

# Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione

Marco Dani\*

SOMMARIO: 1. Il mercato come fonte di “diritto naturale”: un ulteriore equivoco? – 2. L'impatto del diritto della circolazione dei fattori di produzione sulla questione costituzionale del conflitto – 2.1. Quando il diritto della circolazione interferisce sulle scelte politiche statali (scenario 1) – 2.2. Quando il diritto della circolazione riconosce le scelte politiche statali (scenario 2) – 2.3. Quando il diritto della circolazione porta a ridiscutere alcuni aspetti fondamentali del diritto costituzionale statale (scenario 3) – 3. Il diritto costituzionale tra trasformazione e volgarizzazione.

## 1. Il mercato come fonte di “diritto naturale”: un ulteriore equivoco?

Ci sono diverse ragioni per considerare prezioso l'articolo di Roberto Bin “Che cos'è la Costituzione?”<sup>1</sup>. Un primo ed ovvio livello di interesse riguarda i contenuti di questo saggio. Bin riprende temi e argomentazioni già sviluppati in suoi precedenti scritti<sup>2</sup> per delineare un modello esplicativo della Costituzione repubblicana dove – a mio modo di vedere, in maniera assai convincente – l'elemento cruciale viene individuato nel rapporto tra Carta fondamentale e conflitto sociale<sup>3</sup>. Questo sarebbe il tratto caratterizzante da cui discenderebbero le proprietà operative delle norme costituzionali e, in una prospettiva più ampia, questa sarebbe la chiave analitica che meglio permette di comprendere e apprezzare il senso più profondo della Costituzione italiana. A partire da questa fondamentale ipotesi ricostruttiva, Bin si impegna in una appassionata battaglia di retroguardia dove molti degli argomenti che ciclicamente animano il dibattito politico, culturale e dottrinario sulla Costituzione e la sua riforma vengono affrontati ed efficacemente contrastati, sottolineando come il più delle volte i difetti imputati alla Costituzione siano frutto di equivoci sul senso e la funzione di quest'ultima.

Sarebbe però fuorviante catalogare questo saggio come un ulteriore contributo alla già cospicua produzione agiografica sulla Costituzione italiana. Un altro pregio di questo scritto mi pare consista proprio nel riuscire a difendere l'integrità della costituzione senza indulgere al feticismo<sup>4</sup> costituzionale. Nel suo saggio, Bin non nasconde certo l'esistenza di problemi e difficoltà nella riflessione costituzionale odierna, ma non pare propenso a rispondervi rifugiandosi in un richiamo di maniera al patriottismo costituzionale nostrano. Soprattutto nella parte finale del suo saggio, infatti, egli pare consapevole di come una simile risposta sarebbe tanto facile quanto sterile e, pertanto, egli arriva a riconoscere in modo disincantato che le costituzioni sono suscettibili di più vite, di più identità e che esse sono fisiologicamente esposte all'eventualità di mutazioni del proprio corredo genetico originario<sup>5</sup>.

A partire da queste premesse, Bin osserva come la realtà fattuale e giuridica odierna interroghi radicalmente l'impianto originario della Costituzione repubblicana e come il

---

\*Ricercatore di diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, [dani@jus.unitn.it](mailto:dani@jus.unitn.it).

<sup>1</sup> R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, 1, p. 11.

<sup>2</sup> *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992; *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2002; *Lo Stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004.

<sup>3</sup> R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., pp. 20-21.

<sup>4</sup> Utilizzo il termine nel senso sviluppato da J. H. H. Weiler, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, 3, p. 521.

<sup>5</sup> R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., p. 34.

punto di maggiore sofferenza riguardi proprio il rapporto tra Costituzione e conflitto sociale<sup>6</sup>. Di qui, due ulteriori motivi di interesse per questo saggio. In primo luogo, si potrebbe avanzare la tesi, tutta da dimostrare ma proprio per questo meritevole di discussione, secondo la quale mentre la politica e una parte consistente della dottrina si attarda(va)no a dibattere la riforma della seconda parte della Costituzione, giurando con più o meno convinzione che la prima non era in discussione, proprio quest'ultima *nei fatti* avrebbe subito profondi processi di trasformazione dei quali non si sarebbe ancora acquisita piena consapevolezza. Tesi che se risultasse fondata, porterebbe ad esempio a ridimensionare il significato di eventi quali il referendum costituzionale del 2006. Sarebbe tristemente ironico, infatti, constatare che il significativo attaccamento dimostrato dagli elettori alla costituzione repubblicana, ai suoi principi e alle sue istituzioni, in realtà altro non sia stato che l'omaggio ad un simulacro già da tempo svuotato o indebolito nei suoi contenuti più pregnanti per vie diverse da quelle della revisione costituzionale. Il saggio di Bin non mi sembra elabori risposte definitive su questo punto, ma lascia piuttosto intravedere una vera e propria agenda di ricerca su cui sarebbe utile la dottrina impegnasse almeno le stesse energie dedicate al tema delle riforme costituzionali. Si può dire che, nel periodo in cui infuriava il dibattito sulle riforme costituzionali, la prima parte della Costituzione e, con essa, il senso della Costituzione abbiano subito una trasformazione silenziosa che ne ha alterato in maniera rilevante i caratteri originari? E, se questo è vero, quale sarebbe l'atteggiamento degli interpreti più auspicabile con riferimento a questi fenomeni? La difesa dell'integrità della Costituzione e, con essa, dell'ortodossia costituzionale contro le trasformazioni o, viceversa, la rielaborazione dell'ortodossia alla luce delle trasformazioni intervenute?

Si tratta di questioni assai rilevanti che anche in prospettiva storico-giuridica potrebbero suggerire spunti di analisi particolarmente promettenti. Ecco, quindi, un ultimo elemento che rende particolarmente utile la riflessione avviata nello scritto di Bin. Proprio la prospettiva storiografica, infatti, potrebbe portare a considerare "Che cos'è la Costituzione?" come lo spartiacque tra una fase in cui la dottrina ha prevalentemente dedicato i suoi sforzi al tema delle riforme costituzionali ed una futuribile fase in cui l'attenzione va progressivamente indirizzandosi al tema della trasformazione della Costituzione e all'evoluzione del suo senso in relazione a fenomeni giuridici che la circondano e in diversi modi la chiamano in causa<sup>7</sup>.

Il tema della trasformazione della Costituzione può difficilmente ricondursi ad una causa unitaria. Le sollecitazioni – siano esse relative alle nuove frontiere della bioetica, alla lotta al terrorismo o alla globalizzazione economica – provengono da epicentri diversi e, almeno ad una prima analisi, scollegati. Proprio per questo motivo, il tentativo di impostare un discorso organico e complessivo in merito alla trasformazione (*rectius*: alle trasformazioni) della Costituzione oltre che difficilmente praticabile, mi sembra scarsamente utile. In questo articolo, invece, mi propongo un obiettivo diverso e più circoscritto, agevolato anche dal fatto di condividere in larga parte le analisi contenute nel saggio di Bin. Ciò che mi pare meriti una riflessione più approfondita è una delle tesi sostenute dall'Autore nella parte conclusiva del suo saggio. Egli si chiede:

Dove è finito il conflitto sociale? Che cosa è successo di così incisivo alla nostra società da trasformare in pochi decenni ciò che per due secoli è stato l'asse dello sviluppo delle forme costituzionali, l'orizzonte entro il quale si è cercato di elaborare processi istituzionali capaci di disinnescare la lotta sociale e imbrigliarla entro forme costituzionali?<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Ibidem, pp. 48-52.

<sup>7</sup> Da questo punto di vista, lo scritto di Bin in realtà prosegue ed alimenta il filone di riflessione inaugurato dal volume di S. Bartole, *Interpretazione ed attuazione della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004.

<sup>8</sup> Ibidem, pp. 45-46.

La risposta di Bin si può riassumere nella tesi del mercato come fonte di “diritto naturale”<sup>9</sup>. A suo dire, infatti, ci troveremmo di fronte ad una nuova tappa della storia costituzionale nella quale si assiste all’affermazione del mercato come fonte di diritto naturale, ossia alla prevalenza di principi di liberalizzazione che, alla pari di leggi “naturali”, portano a rimuovere i vincoli alla circolazione di merci, imprese e capitali contribuendo all’instaurazione di un ordine giuridico in competizione con la Costituzione. Un simile ordine sarebbe fondato sul rifiuto globale della politica e del conflitto, a vantaggio di un disegno diretto a limitare l’incidenza delle decisioni provenienti dal circuito della rappresentanza sulla gestione dei diritti economici. Un ordine giuridico, quindi, dove il mercato si sostituisce alla politica e al conflitto nel governo della società.

Non vi è dubbio che una simile tesi evoca problematiche reali e ne propone una spiegazione suggestiva. In particolare, mi pare assai condivisibile l’intuizione secondo la quale gli attuali processi di globalizzazione economica e, segnatamente, la circolazione dei fattori di produzione (persone, merci, servizi, capitali) vadano nella direzione di ridefinire almeno parzialmente le basi fondanti del costituzionalismo statale e la questione costituzionale del conflitto. Nondimeno, ho il timore che tale soluzione sia solo suggestiva e, in particolare, che la qualificazione del mercato come fonte di diritto naturale non colga adeguatamente i caratteri del modello esplicativo del diritto della circolazione, finendo per dare origine ad un ulteriore equivoco che rischia di aggiungersi a quelli brillantemente smascherati da Bin.

Questo saggio si propone perciò di contribuire al superamento dell’equivoco e di evidenziare una serie di elementi di riflessione che, si spera, consentano di pervenire ad una comprensione più articolata degli elementi fondamentali del diritto della circolazione e del loro impatto sulla questione costituzionale del conflitto. La tesi che intendo dimostrare è la seguente: il diritto costituzionale statale, con l’approvazione e l’entrata in vigore di una pluralità di strumenti di liberalizzazione economica, è entrato nell’epoca della circolazione dei fattori di produzione e, in relazione a questo contesto, si rende necessario reinterpretarne i fondamenti ed il significato. Tali strumenti di liberalizzazione, infatti, benché operanti a diversi livelli di intensità, sviluppano una logica generale<sup>10</sup> alternativa a quella propria del costituzionalismo statale e presentano rispetto ad essa numerosi momenti di tensione<sup>11</sup>. L’obiettivo prioritario del diritto della circolazione dei fattori di produzione, infatti, non consiste tanto nel garantire i conflitti politici e sociali nel loro svolgersi, ma è piuttosto quello di massimizzare la creazione di ricchezza all’interno dell’ambito geografico di applicazione favorendo quale criterio di allocazione ottimale dei fattori di produzione la mobilità verso quelle aree dove maggiore è l’apprezzamento da parte dei consumatori o di altri attori economici<sup>12</sup>. Non per questo si può concludere che il diritto della circolazione innalzi il mercato a nuova fonte di diritto naturale. In realtà, in esso e in ragione di esso si possono intravedere spazi e forme inediti per quel conflitto sociale che tanto è caro a Bin e a chi come lui ha a cuore il pluralismo sociale e politico delle nostre società.

---

<sup>9</sup> Ibidem, pp. 46-48.

<sup>10</sup> E’ stato autorevolmente osservato come si possa configurare un vero e proprio *common law* del diritto del commercio internazionale, cfr. J. H. H. Weiler, *Epilogue: Towards a Common Law of International Trade*, in J. H. H. Weiler (a cura di), *The EU, the WTO and the NAFTA – Towards a Common Law of International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 201.

<sup>11</sup> Per un’analisi al riguardo si veda il mio *Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness – Comparative Study on the Economic Constitutional Identities of Italy, the WTO and the EU*, in *Yearbook of European Law*, 2006, pp. 205-262.

<sup>12</sup> P. Craig, *The Evolution of the Single Market*, in C. Barnard, J. Scott (a cura di), *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 2.

La dimostrazione della tesi proposta verrà articolata attraverso l'analisi critica di una serie di casi più o meno noti relativi all'applicazione dei principi comunitari di diritto della circolazione. Questa scelta è motivata in primo luogo dalla deliberata volontà di mantenere la trattazione quanto più possibile aderente alla materialità della realtà economica e al dato tecnico-giuridico; in secondo luogo, dalla consapevolezza che sia probabilmente ancora prematuro prospettare una riflessione teorica complessiva su questi temi. L'intento, più modesto, è quindi quello di elaborare una critica alla tesi del mercato come fonte di diritto naturale e di segnalare, in alternativa ad essa, una serie di scenari che, ormai con una certa frequenza, si affacciano nello studio del diritto costituzionale. Solo in conclusione si presenteranno alcune brevi valutazioni d'insieme dirette a collegare gli indizi raccolti per formulare una prima ipotesi interpretativa sui caratteri del diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione.

## **2. L'impatto del diritto della circolazione dei fattori di produzione sulla questione costituzionale del conflitto**

### **2.1. Quando il diritto della circolazione interferisce con le scelte politiche statali (scenario 1)**

Che il diritto della circolazione interferisca con le scelte politiche ed il diritto costituzionale degli stati membri dell'UE è un dato che si verifica ormai con una certa frequenza nell'esperienza giuridica quotidiana. Se solo si prende in rassegna la più recente attualità, si può notare ad esempio come casi relativi al diritto alla salute<sup>13</sup> o alla libera manifestazione del pensiero<sup>14</sup> siano stati risolti dalla Corte di giustizia proprio attraverso l'applicazione dei principi di regolamentazione del mercato comune. Lo stesso accade in una varietà di altri ambiti materiali raggiunti dalle imprevedibili ramificazioni delle norme del diritto della circolazione. Si tratta il più delle volte di casi che passano tranquillamente inosservati, salvo balzare agli onori delle cronache quando ad essere chiamate in causa sono questioni che mettono in discussione scelte etiche<sup>15</sup>, diritti fondamentali<sup>16</sup> o simboli intimamente connessi all'orgoglio e al senso di appartenenza nazionale<sup>17</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia, quest'ultima evenienza si è forse materializzata quando la Corte di giustizia si è trovata a valutare la compatibilità della legislazione nazionale relativa alla composizione della pasta con il divieto di misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative alle importazioni (art. 28 TCE). La vicenda è ben nota, ma vale comunque la pena ripercorrerne sinteticamente le tappe per delineare un primo scenario relativo all'impatto del diritto della circolazione sulle scelte statali di politica economica e commerciale operate attraverso il metodo democratico-rappresentativo.

Prima di venire in rilievo in sede comunitaria, la legislazione sulle paste alimentari era stata oggetto di alcune decisioni della Corte costituzionale. Il divieto di produrre pasta con

---

<sup>13</sup> Causa 444/05, *Aikaterini Stamatelaki c. NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton (OAE)*, non pubblicata. Per considerazioni più approfondite sull'impatto del diritto della circolazione sul diritto a prestazioni sanitarie si veda *infra* 2.3.

<sup>14</sup> Causa 470/03, *A.G.M.-COS.MET Srl c. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen*, non ancora pubblicata.

<sup>15</sup> Causa 159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan and others* [1991] Racc. I-4685.

<sup>16</sup> Causa 112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria* [2003] Racc. I-5659; Causa 36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] Racc. I-9609.

<sup>17</sup> Causa 178/84, *Commissione c. Germania* [1987] Racc. I-1227.

cereali diversi dal grano duro era stato infatti già considerato in una prima pronuncia<sup>18</sup> originata da un procedimento penale a carico di commercianti che avevano prodotto e venduto pasta di segala. Il giudice *a quo* aveva individuato un possibile contrasto tra la norma in questione e l'art. 41 Cost.: non solo il divieto era difficilmente riconducibile ad uno dei limiti espliciti alla libera iniziativa economica privata, ma appariva altresì ingiustificato tenuto conto delle proprietà dietetiche della segala. Una tipica questione di costituzionalità dove a venire in rilievo è la ragionevolezza della norma, senza che alcun profilo relativo al diritto comunitario della circolazione venisse chiamato in causa<sup>19</sup>.

La Corte costituzionale risponde con una pronuncia piuttosto stringata che comunque presenta diversi motivi di interesse. Il dato più evidente è la lettura debole del vincolo costituzionale dell'art. 41 Cost., coerente con il più generale atteggiamento di deferenza rispetto alla legislazione che ispira larga parte della giurisprudenza della Corte relativa alla libera iniziativa economica<sup>20</sup>. Secondo la Corte, infatti, la valutazione di conformità all'art. 41 consiste nella verifica anzitutto dell'esistenza dell'«intento legislativo» di perseguire l'obiettivo dell'utilità sociale, quindi, in una valutazione circa la «generica idoneità dei mezzi» predisposti dalla legislazione per il suo conseguimento. Il parametro dell'utilità sociale può così essere tranquillamente integrato da una finalità eminentemente protezionistica quale «l'incremento della produzione granaria, mediante la difesa delle culture granicole specializzate, in particolare notevoli nell'Italia meridionale» sia con non meglio specificate esigenze connesse alla «tutela dei consumatori e della loro salute». Il giudizio di congruità è appena accennato, risolvendosi alla fine in un sindacato astratto scarsamente articolato. La Corte, infatti, non si spinge a verificare se *effettivamente* il divieto in questione contribuisca all'incremento della produzione granaria o alla tutela dei consumatori. Essa si accontenta di verificare che questo è l'obiettivo verso cui convergono le norme della legge in questione e che questo è l'intento che traspare dai lavori preparatori. La questione viene quindi rigettata, non senza offrire in chiusura un passaggio in tema di tutela del consumatore che ben testimonia lo spirito che, quantomeno in quel periodo storico, animava legislazione e giustizia costituzionale. A fronte dell'argomento sollevato in merito alle proprietà dietetiche della segala, potenzialmente idonee a soddisfare la domanda di alcune categorie di consumatori e, quindi, a porre in dubbio la ragionevolezza della norma in questione, il giudice costituzionale mantiene un atteggiamento di chiusura giustificando tale scelta con l'obiettivo «di assicurare ai consumatori il maggiore e non il minore potere nutritivo» a parità di prezzo. Insomma, non solo la Corte sdogana una politica industriale protezionista, ma propugna pure un modello paternalistico di tutela del consumatore, a cui più che la libertà di scelta tra una pluralità di prodotti occorre garantire l'esclusiva disponibilità degli alimenti dotati di maggiore potere nutritivo.

In realtà, questioni relative alla politica industriale e alla tutela del consumatore, pur virtualmente valorizzabili attraverso una più stringente applicazione del principio di proporzionalità, rimangono ai margini del giudizio della Corte costituzionale. Ad essa preme soprattutto non sovrapporre le proprie valutazioni al merito delle norme, salvaguardando un equilibrio tra l'indirizzo politico di maggioranza da esse espresso e

<sup>18</sup> Corte cost., sent. 137/1971, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, p. 1577.

<sup>19</sup> Si può osservare infatti come la questione, essendo stata sollevata in un periodo antecedente sia a *Simmenthal* che a *Granital*, avrebbe potuto dar luogo all'invocazione del parametro comunitario di fronte alla Corte costituzionale. Tuttavia, l'applicazione del trattato nel caso di specie avrebbe potuto incontrare obiezioni non versandosi nel processo *de quo* in una situazione contenente elementi di transnazionalità. Sul punto v. *infra* in questa sezione.

<sup>20</sup>E. Gianfrancesco, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005, p. 2210; R. Niro, *Commento all'art. 41 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, pp. 854-857.

vincolo costituzionale che, proprio per le ragioni ricostruite da Bin nel suo saggio<sup>21</sup>, deve pendere decisamente nella direzione della discrezionalità e responsabilità politica<sup>22</sup>.

Di pasta e della sua etichettatura la Corte costituzionale è costretta ad occuparsi qualche anno dopo<sup>23</sup>, ma anche qui riesce a cavarsela senza creare inutili fastidi al legislatore<sup>24</sup>. E' tuttavia nella sentenza 20 del 1980 che la Consulta dà massima prova di magnanimità<sup>25</sup>. Viene in rilievo in questa occasione il divieto di produzione e vendita di pasta contenente farina integrale di grano duro. Le argomentazioni proposte dal giudice *a quo* paiono altamente plausibili. In primo luogo, si osserva che se l'obiettivo perseguito dal legislatore è la protezione e l'incentivazione di coltivazioni di grano duro, non si comprende per quale ragione si debba vietare la produzione di pasta integrale, dal momento che anch'essa viene prodotta con la stessa materia prima. Vi è poi un profilo relativo alla coerenza interna della norma: se la legge consente il commercio di pane integrale, come giustificare il divieto di vendita della sola pasta?

Simili rilievi acquistano maggiore spessore alla luce di alcune integrazioni istruttorie richieste dalla Corte. Il Ministero della sanità lascia capire che il divieto è difficilmente giustificabile per ragioni attinenti alla tutela della salute. Anzi, la disponibilità di pasta integrale per i consumatori, in ragione delle più moderne acquisizioni della scienza dell'alimentazione, sarebbe assai auspicabile. Il Ministero dell'agricoltura giustifica la legge ripetendo candidamente gli argomenti protezionistici relativi alla difesa della produzione italiana di grano duro. Infine, dati del Ministero del commercio estero e dell'Istat rivelano che l'Italia non solo assorbe con la domanda interna tutta la propria produzione di grano duro, ma ne importa in grandi quantità dall'estero. Insomma, vi sarebbero tutti i presupposti per ritenere che il divieto in questione sia irragionevole in quanto diretto a perseguire obiettivi della cui legittimità si può quantomeno dubitare. Ma anche ad ammettere che la clausola dell'utilità sociale possa essere estesa fino a coprire norme protezionistiche, vi è più di una ragione per ritenere che esse siano non necessarie e incongrue.

Tutto ciò non basta ad incrinare il *self-restraint* del giudice costituzionale. Nella sua pronuncia, la Corte per sua stessa ammissione si arresta di fronte alla valutazione operata dal legislatore, ne assume come legittimi gli obiettivi e si accontenta di certificare in modo burocratico la generica idoneità dei mezzi predisposti per il loro raggiungimento. Insomma, l'art. 41 ed il giudizio di ragionevolezza faticano ad arginare gli interventi del legislatore nella materia economica, anche quando questi contengono grossolane incongruenze. Ora, una simile interpretazione del parametro costituzionale è senza dubbio coerente con l'idea che debba essere il Parlamento la sede principale per lo svolgimento e la mediazione del conflitto economico e sociale sottostante anche a problemi solo apparentemente marginali come quello in questione. Non si può tuttavia negare che, così facendo, la Corte rinuncia a farsi carico del compito di correggere le disfunzioni del circuito democratico-rappresentativo e, segnatamente, di contrastare fenomeni di cattura del regolatore da

---

<sup>21</sup> R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., pp. 40-41.

<sup>22</sup> Tale aspetto trova esplicita conferma nelle parole della Corte costituzionale laddove si osserva che ««[un]effettiva tutela del mercato, oggettivamente considerato, sotto il profilo concorrenziale [...] esula dai poteri della Corte e costituisce compito esclusivo del legislatore», cfr. Corte cost., sent. 223/1982, in *Giur. Cost.*, 1982, p. 2246.

<sup>23</sup> Corte cost., sent. 57/1974, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1974, p. 291.

<sup>24</sup> La questione verteva sul diverso regime d'etichettatura della pasta rispetto a quello degli altri generi alimentari. Rilevata dal giudice *a quo* la disparità di trattamento di situazioni almeno a suo giudizio omogenee, la Corte costituzionale riconosceva che il più restrittivo regime applicato alla pasta era fondato su ragioni obiettive genericamente connesse alla tutela del consumatore che giustificavano una pronuncia di rigetto.

<sup>25</sup> Corte cost., sent. 20/1980, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1980, p. 171.

parte di alcuni settori produttivi a discapito di altri settori economici e dei consumatori, finendo anzi per conferire a questi ulteriore legittimazione<sup>26</sup>.

A questo punto entra in scena la Corte di giustizia e, con essa, il diritto della circolazione dei fattori di produzione. La vicenda in questo caso è leggermente diversa: un grossista italiano importa dalla Germania pasta prodotta con una miscela di grano tenero e di grano duro, ma la legge italiana vieta la produzione e la commercializzazione di paste secche contenenti grano tenero. Nel procedimento penale che ne segue, il giudice italiano si rivolge alla Corte di giustizia per ricevere indicazioni utili per un giudizio sulla compatibilità tra articolo 28 TCE e norma incriminatrice. Ne segue un caso<sup>27</sup> dove le ragioni del mercato interno si confrontano con quelle della produzione nonché della gastronomia nazionale. Lontano dai riflettori, ma ben più rilevante ai nostri fini, si sviluppa un altro confronto, quello tra la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia. Ne risultano soluzioni divergenti che sono tali non solo in ragione della diversità dei parametri applicati, ma soprattutto per il diverso contesto ordinamentale in cui esse vengono affrontate.

Nella prospettiva della Corte di giustizia, il caso relativo alla pasta è un tipico caso da risolversi con i criteri di giudizio già collaudati in *Cassis de Dijon*<sup>28</sup> e nel caso relativo alla *Legge sulla purezza della birra*<sup>29</sup>. Come da copione, il giudizio si articola in due parti. In primo luogo, si accerta che la misura in questione costituisce un ostacolo all'accesso al mercato per produzioni straniere non conformi alla normativa italiana. Siamo di fronte quindi ad una misura di effetto equivalente alle restrizioni quantitative vietata dall'art. 28 e, di conseguenza, *prima facie* illegittima. Come si vede, nell'applicazione del diritto della circolazione delle merci non vi è traccia della timidezza e della reverenza verso il legislatore così evidenti nell'argomentare e nel decidere della Corte costituzionale. La prima preoccupazione della Corte di giustizia è l'esistenza di ostacoli all'accesso al mercato, ossia di misure statali che, anche a prescindere da ogni intento discriminatorio, impediscono l'importazione di prodotti e che, in ragione del loro effetto, sono presuntivamente illegittime.

Nella seconda parte della pronuncia, la Corte verifica se la norma nazionale possa essere giustificata e, quindi, se l'ostacolo all'accesso al mercato possa continuare ad essere applicato alle importazioni. I divieti stabiliti dal trattato, infatti, il più delle volte sono accompagnati da deroghe che consentono di salvaguardare le misure e, quindi, l'autonomia dei legislatori nazionali. Ma la possibilità di avvalersene richiede di soddisfare standard di proporzionalità ben più esigenti di quelli normalmente impiegati dalla Corte costituzionale.

La Corte di giustizia osserva in primo luogo come la misura non possa giustificarsi per motivi relativi alla tutela della salute in quanto non sarebbero state allegare prove che consentano di affermare, come il governo italiano aveva sostenuto, che la pasta con grano tenero contenga necessariamente additivi chimici o coloranti. Nemmeno l'obiettivo di garantire una qualità superiore della pasta può essere accolto a sostegno della misura nazionale. Le censure al riguardo potrebbero essere numerose: davvero la pasta di grano duro è di qualità superiore? Per noi forse è pacifico, ma in corso di causa era emerso che nei paesi nordici si tende a preferire quella di grano tenero. Ma soprattutto, è compito dello stato incanalare le scelte alimentari del consumatore? La Corte di giustizia pare poco propensa a dare credito a simili argomenti e mostra di preferire una concezione del consumatore agli antipodi con quella incontrata nel diritto interno. Coerentemente con i

---

<sup>26</sup> Per un'analisi della teoria della cattura del regolatore si veda A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 122 e ss.

<sup>27</sup> Causa 90/86, *Procedimento penale a carico di Giorgio Zoni* [1988] Racc. I-4285.

<sup>28</sup> Causa 120/78, *Rewe Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntwein* [1979] Racc. I-649.

<sup>29</sup> V. *supra* nota 17.

suoi precedenti, la Corte esalta il diritto di scelta dei consumatori sostenendo che è legittimo voler dare ai consumatori la possibilità di continuare ad acquistare la pasta prodotta esclusivamente con grano duro. Ma per conseguire tale obiettivo, suggerisce la Corte, non è necessario impedire l'importazione di pasta con grano tenero. Esiste uno strumento con un minor impatto sui flussi commerciali intracomunitari costituito dall'etichettatura che consente al consumatore di ricevere informazioni sul prodotto per poi operare autonomamente le proprie scelte<sup>30</sup>. Analoghi accorgimenti possono essere adottati anche nei luoghi di ristorazione. Per tali ragioni la norma nazionale, seppur diretta a perseguire un obiettivo legittimo come la tutela del consumatore, risulta in contrasto con il principio di proporzionalità che, in questo caso, riceve un'applicazione particolarmente incisiva. La soluzione alternativa dell'etichettatura, infatti, non costituisce una *least-restrictive measure* che consente di conseguire il medesimo obiettivo per mezzo di una soluzione meno invasiva. Se con il divieto d'importazione il rischio per il consumatore italiano di acquistare pasta con grano tenero in luogo di pasta con grano duro era sostanzialmente azzerato, con l'introduzione del sistema dell'etichettatura le occasioni di errore o di confusione vengono incrementate. Nonostante ciò, la Corte non esita ad interferire con la scelta del legislatore circa il livello di tutela da simili rischi per privilegiare da un lato l'interesse dei produttori stranieri ad entrare nel mercato italiano con beni prodotti in conformità con le loro rispettive norme nazionali, dall'altro l'interesse del consumatore circospetto a poter scegliere tra una maggiore varietà di prodotti di ingredienti e prezzo diverso<sup>31</sup>.

Non ha migliore fortuna un altro degli argomenti sostenuti dal governo italiano a difesa della legge sulle paste alimentari relativo alla garanzia della lealtà dei negozi commerciali. Osserva il governo che il prezzo del grano duro è superiore a quello del grano tenero e che perciò, in assenza del divieto, si rende necessario operare delle verifiche circa la corrispondenza tra le indicazioni contenute nell'elenco degli ingredienti ed il prodotto effettivamente commercializzato onde evitare frodi da parte dei produttori. Ma mentre in vigenza del divieto di commercializzazione di pasta di grano tenero tale rischio poteva essere facilmente prevenuto, l'apertura del mercato a prodotti composti da miscele di grano obbliga le amministrazioni statali a controlli più complessi. Anche qui, però, la Corte mostra una maggiore sensibilità per l'interesse all'accesso al mercato, benché tale scelta con tutta probabilità determini per l'amministrazione statale costi di *enforcement* aggiuntivi.

Infine, la Corte di giustizia dedica qualche passaggio della pronuncia a considerazioni in merito agli obiettivi di politica economica che così benevolmente erano stati accolti dalla Corte costituzionale. Abbastanza sorprendentemente, la Corte di Lussemburgo non ribadisce in questa occasione il proprio granitico orientamento secondo il quale misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative non possono essere giustificate per ragioni di natura economica<sup>32</sup>. Di fronte all'argomento del governo italiano secondo il quale l'abrogazione (*sic*) della legge sulle paste alimentari indurrebbe i produttori italiani ad usare prevalentemente grano tenero per la pasta destinata al mercato italiano, con ripercussioni negative sia per i produttori di grano duro che per i consumatori di pasta di grano duro, la Corte elabora una risposta che, per quanto sintetica, merita particolare attenzione. Si osserva infatti che il rilevato contrasto tra art. 28 e misura nazionale non implica l'abrogazione o l'annullamento di quest'ultima. L'effetto della pronuncia della Corte di giustizia è, più semplicemente, quello di impedirne l'applicazione alle importazioni,

---

<sup>30</sup> *Zoni*, paragrafo 16.

<sup>31</sup> Con questa soluzione, la Corte avrebbe applicato il principio di proporzionalità nella versione del *pure balance test*, cfr. M. Poiars Maduro, *We, the court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 56.

<sup>32</sup> Il principio della tassatività delle deroghe all'art. 28 è affermato, ad esempio, in Causa 113/80, *Commissione c. Irlanda* [1981] Racc. I-1625.



lasciando inalterata la possibilità per il legislatore nazionale di regolare come crede la produzione interna di pasta.

Una simile soluzione, diretta a limitare l'applicazione del diritto primario della circolazione ai soli rapporti intracomunitari, rivela più di un motivo di interesse. Vi è prima di tutto un profilo attinente al tema dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno e all'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia che induce ad una qualche cautela verso ricostruzioni in senso monistico-gerarchico impiegate sulla dottrina del primato del diritto comunitario come sviluppata dalla Corte di giustizia. I principi di diritto comunitario prevalgono sul diritto interno incompatibile, ma la loro efficacia *lato sensu* caducatoria si esplica essenzialmente nei rapporti in cui compare un elemento di transnazionalità, mentre l'applicazione della legge nazionale alle situazioni puramente interne rimane impregiudicata<sup>33</sup>. Strettamente connesso a questo profilo quello delle discriminazioni alla rovescia, ossia del trattamento più favorevole alle importazioni rispetto alle produzioni interne risultante da una simile applicazione del trattato. Al riguardo, si può osservare che soluzioni di questo tipo possono certamente giustificarsi con l'esigenza di contenere la vocazione espansiva dei principi comunitari, ma soprattutto appaiono coerenti con la logica propria della competizione tra gli ordinamenti intrinseca ai fenomeni di armonizzazione negativa. Il mantenimento di discriminazioni alla rovescia e, quindi, la garanzia (almeno temporanea) di una certa disparità tra legislazioni nazionali in luogo della caducazione *tout court* della normativa interna, lascia aperta la possibilità di competere nello stesso mercato a prodotti corrispondenti a diversi regimi di regolamentazione. In base ad un simile modello, dovrebbe essere la scelta del consumatore a premiare il prodotto e, implicitamente, la legislazione "migliore", senza che questo debba per forza risolversi (e pare, per inciso, essere questo il caso della pasta) nell'affermazione nel mercato dei prodotti (e, dunque, delle norme) con standard qualitativi inferiori<sup>34</sup>.

Mentre le discriminazioni alla rovescia consentono al consumatore di poter scegliere tra prodotti corrispondenti a diverse regole di produzione, la reazione degli altri attori economici che ne risultano svantaggiati possono seguire vie diverse. Può accadere che i produttori decidano di trasferire i propri stabilimenti in altri stati membri per fruire di discipline normative eventualmente più favorevoli, nonché della breccia apertasi nel regime normativo nazionale a vantaggio delle importazioni. Ma può anche succedere che, invece di migrare, essi tentino di riequilibrare la situazione nel loro stato di origine attraverso pressioni sul circuito legislativo nazionale o, in alternativa, attivandosi in sede giurisdizionale per aggredire la discriminazione venutasi a determinare con l'applicazione del diritto della circolazione.

L'ipotesi da ultimo menzionata è quella effettivamente verificatasi in seguito alla decisione della Corte di giustizia sulla legislazione sulle paste. Il giudice ordinario si trova infatti nella situazione di dover applicare il divieto di produzione della pasta con ingredienti diversi da quelli espressamente consentiti in una situazione puramente interna. Considerata la diversa disciplina applicabile all'ipotesi dell'importazione del medesimo prodotto, egli solleva la questione di costituzionalità chiedendo alla Corte costituzionale di accertare se una simile disparità di trattamento sia irragionevole. La risposta della Corte costituzionale risente dell'"effetto indiretto" della pronuncia della Corte di giustizia<sup>35</sup>. Già in

<sup>33</sup> Benché consolidato, tale orientamento ha ricevuto negli ultimi anni alcune significative smentite da parte della Corte di giustizia. Si veda ad esempio Cause riunite 321, 322, 323, 324/94, *Procedimento penale a carico di Jacques Pistre e altri* [1997] Racc. I-2343. Per approfondimenti sul punto cfr. P. Oliver, *Some Further Reflections on the Scope of Articles 28-30 (ex 30-36) EC*, in *Common Market Law Review*, 1999, 36, p. 783.

<sup>34</sup> Sui fenomeni di competizione tra ordinamenti si veda C. Barnard, S. Deakin, *Market Access and Regulatory Competition*, in C. Barnard, J. Scott (a cura di), *The Law of the Single European Market*, cit., p. 198 e ss. e M. Poiras Maduro, *We, the Court*, cit., pp. 140-143.

<sup>35</sup> Corte cost., sent. 443/1997, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, p. 3904.

apertura, infatti, si sente che l'aria è cambiata giacché il giudice costituzionale ammette che gli obiettivi della legislazione nazionale fatti valere nelle precedenti pronunce mal si conciliano con i principi comunitari. Viene quindi riconosciuto che la pronuncia della Corte di giustizia si risolve in uno svantaggio competitivo per i produttori nazionali e che il legislatore conserva la titolarità a disciplinare situazioni puramente interne. Tuttavia, la Corte osserva che l'esercizio del residuo potere discrezionale rimane vincolato al «congiunto operare del principio di eguaglianza e della libertà di iniziativa economica». Pertanto, la Corte afferma che la disparità di trattamento venutasi a creare tra imprese nazionali e imprese comunitarie, benché irrilevante per il diritto comunitario, non solo rileva per il diritto costituzionale interno ma fa sì che «la sola alternativa praticabile dal legislatore – in assenza di altre ragioni giustificatrici costituzionalmente fondate – [sia] l'equiparazione della produzione delle imprese nazionali alle discipline degli altri Stati membri nei quali non esistano vincoli alla produzione e alla commercializzazione analoghi a quelli vigenti nel nostro Paese».

L'inversione di rotta nella giurisprudenza della Corte costituzionale è ragguardevole. Essa però non è frutto di un ripensamento del precedente orientamento né di una sostituzione dei principi costituzionali da parte dei principi comunitari. Il fenomeno in oggetto richiede una ricostruzione più sofisticata: il nuovo corso della Corte costituzionale si sostanzia in un'ordinaria applicazione del principio d'eguaglianza conseguente all'alterazione del contesto giuridico complessivo (la rimozione della barriera all'importazione di pasta di grano tenero) determinata dall'applicazione del diritto della circolazione. Quest'ultimo, a differenza di quanto accade tra le mura domestiche, muove indubbiamente da un pregiudizio negativo rispetto a norme che intralciano i flussi commerciali transnazionali. Spetta agli stati giustificare in sede comunitaria i propri interventi sapendo da un lato che obiettivi di natura protezionistica sono probabilmente destinati ad infrangersi nei divieti stabiliti dal trattato e, dall'altro, che per fruire delle deroghe è necessario superare test di proporzionalità assai esigenti.

In questo primo scenario, dunque, il mercato e il diritto della circolazione mostrano il loro volto più aggressivo. Nei conflitti sottostanti alle dinamiche regolative analizzate sembrano essere unilateralmente privilegiati l'interesse all'apertura dei mercati o, se si vuole, il potenziamento delle libertà economiche di alcuni operatori economici (non certo di quelli originariamente protetti!) e di alcuni consumatori (quelli più avveduti e capaci di orientarsi in un mercato più ampio). Se poi si rivolge lo sguardo alle implicazioni istituzionali di questi fenomeni, è agevole vedere come la sede di mediazione politica dei conflitti costituita dal parlamento nazionale venga messa in ombra dall'attivismo della Corte di giustizia e delle giurisdizioni ordinarie nazionali. Ma simili esiti non sono affatto obbligati, come invece la tesi del mercato come fonte di diritto naturale tenderebbe a farci credere. Si danno altri scenari in cui l'applicazione del diritto della circolazione conduce a conclusioni diametralmente opposte ed in cui i margini di manovra per la politica e la democrazia rappresentativa rimangono assai rilevanti.

## *2.2. Quando il diritto della circolazione riconosce le scelte politiche statali (scenario 2)*

Per quanto sgradevole, ritrovarsi di fronte un piatto di pasta di grano tenero invece che di grano duro è un rischio che forse vale la pena di correre se questo permette di ottenere su larga scala una maggiore varietà di prodotti a prezzi nel complesso più contenuti. Diverso è il discorso se a rimetterci non sono le gioie del palato, ma è la pelle di chi si trova ad aver a che fare quotidianamente con merci o prodotti pericolosi.

La questione acquista concreta evidenza nel caso relativo alle macchine per la lavorazione del legno<sup>36</sup>. Viene in rilievo in questa occasione la legislazione francese sui requisiti e le procedure per l'omologazione delle macchine per la lavorazione del legno. Si tratta di una misura diretta a garantire elevati standard di sicurezza a dispositivi tecnici particolarmente pericolosi secondo una filosofia generale piuttosto semplice: l'utilizzatore di queste macchine deve essere tutelato contro la propria imperizia e, di conseguenza, le macchine devono essere costruite in modo tale da limitare l'intervento umano al minimo strettamente necessario. Diversa la concezione della sicurezza di altri stati membri. In Germania, ad esempio, si parte dal presupposto che il lavoratore sia messo nella condizione di agire correttamente in caso di malfunzionamento dei dispositivi tecnici attraverso una formazione professionale approfondita e continua. Con una estrema semplificazione, quindi, quantificato in ipotesi 10 lo standard di sicurezza garantito sia in Francia che in Germania<sup>37</sup>, nel primo caso esso deriva dalla somma di un alto tasso di automazione (sempre in ipotesi, pari a 9) e di una minima formazione professionale (1); nel secondo caso, lo stesso livello si consegue con una minore automazione (7) ma con una più elevata formazione del personale (3).

Il problema posto alla Corte di giustizia riguarda anche in questo caso la compatibilità della legislazione francese con l'art. 28 TCE. Per avere accesso al promettente mercato francese, i produttori stranieri sono costretti a seguire pedissequamente norme dettagliate che impongono loro di modificare i propri prodotti, nonostante questi possano virtualmente garantire standard di sicurezza equivalenti. Si può giustificare un simile ostacolo all'accesso al mercato e, con esso, la concezione della sicurezza decisa autonomamente dal legislatore francese? E' opportuno che la Corte di giustizia si sovrapponga come nel caso della pasta alle scelte del legislatore nazionale imponendo ai francesi non solo di accogliere macchinari che, almeno in un primo momento, saranno più pericolosi ma, implicitamente, di adottare un sistema di tutela meno paternalistico come quello fatto proprio dal legislatore tedesco?

Anche in questo caso il giudizio si articola in due parti. Come facilmente prevedibile, la Corte accerta che la legislazione francese entra in conflitto con l'art. 28. Ma quando si passa alla verifica della giustificazione, a prevalere è un atteggiamento assai più prudente di quanto riscontrato nel caso della pasta. La Corte sostiene che la Francia può continuare a mantenere il proprio sistema di autorizzazione a tutela della sicurezza degli utilizzatori dei dispositivi tecnici in questione e ad applicarlo anche ai prodotti provenienti da altri stati membri. In questo caso, il principio di proporzionalità richiede che le autorizzazioni non vengano condizionate al rispetto puntuale e specifico della normativa francese, essendo sufficiente dimostrare<sup>38</sup> che i prodotti importati raggiungono gli standard di tutela previsti dal legislatore nazionale in assenza di una normativa comunitaria<sup>39</sup>. A differenza di quanto visto nella vicenda relativa alla pasta, l'accesso al mercato per i prodotti stranieri trova qui una forma di tutela più ridotta. Non basta ad essi conformarsi alla normativa dello stato di origine, occorre anche conseguire lo standard di tutela stabilito nello stato di destinazione. Il mutuo riconoscimento emerge in una versione limitata, derivante da un'applicazione meno incisiva del principio di proporzionalità<sup>40</sup>. Si faccia attenzione, tuttavia, a non

---

<sup>36</sup> Causa 188/84, *Commissione c. Francia* [1986] Racc. I-419.

<sup>37</sup> Risulterà infatti dalle statistiche prodotte in giudizio che le macchine prodotte in altri stati membri non provocano più infortuni rispetto alle macchine prodotte in conformità con la normativa francese.

<sup>38</sup> L'onere della prova in questo caso parrebbe ricadere sulle imprese importatrici (cfr. paragrafo 17). Una soluzione diversa, più coerente con il rapporto regola-eccezione sottostante agli artt. 28-30 TCE, emerge invece in Causa 174/82, *Procedimento penale a carico di Sandoz BV* [1983] Racc. I-2445, dove l'onere della prova è attribuito alle autorità amministrative dello stato di importazione (paragrafo 22).

<sup>39</sup> *Macchine per la lavorazione del legno*, paragrafi 16-17.

<sup>40</sup> A differenza di quanto visto in *Zoni*, la Corte adotta in questo caso un *equivalence balance test*, cfr. M. Poiares Maduro, *We, the Court*, cit., p. 56.

confondere i test di giudizio applicati in questa circostanza con quelli impiegati dalla Corte costituzionale in applicazione dell'art. 41 Cost. Anche in questo caso, infatti, la Corte di giustizia mostra di prendere comunque sul serio il principio di proporzionalità. Non si accontenta di riconoscere acriticamente la misura in questione, ma afferma che anche le autorità francesi devono contribuire allo snellimento dei controlli accogliendo tutti i prodotti conformi a norme straniere che garantiscano un livello di rischio equivalente a quello domestico.

Quello appena analizzato non è un caso isolato. In altre occasioni la Corte, di fronte a simili dilemmi<sup>41</sup>, ha preferito attenuare l'impatto del diritto della circolazione sulle scelte politiche degli stati membri per garantire interessi confliggenti all'accesso al mercato. Se allora nel caso della pasta ad uscirne potenziati erano gli interessi delle imprese straniere e dei consumatori più circospetti, in altre pronunce a prevalere è la tutela di soggetti deboli quali i lavoratori non qualificati o i consumatori più vulnerabili<sup>42</sup>.

E' quanto accade, per esempio, nel caso *Buet*<sup>43</sup>. Siamo ancora in Francia, dove il signor Buet, amministratore di una società francese rivenditrice di materiale didattico, viene perseguito penalmente per aver venduto a domicilio materiale per l'apprendimento della lingua inglese. Anche in questo caso viene invocato il divieto di misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative. Se è vero che il divieto di vendita porta a porta di per sé non impedisce l'importazione di materiale didattico come quello del caso di specie, è vero anche che tale misura priva la società del Buet di un metodo di commercializzazione con il quale essa realizza la quasi totalità del proprio fatturato. La Corte di giustizia, perciò, accerta l'esistenza di un ostacolo all'accesso al mercato<sup>44</sup> e si concentra sulla giustificazione della misura e sull'applicazione del principio di proporzionalità.

I termini di tale giudizio sono piuttosto chiari: da un lato la tutela dell'accesso al mercato e di una strategia commerciale redditizia e consentita in altri stati membri, dall'altro l'interesse a proteggere una categoria particolarmente vulnerabile di consumatori. Come possono valutare la qualità di un pacchetto per l'apprendimento dell'inglese offerto sulla soglia di casa persone che per definizione non hanno una sufficiente conoscenza di quella lingua, per non dire della sua didattica? Se ci trovassimo nel primo scenario, si potrebbe argomentare che per prevenire il rischio sarebbe sufficiente garantire agli acquirenti lo *ius poenitendi*, come del resto già prevede come regola di *default* la normativa comunitaria in materia di tutela del consumatore. Ma la Corte di giustizia opta per una diversa soluzione. In primo luogo, essa osserva che, quando la vendita porta a porta ha ad oggetto un contratto di insegnamento o di vendita di materiale didattico, il rischio di acquisto imprudente incrementa in ragione della particolare vulnerabilità dei potenziali acquirenti. Inoltre, eventuali abusi rischiano di provocare nei consumatori effetti pregiudizievoli diversi e più duraturi di una semplice perdita finanziaria, rischiando di compromettere pesantemente il loro apprendimento. Di conseguenza, la Corte conclude riconoscendo che «il legislatore nazionale di uno Stato membro può legittimamente ritenere che la

---

<sup>41</sup> Come sottolineato da C. Barnard, S. Deakin, *Market Access and Regulatory Competition*, cit., p. 204, la Corte deve scegliere se utilizzare le deroghe per coprire norme nazionali a tutela di interessi locali mantenendo un ostacolo all'accesso al mercato o rimuovere tale ostacolo correndo il rischio di ingenerare fenomeni di competizione al ribasso. Risulta chiaro quindi che la Corte di giustizia può circoscrivere l'ambito in cui si verifica la competizione tra ordinamenti statali, cfr. R. Dehousse, *Integration v. Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community*, in *Journal of Common Market Studies*, 1992, 4, p. 396.

<sup>42</sup> S. Weatherill, *Recent case law concerning the free movement of goods: mapping the frontiers of market deregulation*, in *Common Market Law Review*, 1999, 36, pp. 54-58.

<sup>43</sup> Causa 382/87, *Pubblico Ministero c. Buet e Sarl Educational Business* [1989] I-1235.

<sup>44</sup> Come ricostruito dall'Avvocato Generale Van Gerven nelle Conclusioni del caso *Torfaen* (Causa 145/88, *Torfaen Borough Council c. B&Q plc* [1989] Racc. I-3851 paragrafi 21-25), la legislazione statale isola il mercato nazionale determinando una compartimentazione interna al mercato unico.

concessione ai consumatori di un diritto di rescissione [sic] non basti a proteggerli e che sia necessario vietare la promozione a domicilio»<sup>45</sup>.

Ancora una volta, quindi, la legislazione statale riesce a superare indenne il vaglio della Corte di giustizia. L'accesso al mercato cede il passo alla salvaguardia del livello di tutela stabilito dal legislatore francese a garanzia di soggetti esposti a rischi particolarmente seri, dimostrando quanto flessibile possa essere l'applicazione del diritto della circolazione. Laddove il legislatore statale si faccia carico di genuini obiettivi di politica economica, egli riacquista quei margini di manovra che nel primo scenario sembravano inevitabilmente compromessi. Il dato cruciale diventa perciò l'intensità con cui il principio di proporzionalità viene applicato. In alcune ipotesi, la Corte di giustizia forza sul lato dell'accesso al mercato, rimuove gli ostacoli, comprime le scelte dei legislatori statali e si affida all'armonizzazione negativa ed al principio di mutuo riconoscimento, accettando implicitamente il rischio che gli standard di tutela di interessi contrapposti all'accesso al mercato decisi nelle sedi democratico-rappresentative possano venire in qualche misura indeboliti. In altre ipotesi, essa dimostra una maggiore sensibilità per questi ultimi, riconosce le scelte politiche degli stati, accetta la persistenza di ostacoli all'accesso al mercato e implicitamente richiama il legislatore comunitario ad operarne l'armonizzazione positiva al fine di garantirne una tutela uniforme e, al contempo, assicurare la circolazione dei fattori di produzione. I criteri secondo cui la Corte opta per lo scenario 1 piuttosto che per lo scenario 2 rimangono il più delle volte inespressi dietro ad un richiamo generico al principio di proporzionalità, sicché pare plausibile che la scelta venga in realtà operata a seconda delle circostanze concrete del caso senza che vi siano soluzioni precostituite<sup>46</sup>.

Dinamiche simili a quelle riscontrate nello scenario 2 emergono anche dall'analisi delle pronunce dei panels e dell'Appellate Body del WTO emesse in ambito GATT, SPS e TBT. Anche qui, infatti, nonostante sia diffusa l'idea che il diritto del commercio internazionale comporti inevitabili erosioni della sovranità politica degli stati, le decisioni sugli standard di tutela decisi a livello nazionale godono di particolare considerazione e rimangono il più delle volte inalterate<sup>47</sup>, tenuto conto anche che in questo contesto l'armonizzazione positiva esiste solo ad uno stato assai embrionale<sup>48</sup>.

Si delinea quindi un quadro nel quale è difficile scorgere un ordine naturale inderogabile di soluzioni di mercato precostituite imposto alle istituzioni politiche degli stati. Questo è forse vero per certa retorica che accompagna i processi di deregolamentazione e reregolazione. Ma all'interno di essi, in un contesto certamente più controverso e difficile da decifrare, continuano a sussistere margini flessibili per la legislazione e, quindi, per la rappresentazione e lo svolgimento del conflitto sociale secondo il metodo democratico-rappresentativo.

### 2.3. Quando il diritto della circolazione porta a ridiscutere alcuni aspetti fondamentali del diritto costituzionale statale (scenario 3)

---

<sup>45</sup> Buet, paragrafi 13-15.

<sup>46</sup> Una suggestiva ipotesi ricostruttiva dell'orientamento della Corte, denominata *European Majoritarian Activism*, è stata però proposta da M. Poiars Maduro, *We, the Court*, cit., pp. 72-78.

<sup>47</sup> Nel caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* (Appellate Body Report, WT/DS135/AB/R, 12 Marzo 2001) l'Appellate Body ha riconosciuto la compatibilità con il GATT del divieto totale di produzione, importazione e vendita di prodotti contenenti amianto stabilito dalla Francia. Nella stessa pronuncia, la misura alternativa dell'uso controllato dei medesimi prodotti non è stata ritenuta idonea a conseguire lo stesso standard di tutela della salute previsto dal legislatore statale. Un principio analogo è stato codificato agli artt. 4 SPS e 2.7 TBT.

<sup>48</sup> Si vedano i rinvii agli standard internazionali previsti nei trattati SPS e TBT.

Il terzo scenario che ritengo utile rappresentare non è omogeneo ai due precedenti, nel senso che non integra un'ipotesi alternativa a quelle già analizzate in merito all'impatto del diritto della circolazione sulle scelte politiche nazionali. Il profilo che intendo indagare ha una portata se si vuole più drammatica, poiché investe le trasformazioni che il diritto della circolazione determina su alcuni aspetti fondamentali del diritto costituzionale statale come la garanzia dei diritti sociali. Un valido esempio a questo riguardo è costituito dal tema dell'impatto del diritto della circolazione sulla tutela del diritto alla salute.

Quello che con il lessico di diritto costituzionale statale si denomina diritto alle prestazioni sanitarie, nel dizionario di diritto comunitario viene spesso tradotto come libera prestazione di servizi. Questa almeno è la chiave di lettura con la quale la Corte di giustizia si accosta alla tematica della circolazione intracomunitaria di medici e di pazienti. In *Luisi e Carbone*<sup>49</sup>, la Corte ha affermato un principio generale di estrema importanza secondo il quale «la libera prestazione dei servizi comprende la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di recarsi in un altro stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni [...] e che i turisti, i fruitori di cure mediche e coloro che effettuano viaggi di studio o d'affari devono essere considerati destinatari di servizi»<sup>50</sup>. Si rafforza quindi il diritto di scelta del paziente, gettando le basi per quel turismo terapeutico che, da qualche tempo, anche in Italia pare tristemente essere l'unica *chance* effettiva per quanti intendano avvalersi di cure che il legislatore nazionale ha deciso di limitare<sup>51</sup>.

Ora, è chiaro che l'apertura delle frontiere ai pazienti, benché concepita secondo logiche di mercato, costituisce un potenziamento della loro tutela. E' altrettanto evidente, tuttavia, che la circolazione dei pazienti disgiunta da adeguate risorse economiche assume una pronunciata connotazione elitaria. E' possibile allora assistere la circolazione dei pazienti con strumenti che assicurino, almeno in qualche misura, un "cosmopolitanismo sanitario" più inclusivo? Esiste, ad esempio, un diritto al rimborso delle spese mediche sostenute in altri stati membri? Su quali basi giuridiche si fonda? Quali cure possono essere rimborsate? A quali condizioni? A quanto ammontano i rimborsi spesa? Queste sono le domande su cui la Corte da un decennio a questa parte viene interpellata e in risposta alle quali ha potuto enunciare principi che hanno finito per mettere in discussione alcuni dei presupposti fondanti dei sistemi di protezione sociale statali.

Per un lungo periodo, il diritto al rimborso delle spese mediche sostenute in altri stati membri è stato disciplinato dall'art. 22 del regolamento n. 1408 del 1971<sup>52</sup>. In base ad esso, la possibilità di ricevere il rimborso era condizionata all'ottenimento di un'autorizzazione da parte delle autorità sanitarie dello stato di origine del paziente. Tale autorizzazione era dovuta se sussistevano due requisiti, ossia se le cure mediche fruite all'estero erano previste dalla legislazione dello stato d'origine e se il trattamento richiesto non era disponibile entro il lasso di tempo normalmente necessario per il suo ottenimento nello stesso stato d'origine. Soddisfatte queste condizioni, il paziente aveva diritto al rimborso integrale delle spese da parte del proprio stato<sup>53</sup>.

Alla fine degli anni '90, si verificano quasi contemporaneamente due vicende che porteranno la Corte di giustizia ad ampliare la possibilità di ottenere il rimborso delle spese mediche. In un primo caso, un genitore lussemburghese, nonostante il diniego

---

<sup>49</sup> Cause riunite 286/83 e 26/83, *Graziana Luisi e Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro* [1984] Racc. I-377.

<sup>50</sup> *Luisi e Carbone*, paragrafo 16.

<sup>51</sup> Importante a questo riguardo il richiamo al caso Grogan (cit., *supra* nota 15), dove in un *obiter* la Corte ha sostenuto che «occorre rilevare che l'interruzione della gravidanza, così come lecitamente praticata in diversi Stati membri, è un'attività medica normalmente fornita dietro retribuzione e che può essere praticata nell'ambito di una libera professione. In ogni caso, la Corte ha già dichiarato [...] che le attività mediche rientrano nel campo di applicazione dell' art. 60 [ora art. 50] del Trattato» (paragrafo 18).

<sup>52</sup> Recentemente sostituito da art. 20 del Regolamento (CE) n. 883/2004, del 29.4.2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in GU L 166 del 30.4.2004, p. 1.

<sup>53</sup> Causa 117/77, *Bestuur Van Het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland c. G. Pierik* [1978] Racc. I-825.

dell'autorizzazione da parte dell'ufficio medico della previdenza sociale, decide ugualmente di far curare la figlia da un ortodontista stabilito in Germania e, vistosi rifiutare il rimborso, ricorre di fronte al giudice nazionale. Nel secondo caso, un altro cittadino lussemburghese agisce in giudizio per ottenere il rimborso delle spese sostenute in Belgio per l'acquisto non autorizzato di un paio di occhiali. Si tratta di casi solo apparentemente marginali giacché, nel rispondere ai rinvii pregiudiziali formulati dai giudici nazionali, la Corte di giustizia pone le premesse per decisioni future di portata ben più consistente.

In *Kohll*<sup>54</sup> e *Decker*<sup>55</sup> si inizia così a valutare quale sia l'impatto del diritto della circolazione sulla materia previdenziale. La Corte introduce la propria decisione sottolineando che il diritto comunitario non menoma la competenza degli stati membri ad organizzare i loro sistemi previdenziali<sup>56</sup>. Tuttavia, nell'esercizio delle proprie competenze gli stati devono rispettare gli obblighi comunitari e, segnatamente, il principio della libera prestazione dei servizi (artt. 49-50 TCE)<sup>57</sup>. A questo inquadramento generale segue quindi un'importante precisazione: il fatto che l'art. 22 del regolamento 1408/71 stabilisca una procedura per il rimborso delle spese mediche non esclude che gli artt. 28, 49 e 50 TCE possano a loro volta dare luogo a rimborso di spese che non siano state preventivamente autorizzate. Benché compatibili con l'art. 22, le autorizzazioni richieste dalla legislazione statale determinano ostacoli alla circolazione dei servizi e delle merci in quanto, subordinando il rimborso dei servizi o dei beni acquistati all'estero ad un procedimento amministrativo non previsto qualora lo stesso acquisto si verifici nello stato d'origine, esse hanno l'effetto di scoraggiare gli interessati dal rivolgersi a medici o rivenditori di prodotti sanitari stabiliti in altri stati membri<sup>58</sup>.

Come di consueto, la Corte prova quindi a verificare se simili ostacoli possono essere giustificati. Gli argomenti fatti valere dai governi nazionali a sostegno del procedimento autorizzatorio riguardano da un lato la necessità di garantire un controllo sulla qualità delle prestazioni mediche fruite all'estero, dall'altro l'esigenza di mantenere il controllo sulle spese sanitarie. Il primo argomento viene agevolmente superato osservando che le qualifiche di medici e operatori sanitari stabiliti nei vari stati membri sono state uniformate da apposite direttive comunitarie che, di conseguenza, garantiscono la qualità dei servizi offerti nel mercato comune. Rispetto al secondo argomento, invece, la Corte riconosce che in astratto il rischio di una grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale può giustificare l'esistenza di un ostacolo alla circolazione, ma afferma altresì che tale rischio non si verifica nei casi in questione. Si evidenzia infatti che i rimborsi richiesti dai ricorrenti, essendo commisurati alle tariffe dello stato d'origine, non vanno ad incidere significativamente sull'equilibrio finanziario del sistema previdenziale<sup>59</sup>. Grazie a tali pronunce, si apre così la possibilità per i pazienti di fruire di cure somministrate in altri stati membri al di fuori dei margini previsti dalla legislazione comunitaria. E' possibile per essi approfittare della copertura garantita dagli enti previdenziali nazionali, seppur entro i limiti delle tariffe da essi previste. Ma è possibile estendere lo stesso principio alle cure ospedaliere?

La questione viene affrontata qualche anno dopo in *Smits e Peerbooms*<sup>60</sup>. Questa volta ci troviamo di fronte a richieste di rimborso di pazienti olandesi per cure ospedaliere ricevute in altri stati membri. In un primo caso, la signora Smits aveva fruito in Germania di un trattamento specialistico per il morbo di Parkinson. Il signor Peerbooms, invece, era

<sup>54</sup> Causa 158/96, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie* [1998] Racc. I-1931.

<sup>55</sup> Causa 120/95, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés* [1998] Racc. I-1831.

<sup>56</sup> *Kohll*, paragrafi 17-18.

<sup>57</sup> *Kohll*, paragrafi 19-21.

<sup>58</sup> *Kohll*, paragrafi 33-35.

<sup>59</sup> *Kohll*, paragrafi 41-42.

<sup>60</sup> Causa 157/99, *B.S.M. Smits, coniugata Geraets c. Stichting Ziekenfonds VGZ e H.T.M. Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekerings* [2001] Racc. I-5473.

stato ricoverato in Austria per essere sottoposto a terapia intensiva mediante neurostimolazione, cura non disponibile nello stato d'origine. In entrambi i casi i pazienti si erano rivolti senza successo alla propria cassa malattia per ottenere il rimborso. Per la legge olandese, le cure mediche all'estero devono essere autorizzate e per poterlo essere devono essere necessarie e rientrare tra le cure usuali (e, quindi, non sperimentali) secondo la concezione prevalente nell'ambito medico nazionale.

Investita dalle questioni, la Corte di giustizia ricorda anzitutto i principi stabiliti in *Kohll* e *Decker* in merito al rapporto tra diritto della circolazione e regimi previdenziali statali. Dopo aver precisato che tutte le attività mediche, comprese quelle ospedaliere, rientrano nella nozione comunitaria di servizi laddove si sia proceduto a remunerazione degli istituti di cura, si rileva, per le stesse ragioni viste in *Kohll*, che il requisito dell'autorizzazione determina un ostacolo alla libera prestazione dei servizi.

Si passa quindi alla fase della giustificazione. Esistono ragioni che inducono a mantenere il procedimento di autorizzazione? La Corte ne individua in astratto tre: gli ostacoli alla libera prestazione di servizi nell'ambito delle cure ospedaliere si possono giustificare quando vi sia un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale, quando siano funzionali al mantenimento di un servizio medico-ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, quando sia in gioco la conservazione del sistema sanitario nazionale o di una competenza medica nel territorio nazionale. A differenza di quanto visto in *Kohll*, nel caso di cure ospedaliere il requisito dell'autorizzazione viene ritenuto un valido strumento per conseguire quegli obiettivi. La Corte riconosce la natura specifica delle prestazioni mediche dispensate dagli istituti ospedalieri. In particolare, viene sottolineata la necessità per gli stati di sottoporre tali prestazioni a programmazione al fine da un lato di assicurare «la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure ospedaliere di qualità», dall'altro «di garantire un controllo dei costi ed evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche ed umane». Su queste basi, il requisito della previa autorizzazione all'assunzione degli oneri finanziari per cure ospedaliere prestate in altro stato membro viene ritenuto necessario e ragionevole<sup>61</sup>.

Possiamo quindi concludere che la Corte di giustizia abbia deciso di risparmiare il sistema previdenziale nazionale dall'impatto del diritto della circolazione? Non proprio. Nell'ambito del consueto sindacato sul rispetto del principio di proporzionalità, la Corte entra pesantemente nel merito delle condizioni poste dalla legislazione statale per l'ottenimento dell'autorizzazione al rimborso.

Il primo intervento è diretto a ridefinire quali siano le cure per cui può essere rilasciata l'autorizzazione. Come si ricorderà, la legislazione olandese faceva riferimento alle cure usuali secondo la prevalente concezione medica nazionale. Anche a tale riguardo, la Corte pare arrestarsi di fronte alle scelte compiute in autonomia dagli stati membri quando sostiene che gli stati membri possono definire elenchi di trattamenti medici ed ospedalieri coperti dal sistema di protezione sociale senza che il diritto comunitario possa avere l'effetto di costringerli ad estendere l'elenco delle prestazioni mediche prese a carico<sup>62</sup>. Ma, in un attimo, ci troviamo di fronte ad un principio potenzialmente dirompente quando la Corte afferma che «un regime di previa autorizzazione amministrativa non può legittimare un comportamento discrezionale da parte delle autorità nazionali, tale da privare le disposizioni comunitarie, in particolare quelle relative ad una libertà fondamentale come quella di cui trattasi nella causa principale, di un'applicazione utile [...]. Pertanto, un regime di previa autorizzazione amministrativa, perché sia giustificato anche quando deroga ad una libertà fondamentale, deve essere fondato in ogni caso su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo alle imprese interessate, in modo da

<sup>61</sup> *Smits e Peerbooms*, paragrafi 76-80.

<sup>62</sup> *Smits e Peerbooms*, paragrafi 86-87.



circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario»<sup>63</sup>.

La legislazione olandese rispetta questi requisiti di obiettività? Il giudizio della Corte è negativo laddove registra che la presa in considerazione dei soli trattamenti normalmente praticati nel territorio nazionale al fine della verifica della loro natura usuale rischia di privilegiare nei fatti i prestatori di cure olandesi. Al contrario, suggerisce la Corte, una valutazione obiettiva richiede che tale giudizio venga svolto alla luce delle concezioni della scienza medica internazionale<sup>64</sup>. Soluzione quest'ultima che se da un lato amplia l'offerta di cure per i pazienti, dall'altro è assai probabile che finisca per interferire in maniera rilevante con l'equilibrio finanziario dei sistemi sanitari nazionali e, in particolare, di quelli dotati di minori risorse<sup>65</sup>.

Gli stessi requisiti di obiettività affermati in relazione alla tipologia delle cure rimborsabili vengono sviluppati dalla Corte di giustizia anche nella dimensione procedimentale stabilendo che il regime di previa autorizzazione deve consentire un facile accesso agli interessati ed essere tale da garantire risposte in termini ragionevoli, un trattamento oggettivo ed imparziale delle richieste e la possibilità di ricorrere in via giurisdizionale contro eventuali dinieghi<sup>66</sup>.

Infine, la Corte introduce un tema che nelle successive pronunce darà luogo ad importanti evoluzioni interpretative. Il problema è quello della tempestività del trattamento e della possibile rilevanza del fattore tempo nella valutazione della necessità della cura per cui è stata richiesta l'autorizzazione. Tale profilo in *Smits e Peerbooms* viene affrontato sostenendo che l'autorizzazione è dovuta anche quando il trattamento richiesto, pur previsto nelle strutture ospedaliere nazionali convenzionate, non sia disponibile nei tempi richiesti dalla condizione clinica e dagli antecedenti del paziente.

Contestualmente a *Smits e Peerbooms*, la Corte di giustizia decide anche il caso *Vanbraekel*<sup>67</sup>. Qui il tema principale è la quantificazione dell'importo del rimborso per cure mediche ricevute all'estero in assenza di autorizzazione. La risposta della Corte merita particolare attenzione. Essa, infatti, non si limita ad affermare che l'interessato a cui sia stata illegittimamente negata l'autorizzazione a rivolgersi a strutture sanitarie di altri stati membri ha diritto di ottenere in base al regolamento 1408/71 la copertura totale delle spese di ricovero ospedaliero. Poiché nel caso in questione il costo delle cure sostenute all'estero era inferiore all'importo previsto dalla tariffa dello stato d'origine, la Corte afferma che, in base all'art. 49 TCE, il paziente ha diritto anche ad un rimborso complementare pari alla differenza tra i due importi.

Le implicazioni di tale principio sono di notevole importanza e riguardano ancora la diversa intensità che può assumere il principio di proporzionalità. Non solo la Corte di giustizia chiarisce che lo stato d'origine non può risparmiare a seguito della migrazione dei propri pazienti approfittando delle tariffe meno costose degli stati dove la cura viene effettivamente erogata. Implicito alla soluzione adottata vi è anche il riconoscimento che i cittadini hanno diritto ad un *quantum* di rimborso che essi possono spendere in strutture statali o, nel rispetto di determinate condizioni, in strutture straniere<sup>68</sup>. Si può così osservare che se è vero che lo stato d'origine non può avvantaggiarsi economicamente

---

<sup>63</sup> *Smits e Peerbooms*, paragrafo 90.

<sup>64</sup> *Smits e Peerbooms*, paragrafi 96-97.

<sup>65</sup> Per questa ragione si può sostenere che qui la Corte abbia applicato il principio di proporzionalità nella versione del *pure balance test*.

<sup>66</sup> *Smits e Peerbooms*, paragrafo 90.

<sup>67</sup> Causa 368/98, *Abdon Vanbraekel e altri c. Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)* [2001] Racc. I-5363.

<sup>68</sup> In questo modo il diritto comunitario starebbe promuovendo nei fatti un sistema basato su *invisible vouchers*, cfr. G. Davies, *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States*, Jean Monnet Working Paper, 2/06, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/06/060201.html>, p. 20.

della mancata cura di un proprio cittadino, è assai probabile che possa rimetterci. In primo luogo, il principio della presa in carico integrale delle cure sostenute all'estero in base all'art. 22 vige anche quando queste siano più costose di quelle nazionali. In secondo luogo e nonostante la Corte faccia riferimento ai precedenti di *Kohl* e *Decker*, dove forse si poteva sostenere che la presa in carico delle spese non ospedaliere dei pazienti non avrebbe inciso negativamente sul bilancio nazionale<sup>69</sup>, il fatto che lo stato d'origine sia obbligato a riconoscere al proprio paziente l'importo delle cure sostenute all'estero non lo esime dal sostenere le spese per il mantenimento delle proprie strutture ospedaliere. Come è stato acutamente notato<sup>70</sup>, quindi, lo stato d'origine si può trovare in realtà a dover pagare due volte per uno stesso paziente, con l'effetto perverso di minare alle basi l'equilibrio finanziario e, quindi, la già controversa qualità del proprio servizio.

Una soluzione sostanzialmente analoga a quanto visto in *Smits e Peerbooms* e *Vanbraekel* viene adottata nel successivo caso *Müller-Fauré e van Riet*<sup>71</sup>. La Corte di giustizia non perde tuttavia l'occasione per precisare le condizioni che impongono la concessione dell'autorizzazione ad un trattamento all'estero affermando che considerazioni di natura puramente economica non possono giustificare tempi di attesa troppo lunghi e tali da compromettere l'efficacia delle cure. Ragione questa che consente alle autorità nazionali di poter rifiutare l'autorizzazione a recarsi all'estero solo se analogo trattamento può essere erogato tempestivamente dalle strutture ospedaliere nazionali convenzionate tenuto conto della condizione clinica del paziente richiedente<sup>72</sup>.

Il tema delle liste d'attesa diventa centrale in *Inizan*<sup>73</sup> ma soprattutto in *Watts*<sup>74</sup>. In quest'ultimo caso, la Corte di giustizia affronta la vicenda di una signora inglese che, affetta da artrite acuta e preoccupata dai tempi di attesa stabiliti dal National Health Service, chiede di potersi fare operare in Francia per l'apposizione di una protesi all'anca. Rientrata in patria dopo l'operazione, inoltra domanda di rimborso spese e, a fronte di un diniego, ricorre in giudizio. In questo caso, la Corte si trova a decidere dopo l'approvazione di alcune modifiche al regolamento 1408/71. La circostanza è importante poiché la disposizione destinata a sostituire l'art. 22 prevede l'obbligo di concedere l'autorizzazione qualora le cure non possano essere praticate nello stato d'origine «entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico». Un sistema di liste d'attesa rimane quindi ammissibile, ma questo non può andare a discapito dell'efficacia delle cure ai pazienti. Lo stesso principio viene fatto proprio dalla Corte di giustizia: se i tempi previsti in base al sistema delle liste sono inferiori o uguali a quello accettabile alla luce di una valutazione medica obiettiva dei bisogni clinici del paziente, le autorità amministrative sono legittimate a rifiutare l'autorizzazione. Consentire il rimborso dei trattamenti in questi casi, infatti, significherebbe compromettere gli sforzi di pianificazione e razionalizzazione compiuti dai sistemi sanitari nazionali. Se però i tempi delle liste eccedono quelli richiesti dalle condizioni del paziente, l'autorizzazione è dovuta, anche se il costo per il sistema nazionale d'origine può risultare superiore<sup>75</sup>. Si stabilisce perciò un nuovo bilanciamento tra esigenze organizzative e finanziarie dello stato e diritti individuali dei cittadini. Le prime possono essere tenute in considerazione nella misura in cui non si rivelino pregiudizievoli per il singolo paziente. Qualora tale eventualità si affacci, quest'ultimo può decidere di reagire facendosi curare all'estero e spedendo il conto al proprio stato.

<sup>69</sup> Si può sostenere infatti che in questi casi la Corte di giustizia abbia applicato un *equivalence balance test*.

<sup>70</sup> G. Davies, *The Process and Side-Effects of Harmonisation*, cit., p. 30.

<sup>71</sup> Causa 385/99, *Müller-Fauré e Van Riet* [2003] Racc. I-4509.

<sup>72</sup> *Müller-Fauré e van Riet*, paragrafo 92.

<sup>73</sup> Causa 56/01, *Patricia Inizan c. Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine* [2003] I-12403.

<sup>74</sup> Case 372/04, *The Queen (on the application of Yvonne Watts) v. Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health* [2006] Racc. I-4325.

<sup>75</sup> *Watts*, paragrafi 70-79.

Ma quanto dovrà pagare il Regno Unito? Secondo la normativa francese, i costi per prestazioni quali quelle ricevute dalla signora Watts non sono assunti integralmente dallo stato ospitante. La paziente, tuttavia, osserva che il National Health Service le garantirebbe cure gratuite e richiede, quindi, il rimborso totale dell'importo da essa anticipato. La Corte di giustizia, però, ribadisce l'orientamento espresso in *Vanbraekel*: il Regno Unito è obbligato a sostenere le spese che lo stato ospitante prenderebbe in carico per un proprio cittadino e, eventualmente, a versare alla signora Watts un rimborso complementare qualora queste ultime risultassero inferiori al costo per la stessa cura praticato dal National Health Service. Ma in caso di mancata assunzione integrale delle spese da parte dello stato ospitante, non vi è un diritto al rimborso totale da parte dello stato di origine, tenuto a garantire la copertura delle spese nei limiti della quota virtuale prevista per la cura in questione dalla tariffa nazionale<sup>76</sup>.

Ce n'è abbastanza per comprendere quanto profondo possa essere l'impatto del diritto della circolazione non solo sulle scelte politiche, ma sul diritto costituzionale degli stati membri e sulle strutture organizzative che tradizionalmente lo hanno incarnato. Il terzo scenario offre l'immagine di una trasformazione in pieno svolgimento sulla quale né i parlamenti né il dibattito pubblico riescono a formulare una qualche riflessione d'insieme che non si limiti all'acritico sostegno o alla sterile denuncia. Quel che accade è che regole di protezione sociale vengono riscritte attraverso l'applicazione in sede giurisdizionale di principi di diritto dell'economia: un fenomeno che oltre a chiamare in causa la politica come sede di composizione del conflitto sociale, interroga in modo radicale la tradizione giuridica europea<sup>77</sup>.

I risultati ottenuti presentano notevoli ambiguità. Da un lato i diritti individuali, almeno a prima vista, ricevono un consistente potenziamento<sup>78</sup>. Di fronte alle inefficienze dei propri sistemi di protezione, la scelta dei cittadini non si riduce solo a poter alzare la voce e cercare di far buon uso dei diritti politici. Il diritto della circolazione offre loro significative vie d'uscita che consentono anzitutto di ottenere cure presso sistemi più efficienti e, quindi, di sanzionare indirettamente il proprio stato facendogli letteralmente pagare i costi della sua inefficienza. Un paziente che diviene quindi "consumatore di welfare"<sup>79</sup> e che, in un mercato adeguatamente regolato, potrebbe trarre vantaggio da tale status, a dispetto degli effetti desocializzanti anche di recente imputati alla liberalizzazione dei servizi.

Prudenza vuole, tuttavia, che anche altri aspetti connessi alla trasformazione del diritto costituzionale vengano tenuti adeguatamente in considerazione. I consumatori di welfare, come del resto i consumatori di merci o di altri servizi, non sono una categoria omogenea. Che dire, ad esempio, di malati mentali, portatori di handicap e di tutti quei soggetti che, per ragioni spesso connesse alla propria patologia, difficilmente riusciranno ad approfittare delle opportunità create dalla giurisprudenza della Corte di giustizia? Il dubbio che l'apertura del mercato dei servizi finisca per privilegiare un'élite di pazienti più attrezzata sul fronte legale non pare infondato<sup>80</sup>.

A far riflettere sono anche le conseguenze in termini di costi e di equilibrio finanziario che il diritto della circolazione impone ai sistemi sanitari nazionali. Far quadrare i bilanci, lo riconosce la stessa Corte di giustizia<sup>81</sup>, non è solo una questione per i contabili, ma è un presupposto ineludibile della garanzia complessiva dei diritti. Come si è cercato di evidenziare, le pronunce brevemente analizzate contengono tutti gli elementi idonei ad

<sup>76</sup> *Watts*, paragrafi 131-132.

<sup>77</sup> G. Davies, *The Process and Side-Effects of Harmonisation*, cit., pp. 5-6.

<sup>78</sup> A. Kaczorowska, *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, in *European Law Journal*, 2006, 12, 3, p. 370.

<sup>79</sup> G. Davies, *The Process and Side-Effects of Harmonisation*, cit., p. 55.

<sup>80</sup> C. Newdick, *Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity*, in *Common Market Law Review*, 2006, 43, 6, p. 1646.

<sup>81</sup> *Müller-Fauré*, paragrafo 73.

alterare seriamente i programmi e le allocazioni di risorse stabiliti a livello nazionale. Obbligare a destinare maggiori risorse per servizi erogati ad una minoranza di pazienti da strutture di altri stati membri può certo costituire un incentivo a migliorare i tempi di risposta del servizio sanitario d'origine, ma può anche aver l'effetto di drenare risorse originariamente imputate alla cura di gruppi sottorappresentati e spesso numericamente maggioritari di pazienti le cui esigenze cliniche erano state considerate meritevoli di un trattamento prioritario<sup>82</sup>.

Dentro al diritto della circolazione e in ragione del diritto della circolazione si intravedono conflitti di difficile soluzione in merito ai quali le sedi tradizionali di composizione politica faticano per ora a predisporre soluzioni stabili. Nel frattempo, i sistemi di protezione e, con essi, il concetto di coesione sociale, di solidarietà e di appartenenza ad una comunità che ci hanno bene o male accompagnato nel corso del Novecento subiscono un processo di graduale ridefinizione.

### 3. Il diritto costituzionale tra trasformazione e volgarizzazione

Considerata dalla prospettiva delle libertà economiche e del mercato, l'affermazione che il relativismo sia la filosofia ufficiale della costituzione italiana<sup>83</sup> non può certo stupire. L'accostamento al tema del mercato, coerentemente con la natura compromissoria della costituzione, la sua vocazione all'integrazione sociale e alla composizione del conflitto secondo il metodo democratico, rifugge qualsivoglia concezione ideologica<sup>84</sup>, se non quella propria del pluralismo. Che il mercato sia *solo* un'istituzione produttrice di vantaggi, amplificatrice di libertà, generatrice di opportunità costituisce una falsa rappresentazione della realtà così come l'idea che il mercato sia *solo* un meccanismo foriero di sfruttamento e divoratore di relazioni sociali. Il disegno che traspare dalla costituzione è quello di tenere assieme concezioni tanto assolute quanto parziali nel tentativo, appunto, di relativizzarle. Le libertà economiche sono quindi riconosciute e garantite, ma al contempo se ne riconosce anche il potenziale desocializzante. Di qui la possibilità (anzi, il dovere) per le istituzioni politiche di intervenire in modo da garantire protezione sociale e prevenire i fallimenti del mercato.

Il costituzionalismo statale del secondo dopoguerra se ha l'indubbio pregio di stabilire condizioni a garanzia della coesione sociale, rivela altresì importanti deficit strutturali. Non solo problematiche e conflitti che fuoriescono dai confini statali faticano ad essere inquadrati e gestiti nella sola dimensione nazionale, ma la stessa modalità di esercizio della funzione di governo dell'economia spesso manifesta un'attitudine a far prevalere l'interesse dei poteri forti nazionali a discapito di interessi (nazionali e non) che nel circuito democratico finiscono altrettanto spesso per risultare sottorappresentati<sup>85</sup>. Di qui, la relativa facilità con cui si verificano fenomeni di cattura del regolatore. Questo accade ad esempio al momento di disciplinare i mercati, quando spesso gli interessi di imprese e lavoratori si coalizzano per garantire spazi per la nascita di nuovi campioni nazionali o politiche che tutelino le rendite di posizione di quelli, veri o presunti, già all'opera. Ma questo accade anche al momento di discutere regole ed istituti di protezione sociale. Come opportunamente notato<sup>86</sup>, se è vero che in diversi stati membri le istituzioni di welfare hanno dato corpo e senso all'ideale di coesione sociale che, in fin dei conti,

<sup>82</sup> C. Newdick, *Citizenship, Free Movement and Health Care*, cit., pp. 1650-1651.

<sup>83</sup> R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., p. 30.

<sup>84</sup> M. R. Ferrarese, *Diritto e mercato – Il caso degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 30 e ss.

<sup>85</sup> I deficit di rappresentanza del circuito democratico statale sono così identificati da M. Poiars Maduro, *Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?*, in J. H. H. Weiler, M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 83.

<sup>86</sup> G. Davies, *The Process and Side-Effects of Harmonisation*, cit., pp. 46-47.

costituisce la faccia migliore e più civilizzata del patriottismo, in un contesto di accentuata mobilità l'argomento della protezione sociale costituisce talvolta una formidabile copertura per strategie politiche di chiusura verso lo straniero che, in altre e non lontane epoche, avrebbero più apertamente attinto alla retorica dello sciovinismo e della xenofobia.

Il diritto costituzionale statale non pare contenere efficaci anticorpi contro simili disfunzioni. Certo, le scelte politiche nazionali non si sviluppano in un vuoto di limiti e di contrappesi. Ma il più delle volte limiti e contrappesi si rivelano indifferenti o, addirittura, congeniali alla medesima logica di chiusura. Il controllo di costituzionalità, per esempio, proprio perché sviluppato a partire da presupposti totalmente condivisibili circa il ruolo e la legittimazione del giudice costituzionale, non sembra sufficientemente attrezzato a contrastare efficacemente i fenomeni di cattura del regolatore. Le prime pronunce relative alla legislazione sulla pasta ne sono una eloquente testimonianza.

I deficit del diritto costituzionale statale configurano in un certo senso il presupposto da cui muove il diritto della circolazione. Non si tratta semplicemente di stabilire un mercato più ampio di quello nazionale, si tratta anche di tracciare strategie di regolamentazione dirette a limitare il potenziale di abuso latente nell'esercizio del potere statale. Come è stato efficacemente sottolineato<sup>87</sup>, nel diritto della circolazione il baricentro costituzionale si trasferisce dai fallimenti del mercato ai fallimenti della regolamentazione e della politica. A fianco del diritto costituzionale statale, infatti, si sviluppano sistemi sovranazionali o internazionali diretti a contrastare non tanto il metodo statale di governo del mercato in quanto tale, ma le sue degenerazioni. Come si è cercato di dimostrare, il diritto della circolazione ha innescato processi di limitazione del potere politico e di trasformazione del diritto costituzionale statale dei quali è difficile prevedere con certezza l'esito. Di certo, però, l'aura di sacralità che tradizionalmente circonda le costituzioni ed il costituzionalismo subisce un inevitabile ridimensionamento.

A complicare ulteriormente il quadro è il fatto che, almeno nel contesto dell'Unione Europea, la piena applicazione del diritto della circolazione è stata accompagnata dall'elaborazione di principi e dottrine che hanno fatto intravedere l'affermazione di un vero e proprio diritto materialmente e funzionalmente costituzionale<sup>88</sup>. Il fenomeno è ovviamente assai articolato e non può certo essere liquidato in poche battute. E' sufficiente qui sottolineare che alcuni degli strumenti propri del diritto costituzionale statale – le istituzioni parlamentari, il controllo di costituzionalità, il principio di proporzionalità, la tutela dei diritti fondamentali sono solo le manifestazioni più evidenti – sono stati mutuati e adattati al contesto ordinamentale comunitario. Ciò non fa di quest'ultimo un equivalente funzionale degli ordinamenti costituzionali statali. Al contrario, il necessario adattamento di questi istituti agli obiettivi e al contesto del diritto della circolazione rivela chiare deviazioni dai tratti propri del costituzionalismo statale. L'applicazione dei principi di diritto della circolazione, per esempio, valorizza fortemente la dimensione programmatico-prescrittiva del vincolo costituzionale che si manifesta da un lato in un'interpretazione piuttosto incisiva del principio di proporzionalità nei confronti della legislazione statale, dall'altro nella tendenza a presentare le strategie di regolamentazione poste dal diritto comunitario derivato come l'unico possibile esito dell'interpretazione del trattato. Si pensi, ad esempio, al Libro bianco sul mercato interno, un programma di interventi legislativi diretti a dare applicazione a principi *lato sensu* costituzionali contenuti nel trattato, che in apertura si qualifica in modo assai eloquente non come uno dei possibili programmi di regolamentazione del mercato ma, più radicalmente, come l'insieme delle «conseguenze

---

<sup>87</sup> N. Reich, *The Regulatory Crisis: American Approaches in the Light of European Experiences*, in *American Bar Foundation Research Journal*, 1983, 3, p. 693; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 15-23.

<sup>88</sup> R. Toniatti, *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione Europea*, in S. Gambino (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 516.

logiche ed essenziali dell'accettazione dell'impegno» ad attuare un mercato interno<sup>89</sup>. I principi di regolamentazione posti nel trattato presentano perciò una forte propensione conformante, rispetto alla quale gli spazi per la legislazione risultano in misura considerevole predeterminati e incanalati verso obiettivi prefissati e non aperti al dibattito politico se non in sede di revisione dei trattati. Difficile non scorgere dietro un simile assetto di norme e poteri l'ombra della "costituzione totale" e, di conseguenza, difficile non constatare una marcata differenza rispetto al ruolo svolto dai parametri costituzionali nel contesto statale, soprattutto qualora si condivida la proposta di Bin circa una loro funzione essenzialmente negativa<sup>90</sup>.

E' vero poi che la struttura originaria dei trattati ha subito nel tempo modifiche rilevanti e, in particolare, che l'originaria struttura intergovernativa è stata arricchita con istituzioni e procedure dirette a garantire l'integrazione dei popoli e non solo degli stati europei. Insomma, il diritto costituzionale dell'UE ha assunto significati più pregnanti in un processo di chiara convergenza con il costituzionalismo degli stati membri<sup>91</sup>. Assieme alle virtù, si sono ereditati anche i vizi, basti pensare alle somiglianze tra protezionismo europeo e patriottismo economico degli stati membri<sup>92</sup>. Al contempo, i profili funzionali e strutturali originari della costruzione comunitaria continuano a mantenere un peso innegabile. Se è vero che nel contesto del diritto comunitario gli individui hanno acquisito un autonomo status arricchito da forme di protezione dei diritti fondamentali, non si possono tuttavia trascurare le marcate differenze che continuano a persistere tra il concetto giuridico e le implicazioni della cittadinanza europea e quella degli stati membri. La cittadinanza statale evoca un grado di solidarietà tra cittadini che si concretizza in primo luogo in politiche fiscali e, quindi, redistributive rispetto alle quali il circuito della democrazia-rappresentativa è idoneo a suscitare partecipazione civica e a catalizzare gli inevitabili conflitti sociali. Poco (se non proprio nulla) di simile avviene nel contesto sovranazionale, dove l'imperativo della giustizia redistributiva all'interno di una comunità è surrogato nella migliore delle ipotesi da forme di assistenza tra popoli e comunità che comunque da questo punto di vista rimangono distinti<sup>93</sup>. Non devono quindi stupire le difficoltà incontrate nell'affermare un circuito di democrazia-rappresentativa a livello comunitario che sia idoneo a competere non solo sulla carta ma anche nei fatti con quelli nazionali e ad attirare l'attenzione e, financo, le passioni dei cittadini europei. Così come non deve stupire che, a maggior ragione dopo il naufragio del Trattato costituzionale, il diritto

---

<sup>89</sup> Commissione delle Comunità Europee, *Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo* (Milano, 28-29 giugno 1985) COM(85) 310, giugno 1985.

<sup>90</sup> R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., p. 42.

<sup>91</sup> Nell'ambito di un'analisi piuttosto ottimistica, vi è chi ha parlato in proposito di *democratic recalibration* dell'ordinamento dell'UE, cfr. D. Halberstam, *The Bride of Messina: Constitutionalism and Democracy in Europe*, in *European Law Review*, 2005, 30, 6, p. 775.

<sup>92</sup> Tale aspetto trova un'emblematica conferma se si confrontano le decisioni della Corte di giustizia e dell'Appellate Body del WTO aventi ad oggetto la legislazione comunitaria sull'uso degli ormoni nelle carni bovine. Mentre il giudice comunitario in *Fedesa* (Causa 331/88, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others* [1990] Racc. I-4023) non riscontrava alcuna violazione del principio di proporzionalità, l'Appellate Body, sulla base di uno scrutinio più stringente, accertava la violazione dei corrispondenti parametri stabiliti nell'accordo SPS (*EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Appellate Body Report, WT/DS48/AB/R, 16 Gennaio 1998).

<sup>93</sup> Si vedano sul punto le considerazioni svolte da P. Eleftheriadis, *The Idea of a European Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, 27, 1, pp. 18-20. Sul principio di solidarietà nel contesto comunitario si veda S. Giubboni, *Free movement of persons and European solidarity*, in *European Law Journal*, 2007, 13, 3, p. 360.

costituzionale dell'UE continui ad evolvere sulla scia di un *low-intensity constitutionalism*<sup>94</sup> dove prevalente è la matrice intergovernamentale.

Come si usa dire, l'insieme di questi fenomeni prefigura sviluppi inediti. Vorrei almeno in parte correggere una simile conclusione rilevando che, un po' come il diritto romano nell'alto medioevo<sup>95</sup>, il costituzionalismo novecentesco sembra andare incontro ad un processo di volgarizzazione. A fianco al diritto costituzionale ufficiale, cresce un alveo parallelo di "costituzionalismo volgare" dove categorie ed istituti del primo vengono rielaborati e deformati in relazione alle esigenze poste quotidianamente dalle dinamiche connesse all'integrazione economica. Al contempo, il costituzionalismo volgare influisce su nodi vitali del diritto costituzionale ufficiale promuovendone la trasformazione in direzione convergente rispetto ai propri obiettivi ispiratori. Tale trasformazione non sembra però alterare i tratti fondamentali del diritto costituzionale statale e, in particolare, il ruolo della costituzione e la sua propensione ad incorporare il conflitto sociale. La convergenza si manifesta piuttosto nella capacità di accogliere all'interno dei propri tessuti sollecitazioni provenienti dall'esterno e di ricondurle entro certi limiti alla propria logica originaria. Ancora una volta, l'ultima pronuncia della Corte costituzionale nel caso pasta, ma anche la ben nota giurisprudenza in tema di regolamentazione del sistema radiotelevisivo sono lì a testimoniare la misura in cui gli obiettivi dell'accesso al mercato e della tutela della concorrenza si prestano ad essere elaborati nei circuiti della legislazione e della giustizia costituzionale statale.

L'epoca della circolazione dei fattori di produzione si caratterizza quindi per l'interazione tra ordinamenti – quello dell'UE e quelli degli stati membri – che elaborano sensibilità costituzionali diverse e, talvolta, addirittura alternative. Probabilmente, nelle società contemporanee gli obiettivi perseguiti da entrambi gli ordinamenti godono di pari legittimazione, considerate le preoccupazioni che ragionevolmente si possono esprimere tanto per i fallimenti del mercato che per quelli della politica. All'interno di un quadro così articolato e privo di razionalizzazione, l'esistenza di tensioni e frizioni è un dato fisiologico. Per potervi far fronte, una certa dimestichezza con i modelli esplicativi inerenti a ciascun contesto ordinamentale sembra assai opportuna. Così come opportuno e saggio pare essere il richiamo di Roberto Bin ad un approccio analitico e interpretativo minimalista<sup>96</sup>, il solo che consenta di individuare caso per caso soluzioni operative caratterizzate da un equilibrato dosaggio degli ingredienti ufficiali e volgari del diritto costituzionale contemporaneo.

---

<sup>94</sup> Sul concetto di *low-intensity constitutionalism* si veda M. Poiares Maduro, *The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 3, 2-3, pp. 340-348.

<sup>95</sup> Sul fenomeno della volgarizzazione del diritto romano si veda P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 52 e ss.

<sup>96</sup> R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., p. 30, nota 71.