

Libertà economiche e diritti dell'uomo ovvero libertà d'impresa nei Paesi dei diritti fondamentali

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Libertà economiche e diritti dell'uomo ovvero libertà d'impresa nei Paesi dei diritti fondamentali. Rassegna di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp.834-858. <hal-01665064>

HAL Id: hal-01665064

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01665064>

Submitted on 15 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Libertà economiche e diritti dell'uomo ovvero libertà d'impresa nei Paesi dei diritti fondamentali*.

Véronique Champeil – Desplats, Université Paris X – Nanterre

Le libertà economiche e, in primo luogo, quelle d'impresa prevalgono in importanza negli ordini giuridici contemporanei. Per molti, esse sono divenute fondamentali. Tuttavia, tale concezione incontra delle difficoltà. Essa promana spesso da uno sforzo di costruzione che talvolta implica un ripiegamento della nozione di diritto fondamentale. È sorprendente del resto il passaggio dalla nozione di «diritto dell'uomo» a quella di «diritto fondamentale» che, lo si nota in particolar modo in Francia, è utile ai fini di tale ricostruzione. Le libertà economiche difficilmente comprensibili mediante la nozione di diritto dell'uomo – essenzialmente perché sostengono gli interessi delle imprese –, si adattano meglio rispetto al concetto di libertà fondamentali. In effetti, mentre l'uomo non è un punto di riferimento necessario affinché la nozione di «diritti fondamentali» abbia un senso, per la nozione di diritto dell'uomo, invece lo è. Accettare il carattere fondamentale delle libertà economiche non è privo di rilevanza. Questa qualità conferisce loro l'idoneità a costituire un limite non più solamente all'azione dello Stato – in linea con la concezione liberale classica –, ma ugualmente ad altri diritti e libertà che s'inscrivono nella tradizionale categoria dei diritti dell'uomo: dignità, non discriminazione, istruzione, salute... «Proprio quando le libertà economiche e l'economia di mercato» hanno avuto bisogno del quadro «dei diritti dell'uomo per assicurare loro una piena operatività ed uno sviluppo», «un elemento di tensione appare d'ora in poi» rimettendo in discussione lo stretto legame esistente nei rapporti tra diritti dell'uomo ed economia di mercato»¹.

Le libertà economiche e i diritti dell'uomo non si pongono più in una prospettiva comune come limite all'azione dello Stato. Essi si confrontano nel momento stesso in cui sono percepiti mediante l'ausilio della medesima categoria concettuale, quella dei diritti e delle libertà fondamentali. (I)

Questo confronto delle libertà economiche con gli altri diritti e libertà fondamentali assume nuove forme in maniera sempre crescente (rapporti di lavoro², salute³, educazione), sebbene alcuni paesi ad esso si sottraggano e di conseguenza ci vorranno ancora alcuni anni

* Pubblicato sulla Revue du Travail, gennaio 2007, n. 1, p. 19, con il titolo *Liberté économique et droits de l'homme ou la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux*.

¹ J. – B. RACINE, «L'ordre concurrentiel et les droits de l'Homme», in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Edition Frison-Roche, 2003, p. 420.

² I. MEYRAT, «Droits fondamentaux et droit du travail: réflexions autour d'une problématique ambivalente», in *Droit Ouvrier*, luglio 2002, p. 343.

³ T. GRUNDLÈR, *La santé publique face aux droits fondamentaux*, Thèse, Paris X-Nanterre, maggio 2006.

per superare il loro connotato mercantilistico. Esso può assumere la forma di conflitti orizzontali fra le persone che si avvalgono delle libertà economiche e quelli che richiamano altri diritti dell'uomo. Esso può anche manifestarsi come un'opposizione «verticale invertita». In questo caso, non sono più gli individui che contrappongono le loro libertà, fossero anche di natura economica, ai pubblici poteri bensì questi ultimi che contrappongono degli atti normativi fondati sulle libertà economiche agli altri diritti fondamentali. I soggetti che operano nel mercato possono quindi servirsi di tali atti normativi nei rapporti orizzontali.

L'incremento delle libertà economiche si collega, dunque, ad un fenomeno di allontanamento dalla tradizionale problematica di matrice liberale che considera il mercato come manifestazione delle libertà economiche in contrasto con lo Stato, in favore «di una concezione del mercato come forza limitativa della libertà» degli individui⁴. Il problema non è più allora esclusivamente quello del collegamento fra i diritti dell'uomo inquadrati in una prospettiva civica⁵ o umanistica comune. Non è nemmeno quello del collegamento dei diritti con gli interessi preminenti dello Stato, giustificati in termini di interesse generale o di ordine pubblico, che costituiscono, prima di tutto, l'espressione del rispetto delle esigenze civiche o del bene comune. La questione si pone in termini di un antagonismo tra le concezioni umanistiche e civiche, da una parte, e gli interessi mercantilitici, dall'altra, di diritti e libertà che hanno le medesime pretese e il medesimo fondamento.

Possono essere presi in considerazione più tipi di relazioni tra le libertà economiche e i diritti dell'uomo: si va dalla preferenza riconosciuta alle prime a quella accordata ai secondi, passando per le forme di conciliazione pragmatiche, diverse e mutevoli. L'opzione in favore di un tipo di relazioni dipende dalle preferenze ideologiche, morali o politiche. Essa porta alla costruzione, da un lato, di un ordine basato su una concezione umanistica e, in una certa misura, economicamente pianificato. Secondo le attività considerate e i diritti e le libertà in gioco, vi possono essere più modalità di risoluzione dei conflitti tra le libertà economiche e i diritti dell'uomo che coesistono nei sistemi giuridici contemporanei. Tuttavia, l'incremento dei primi rispetto ai secondi è sensibile (II).

I. Le libertà economiche: delle libertà fondamentali?

Il carattere fondamentale delle libertà economiche, – ma è così anche per gli altri diritti e libertà –, è poco dimostrato. Così, per valutarlo è opportuno confrontare le libertà economiche con i possibili significati che si possono riconoscere alla nozione di diritti o

⁴ C. LEROY, «Les rapports contemporains entre l'Etat et le Marché: Essai d'interprétation», in *Revue de droit administratif*, 1997, n. 293, p. 530.

⁵ L. BOLTANSKI, L. THÉVENOT, «*De la justification. Les économies de la grandeurs*», Paris, Gallimard, 1991.

libertà fondamentali. Sono state individuate quattro⁶. La nozione può essere interpretata in chiave assiologica (A), formale (B), strutturale (C) o come denominatore comune (D). Per ciascuna di queste accezioni, il carattere fondamentale delle libertà economiche spesso deriva dai recenti sforzi di costruzione e di giustificazione. Esso il più delle volte non è né certo, né chiaramente definitivo.

A. Le libertà economiche, dei valori inerenti alla persona umana?

Il carattere fondamentale dal punto di vista assiologico richiama il concetto di valori fondamentali per l'umanità. I diritti fondamentali si riferiscono all'uomo in quanto tale e sono essenziali per la sua realizzazione, nonché per la dignità e l'identità stessa dell'uomo nella società. Sostenere il carattere fondamentale delle libertà economiche porta allora a considerare che è connaturale all'uomo il potere di iniziativa economica e il potere di realizzarsi nei rapporti commerciali. Lo stato di *homo economicus* rappresenta una qualità umana fondamentale che pretende una tutela pari a quella di cui beneficiano le altre qualità dell'umanità. Tale concezione presuppone l'adesione, quantomeno in parte, ad un'ontologia liberale secondo l'accezione economica del termine. Questo approccio alla nozione di «diritto fondamentale» non si differenzia in maniera significativa dalla categoria tradizionale di diritto dell'uomo. Ma, se le due nozioni presentano un'analogia, la scelta fra l'una e l'altra non è priva di conseguenze sul piano delle libertà economiche. Sono in effetti queste ultime senza dubbio ad avere beneficiato in misura più intensa del passaggio dall'uso della nozione di «diritto dell'uomo» (o di «libertà pubbliche») a quella ritenuta più attuale di «diritti fondamentali». Dal momento in cui i manuali delle libertà pubbliche o dei diritti dell'uomo non richiamano più, se non occasionalmente, le libertà economiche, queste ultime hanno un intero spazio in quei testi che trattano dei diritti fondamentali⁷. Non meraviglia il fatto che la nozione di diritto dell'uomo sia incentrata sull'individuo quale essere universale, e che essa non riguardi (si riferisca) le persone giuridiche (in particolare le imprese, principale espressione dell'*homo economicus*) se non per estensione, mentre la nozione di «diritti fondamentali» può subito riferirsi ad un gran numero di soggetti (tutti gli individui) intesi come categorie⁸: i contribuenti, i minori ...e, soprattutto, le persone giuridiche⁹. Lo spostamento terminologico si accompagna così ad uno spostamento concettuale che

⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, «La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Dalloz*, 1995, chr. 323; «Les droits fondamentaux en droit français: genèse d'une qualification»; *Droits fondamentaux: et droit social*, P. Lokiec, A. Lyon-Caen, *Dalloz*, Collection, Thèmes et Commentaires, 2004, p. 11.

⁷ Si veda *ex pluris*, L. FAVOREU *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000.

⁸ Si veda A. TROIANELLO, «Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme?», *Débats*, n. 124, marzo – aprile 2003, p. 58.

⁹ Sull'estensione del principio della libera scelta dell'esercizio della propria attività professionale a favore delle imprese, si veda ad esempio in Germania, C. AUTEXIER, *Introduction au droit allemand*, Parigi, PUF, Collezione Diritti fondamentali, 1997, p. 130 ss.

contribuisce ad istituzionalizzare un'estensione (l'impresa si riferisce anche all'uomo) ed una categorizzazione (ad ognuno i suoi diritti fondamentali) dei titolari dei diritti fondamentali. Ogni diritto (o libertà) fondamentale a livello di categorizzazione dispone dunque di un'uguale capacità di contribuire a fondare l'uomo in quanto tale. Alla stregua di un perfetto sofisma, le libertà economiche, fondamentali per l'esercizio dell'impresa e per l'*homo economicus*, hanno la pretesa di essere tanto fondamentali per l'uomo al pari degli altri diritti e libertà. Occorre, tuttavia, per convincersene, riconoscere il carattere ontologico del modo di organizzare l'attività economica che le promuove.

B. *Le libertà economiche, al vertice degli ordini giuridici?*

Sul piano formale, i diritti sono fondamentali quando si pongono sul livello più alto della scala gerarchica dell'ordinamento giuridico, o rappresentano l'oggetto di specifiche tutele: tutela costituzionale o internazionale, mezzi di ricorso speciali, impossibilità di abbassare il loro livello di protezione. Da questo punto di vista, la rilevanza delle libertà economiche e, in particolar modo, della libertà d'impresa, è il più delle volte recente e talvolta imperfetta. Se, per alcuni, la libertà d'impresa ha sempre implicitamente trovato la sua genesi negli artt. 2, 4, 5 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino e può contare sulla solennità del Decreto d'Allarde del 2 – 17 marzo 1791¹⁰, bisogna tuttavia attendere la decisione del *Conseil Constitutionnel* del 16 gennaio 1982¹¹ per un suo riconoscimento costituzionale espresso. Fino a quel momento, il diritto di proprietà restava a livello costituzionale francese, - come negli altri ordinamenti giuridici-, la principale leva dell'ordine giuridico del mercato. La libertà d'impresa può d'ora in poi essere considerata come fondamentale se si ammette, in linea con l'orientamento dottrinale maggioritario, che i diritti e le libertà costituzionali siano fondamentali in considerazione del posto loro riservato nella scala gerarchica delle norme.

Il *Conseil Constitutionnel* sembra aver superato tale concezione in un passo contenuto nella decisione del 10 giugno 1998¹². In tale pronuncia viene confermato che fra i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti ai lavoratori e ai salariati, figura solamente la libertà sancita all'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo da cui trae origine, segnatamente, la libertà d'impresa. Se si ammette che le regole di una categoria generale si trasmettono agli elementi che la compongono (come sembra invitarci a pensare il *Conseil Constitutionnel* quando coniuga il verbo «figurare» alla terza persona plurale), la libertà d'impresa per i

¹⁰ Si veda, P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'Economie*, Dalloz, 1998, p. 105 ss; J. L. MESTRE, «Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété», Dalloz, 1984, chr. 1.

¹¹ Decisione n. 81-182 DC, del 16 gennaio 1982, rec. 18.

¹² Rec. 258.

lavoratori e i salariati diviene una libertà costituzionale fondamentale. L'importanza di tale concezione deriva dal fatto che gli venne da subito associato il beneficio specifico del c.d. «*effet cliquet*»¹³. Il *Conseil Constitutionnel* sembra tuttavia essersi allontanato da questa impostazione, ciò che priva di ogni interesse tale qualificazione. Le giurisdizioni ordinarie contribuiscono anche all'affermazione del carattere fondamentale a livello formale dei diritti e delle libertà. L'art. L. 521-2 del Codice della Giustizia amministrativa riconosce al giudice amministrativo adito il potere di ingiungere all'autorità amministrativa l'adozione di tutte le misure necessarie al fine di far cessare la violazione di una libertà fondamentale. La libertà d'impresa ha assunto la sua attuale fisionomia a seguito dell'ordinanza del 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*¹⁴. Tuttavia la protezione della libertà d'impresa mostra dei punti di debolezza rispetto alle altre libertà fondamentali, in particolare nel momento in cui la si confronta con le misure di polizia o con il sistema del demanio pubblico¹⁵.

Lo statuto della libertà d'impresa presenta altre numerose ambiguità nella giurisprudenza della Cassazione. Così se la prima sezione civile ha qualificato il diritto di esercitare la propria attività professionale come una libertà fondamentale¹⁶, la sezione sociale ha fatto riferimento al principio fondamentale della libertà d'impresa, e non alla libertà fondamentale in quanto tale¹⁷, per giustificare il rifiuto di far rientrare nell'orario di lavoro effettivo dei dipendenti il tempo necessario per depositare il vestiario (cambiarsi il vestiario) ed andare a timbrare il cartellino. Tale concezione pone in evidenza nondimeno la volontà di riconoscere alla libertà d'impresa un particolare rilievo. Essa si basa su spinte retoriche che portano ad un richiamo al fondamento della libertà d'impresa, che si suppone rinviare ad un ordine di proporzioni ben più ampie. La libertà d'impresa porta anche ad imporre una posizione autoritativa e di chiusura che esaurisce il conflitto. Essa pone tuttavia più interrogativi: perché si parla di «principio» e non di «libertà»? È forse perché così si richiama una concezione strutturale e oggettiva (*infra*) del fondamento della libertà d'impresa da parte dell'ordinamento giuridico, e non una concezione assiologica e soggettiva riferita al titolare della libertà d'impresa? Quali conseguenze giuridiche specifiche questa posizione implicherebbe, se non un effetto retorico?

¹³ Si veda, V. CHAMPEIL-DESPLATS, «La notion de droit “fondamental” et le droit constitutionnel français», cit.

¹⁴ *Dr. Adm.*, 2002, p. 35, nota di M. LOMBARD.

¹⁵ Si veda N. JACQUINOT, «La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?», *A.J.D.A.*, 2003, n. 13, p. 650.

¹⁶ Civ. Sez. I, 16 aprile 1991, Guez.

¹⁷ Cass., Soc., 13 luglio 2004, *Société Carrefour France*, in *Droit Social*, 2004, p. 1026.

L'ordinamento giuridico francese non è il solo ad avere riconosciuto il carattere fondamentale, in senso formale, delle libertà economiche in base ad una lettura estensiva delle sue fonti. Così, «la libertà di esercitare un'attività con uno scopo lucrativo, in particolare un'attività di tipo industriale o commerciale»¹⁸ è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale tedesca sulla base di un'interpretazione dell'art. 12 cost. che riconosce la libertà di scegliere la propria professione. O ancora, dal momento in cui la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo non menziona le libertà economiche, la Corte ne riconosce la tutela ricollegandole alle libertà espressamente riconosciute dalla Convenzione. Così, la libertà di espressione è servente rispetto a quella d'impresa «tutte le volte in cui vi siano delle informazioni commerciali che sono concernenti o anche quando la diffusione dell'informazione o del programma avviene sotto forma di un'attività commerciale»¹⁹.

Finalmente, ci sono essenzialmente ordini sovranazionali che mirano a liberalizzare gli scambi economici che riconoscono in misura più significativa il fondamento delle libertà economiche. Ci si limiterà a ricordare che l'ordinamento comunitario riconosce le libertà fondamentali del mercato (libertà di circolazione delle merci e delle persone, di stabilimento, di prestazione dei servizi, di concorrenza, di esercizio di un'attività professionale), e che la libertà d'impresa ha integrato l'art. 16 della Carta europea dei diritti fondamentali.

C. Delle libertà strutturalmente fondamentali?

Indipendentemente dalla loro posizione nella gerarchia delle norme – sebbene vi sia un frequente legame – i diritti fondamentali sono dei diritti che assicurano un'identità, un fondamento concettuale o logico ad un insieme strutturato e organizzato di altri diritti che ne derivano o che vi possono derivare. È innegabile che alcune libertà economiche – ciò è implicito nella già citata pronuncia *Société Carrefour* – presentano questo carattere, in modo particolare nel momento in cui fondano un diritto ordinato della concorrenza.

Tuttavia, il fondamento delle libertà economiche pone perlomeno due difficoltà. In primo luogo, non è raro che queste libertà non fondino altre libertà, ma al contrario che siano considerate ad esse conseguenti. Si ricorderà che il *Conseil Constitutionnel* ricollega la libertà d'impresa all'art. 4 della Dichiarazione del 1789 mentre la Corte Europea dei diritti dell'Uomo non la riconosce che indirettamente. In secondo luogo, si può dubitare sull'identificazione della libertà fondamentale fra le libertà economiche. I loro rapporti sono

¹⁸ Si veda C. AUTUXIER, cit., p. 130 ss.

¹⁹ J. B. RACINE, «L'ordre concurrentiel et les droits de l'Homme», cit., p. 430. Si veda CEDH, 20 novembre 1989, *Markt inter Verlag et Autronic AG*.

complessi e danno luogo a diverse posizioni che si riferiscono, in particolare, alla libertà d'impresa, alla libertà dell'industria e del commercio. Talvolta queste due libertà sono considerate come equivalenti²⁰. Tanto la prima è considerata relativa, quanto la seconda. A partire dalla decisione del 16 gennaio 1982 del *Conseil Constitutionnel*, la dottrina francese conferma l'importanza della libertà d'impresa²¹ che diviene dunque il motore della libertà dell'industria e del commercio, della concorrenza, del diritto di stabilimento, di esercizio di un'attività professionale e addirittura della libertà contrattuale.

D. Libertà economiche come libertà universali?

Il carattere fondamentale dei diritti e delle libertà deriva qui da una convergenza del riconoscimento e della protezione da parte di un numero significativo di ordini giuridici nazionali o internazionali. Questo approccio non è privo di vocazioni all'universalismo, né di scopi normativi. Si tratta tanto di estrapolare un insieme di valori comuni che di contribuire alla costruzione di quest'insieme. Si arriva così, trattandosi di libertà economiche, alla questione della globalizzazione e della mondializzazione dell'economia di mercato. La vittoria annunciata del neo-liberalismo porterà a riconoscere il fondamento delle libertà economiche. La prudenza s'impone allora tanto sul piano della complessità della considerazione del fondamento delle libertà economiche nei differenti ordini giuridici, che su quello relativo ai rapporti che esse hanno rispetto agli altri obiettivi, interessi, diritti o libertà fondamentali completamente svincolati dalla logica del mercato.

II. Le libertà economiche rispetto ai diritti dell'uomo.

Il valore del riconoscimento del carattere fondamentale, in qualunque senso sia inteso, delle libertà economiche risiede negli effetti e nelle conseguenze alle quali questa caratteristica a livello qualitativo consente di accedere, in particolare nel caso di un conflitto con gli altri diritti e libertà fondamentali. Gli esempi che racchiudono questi conflitti allo stato attuale restano limitati. Essi si svilupperebbero in misura maggiore se l'effetto orizzontale dei diritti dell'uomo fosse riconosciuto, cioè se dei privati potessero invocarli nei confronti di altri soggetti privati che li violano in nome dell'esercizio delle libertà economiche. Non stupisce allora che gli esempi più significativi siano forniti dal diritto del lavoro. Tuttavia la

²⁰ J. B. RACINE, *o.c.*

²¹ P. DEVOLVÉ *Droit public de l'Economie*, cit., p. 106 ss. riconosce che l'evoluzione del diritto positivo porta a cambiare idea sulla questione. In questo senso, Sentenza del 16 gennaio 1982, con nota di L. FAVOREU, in *R.D.P.*, 1982, p. 377; N. JACQUINOT, *La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?*, cit., p. 859; L. FAVOREU *et alios*, *op. cit.*, p. 235. Si veda anche Consiglio di Stato, *Commune de Montreuil-Bellay*.

problematica di un possibile conflitto tra diritti e libertà dei dipendenti e dei lavoratori è stata enunciata nei termini attuali con la pronuncia del Consiglio di Stato del 1° febbraio 1980, *Corona*²² dopo la redazione dell'art. L. 120-2 del Codice del lavoro²³. I conflitti tra libertà economiche e diritti della persona superano oggi gli altri àmbiti applicativi e mettono alla prova il diritto alla salute, alla dignità umana, il diritto all'istruzione o alla non discriminazione...

Questi conflitti possono avere tre tipi di conseguenze: la prevalenza delle libertà economiche (A), la superiorità dei diritti dell'uomo che non si riferiscono al mercato (C), o un compromesso tra i due. Pochi ordini giuridici ricorrono – in via esclusiva – ad uno solo di tali modi di risoluzione. Gli ordini giuridici nazionali riconoscono in generale una pluralità di combinazioni in funzione dei soggetti che operano le scelte, delle attività economiche prese in considerazione e dell'importanza riconosciuta ai diritti dell'uomo messi alla prova. Essi presentano nondimeno degli elementi determinanti che si sono sviluppati da una ventina d'anni in favore delle libertà economiche. La tendenza è quella del passaggio da un rapporto di conflittualità in virtù del quale le libertà economiche si flettono, ad una logica di conciliazione in cui tutti i diritti e le libertà sono considerati in un rapporto di equivalenza. Successivamente, essa si indirizza verso una logica di assorbimento dei diritti dell'uomo da parte delle libertà economiche, ciò si traduce nell'introduzione dei rapporti commerciali in attività che ne sono state per lungo tempo preservate: attività sportive, culturali, educative o l'avvio di un mercato per il collocamento dei soggetti in cerca d'impiego...

A. La conclusione umanistica

La soluzione umanistica riconosce la supremazia dei diritti dell'uomo di natura non mercantile rispetto alle libertà economiche sia in modo generale, sia in modo parziale accettando delle deroghe debitamente giustificate in favore delle seconde. Questa posizione subordinata delle libertà economiche non ha trovato accoglimento se non negli Stati comunisti, ma il dirigismo economico non è mai stato veramente giustificato in nome della protezione dei diritti dell'Uomo. Altrove, la soggezione delle libertà economiche deriva essenzialmente da giustificazioni di contesti collettivi che esprimono l'interesse dello Stato,

²² *Dr. Soc.*, 1980, p. 310. Si veda Y. MEYRAT, *Droits fondamentaux et droit du travail*, Thèse, Paris X- Nanterre, 1998; A. LYON-CAEN, I. VACARIE, «Droits fondamentaux et droit du travail», in *Mélanges J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421.

²³ «Nessuno può apportare ai diritti delle persone e alle libertà individuali e collettive delle restrizioni che non sarebbero giustificate dalla natura del compito da svolgere, né proporzionate allo scopo avuto di mira».

della nazione o della società: l'ordine pubblico, l'interesse generale, la solidarietà nazionale, l'utilità sociale, la salute pubblica...

La giustificazione della subordinazione delle libertà economiche s'inscrive di rado nel registro dei diritti dell'uomo, in particolare rispetto al contenzioso, sebbene tale orientamento inizi ad affermarsi. Se ne rinvencono delle tracce da quando il *Conseil Constitutionnel* richiama l'obiettivo del pluralismo per giustificare la limitazione del dominio e del controllo della carta stampata²⁴, nel riferimento alla dignità umana operato dalla giurisprudenza tedesca per giustificare il divieto della commercializzazione del «gioco ad uccidere» (*infra*).

B. *La conciliazione sociale – liberale.*

Diritti dell'uomo e libertà economiche dispongono ora di un uguale statuto giuridico, senza un rapporto organico di principio ad eccezione. In caso di conflitto, ciascuno di questi ha un'uguale pretesa che prevale: la risoluzione genera frequentemente un'applicazione parziale, non necessariamente equilibrata, dei diritti e delle libertà in gioco. L'esito del conflitto può variare in funzione dei casi, delle attività e dei diritti posti in causa. L'iniziale pluralismo dei valori di un ordine giuridico si trova così nella risoluzione delle situazioni conflittuali mentre negli altri due modi di risoluzione delle situazioni conflittuali, questo pluralismo potenziale cede il passo al riconoscimento della preminenza di uno dei due valori.

Tale modalità di risoluzione dei conflitti si è affermata da qualche anno e si manifesta sotto nuove forme. Si va assistendo in particolare al passaggio da una logica giustificativa ad una logica di proporzionalità²⁵. Nel primo caso, la conciliazione s'intende come un'esigenza «di adeguamento tra la misura prescelta e il fine avuto di mira»²⁶: la giustificazione di un'azione da parte di una norma superiore è sufficiente anche se questa entra in conflitto con un'altra di queste norme. Nel secondo caso, la conciliazione diviene un fine in sé stessa. La semplice giustificazione non basta più. La logica proporzionale mira a sanzionare ogni restrizione all'esercizio di una libertà o di un diritto che potrebbe avere delle conseguenze eccessive per i suoi titolari.

²⁴ Decisione n. 84 – 181 DC, 10 e 11 ottobre 1894, *Rec.* 78.

²⁵ A. LYON-CAEN, I. VACARIE, *Droits fondamentaux et droit du travail*, cit., p. 440 – 441.

²⁶ A. LYON-CAEN, I. VACARIE, *o. c.*, p. 440.

L'analisi del contenzioso costituzionale o amministrativo²⁷ pone in evidenza come le libertà di natura economica beneficino di questa evoluzione relativa ai modi di risoluzione delle controversie. Ad esempio, là dove la libertà d'impresa, legata ad una logica giustificativa si sposta verso finalità concorrenti, è più che mai oggi imperativo che essa si concili con altri obiettivi, senza che gli sia recato un eccessivo pregiudizio. Così, agli inizi degli anni 1980, il *Conseil Constitutionnel* controllava che la libertà d'impresa non fosse oggetto di «restrizioni arbitrarie o abusive»²⁸ ricordando che essa non è né generale, né assoluta» e «che opera all'interno del quadro normativo previsto dalla legge»²⁹. In seguito, agli inizi degli anni 1990³⁰, si è lasciato il compito al legislatore di apportarvi alcune limitazioni richieste sulla base dell'interesse generale o legate ad altre esigenze di natura costituzionale, a condizione di non snaturarne la portata³¹. Dopo la pronuncia del 12 gennaio 2002, si è accentuata la logica della proporzione affermando che il diritto di ciascuno di ottenere un impiego può incidere sulla libertà d'impresa limitandola, a condizione «che esso non ne risulti pregiudicato in misura sproporzionata rispetto all'obiettivo avuto di mira». Esso, nella specie, è volto a sanzionare il legislatore per avere «attentato alla libertà d'impresa in maniera manifestamente eccessiva rispetto all'obiettivo perseguito di mantenimento del posto di lavoro»³².

Il passaggio da una logica di giustificazione ad una di proporzionalità si effettua a poco a poco dal momento in cui la libertà d'impresa non è più solamente contrapposta a ragioni giustificative di natura collettiva (interesse generale, ordine pubblico o salute pubblica), ma si confronta con pretese che afferiscono direttamente ai diritti della persona: il diritto ad ottenere un posto di lavoro, il diritto al riposo o a fruire del tempo libero. In fin dei conti, mentre in una logica di giustificazione l'interesse collettivo prevale sulla libertà d'impresa, i diritti della persona, subordinati al rispetto di un'esigenza di proporzionalità, appaiono più vulnerabili. Del resto soltanto a partire dall'impegno del *Conseil Constitutionnel* di rispettare una logica di proporzionalità che esso ha pronunciato le sue prime censure sul fondamento della libertà d'impresa³³.

Ci si chiederà, da ultimo, quale sia la flessibilità delle formule di conciliazione fatte proprie dal *Conseil Constitutionnel*. Questo pare riconoscergli un potere di modulazione in base alle

²⁷ Consiglio di Stato, 30 aprile 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, A.J.D.A., 2003, p. 1150.

²⁸ Decisione n. 81 – 132 DC, cit.

²⁹ Decisione n. 85 – 202 DC, 16 gennaio 1986, *Rec.* 14.

³⁰ Decisione n. 90 – 284 DC, 16 gennaio 1991, *Rec.* 20.

³¹ Decisione n. 98 – 401 DC, 10 giugno 1998, *Rec.* 258.

³² Decisione n. 2001 – 455 DC, 12 gennaio 2002, *Rec.* 49.

³³ Decisione n. 2000 – 435 DC, 7 dicembre 2000, *Rec.* 176 e n. 2001 – 455 DC, 12 gennaio 2002, *Rec.* 49.

esigenze di conciliazione in funzione delle disposizioni legislative operanti. Così, per censurare una definizione restrittiva dei motivi del licenziamento esclusivamente fondati su ragioni di carattere economico in contrasto con la tutela del diritto all'impiego, il *Conseil Constitutionnel* si basa sull'esistenza di un pericolo eccessivo e sproporzionato alla libertà d'impresa³⁴. A poca distanza, si è ammessa la limitazione (fondata sulla libertà d'impresa) del diritto al reimpiego dei lavoratori (fondato sul diritto all'impiego) limitandosi a rilevare che il legislatore non ha commesso alcun errore manifesto di valutazione³⁵. Il *Conseil Constitutionnel* sembra allora più esigente rispetto ad una disposizione normativa fondata su un diritto dell'uomo di carattere non mercantile che restringe l'ampiezza della libertà d'impresa, rispetto ad una disposizione normativa fondata sulla libertà d'impresa che porta ad un attacco ad un diritto dell'uomo di carattere non mercantile.

C. La soluzione liberale

La soluzione liberale riconosce la superiorità delle libertà economiche sugli altri diritti fondamentali. Essa presenta due forme. La prima è ultra-liberale. Le libertà economiche sono allo stesso tempo un mezzo ed un fine primario. Esse sono autosufficienti e condizionano tutto. Nella sua forma estrema, questo ultra-liberalismo ritiene ambiguo il diritto della concorrenza, in quanto la concorrenza pura e perfetta non ha bisogno di un inquadramento giuridico. La seconda variante di tipo «liberale-sociale» appare più attenuata. Le libertà economiche sono un mezzo e non un fine, o perlomeno non l'unico fine possibile. Esse sono il presupposto per l'effettività degli altri diritti e libertà, in particolare dei diritti sociali. Il diritto della concorrenza può servire agli obiettivi economici e sociali, e definisce le ipotesi di deroga alle libertà economiche.

La soluzione liberale, in un'altra sua forma, conosce, all'incirca dalla fine del 1980, un successo crescente. Tale soluzione appare giustificare la liberalizzazione di numerose attività che sfuggono in tutto o in parte al mercato. Il presupposto è che la libera concorrenza perfeziona la scelta degli utenti divenuti consumatori e, così, l'efficacia e la qualità delle prestazioni. Le imprese poste in una condizione di concorrenzialità sono considerate idonee, perfino in misura maggiore, a soddisfare quelle esigenze rispetto agli organismi che beneficiano di diritti esclusivi o speciali³⁶.

³⁴ Decisione n. 2001 – 455 DC, cit.

³⁵ Decisione n. 2004 – 509 DC, 13 gennaio 2005, in *J. O.*, 19 gennaio 2005, p. 896.

³⁶ Su questa posizione, CJCE, 11 dicembre 2003, *DocMorris*, A.J.D.A., 2004, n. 6, p. 322. L'impresa DocMorris ha giustificato la vendita di medicinali su internet, contestata dalle organizzazioni professionali dei farmacisti,

La soluzione liberale conduce ad un sensibile cambiamento di prospettiva rispetto alle altre soluzioni. Essa si concentra in effetti su un tipo di organizzazione e non sui fini perseguiti da quest'ultima. In altri termini, l'esercizio di un'organizzazione commerciale non ostacolata da altri tipi di organizzazioni che, al massimo le fanno eccezione, prevale sulla distribuzione finale dei beni. L'importante è che questi beni siano prodotti in un ordine di mercato. Si comprende allora, che da un punto di vista umanistico il limite essenziale della soluzione liberale risiede nel suo rimuovere la questione della non-discriminazione rispetto all'accesso ai beni e alla loro distribuzione³⁷.

Sul piano contenzioso, la Corte di Giustizia della Comunità Europea presenta numerosi casi della soluzione liberale-sociale. Innanzitutto riconoscendone la superiorità sulle libertà economiche, la Corte ha a poco a poco accettato la realizzazione di obiettivi di natura non mercantistica (protezione della salute pubblica³⁸, ordine pubblico) che l'applicazione stretta del diritto della concorrenza minacerebbe. Soprattutto, la Corte ammette che i diritti fondamentali della persona possano ostacolare, a titolo derogatorio, le libertà fondamentali del mercato. Preso in considerazione dopo la sentenza *Nold*³⁹, il caso ha ricevuto un'interpretazione del tutto particolare nella pronuncia del 14 ottobre 2004, *OMEGA*⁴⁰. La Corte ammette che «il rispetto dei diritti fondamentali imponendosi tanto alla Comunità che ai suoi Stati membri, la protezione dei suddetti diritti costituisce un interesse legittimo di base in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, al pari di una libertà fondamentale garantita dal trattato quale la libera prestazione dei servizi». Nella specie trova giustificazione il divieto imposto dalla Germania del c.d. «gioco ad uccidere» (con l'uso di puntatori laser) in nome del rispetto della dignità della persona umana in quanto ritenuto contrario ai principi di ordine pubblico.

basandosi sul fatto che nel sito vi sono riportate delle garanzie equivalenti a quelle delle farmacie tradizionali ed è sicura per la protezione della salute delle persone.

³⁷ La liberalizzazione dell'assicurazione sulla malattia in Cile, ha dimostrato che, in un ordine di mercato, niente è in grado di assicurare gli individui contro il fallimento dei prestatori dei servizi, né attenua la ricerca dei profitti che porta a selezionare gli assicurati in funzione del grado di rischio che essi presentano (secondo le tabelle dei prestatori di servizi). Ciò istituisce allora un sistema di assicurazione a più velocità a discapito dei più poveri e dei più malati: si veda la nota della fondazione Copernicana, «Main basse sur l'assurance Maladie», Paris, Ed. Sylipses, 2003, pp. 49-50.

³⁸ Si veda ad es., CJCE, 2 aprile 1998, *Norbrook Laboratoires, Lt/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, C – 127/95, *Rec. p. I – 1531*.

³⁹ CJCE, 14 maggio 1974, *Nold, kohlen – und Baustoffgrosshandlung contre Commission*, aff. 4/73, *Rec. P. 491*.

⁴⁰ A.J.D.A., 2005, p. 152; Si veda nello stesso senso la sentenza CJCE del 12 giugno 2003, *Schimdbeger*, aff. 112/00, *D.*, 2003, SC, p. 106. Le autorità austriache si fondano sulla libertà di espressione e di riunione per rifiutare di intervenire in considerazione del possibile pregiudizio arrecato al principio di libera circolazione da parte di un gruppo di manifestanti.

Questo disegno di riequilibrio tra gli obiettivi non mercantilistici espressi sotto forma di diritti fondamentali e le libertà economiche, continua tuttavia ad inscrivere in una retorica di principio ad eccezione. Ciò non è senza conseguenze dal punto di vista della ripartizione dell'onere probatorio e sulle regole ermeneutiche della Corte, rappresentando le ipotesi di deroga casi di stretta interpretazione e subordinate ad una prova di proporzionalità⁴¹. Le modalità di questa prova sono diverse dalla proporzionalità richiesta nel quadro della soluzione «sociale-liberale». In quest'ultimo caso, si tratta di assicurarsi che non sia recato alcun pregiudizio sproporzionato ad uno dei diritti o libertà richiamati. Nel quadro della soluzione «liberale-sociale», il test di proporzionalità è condotto sulle misure di deroga alle libertà economiche. Esso mira a contenerne la portata e gli effetti.

La questione dell'idoneità dei diritti fondamentali a giustificare delle eccezioni alle regole della concorrenza, e a ristabilire un riequilibrio civico, umanistico e sociale nell'ordine del mercato resta integra. I fautori delle politiche pubbliche rivestono un ruolo essenziale nella definizione di un equilibrio, al pari dei giudici che, si è visto, dispongono in caso di giudizio di un rilevante potere di articolazione degli obiettivi mercantilistici e non mercantilistici. Come sottolinea M. Delmas – Marty, «assicurare l'effettività dell'insieme dei diritti fondamentali sarà l'obiettivo primario dei prossimi anni per riuscire a coniugare economia e diritto dell'uomo ed evitare così che i due processi, la globalizzazione economica e l'universalismo dei diritti dell'uomo, non divengano conflittuali»⁴² o, se si ritiene che questa conflittualità sia insuperabile, che essa non sfoci nell'assorbimento e nel dominio della seconda sulla prima.

⁴¹ Sul controllo di proporzionalità delle restrizioni alle libertà fondamentali del mercato, si veda anche il caso CJCE del 13 novembre 2003, Neri, *European School of Economic, A.J.D.A.*, 2004, n. 13, p. 723. Per la Corte, «Se l'obiettivo di assicurare un elevato livello di formazione universitaria appare legittimo per giustificare delle restrizioni alle libertà fondamentali, le suddette restrizioni devono essere idonee ad assicurare la realizzazione degli obiettivi che esse perseguono e non devono andare al di là di quello che è necessario per raggiungerli». Nella specie, non riconoscendo i diplomi universitari rilasciati da scuole private straniere situate sul suo territorio, l'Italia che richiamava «il bene pubblico» e «i valori culturali e storici di uno Stato» che presiede la formazione universitaria ha operato una restrizione non proporzionata alle libertà fondamentali del mercato. Come fa notare Y. Jégouzo, un passo importante è stato compiuto «nell'integrazione del sistema educativo a livello mondiale», *A.J.D.A.*, n. 13, p. 724.

⁴² «La mondialisation du droit: chances et risque», D. 99, chr. 47.