto fondato su componenti rigide nei veri modelli ordinatori di una realtà che tende a respingere in blocco gli antichi strumenti di regolazione...»⁵⁸.

Si tratta di una ricostruzione che, ribaltando le premesse di partenza, rende evidenti i rischi di politicizzazione del sistema e di arbitrio del giudice⁵⁹ sottesi all'uso di tali sintagmi.

Alla luce di queste considerazioni, dopo avere discusso della natura e della funzione delle clausole generali, la dottrina più recente pare oggi porre l'accento sulla necessità di rendere controllabili le decisioni dei giudici quando utilizzano tali clausole per garantire quell'uniformità e quella certezza del diritto che inevitabilmente vengono «sacrificate a favore della giustizia sostanziale quando il legislatore sceglie di utilizzare una clausola generale»⁶⁰.

5. L'utilità sociale come "clausola generale in senso stretto" con alcuni tratti caratterizzanti

L'utilità sociale può essere considerata una clausola generale del tipo *sub d)* e dunque una "clausola generale in senso stretto". Il sintagma utilità sociale infatti per essere compreso ha bisogno di una integrazione valutativa. Si tratta, inoltre, di una clausola generale di livello

⁵⁵ Su questo profilo cfr. i contributi di A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, F. ROSSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss.

⁵⁶ Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 10 ss. e nello stesso senso E. FABIANI, *Clausole generali*, cit., 217.

⁵⁷ Per questa ricostruzione v. ancora L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 11.

⁵⁸ S. RODOTÀ, *Diligenza* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XII (1964), 540.

⁵⁹ In questo senso, E. FABIANI, *Clausole generali*, cit., 247 ss.

⁶⁰ Cfr. ancora E. FABIANI, *Clausole generali*, cit., 239.

costituzionale che, anche per questa sua collocazione, oltre ai caratteri che la dottrina ha indicato come comuni alle altre clausole generali in senso stretto, presenta alcuni aspetti particolari.

Innanzitutto, diversamente dalle clausole generali civilistiche (buona fede, diligenza del buon padre di famiglia, giusta causa del licenziamento), l'utilità sociale è caratterizzata dal fatto che nella sua concretizzazione un ruolo fondamentale è svolto dal legislatore⁶¹, prima ancora che dal giudice il quale può essere chiamato nel corso di un giudizio a dare un'interpretazione conforme a Costituzione di una disposizione ovvero, laddove non sia possibile, a rimettere la questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte.⁶²

L'importanza del legislatore nella concretizzazione della clausola è stata riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale che, sin dalle sue prime decisioni in materia, pur affermando la propria competenza a sindacare l'uso della clausola utilità sociale fatta dallo stesso⁶³, ha ritenuto che ad esso solo spetti «il compito di assegnare un contenuto specifico alla formula generica»⁶⁴.

A dire il vero, il giudice costituzionale ha mostrato un significativo *self-restraint* nei confronti del legislatore, non fornendo una nozione di utilità sociale, come ha fatto per esempio per il sintagma buon costume, contenuto nell'altra clausola generale di livello costituzionale.⁶⁵

Il sindacato sull'utilità sociale di una legge, inoltre, è stato condotto con uno schema simile al controllo di ragionevolezza delle leggi.⁶⁶ La Corte ha chiarito, infatti, sin dalle prime sentenze in materia, e costantemente ribadito in seguito, che «nei casi in cui le leggi apportino limitazioni ai diritti di libertà economica, ha certamente il potere di giudicare in merito alla utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere su quei diritti. Ma tale potere concerne solo gli aspetti logici del problema e cioè la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo»⁶⁷

⁶¹ Per queste considerazioni v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 127 e A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI (1971), 604. Secondo quest'ultimo, in particolare, «la disposizione appresta un criterio generico la cui determinazione specificamente normativa spetta innanzi tutto agli organi costituzionali, i cui poteri partecipano alla definizione dell'indirizzo politico, e poi ai soggetti privati, in quanto titolari di posizioni di autonomia, ed ai giudici di "merito", che sindacano la liceità dei loro comportamenti e delle loro manifestazioni di volontà».

⁶² Ovviamente il carattere recessivo del ruolo del giudice così delineato è essenzialmente legato al vincolo che il testo legislativo rappresenta nell'operazione ermeneutica. Si veda F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2010 e M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, *Enc. dir.*, IX (2016), 391 ss..

⁶³ Cfr. Corte cost., sent. n. 14 del 1964. Su questa importante decisione v. il commento di L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sulla "utilità" delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1964, 144 ss.

⁶⁴ Cfr. le osservazioni di T. MARTINES, *Concetti indeterminati e attività interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV. *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 177.

⁶⁵ In questo senso cfr. F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 301 ss.

⁶⁶ Per questo rilievo, M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 135 ss.

⁶⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 137 del 1971. Si sofferma, invece, sull'importanza del ruolo della Corte costituzionale Baldassarre che sottolinea come «il sindacato di costituzionalità sugli atti legislativi disciplinanti lo svolgimento delle iniziative economiche private sotto il profilo della loro violazione del criterio dell' "utilità sociale" è un esempio tipico del potere riconosciuto alla Corte di definire i tratti specifici del parametro del giudizio di sua competenza». Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica*, cit., 605.

Si può ritenere che la giurisprudenza costituzionale in materia abbia attraversato tre diversi periodi.

I. Una prima fase, che si apre con le pronunce della seconda metà degli anni Cinquanta e si esaurisce progressivamente sul finire degli anni Ottanta del Novecento, è caratterizzata da un ampio ricorso al parametro dell'art. 41 Cost., con particolare riferimento all'utilità sociale. In questa fase il principio in esame è fatto coincidere con una molteplicità di interessi. Le differenti finalità ricondotte all'utilità sociale possono essere articolate schematicamente nei seguenti punti: salute, lavoro, dignità umana, sicurezza, tutela del paesaggio, promozione del pluralismo culturale, produzione economica. Il legislatore e la Corte di fatto rinviano ad altre norme costituzionali per definire l'utilità sociale. Cfr. sentt. nn. 29 del 1957, 24 del 1964, 137 del 1971 sulla tutela della salute. Le sentt. nn. 3 del 1957, 45 del 1963, 16 del 1968 sul pieno impiego e la sent. n. 27 del 1969 sulla tutela degli interessi delle donne lavoratrici. In una direzione analoga

La posizione del giudice costituzionale in ordine alla necessità della *interpositio legislatoris* discende dal fatto che si tratta di una clausola generale prevista in Costituzione e come tale appare rivolta in primo luogo al legislatore, ma anche dalla ricostruzione che la Corte, sin dalle sue prime pronunce, ha dato dell'art. 41 Cost. Tale articolo è stato letto in modo unitario e così la riserva relativa di legge prevista nel terzo comma è stata ritenuta sussistere implicitamente anche rispetto a

cfr. sent. n. 133 del 1968 nella quale l'«utilità sociale» giustifica quelle norme di chiusura infrasettimanale dei negozi che tutelano il «riposo dei lavoratori» (cfr. sent. n. 111 del 1974 e sent. n. 446 del 1988 sul riposo settimanale nelle farmacie). In connessione con il tema del lavoro, il concetto di utilità sociale è inoltre declinato in relazione alla tutela del diritto d'autore (cfr. sent. n. 65 del 1972). Sul divieto di concedere licenze per l'uso nei locali pubblici di «apparecchi da gioco» che identifica «esigenze sociali» che devono «coordinare la libertà di iniziativa economica privata» con le misure atte a prevenire situazioni che potrebbero favorire tendenze antisociali nei cittadini cfr. sent. n. 125 del 1963. L'«utilità sociale» è identificata in questo caso con la «dignità umana», intesa come capacità di autodeterminarsi. Il «gioco» degrada l'autonomia individuale favorendo comportamenti antisociali governati da forme di ozio morboso che creano dipendenza e minacciano la capacità umana di agire in modo autonomo e riflessivo. Sulla utilità sociale come «tutela fisica e morale dei cittadini» cfr. sentt. nn. 39 e 121 del 1963. Sulla tutela delle «bellezze naturali» come fine che rientra nella promozione dell'utilità sociale cfr. sent. 9 del 1973.

II. Una seconda fase, che si apre con le sentenze che si collocano sul finire degli anni Ottanta del Novecento. In questa fase l'articolo 41 si trova al centro del processo di integrazione comunitaria fondato sui principi di libera concorrenza e dell'economia di mercato. Sul piano normativo, l'elemento cruciale è la legge n. 287 del 1990 che istituisce norme per la tutela della concorrenza e del mercato e che si proclama in attuazione della garanzia della libertà di iniziativa economica privata prevista nell'art. 41, comma 1, Cost. In questa seconda fase, oltre agli interessi della salute e dell'ambiente (si veda ad es. le sentt. nn. 127 del 1990, 196 del 1998, 190 del 2001), le finalità dell'utilità sociale sono sempre più frequentemente ricondotte alla tutela della concorrenza.

Cfr. sent. n. 223 del 1982, nella quale il giudice costituzionale riconduce la libertà di concorrenza a due importanti interessi. Da una parte, essa «integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori», dall'altra, protegge gli interessi della collettività «in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza fra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi». Successivamente cfr. sent. n. 241 del 1990 che riprende il nesso fra tutela della concorrenza e utilità sociale. Vincoli all'iniziativa economica privata sono «fatalmente elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo». Il giudice delle leggi sostiene che nei casi in cui ciò dovesse accadere «l'utilità e i fini sociali» sarebbero inevitabilmente «pretermessi, giacché non solo la libertà di concorrenza sarebbe «vanificata o distorta» ma potrebbero anche «essere pregiudicate le esigenze [...] dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale». Sulla tutela della concorrenza cfr. ancora sentt. nn. 14 del 2004 e 401 del 2007 in cui la Corte ha chiarito che «la nozione comunitaria di concorrenza [...] che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è definita come concorrenza per il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari».

III. Una terza fase, la giurisprudenza più recente, che sembra muoversi in direzione parzialmente contraria. I dati caratterizzanti di questa fase sono contenuti in due decisioni: la sent. n. 270 del 2010, che ha risolto la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione agli articoli 3 e 41 Cost, sull'art. 4, comma 4-*quinquies*, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, una norma-provvedimento adottata per il «salvataggio dell'Alitalia», e la sent. n. 200 del 2012, con cui la Corte si è pronunciata sul principio generale della liberalizzazione, contenuto nell'art. 3, primo comma, del decreto-legge n. 138 del 2011.

Nella prima decisione, il giudice costituzionale offre un'ampia ricostruzione della tutela della concorrenza ribadendo, tra l'altro, che «la libertà di concorrenza costituisce manifestazione della libertà di iniziativa economica privata» che ai sensi dell'art. 41, secondo e terzo comma, «è suscettibile di limitazioni giustificate da ragioni di “utilità sociale” e da “fini sociali”». La Corte sottolinea inoltre che la tutela della concorrenza ha una duplice finalità« da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi».

Nella seconda pronuncia, la Corte enuncia il principio che «una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva-cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti-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». In questa ottica, secondo il giudice costituzionale, «l'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela dei superiori interessi costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra perciò a pieno titolo nelle competenze del legislatore statale»

Sulle diverse fasi della giurisprudenza costituzionale in materia v. in dottrina M. LUCIANI, *Unità nazionale*, cit., 1 ss; F. Angelini, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in *rivistaic.it*, 30.10. 2012; T. GUARNIER, *Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *rivistaic.it*, 29.02.2016.

tutti i limiti previsti dal secondo comma⁶⁸. Tali limiti non avrebbero effetto se non dopo il necessario intervento del legislatore.

Un'altra caratteristica della clausola utilità sociale deriva dalla sua origine e non semplicemente dalla sua collocazione al livello costituzionale. Per analizzare questo tratto, è necessario chiarire cosa si intenda per utilità sociale.

6. Alla ricerca della nozione di utilità sociale

Si tratta di una questione diversa, seppur strettamente connessa a quelle della struttura e della funzione svolte dalla clausola utilità sociale⁶⁹.

La formula non appare infatti «inconoscibile»⁷⁰ o tanto vaga da non avere alcun significato o peggio, come è stato detto sarcasticamente, «da rappresentare un augurio che in avvenire si riesca a scoprirne il significato»⁷¹.

In dottrina, tale sintagma è stato inteso in modi diversi, «ravvisandosi in esso ora l'esigenza di raggiungere i massimi livelli di occupazione, attraverso una lettura proposta da Mortati che congiungeva in maniera sistematica l'art. 41 all'art. 4 Cost, ora il "recupero" della nozione utilitaristica di Bentham secondo cui essa corrisponderebbe alla "maggior quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini"⁷² che, secondo un'altra prospettiva, dovrebbe comunque essere inteso come il "benessere economico e collettivo" quale "progresso materiale di tutti in condizioni di eguaglianza»⁷³.

Secondo questa ricostruzione, in particolare, non ci sarebbe distinzione tra le diverse formule "utilità sociale", "fini sociali", "funzione sociale", "utilità generale", presenti rispettivamente negli articoli, 41, secondo e terzo comma, 42 e 43 Cost. Di tutte le clausole generali inserite nella cd. Costituzione economica dovrebbe darsi una lettura unitaria⁷⁴.

L'interpretazione che, tuttavia, sembra aver trovato il maggiore seguito è quella che ricostruisce l'utilità sociale insieme come un principio valvola e come un concetto di valore⁷⁵. Essa rappresenta

⁶⁸ Ritengono che esista una riserva di legge implicita in Costituzione A. M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958, 361; S. FOIS, *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1958, 23.

In senso contrario v. invece C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss. e A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., 606.

⁶⁹ La norma che si richiama all'utilità sociale ha un senso già per il "modo" in cui è formulata, oltre che per i contenuti in cui si esprime e per i comportamenti che impone ed in cui aspira ad inverarsi. Per queste riflessioni, cfr. M. LUCIANI che formula queste domande in apertura del noto lavoro su *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 78.

⁷⁰ In questi termini, M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 153.

⁷¹ Così si esprime polemicamente Einaudi in *Att. ass. cost.*, vol. IV, 3938.

⁷² Ricorda tale aspetto R. NIRO, *Art. 41*, cit., 854.

⁷³ Per questa posizione cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 204 ss e V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nella Costituzione*, Napoli, 1959, 242.

⁷⁴ In questo senso ancora, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 210.

⁷⁵ Così M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 117 ss. Luciani, mutuando tale formula da Wurzl, preferisce definire l'utilità sociale come un principio valvola piuttosto che come una clausola generale, rilevando tuttavia che tra le due categorie non vi è una sostanziale differenza. Anche se secondo la sua ricostruzione la qualifica di clausola generale andrebbe riservata «a quella disposizione che sia (per la sua natura e/o per la fonte che la prevede) atta all'immediata applicazione nei rapporti interprivati. In questo senso è inopportuno estendere questa qualifica ai principi costituzionali, la cui immediata applicabilità non è mai scontata, ed opera comunque, anche quando vi sia, in forme diverse da quelle proprie delle clausole generali. Meglio dunque definire come principi valvola le norme costituzionali che presentano le [stesse caratteristiche] delle clausole generali, quasi a

inoltre un limite all'iniziativa privata, ma anche la sua garanzia, in quanto tale libertà non può essere limitata dallo Stato se non per garantire l'“utilità sociale”⁷⁶.

Secondo questa tesi, l'utilità sociale permetterebbe un'apertura al nuovo che, le deriva dalla sua natura di principio valvola, che tuttavia non impedirebbe di identificarne un contenuto di valore. La qualificazione della utilità come “sociale” esprime infatti il riferimento all'interesse della società nel suo complesso che non equivale all'interesse pubblico, come interesse che fa capo allo Stato persona⁷⁷, ma nemmeno all'interesse delle categorie più svantaggiate, a meno che «la “crescita” di quelle categorie non comporti la parallela “crescita” della società nel suo complesso».⁷⁸

Questa ricostruzione si basa sul fatto che l'articolo 41 Cost. gode di un collegamento strettissimo con l'art. 3, secondo comma, Cost., il cui progetto di trasformazione della società si può realizzare solo nella misura in cui ne sussistano le condizioni economiche. Alla luce di questo collegamento, sarà socialmente utile qualsiasi intervento nell'economia che permetta di realizzare gli interessi culturali, sociali, politici e senz'altro economici, ma non solo economici. Tali interessi, infatti, devono essere considerati un obiettivo solo strumentale e dunque devono essere ritenuti recessivi rispetto agli altri indicati nell'art. 3 Cost. e nelle altre disposizioni costituzionali⁷⁹. In questa prospettiva, da un lato, «l'utilità sociale, non potrà mai coincidere con l'interesse di tutti, ma solo con quello di coloro che di volta in volta [...] saranno titolari di interessi coincidenti con quelli complessivi della trasformazione» e, dall'altro, che muteranno gli strumenti e cosa sarà di utilità sociale, ma sarà sempre possibile dire *a priori* «per cosa devono essere utili le incidenze sulla produzione»⁸⁰

7. L'apparente paradosso dell'utilità sociale

Le analisi che precedono mostrano come l'utilità sociale non si sovrapponga agli altri limiti negativi previsti nel secondo comma, pur partecipando della stessa natura. L'utilità sociale come la dignità, la sicurezza, la libertà è una formula ampia a tutela della persona che non appare riducibile esclusivamente al “benessere economico della collettività”.

Questa lettura dal punto di vista teorico consente di evidenziare un'altra caratteristica propria dell'utilità sociale quale clausola generale in senso stretto.

L'utilità sociale, diversamente dall'altra clausola generale per antonomasia di livello costituzionale, il buon costume, non sembra possa essere definita solo facendo ricorso a *standards* extra-giuridici. Ciò non significa, tuttavia, che essa possa essere individuata, coerentemente con una recente attenta ricostruzione delle clausole generali, ricorrendo semplicemente ad altre norme dello stesso ordinamento giuridico, ma piuttosto che, per comprendere in cosa si sostanzia il sintagma utilità sociale, bisogna inserire la formula all'interno del complesso disegno costituzionale.

segnarne lo stacco dall'altra più tradizionale categoria» cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., 82 nt. 12.

Ritiene l'utilità sociale un principio valvola anche Baldassarre e la definisce come «una formula riassuntiva dei bisogni della comunità». Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa*, cit., 603.

⁷⁶ Su questo profilo, v. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 45 ss.

⁷⁷ Secondo M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 126, l'equazione interesse pubblico-interesse sociale sarebbe del resto esclusa sulla base della considerazione che l'attività economica pubblica può essere assoggettata a controlli e programmi per raggiungere fini sociali e dunque «il semplice fatto di esserci» non rappresenta un «sicuro mezzo per il raggiungimento dei fini sociali di cui ivi si parla».

⁷⁸ Cfr. ancora M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 127.

⁷⁹ Così, M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 131.

⁸⁰ Così, M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 131.

Si potrebbe sostenere tuttavia che questa stessa operazione ermeneutica debba essere svolta dall'interprete ogni qualvolta è chiamato a scegliere tra i diversi *standards* che, per essere utilizzati, non devono porsi in contrasto, in primo luogo, con le norme costituzionali. Tuttavia, per definire l'utilità sociale, le altre norme costituzionali non sembrano operare da limite negativo nel guidare la scelta dell'interprete tra diversi *standards* in concorrenza tra loro, come la dottrina ha da tempo rilevato rispetto alle altre clausole generali, ma piuttosto come direttrice positiva.

Si potrebbe sostenere insomma che l'utilità sociale sia una clausola generale in senso stretto di tipo particolare, perché nonostante essa espliciti indubbiamente come le altre clausole generali una funzione di apertura dell'ordinamento verso l'esterno e muti il suo significato con il passare del tempo, tuttavia essa manterrebbe inalterato un sorta di nucleo indefettibile o primigeno, o forse più correttamente un ineliminabile orizzonte di senso, che le deriva dall'essere il frutto di una scelta forte da parte dei costituenti.

Sotto questo profilo, insomma l'utilità sociale non può essere perfettamente riconducibile ad una clausola generale o a una norma a vaghezza socialmente tipica, per usare l'espressione di Luzzati, il cui contenuto varia con il passare del tempo in considerazione del fatto che, nel periodo trascorso tra una valutazione e l'altra, le valutazioni del costume e della morale collettiva a cui il sintagma fa riferimento sono cambiate.

Questo rilievo sembra rendere l'utilità sociale una clausola parzialmente diversa dalle altre, e sembra rappresentare un apparente paradosso, l'utilità sociale è infatti una clausola generale che permette un'apertura verso il futuro, rimanendo con i piedi saldamente ancorati nel passato.