

RELAZIONI

La Costituzione economica.

Libertà d'impresa ed economia sociale di mercato

Mario Libertini

SOMMARIO: I. INTRODUZIONE. – 1. Definizione del tema: i principi generali della Costituzione formale riguardanti l'economia. – II. LA COSTITUZIONE ECONOMICA ITALIANA NELLA FASE STORICA DELLO STATO SOCIALE. – 2. Le basi culturali dell'art. 41 Cost.: l'economia mondiale come sistema di economie nazionali guidate da Stati dotati di sovranità monetaria e doganale e il ruolo fondamentale dell'intervento pubblico. – 3. Il modello del "protezionismo liberale". – 4. La prima stagione della giurisprudenza costituzionale sull'art. 41 Cost.: "deferenza" verso le scelte del legislatore ed interventi occasionali in controtendenza. – 5. Il dibattito dottrinale sull'art. 41 Cost. e i suoi limiti. – 6. La sottovalutazione dell'adesione alla Comunità Economica Europea. – III. LA COSTITUZIONE ECONOMICA ITALIANA NELLA FASE STORICA DELL'AFFERMAZIONE DELL'IDEOLOGIA LIBERISTICA. – 7. L'affermazione mondiale della "free market ideology" e la sua influenza sulla Costituzione economica europea. – 8. Un richiamo ai limiti teorici dell'ideologia del libero mercato, anche alla luce della crisi finanziaria del 2008 e degli eventi successivi. – 9. L'influenza dell'ideologia liberista nell'evoluzione recente del diritto italiano. – 10. La Costituzione economica europea dopo il Trattato di Lisbona. – IV. LA COSTRUZIONE ATTUALE DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA. ALCUNE PREMESSE DI METODO. – 11. Premessa generale. – 11.1. Necessità e centralità del ragionamento "per principi". Le ragioni del giuspositivismo critico. – 11.2. L'unitarietà dell'ordinamento nazionale e di quello europeo nel quadro del principio di sussidiarietà. – 11.3. La Costituzione economica come insieme di principi oggettivi di buon funzionamento del sistema economico. – 12. Principi generali e principi settoriali nella Costituzione economica. – V. LA COSTRUZIONE ATTUALE DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA. I PRINCIPI GENERALI. – 13. Il riconoscimento della libertà d'impresa nell'art. 16 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea come "garanzia d'istituto". – 14. L'impresa capitalistica come bene "strumentale" costituzionalmente protetto. – 15. Libertà d'impresa ed economia di mercato. – 16. La tutela della concorrenza effettiva fra imprese come componente essenziale della Costituzione economica. – 17. La "economia sociale di mercato altamente competitiva" come formula riassuntiva dei principi generali della Costituzione economica europea. – 18. Le critiche alla dottrina dell'economia sociale di mercato e le ragioni a sostegno della stessa. – 19. Alcune conclusioni sul tema dell'economia sociale di mercato.

I. INTRODUZIONE

1. Definizione del tema: i principi generali della Costituzione formale riguardanti l'economia

Il termine “Costituzione economica”, secondo un'autorevole ricostruzione¹, ha tre diversi significati:

- i) formula riassuntiva delle norme della Costituzione formale riguardanti l'economia;
- ii) insieme di istituti ritenuti fondamentali, anche a livello di opinione pubblica, per descrivere il funzionamento del sistema economico (Dicey);
- iii) insieme di norme di diritto effettivamente applicate, con riguardo ai fenomeni economici.

La nozione stessa è stata poi criticata – non a torto – perché intrinsecamente evocativa di uno statuto costituzionale dell'economia idealmente autonomo rispetto alla costituzione politica². Tuttavia, credo che l'uso linguistico corrente e la semplicità comunicativa consiglino di non abbandonarla, purché si precisi preliminarmente il significato che si attribuisce al termine.

Nel discorso che segue parleremo di “Costituzione economica” nella prima, e concettualmente più semplice, accezione.

Va subito detto, a scanso di equivoci, che questa scelta non esprime una valutazione di maggiore importanza di questo approccio rispetto agli altri. Anzi, può apparire, per tanti versi, di maggiore interesse un approccio “realistico”, volto a individuare e descrivere i meccanismi effettivi di funzionamento del sistema economico, la dislocazione reale dei poteri decisionali e le prassi effettivamente applicate.

L'attenzione rivolta alla costruzione, in via interpretativa, delle norme di principio della costituzione formale, attinenti all'economia, continua a giustificarsi, tuttavia, se e in quanto si continui a credere – pur contro tendenze culturali oggi forse prevalenti, favorevoli al decisionismo³ – alle ragioni del normativi-

¹ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2000. Per una ricca rassegna critica di altre dottrine (Beard, Kaiser, Renner, Mengoni, Irti) importanti in materia (che, per brevità, non vengono riprese nel testo), v. G. BIANCO, *Costituzione economica*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Aggiornamento ****, Torino, 2008, 259 ss.

² M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 373 ss.

³ Sulla crisi attuale del normativismo e della idea di politicità della giurisprudenza, una efficace sintesi è rappresentata da M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari-Roma, 2012. V. anche, su un piano più orientato verso la teoria generale, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

smo. Questo, a mio avviso rappresenta – nel suo nucleo essenziale – una concezione del diritto centrata sulla progettazione del futuro di una determinata società e sull'esigenza che qualsiasi espressione concreta di poteri decisionali sia inquadrata in una regola preesistente, che il decisore ha il dovere di rispettare. Una concezione che segnala l'inevitabile politicità della giurisprudenza (in quanto la politica stessa implica una dimensione necessaria di "progettazione del futuro") e la responsabilità che, in tale prospettiva, assume la cultura dei giuristi (la "giurisprudenza" in senso lato).

Ciò premesso, si deve subito aggiungere che il riferimento alle norme della Costituzione formale sarà fatto con due precisazioni:

– nel testo che segue parleremo costantemente di "principi" costituzionali, anziché di "norme" riguardanti la materia economica⁴, intendendo comunque riferirci a norme di rango superiore, fondate su giudizi di valore e condizionanti la legittimità di quelle di rango inferiore⁵ (il punto sarà ripreso *infra*, § 11.1);

– parlando di principi costituzionali in materia economica ci si può riferire all'intera serie di principi, anche settoriali (p.e., dalla previdenza sociale alla proprietà intellettuale), rendendo in tal modo amplissimo il contenuto del termine "Costituzione economica", ma si può anche cercare di individuare alcuni principi che costituiscono una sorta di "parte generale" della materia, e che sono a loro volta in grado di combinarsi con l'interpretazione dei principi settoriali e di condizionarne il contenuto.

Qui si cercherà di riflettere sulla Costituzione economica soprattutto in quest'ultima accezione (v. sul punto anche *infra*, § 12). È intuitivo però che, nel concentrarsi sulla parte generale della Costituzione economica, diviene parte integrante del ragionamento la riflessione sul modello ideale complessivo di sistema economico, che costituisce punto di riferimento delle norme costituzionali.

In questa prospettiva, la prima accezione di Costituzione economica ricavabile

L'alternativa radicale fra normativismo e realismo, nella cultura giuridica contemporanea, dovrebbe essere considerata luogo comune (v., p.e., A.G. CONTE, *Normativismo*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 338-9).

Si può aggiungere che, nella lunga stagione di egemonia – nell'Europa continentale e quanto meno in Italia – della concezione normativistica del diritto, le ragioni ideologiche di tale concezione sono rimaste inesprese, dal momento che l'identificazione di diritto e norma era presentata come dato ontologico e scontato. Le dottrine sulla norma giuridica sono state dunque rivolte al profilo teorico-generale, con risultati molto raffinati e pregevoli (in Italia, basti ricordare i contributi di Bobbio e di Carcaterra). L'attenzione ai giudizi di valore sottostanti si è dunque manifestata solo nella discussione e nella difesa di quella particolare versione del normativismo che è rappresentata dal positivismo giuridico (sul punto si tornerà *infra*, § 11).

⁴Nello stesso senso, p.e., A. PIZZORUSSO, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in *Scritti in ricordo di D. Serrani*, Milano, 1984, 6.

⁵Per la discussione sul tema mi permetto di rinviare a M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 s

dalla tripartizione di Cassese, che è un'accezione di stretto diritto positivo, entra in necessaria combinazione con la seconda (che è in certo senso la più importante, ancorché la più vaga); nella definizione di Cassese, da cui abbiamo preso le mosse, lo è anche per il riferimento al termine "istituti", che è di per sé vago (in particolare: può essere inteso in senso "ontologico", secondo l'originaria concezione pandettistica, o in senso "idealtipico" weberiano; qui verrà inteso nel secondo senso). Inoltre, il riferimento originario di Dicey alla *legislative public opinion* richiama un altro ambiguo concetto, che è quello di "costituzione materiale", intesa come quell'insieme di valori e principi condivisi che costituiscono fondamento "a priori" delle norme costituzionali formali e ne orientano la comprensione e l'interpretazione.

Tuttavia credo che la combinazione dei significati (i) e (ii) dell'elencazione iniziale sia giustificata: le norme della Costituzione (come qualsiasi altra norma giuridica) acquistano significato solo nel processo interpretativo ed applicativo, che a sua volta è permeato di giudizi di valore; e diventano "diritto vivente" se e in quanto riescano a radicarsi nel senso comune.

In questo senso storia generale delle idee, storia delle dottrine giuridiche e diritto vivente sono necessariamente intrecciati fra loro, e di ciò si dovrà tenere conto nell'esposizione che segue, sia con riferimento al passato, sia con riferimento al presente.

II. LA COSTITUZIONE ECONOMICA ITALIANA NELLA FASE STORICA DELLO STATO SOCIALE

2. Le basi culturali dell'art. 41 Cost.: l'economia mondiale come sistema di economie nazionali guidate da Stati dotati di sovranità monetaria e doganale e il ruolo fondamentale dell'intervento pubblico

È diffusa l'opinione secondo cui valori e principi condivisi – nel senso sopra accennato – non esistessero, per quanto riguarda le scelte in materia economica della Costituzione italiana, in quanto c'era, nell'assemblea costituente, una radicale contrapposizione ideologica.

Credo che questa diffusa convinzione, pur richiamando correttamente l'esistenza di nette contrapposizioni ideologiche che caratterizzavano l'assemblea costituente italiana e tutta la politica del tempo, non sia completamente vera.

Infatti, nell'interpretazione e applicazione dei testi normativi vi sono spesso "visioni del mondo" (e "tipi ideali"), radicati nel senso comune, che informano, più o meno consapevolmente, l'approccio del giurista ai testi medesimi (p.e. una certa concezione di "famiglia" o di "arte", ecc.).

Per quanto riguarda la Costituzione economica italiana, credo che si debba riconoscere che fra i costituenti vi fosse comunque un retroterra culturale comune, costituito da quel modello di organizzazione dell'economia che si era formato in Europa, da diverso tempo, insieme con la formazione degli stati nazionali. Questo modello, che ha le sue radici nelle politiche mercantilistiche degli stati sovrani iniziate nei secoli XVI-XVII, si fondava certamente sulla proprietà privata delle risorse produttive e sulla legittimazione dell'impresa capitalistica, ma contemporaneamente concepiva l'economia mondiale come una grande competizione fra "economie nazionali". In ciascuna di queste lo Stato si faceva garante dello sviluppo economico complessivo e, a tal fine, si autoattribuiva un potere generale di direzione del processo economico, e quindi il compito di regolare "l'ordinato sviluppo del mercato", di proteggere le imprese nazionali con dazi e dogane (oltre che con sovvenzioni), di istituire monopoli privati e imprese pubbliche, ecc.; in questa prospettiva il commercio internazionale era concepito come una *chance* e una risorsa, da agevolare sì, ma fino al punto in cui non divenisse distruttivo per l'economia nazionale.

Questo tipo ideale di sistema economico aveva rappresentato, a suo tempo, una "rivoluzione copernicana", perché sostituiva l'ideale dello sviluppo a quello dell'ordine naturale (statico) delle cose, che aveva dominato il mondo antico e medievale⁶. Lo *Statute of monopolies* inglese del 1624 simboleggia questo passaggio: le corporazioni d'arti e mestieri sono disciplinate come monopoli collettivi "ad esaurimento", mentre lo Stato crea nuove compagnie concessionarie dello sfruttamento delle colonie, garantisce brevetti e poi *copyright* (1710)⁷, in tal modo promuovendo e incentivando la costituzione di imprese capitalistiche e l'innovazione produttiva.

Successivamente, la Rivoluzione francese distrugge il sistema feudale e quello corporativo, che erano già in crisi, ma gli Stati europei del XIX secolo – pur riconoscendo la libertà di commercio come principio generale del sistema – non abbandonano la loro funzione di guida delle "economie nazionali". Per di più, nella seconda metà del XIX secolo, in Europa, si guarda con favore anche a quelle forme di programmazione privata dei processi economici che sono i moderni "cartelli" (visti come strumenti positivi di stabilizzazione, i.e. di contenimento degli effetti socialmente negativi dei cicli economici)⁸.

Una *vulgata*, divenuta luogo comune nella seconda metà del XX secolo, ha rappresentato la storia economica dell'Ottocento come un periodo di trionfo del

⁶ Rinvio, anche per riferimenti bibliografici, a M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, 2010, 200 ss.

⁷ Cfr. U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Bari, 2010.

⁸ V., fondamentalmente, D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 2001; per una sintesi aggiornata v. anche il mio scritto *supra*, cit. (nt. 2).

laissez faire, a cui ha fatto seguito la progressiva affermazione dello Stato sociale interventista⁹. Questa rappresentazione è solo parzialmente vera. Lo è, tendenzialmente, sul piano della storia delle idee, ma lo è molto meno sul piano della storia istituzionale. In realtà, storicamente il liberismo puro è rimasto sempre un'ideologia minoritaria, se si guarda alle politiche effettivamente applicate, mentre è stato spesso egemone, come proposizione di un modello ideale, in certi momenti storici e a certi livelli accademici.

A ciò si aggiunga che l'ordine economico mondiale, nel tempo in cui si scriveva la Costituzione italiana, era quello che scaturiva dagli accordi di Bretton Woods, certamente aperto alla libertà dei mercati, ma anche fondato sull'idea di un sistema mondiale di economie nazionali, ciascuna delle quali guidata da uno Stato dotato di sovranità monetaria e doganale, e quindi in grado di reagire alle crisi economiche anche con interventi di protezione delle imprese nazionali¹⁰.

3. Il modello del “protezionismo liberale”

Quel tipo ideale della “economia nazionale”, che si è cercato prima di descrivere, aveva dominato la cultura dell'Italia postrisorgimentale e fascista e condizionava (più o meno consapevolmente) le stesse contrapposizioni ideologiche, che erano presenti nell'assemblea costituente. A sinistra la lotta sindacale era vista come tentativo di riappropriazione di un *surplus* usurpato dall'imprenditore (era dato per implicito che l'appropriazione di questo *surplus* fosse in qualche modo a lui garantito dallo Stato e dalle leggi e che il rischio di mercato fosse remoto). Le stesse politiche *grosso modo* keynesiane, che caratterizzarono la costruzione di uno “stato sociale” italiano avevano senso – in Italia, come altrove – soprattutto all'interno di economie nazionali tendenzialmente protette, ove ogni incremento di capacità di spesa per le famiglie si traduceva, quasi sempre, in incremento di domanda per le imprese nazionali, con effetti benefici sull'intero sistema produttivo, ove in questo vi fossero state risorse inutilizzate.

La costituzione materiale dell'economia italiana (ma anche quella degli altri Stati nazionali contemporanei, per la verità), negli anni in cui si fece la Costituzione, era quella che è stata chiamata del “protezionismo liberale”¹¹. Le imprese

⁹ Su questo paradigma è costruita, p.e., la trattazione di M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, III, Padova, 1979, 337 ss.; nella stessa linea v. anche V. OTTAVIANO, *Il governo dell'economia: i principi giuridici*, nello stesso *Trattato*, I, Padova, 1977, 185 ss.

¹⁰ Cfr. M. LIBERTINI, ID., *Relazione generale. Concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, in *Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, a cura di P. Montalenti, Milano, 2016, 1 ss.

¹¹ G. AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972.

private stavano al centro del sistema economico, ma era scontato che accettassero un certo livello di guida e di protezione da parte dello Stato. Agli enti pubblici territoriali era riconosciuto un ampio potere generale di regolazione dell'economia (p.e. nell'autorizzare l'apertura di nuovi esercizi commerciali o di nuovi stabilimenti industriali).

La Carta del Lavoro fascista aveva accentuato questa visione dell'economia, perfettamente recepita nelle norme del codice civile del 1942 (si rileggano, in particolare, l'art. 2595 e gli artt. 2602 ss., soprattutto nella versione originaria)¹².

4. La prima stagione della giurisprudenza costituzionale sull'art. 41 Cost.: "deferenza" verso le scelte del legislatore ed interventi occasionali in controtendenza

La Costituzione economica formale del 1948 non si distaccava molto da quel tipo ideale.

Una distorta vulgata ha letto in passato la Costituzione economica italiana come una sorta di programma di transizione al socialismo¹³, o comunque come espressione di un programma politico di superamento di un'economia capitalista/liberistica precedente in un quadro di "economia mista", fondata sul primato della tutela degli interessi dei lavoratori. In realtà, l'Italia non aveva mai avuto una Costituzione economica liberistica (né in senso formale, né in senso materiale) e gli elementi di continuità fra Costituzione del 1948 e Carta del Lavoro sono notevoli (riconoscimento di principio dell'impresa privata, ruolo dirigitivo dello Stato, libertà di iniziativa economica pubblica, riconoscimento dell'organizzazione sindacale, ma con un ruolo limitato: v., per quanto poi inapplicati, gli artt. 39 e 40 Cost.)¹⁴.

Nella storia delle interpretazioni della Costituzione economica italiana può porsi come punto di svolta il 1990 (è l'anno in cui viene approvata la legge anti-trust nazionale; nello stesso tempo si avvia il processo di liberalizzazione di diversi mercati in precedenza soggetti a regolazione e a monopoli pubblici).

In tutta la prima fase storica (quella che si colloca dagli inizi al 1990 circa) la giurisprudenza costituzionale in materia asseconda la visione tradizionale del sistema economico, legittimando senza riserve le vecchie norme del "protezionismo liberale" (monopoli fiscali, regimi di autorizzazione discrezionale, limiti

¹² V. *amplius* M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza in Italia dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, 2015, 365 ss.

¹³ V., in particolare, C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977. Sul punto si tornerà *infra*, § 5.

¹⁴ G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana*, Milano, 1995.

all'offerta [come gli orari di apertura e chiusura dei negozi])¹⁵. La concorrenza effettiva, cioè l'esistenza di un mercato effettivamente concorrenziale, sono considerati estranei alla tutela costituzionale.

Un caso limite è costituito dalla sentenza di Corte cost. n. 223/1982: in questa sentenza, a fronte di un'ordinanza di rimessione che muoveva da un'interpretazione dell'art. 2596 c.c. come norma pienamente legittimante la conclusione di accordi di cartello fra imprese, e per ciò stesso ne sosteneva l'incompatibilità con i principi di libertà d'impresa, la Corte conferma quella interpretazione (i.e. l'idea che il codice civile legittimasse pienamente gli accordi di cartello), ma si dichiara altresì priva di poteri di intervento, perché la tutela della concorrenza non è vista come un principio di rango costituzionale; e ciò ad un quarto di secolo dall'entrata in vigore, nel nostro ordinamento, delle norme sulla concorrenza dei trattati europei; e pur essendo ben possibile un'interpretazione evolutiva di quella disposizione del codice civile¹⁶, che avrebbe giustificato una sentenza interpretativa di rigetto.

Nella storia delle interpretazioni dell'art. 41 Cost. da parte della Corte costituzionale si possono però ricordare tre importanti episodi in controtendenza: il divieto di imponibili di mano d'opera¹⁷, la liberalizzazione dell'attività televisiva¹⁸ e l'abrogazione del divieto di brevettazione dei farmaci¹⁹.

Si è trattato di interventi di portata sostanziale, che hanno inciso non marginalmente sulle regole generali di funzionamento dei mercati in generale (divieto di imponibili di mano d'opera) o hanno modificato strutturalmente alcuni mercati settoriali importanti (televisione, produzione farmaceutica).

Non si può tacere tuttavia l'impressione che si sia trattato di fenomeni episodici (se pur di grande peso), in un contesto generale diverso, in cui le misure di regolazione dei mercati (e l'esistenza di monopoli, come quelli fiscali) erano normalmente considerate dalla Corte come legittima espressione di discrezionalità legislativa. E tuttavia, mediante un'argomentazione molto semplice (combinato disposto di art. 3 e art. 41: eguaglianza e libertà d'impresa²⁰) la Corte in-

¹⁵ Per una rassegna critica, in un quadro di maggior tutela della concorrenza nei mercati (in controtendenza, rispetto alle opinioni prevalenti a quel tempo), v. M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, III, Padova, 1979, 469 ss.

¹⁶ Sostenuta, per esempio, da M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, II, Catania, 1979 (rist. Napoli, 2016).

¹⁷ Corte cost., 16 dicembre 1958, n. 78.

¹⁸ Corte cost., 10 luglio 1974, n. 226; Corte cost., 28 luglio 1976, n. 202.

¹⁹ Corte cost., 20 marzo 1978, n. 20.

²⁰ In realtà, la sentenza n. 20/1978 utilizza anche un altro, significativo argomento: l'utilità sociale dell'istituto del brevetto per invenzione, in quanto efficace incentivo alla ricerca industriale. Da qui – nel ragionamento della Corte – l'irragionevolezza della scelta normativa di privare il settore farmaceutico di questo importante strumento.

troddusse nell'ordinamento italiano il brevetto farmaceutico, dando alle imprese italiane una *chance* di conquista di vantaggi competitivi nei mercati internazionali (*chance* poi non adeguatamente sfruttata; ma questo è un altro discorso).

In sintesi può dunque dirsi che, se la Corte costituzionale, nel primo periodo di applicazione dell'art. 41, non ha ostacolato il sopravvivere del vecchio dirigismo, ciò non è avvenuto perché la norma costituzionale ponesse ostacoli oggettivi e insuperabili alla liberalizzazione dei mercati e allo sviluppo di un'efficiente economia di mercato in Italia (come qualcuno ha affermato nel superficiale dibattito di qualche anno fa sulla pretesa necessità di riforma dell'art. 41 Cost.). Gli episodi in controtendenza, sopra ricordati, provano che su questa norma si sarebbe potuto costruire anche un percorso ben diverso. E del resto – anticipando quanto si dovrà meglio segnalare fra breve – la Corte, sempre applicando l'art. 41, non ha certo posto ostacoli, nei decenni successivi, alle diverse politiche di liberalizzazione avviate dal legislatore italiano, spesso – ma non sempre – sulla base di direttive europee.

Se dunque l'art. 41 è stato utilizzato per decenni – fatti salvi i pochi interventi in controtendenza, sopra ricordati – per legittimare i più svariati interventi regolatori del legislatore in maniera economica, ciò è dovuto non a caratteri oggettivi della norma, ma alle lenti culturali con cui la stessa è stata letta, e che erano quelle dei “sistemi di economia nazionale”, guidati dallo Stato, di cui si è detto sopra.

5. Il dibattito dottrinale sull'art. 41 Cost. e i suoi limiti

Questo tipo di lettura non è stato esplicitamente sostenuto, ma neanche ostacolato, dal pur ricco dibattito dottrinale svoltosi intorno all'art. 41 nella prima fase di vigenza del testo costituzionale.

Il dibattito dottrinale sull'art. 41, nella lunga fase che precedette la svolta “liberistica” del 1990, non riuscì a costruire un tipo ideale alternativo a quello dell'economia nazionale “protetta” dallo Stato.

Nella realtà, i processi storici di quegli anni portavano a costruire (in Italia come altrove, e in ogni Stato con peculiarità nazionali) un modello di società e

A distanza di tanti anni, c'è oggi chi afferma che quella decisione della Corte ha segnato l'inizio del declino dell'industria farmaceutica italiana (M. BOLDRIN, D.K. LEVINE, *Abolire la proprietà intellettuale*, Bari-Roma, 2012). Ciò è storicamente vero, ma una corretta analisi della materia porta a dire che, prima dell'introduzione del brevetto, l'industria farmaceutica italiana godeva di uno strumento, quale la libertà di imitazione di prodotti altrui, che le dava un vantaggio competitivo, almeno a livello di mercato interno. L'introduzione del brevetto costituiva invece un incentivo alla ricerca di prodotti nuovi ed una *chance* di conquista di mercati internazionali. Che poi l'industria italiana non sia stata in grado di sfruttare questa *chance* è un altro discorso (ma il declino dell'industria farmaceutica non è purtroppo isolato, nella storia dell'industria italiana negli ultimi decenni).

di economia che è stato chiamato “Stato sociale” e che si caratterizza come sistema capitalistico con forte presenza di intervento statale, in funzione sociale e di sostegno allo sviluppo. Questo modello si è storicamente costruito come risposta del mondo occidentale alla sfida del modello comunista. Questo modello ha avuto anche un innegabile successo storico, ma non è riuscito a creare attorno a sé una forte ideologia positiva di sostegno.

Non è stata tale quella socialdemocratica, condizionata dall’origine storica, che ne faceva una strategia di transizione, per via non rivoluzionaria, al socialismo reale; tanto meno lo sono stati i diversi tentativi di costruzione di teorie liberalsocialiste (che, in Italia, ebbe il suo tentativo più impegnato con Carlo Rosselli, negli anni Trenta), caratterizzate dalla combinazione tra i valori politici del liberalismo e i valori della sinistra europea (in primo luogo l’eguaglianza), ma prive di originali e precise prese di posizione sul piano della Costituzione economica²¹.

La proposta ideologica più forte, a sostegno dello Stato sociale, è stata in realtà quella dell’Economia Sociale di Mercato, di origine tedesca – su cui dovremo ampiamente tornare – che in Italia è stata pressoché totalmente ignorata (almeno in quella fase storica)²², anche se in buona misura era presente nel pensiero di un padre fondatore della Repubblica come Luigi Einaudi²³.

La storia delle interpretazioni dottrinali dell’art. 41 non ha certo contribuito a costruire un modello razionale di “stato sociale di diritto” e di Costituzione economica. Quella storia è anzi – a mio avviso – la prova di un limite culturale. La Costituzione economica è stata pensata secondo una doppia (e fuorviante) chiave di lettura:

²¹ In Rosselli il modello di economia era caratterizzato da una forte presenza statale e dal sostegno a cartelli e sindacati. Più in generale, almeno in Italia, ha sempre pesato sul liberalismo di sinistra l’idea di Croce, secondo cui il liberalismo poteva combinarsi con i sistemi economici più diversi e non aveva in sé, come componente essenziale, la libertà economica. La celebre discussione sul punto è stata di recente rievocata da N. IRTI, *Dialogo sul liberalismo. Tra Benedetto Croce e Luigi Einaudi*, Bologna, 2012.

²² C. ROTONDI, *Economia sociale di mercato: la “via italiana” fra liberalismo, liberismo e Stato sociale*, in *Economia come scienza sociale. Teoria, istituzioni, storia – Studi in onore di Alberto Quadrio Curzio*, Bologna, 2012, 113 ss.

È stato però anche detto (A. MAGLIULO, *La costituzione economica dell’Italia nella nuova Europa. Un’interpretazione storica*, in *Studi e note di economica*, 1999, 161 ss.), che la Costituzione economica italiana – pur non direttamente influenzata dalle teorie ordoliberali tedesche – ha disegnato un particolare modello di economia sociale di mercato. Affermazione non del tutto condivisibile, in quanto la volontà del costituente storico era più incline a legittimare il dirigismo statale e l’impresa pubblica di quanto non possa tradizionalmente vedersi nella dottrina dell’ESM.

²³ Il quale, però, non si professò mai seguace della teoria, in quanto considerò la stessa come normale espressione della dottrina generale dell’economia di mercato, ed arrivò a considerare l’aggettivo “sociale”, compreso nella formula dell’ESM, come un “riempitivo” (cfr. L. EINAUDI, *Prediche inutili*, Torino, 1959).

i) da un lato la contrapposizione tra “liberismo” e “socialismo”, che portava tendenzialmente a legittimare come “socialmente utile” qualsiasi intervento, diretto o indiretto, dello Stato nel funzionamento dei mercati, visto, almeno presuntivamente, in chiave di superamento del *laissez faire* in funzione di finalità sociali;

ii) dall'altro la riflessione sulla libertà economica nei termini classici dei diritti individuali (fino a concepirla, talora, come una semplice declinazione della “libertà di lavoro”); ciò che portava a concepire la libertà economica come una sorta di entità omogenea (assimilando scelte imprenditoriali, di investimento e di consumo) e portava, soprattutto, ad un risultato di protezione formalmente forte (riserva di legge riconosciuta in termini più ampi di quanto emerga dal testo dell'art. 41²⁴; rifiuto dell'idea di “funzionalizzazione” dell'impresa privata²⁵, ecc.), ma sostanzialmente debole (la “libertà economica” era vista come meritevole di una protezione più debole di quella spettante agli altri diritti fondamentali).

Il risultato interpretativo, in termini di diritto vivente, è stato insoddisfacente: da un lato la libertà economica è stata pensata come un diritto individuale, soggetto a riserva di legge, e questo risultato interpretativo è stato esteso anche al comma 2 dell'art. 41 (ove manca, in verità, un riferimento testuale alla riserva di legge), ponendo ostacoli alla possibilità di individuare limiti generali di diritto privato all'esercizio dell'attività d'impresa (si pensi all'annoso dibattito sui limiti all'applicazione del rimedio inibitorio e dei rimedi specifici in genere, nel quadro della reazione agli illeciti extracontrattuali delle imprese²⁶); dall'altro si

²⁴ Nel testo dell'art. 41 si nota che, nel comma 2, sono posti alcuni limiti incondizionati – senza alcuna menzione di riserva di legge – alla libertà economica (culminanti nel divieto di compiere atti contrari all'utilità sociale); nel comma 3, invece, riferito ai programmi e controlli statali sull'attività economica, la riserva di legge è espressamente menzionata. Da qui la possibilità di una interpretazione (accolta da M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale* [1977], rist., Napoli, 2016, 121 ss.) secondo cui i limiti del comma 2 operano direttamente come limiti alla libertà d'impresa, consentendo l'integrazione delle clausole generali di diritto privato (*neminem laedere*, divieto di atti contrari alla correttezza professionale) mediante il richiamo a valori costituzionali sovraordinati rispetto alla libertà economica e quindi l'attivazione di rimedi giudiziari privatistici (inibitori e risarcitori) contro atti di tal genere.

La dottrina prevalente era però diffidente verso un così ampio riconoscimento di discrezionalità giudiziaria e preferiva una interpretazione garantistica, che estendeva la riserva di legge a tutto il campo di applicazione dell'art. 41, mediante una lettura sistematicamente unitaria dei commi 2 e 3. In tal senso v., per tutti, V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, III, Padova, 1979, 458 ss. (in espresso dissenso rispetto alla tesi sopra ricordata, sostenuta da chi scrive).

²⁵ Così nel celebre scritto di G. MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione” dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618 ss.

²⁶ V., p.e., A. D'ADDA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva*, in *Nuova giurispr. civ. commentata*, 1999, II, 59 ss.

è cercato, con vari processi interpretativi, di ridurre la portata della situazione soggettiva protetta (quando non si è ridotta la tutela dell'iniziativa economica a semplice "garanzia d'istituto", si è affermato che la situazione costituzionalmente protetta era solo l'"iniziativa", come investimento iniziale, e non anche lo svolgimento dell'attività economica).

Questo processo interpretativo ha raggiunto il proprio acme con l'egemonia marxista degli anni '70. In quel periodo la dottrina di ispirazione liberale riuscì a tenere fermo il confine ideale della differenza fra il campo del pubblico e quello del privato e continuò a rifiutare l'idea di una possibile funzionalizzazione dell'impresa privata²⁷, ma altra parte della dottrina arrivò – come già ricordato – a leggere la Costituzione economica formale del 1948 come un progetto di transizione al socialismo reale²⁸. Contemporaneamente si moltiplicavano gli sforzi interpretativi per ridurre l'ambito della situazione soggettiva costituzionalmente tutelata²⁹. Più in generale, si affermava una lettura molto ideologizzata, della Costituzione italiana come programma di rottura del vecchio modello di Stato borghese-liberale e di affermazione di un modello vagamente socialista (il tema della "eguaglianza sostanziale" dell'art. 3 Cost. costituiva la chiave di volta di tutte le costruzioni dogmatiche in materia).

Ciò che colpisce, di quel dibattito dottrinale, è la mancanza di alcuni temi (che avrebbero dovuto essere) centrali ai fini della costruzione di un modello razionale di Costituzione economica:

a) manca (quasi) totalmente nel dibattito – se ci si astrae dalle dichiarazioni "di bandiera" contro la "funzionalizzazione" – il ruolo dell'impresa, intesa come formazione sociale stabile, vocata al profitto: l'impresa è vista nel prisma riduttivo della libertà economica individuale e come una semplice manifestazione (fra le tante) di tale libertà³⁰ e il profilo dell'efficienza imprenditoriale è

²⁷ Cfr. V. OTTAVIANO (nt. 6), 205 ss.

²⁸ V. soprattutto il già ricordato libro di C. LAVAGNA (nt. 6). Una critica netta di questa tesi può leggersi in M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, III, Padova, 1979, 472-3 (nt. 8).

Un quadro generale delle dottrine di diritto dell'economia dell'epoca è in M. RICOLFI, *L'impresa e il mercato*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 199 ss.

²⁹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983. E v., più di recente. G. DI GASPARE, *Lavoro ed economica di mercato nella Costituzione della Repubblica*, in ASTRID – *La Costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli e T. Treu, Bologna, 2010, 57 ss., che pone al di fuori della protezione costituzionale dell'iniziativa economica le attività "monopolistiche" e "speculative".

³⁰ Questa sottovalutazione del ruolo storico dell'impresa era ben avvertita da V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato* (nt. 21), 443-4, 454-5. Ma anche in una riflessione colta e fine, come

(implicitamente) considerato costituzionalmente irrilevante;

b) manca (quasi) totalmente nel dibattito il ruolo del mercato concorrenziale; la stessa libertà (soggettiva) di concorrenza è vista come espressione di una regola generale presente nel sistema ma avente carattere solo residuale, piuttosto che di una norma di principio; la concorrenza effettiva, come modalità di funzionamento del mercato, è considerata come costituzionalmente irrilevante;

c) manca (quasi) totalmente nel dibattito un tentativo di approfondimento dei possibili diversi ruoli che lo Stato può svolgere in un'economia a base capitalistica (ruoli che possono essere positivi o negativi; questo punto diventerà cruciale nella dottrina dell'Economia Sociale di Mercato, su cui torneremo alla fine di questo scritto); il ruolo dello Stato è visto linearmente come momento di realizzazione di un "governo democratico dell'economia" e la legislazione economica è interpretata in chiave di "transizione al socialismo"³¹.

6. La sottovalutazione dell'adesione alla Comunità Economica Europea

Il passaggio a quella che abbiamo chiamato la seconda fase (post 1990) della Costituzione economica italiana è avvenuto in ragione di uno "*schock esogeno*", quale è stato la conseguita egemonia mondiale del liberismo economico in quel periodo storico; fenomeno mediato, nella realtà italiana, dall'integrazione del nostro ordinamento in quello europeo.

Per tutta una prima fase storica (quella sommariamente descritta *supra*, nei §§ 5 e 6), l'adesione dell'Italia alla CEE non era stata avvertita, né dalla giurisprudenza italiana (ordinaria e costituzionale), né dalla dottrina, come un fatto idoneo ad incidere sulla Costituzione economica nazionale.

Eppure i principi del diritto europeo presentavano differenze significative, rispetto al modello di "economia nazionale" di tipo dirigistico, che stava al fondo delle idee dei nostri costituenti.

L'influenza ordoliberal, pur non permeando di sé *in toto* i Trattati europei,

quella dell'a. citato, l'approccio al tema rimane molto riduttivo: nell'interpretazione dell'art. 42 la prospettiva della libertà individuale è ritenuta ancora valida per la piccola e media impresa (il che comporta un travisamento del sistema di vincoli di mercato che qualsiasi impresa in attività deve pur subire, nonché del ruolo ineliminabile della gerarchia nell'organizzazione di qualsiasi impresa); mentre per la grande impresa si cerca una giustificazione costituzionale, che non viene trovata in modo chiaro (la giustificazione starebbe nel contributo che l'impresa, anche grande, darebbe al "pluralismo", mentre non si considera il contributo che la grande impresa normalmente dà allo sviluppo economico complessivo e alla efficienza dinamica dei mercati).

³¹ In quel contesto un ruolo centrale ebbero le posizioni di Franco Galgano. V., in particolare, AA.VV., *Il governo democratico dell'economia*, Bari, 1976; e la rivista "*Problemi della transizione*", da lui diretta.

aveva comunque introdotto in essi il principio per cui l'esistenza di mercati competitivi fosse da considerare condizione essenziale del benessere economico collettivo. Da qui il tipo ideale di un sistema economico che protegge l'esistenza di mercati competitivi e non le imprese private in quanto tali. Da qui anche l'obiettivo centrale della costruzione di un mercato unico europeo (controlli sugli aiuti, ecc.: eliminazione del protezionismo nazionale).

Con i Trattati europei si passava – e non era una differenza di poco conto – da un sistema di competizione fra economie nazionali alla costruzione di un mercato unico fondato sulla competizione fra imprese. L'idea di un protezionismo europeo comune non era estranea alle idee ispiratrici originarie, ma certamente non è mai stata fra le idee portanti dei Trattati, rimanendo limitata alle misure *antidumping*³² e all'idea della costruzione di una politica industriale europea di interesse comune.

Accanto a ciò, la versione originale dei Trattati lasciava agli Stati membri, ritenuti i soli “democraticamente legittimati”, ampi spazi di intervento per l'attuazione di politiche sociali (in tal senso era la lettura originaria dell'allora art. 90 del Trattato [ora art. 106 TFUE]). Tanto meno si concepiva, per lungo tempo, l'idea che le norme europee potessero acquisire un valore costituzionale o anche solo potessero fungere da criteri di attribuzione di contenuto a clausole generali presenti nell'ordinamento nazionale³³.

III. LA COSTITUZIONE ECONOMICA ITALIANA NELLA FASE STORICA DELL'AFFERMAZIONE DELL'IDEOLOGIA LIBERISTICA

7. L'affermazione mondiale della “*free market ideology*” e la sua influenza sulla Costituzione economica europea

Negli anni '90 si determina una svolta, nel diritto europeo, destinata a riflettersi anche sulla Costituzione economica nazionale.

Per comprendere la portata storica di questo fenomeno, si deve ricordare che in quel contesto maturava, a livello mondiale, una generale svolta liberistica. Questa era stata preparata, nei vent'anni precedenti, sul piano delle idee, dalle

³² V., per le norme in vigore, il Reg. CE/1225/2009 del 30 novembre 2009.

³³ Non mancavano però proposte dottrinali in controtendenza. Può essere ricordato, nel campo della disciplina dei rapporti economici, C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, che proponeva una lettura fortemente evolutiva della disciplina della concorrenza sleale, dando alla clausole generale della “correttezza professionale” (art. 2598 c.c.) un significato in larga parte tratto dalle norme di diritto comunitario della concorrenza.

numerose critiche allo Stato sociale, di cui si denunciavano la crescente crisi finanziaria e il peso eccessivo degli apparati politici e burocratici³⁴; e, sul piano delle politiche concrete, dal successo dei programmi liberisti di M. Thatcher e di R. Reagan.

Forse non si è riflettuto abbastanza sul fatto che il successo dei programmi politici liberisti è stato agevolato dal fatto che i paesi di provenienza di queste politiche sono anche le maggiori piazze finanziarie del mondo; e che, per ciò che riguarda gli Stati Uniti, si tratta del debitore di ultima istanza del sistema finanziario mondiale, che può sostenere, con un debito pubblico di dimensioni enormi, anche efficaci politiche di stimolo allo sviluppo economico (in primo luogo, in materia di ricerca).

Certo è che la fine del comunismo, all'inizio degli anni '90, diede la spinta decisiva al successo delle politiche liberiste. Per la prima volta nella storia, il liberismo diveniva davvero ideologia egemone e, insieme con esso, si affermava l'ideologia della centralità dei mercati finanziari in un sistema economico efficiente; ciò che comportava anche una rivoluzione nella teoria dell'impresa, che da "comunità di lavoro" si trasformava in "centro d'investimento di capitali".

La nuova "Costituzione economica liberista", che si afferma a livello mondiale (soprattutto in termini di egemonia culturale), relega le funzioni statali allo stretto indispensabile, ed esalta la formazione dell'ordine spontaneo creato dai mercati e dalle regole di formazione privata. Il compito degli Stati viene limitato alla prospettiva della "competizione fra ordinamenti" (nel senso di chi è più bravo ad attirare capitali finanziari)³⁵.

In quel contesto maturava anche la massima apertura mondiale dei mercati, mai avvenuta prima nella storia, con la costituzione dell'organizzazione mondiale del commercio ("*WTO*") nel 1995. Si determinava così il processo di "globalizzazione" dell'economia di mercato, che avrebbe dovuto far dimenticare il vecchio assetto mondiale, costituito da una pluralità di "economie nazionali" in competizione fra loro.

In realtà, si determinava in questo modo una grave asimmetria³⁶: all'apertura

³⁴ Può essere interessante ricordare che questa critica allo stato sociale, se vedeva in prima linea i liberisti puri, alla Friedman o alla Hayek, il cui pensiero poi è divenuto egemone, era alimentata – negli anni Settanta del secolo scorso – anche da contributi di autori di ispirazione marxista, che pensavano giusto criticare lo stato sociale "da sinistra", cercando di dimostrarne l'insostituibilità e auspicando la sua sostituzione con modelli più socialisti di organizzazione politica ed economica. In tal senso v., p.e., J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato* [1973], trad. it., Torino, 1979.

³⁵ Cfr. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini, Bari-Roma, 2004.

³⁶ Bisogna dare atto a G. TREMONTI, *Rischi fatali. L'Europa vecchia, la Cina, il mercatismo suicida. Come reagire*, Milano, 2005, di avere colto lucidamente il punto. La modestia dell'apparato teorico e il fatto che l'a. svolgesse, in quegli anni, un ruolo di primo piano nella politica italiana, spiegano, ma solo in parte, la scarsa attenzione che queste posizioni hanno suscitato nel dibattito italiano.

del commercio mondiale corrisponde la partecipazione alla gara sia di paesi ad economia di Stato protetta (dalla Cina ai paesi arabi) sia di paesi privi di strumenti di protezione (i singoli stati membri dell'UE, e sostanzialmente l'UE stessa)³⁷.

È in questo contesto storico che, con i trattati di Maastricht (1992) e di Amsterdam (1997), si delinea, per la prima volta, una costituzione europea (anche se non ancora nel senso di una costituzione formale). L'insieme di principi del diritto europeo si arricchisce, da un lato, di contenuti nuovi (dalla tutela dell'ambiente a quella dei consumatori, ecc.), dall'altro la tutela della concorrenza fra imprese viene elevata a principio fondamentale del diritto europeo.

Questa nuova impostazione porta con sé una rivoluzione copernicana nell'interpretazione del vecchio art. 90 (allora divenuto 86) del Trattato: non più norma di delega di politiche sociali agli Stati, ma norma affidata alla vigilanza degli organi comunitari, con necessità di giustificazione di compatibilità degli interventi statali con i rafforzati principi di diritto europeo. Su questa base la Comunità avvia e realizza le politiche di liberalizzazione dei tradizionali servizi pubblici essenziali (telecomunicazioni, energia, ecc.). L'Italia segue, con esperienze a "velocità variabile", le direttive di liberalizzazione.

Con ciò non si può tuttavia concludere nel senso che la Comunità Europea, con i trattati degli anni '90, abbia fatto una scelta pienamente liberista. Alcune note sentenze della Corte di Giustizia hanno certamente giustificato questa impressione (e spinto perfino il Parlamento a criticare la Corte)³⁸; ma in realtà, e senza volere sminuire la portata delle critiche verso l'indebolimento delle politiche sociali favorito da queste sentenze, si deve pur riconoscere che i trattati degli anni '90 non sono ispirati a una piena adesione all'ideologia del libero mercato. Essi hanno anzi arricchito di molto la gamma di politiche pubbliche che la CE acquisisce fra i propri compiti; perciò c'è anche chi ha detto che gli anni '90 realizzano una svolta proprio in senso inverso³⁹: la verità è che il Trattato di Amsterdam ha accentuato il valore costituzionale dell'economia di mercato, ma al contempo ha definito una ricca gamma di interventi correttivi, rimanendo però "in mezzo al guado" per ciò che attiene all'acquisizione, da parte degli organi dell'Unione, di poteri di governo propri delle tradizionali strutture statali.

³⁷ Cfr. I. BREMMER, *The End of the Free Market: Who Wins the War Between States and Corporations*, New York, 2010 (fiducioso nella possibilità di prevalenza, nel lungo periodo, dei sistemi di capitalismo liberale).

³⁸ Nella sterminata letteratura in argomento v., per una sintesi equilibrata, A. PIZZOFRERATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento EU*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 523 ss.

³⁹ V. anche C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in ASTRID – *La Costituzione economica* (nt. 28), 33 ss.

8. Un richiamo ai limiti teorici dell'ideologia del libero mercato, anche alla luce della crisi finanziaria del 2008 e degli eventi successivi

Sul piano ideologico, l'egemonia liberistica, pur non essendo mai divenuta "pensiero unico", è sembrata, al passaggio fra XX e XXI secolo, definitivamente affermata.

Un punto di forza del liberismo è che esso si presenta surrettiziamente – alla pari del "materialismo dialettico" marxista, che ne è stato l'alternativa politico-culturale principale per lungo tempo – non come frutto di una scelta di valore, bensì come espressione di un'analisi scientifica dei fenomeni economici (ed anche politici). È appena il caso di dire che questo assunto è inconsistente, tanto per il marxismo quanto per la *mainstream economics* di stampo neoclassico. In ambedue le prospettive, le elaborazioni analitiche poggiano su ipotesi e assunzioni che non sono consistenti con la realtà, sicché danno luogo ad una pseudo-scienza⁴⁰.

Non c'è dubbio, tuttavia, che lo scientismo ingenuo che pervade il senso comune abbia favorito il c.d. imperialismo dell'economia (o meglio: della scienza economica) nell'ambito delle scienze sociali. L'imperialismo dell'economia e delle sue analisi, fondate sull'idea di fondo individualistica, ha permeato così anche la cultura giuridica, la legislazione e la giurisprudenza.

Questa sfida ha avuto, negli anni '90 del XX secolo, un (relativo) successo, perché si è trovata di fronte una cultura giuridica debole, scossa dalla crisi dei metodi formalisti del passato e dalla recente irruzione di un marxismo incline ad azzerare la specificità della dimensione giuridica. In una situazione di "pensiero debole", qual è quella che ha caratterizzato (e caratterizza tuttora) la cultura giuridica, l'analisi economica del diritto (EAL) ha potuto essere, per diversi anni, largamente ossequiata, senza essere discussa bene nelle sue premesse teoriche. Essa non è diventata ideologia generalmente condivisa, ma il percorso di adesione/condivisione/rifiuto è stato molto confuso.

Non sembri fuor di luogo allora richiamare, anche in questa sede (e pur in modo apodittico), i limiti teorici del liberismo (*free market ideology*; o, se si preferisce, "anarcocapitalismo", a sua volta espressione di una più generale filosofia di vita definibile come "anarcoindividualismo"⁴¹). Questi limiti mi sembra che possano essere sintetizzati come segue:

i) l'ideologia si fonda su un'ipotesi antropologica irrealistica, che potremmo definire come "individualismo ontologico" (una teoria che riduce le formazioni

⁴⁰ Cito, parafrasando, F. SYLOS LABINI, *L'economia neoclassica: una pseudoscienza. Una discussione fra Sylos Labini e Boldrin*, in *ROARS – Return On Academic Research*, 22 maggio 2016.

⁴¹ Questi limiti sono spesso oscurati dal fatto che le critiche più aspre sono spesso formulate da una sponda teorica ancora più debole, qual è quella dell'anarco-comunismo (oggi pressoché scomparso dal dibattito politico, ma fiorente fino a pochi anni fa).

sociali, con il loro corredo di norme e conoscenze condivise e radicate, pur nel variare degli individui, a pura finzione)⁴²;

ii) essa si fonda anche su un assunto epistemologico inaccettabile: quello per cui gli sviluppi matematici dei modelli economici hanno carattere “scientifico” nello stesso senso in cui ciò può dirsi di una teoria chimica o fisica sottoposta a verifica sperimentale⁴³;

iii) infine, essa si fonda su un assunto valutativo grossolano: quello per cui, consentendo alle scelte individuali di esprimersi liberamente si realizza un mercato autoregolato e, con esso, l’ottimo sociale (efficienza allocativa); in realtà, questa tesi potrebbe andare bene per mercati primitivi, in cui individui scambiano (occasionalmente) prodotti artigianali o eccedenze delle produzioni agricole, ma non certo per i mercati attuali, in cui la competizione fra imprese ha assunto quel carattere di “distruzione creatrice” che fu descritto da Schumpeter, e che comporta insieme progresso e squilibri; e in cui l’individuo consumatore (che non è più in grado di autoprodurre alcunché possa servire a soddisfare i propri bisogni) è come chiamato a far parte di una giuria anonima che deve selezionare le offerte formulate dalle imprese⁴⁴.

I limiti gravi del liberismo trovano il loro acme nell’inaccettabile assimilazione dei mercati finanziari ai mercati dei beni e servizi reali (benché i mercati finanziari siano caratterizzati da una formazione dei prezzi diversa da quella dei mercati ordinari, perché non registra preferenze individuali ma scommesse su valori futuri⁴⁵). Il paradosso dell’attribuzione ai mercati finanziari del ruolo di controllore supremo dell’efficienza del sistema economico si manifesta a pieno

⁴² L’individualismo ontologico, a cui si accenna nel testo, estremizza gli assunti, che rimangono invece validi, dell’individualismo “metodologico”, per cui tutti i fenomeni sociali devono essere comunque analizzati come insieme di azioni individuali e perciò tenere conto delle motivazioni e degli incentivi delle scelte individuali, senza per ciò dimenticare i limiti che le scelte individuali incontrano per via dell’inserimento degli individui nelle diverse formazioni e organizzazioni sociali.

⁴³ Ciò che sorprende, nella deferenza di molti giuristi verso le pretese di scientificità dell’analisi economica del diritto, è che le medesime pretese (e la medesima visione del mondo, come insieme di individui razionali e portatori di libere volontà) accomunavano la dottrina economica e quella giuridica, di ispirazione pandettistica, di fine Ottocento. Nel campo delle dottrine giuridiche, quella visione sembra ormai appartenere ad un passato remoto, mentre la parallela visione, ideologicamente alimentata dalle dottrine economiche dominanti, ha fatto irruzione senza trovare valide resistenze nella cultura giuridica degli anni recenti.

⁴⁴ Dato che i mercati contemporanei non sono in grado di autoregolarsi, e comunque di fornire risposte socialmente accettabili alle crisi (imprenditoriali, settoriali, territoriali) che il processo concorrenziale inevitabilmente determina, la regolazione dei mercati e l’azione pubblica suppletiva diventano un momento essenziale del buon funzionamento dell’economia.

⁴⁵ Mi permetto di rinviare, sul punto, a M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i mercati finanziari*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi – Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, 551 ss.