

# ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO E TRATTATO DI LISBONA: SINTESI CRITICA DI UN SEMINARIO FIORENTINO<sup>1</sup>.

**Di Antonio Musto**

**Dottorando in Diritto Privato Europeo Sum-Università Firenze**

*SOMMARIO: 1. L'economia sociale di mercato, diagnosi del presente con uno sguardo al passato. - 2. I profili identitari del mercato nel pensiero ordoliberal e nell'economia sociale. - 3. Il sintagma "economia sociale di mercato altamente competitiva" nel Trattato di Lisbona. La scuola di Friburgo ed il modello di Chicago. - 4. La crisi dei mercati finanziari: un'analisi economica e giuridica. - 5. The close reading del Trattato di Lisbona: il ruolo dell'interpretazione e della traduzione fra significante e significato. La leva metodologica dell'assiologia. - 6. Concorrenza e garanzie sociali in Europa: un bilanciamento possibile?*

## **1. L'economia sociale di mercato. Attualità del presente con uno sguardo al passato.**

Fra eredità del passato e prospettive giuridiche di divenire<sup>2</sup>, nella cornice del Trattato di Lisbona riveste interesse giuridicamente rilevante la formula "economia sociale altamente competitiva", contenuta nel nuovo art. 3, comma 3, Tue, (*ex art. 2 Tue*) a te-

nore del quale "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente".

Il sintagma "economia sociale di mercato"<sup>3</sup> - "Soziale Marktwirtschaft" risale storicamente ad un progetto di economisti e di giuristi di formazione

\*All'Amico G. De Mita, "idealità inverata di cultura, valori e categorie di ragionamento".

<sup>1</sup> Il presente saggio trae spunti riflessivi dagli interventi dei Prof.ri: G. Vettori (par. 1); M. Libertini (par. 2); M. Maugeri (par. 3); A. Petretto (par. 4); P.G. Monateri (par. 5); C. Salvi (par. 6), tenuti in occasione del Convegno "Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona", Istituto Scienze Umane (SUM), Firenze, 14 marzo 2011.

<sup>2</sup> La spirale temporale del diritto, dalle eredità del passato ad un presente che si va facendo futuro, nella magistrale visione "pregnativa" dell'Emerito Prof. P. GROSSI, *Il diritto civile fra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi. Scienza giuridica privatista e fonti del diritto - Quaderni del diritto privato* - M. LOBUONO (a cura di), Bari, 2009, 29. La contemporaneità del civilista, fra nichilismo, storicismo, valori e la crescita del bisogno di Europa, in G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 9 e ss.

<sup>3</sup> Si deve a A. MÜLLER-ARMACK, *L'economia sociale di mercato*, in A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzept zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart, 1976, traduzione di C. FORTE - l'utilizzo dell'espressione «economia sociale di mercato». Attraverso tale formula intese «collegare, sulla base dell'economia della concorrenza, la libera iniziativa con un progresso sociale assicurato proprio attraverso le prestazioni dell'economia di mercato», in A. MULLER-ARMACK, *Soziale Marktwirtschaft*, (ora in) Id., *Wirtschaftsordnung und irtschaftspolitik*, Haupt, Berna-Stoccarda 1976, 245.



liberale-cristiana, presso la Scuola di Friburgo<sup>4</sup>, intorno agli anni quaranta, sul finire della prima metà del secolo scorso<sup>5</sup>.

Il progetto della Scuola di Friburgo ipotizzava un modello socio-economico - definito poi successivamente la "terza via"<sup>6</sup> fra liberismo e collettivismo<sup>7</sup>, fra *laissez-faire* ed il socialismo puro, nell'aspirazione di un "umanesimo economico"<sup>8</sup> -

<sup>4</sup> Il nucleo delle teorie della Scuola di Friburgo venne espresso nella raccolta di scritti di F. BOHM-W. EUCKEN-H. GROSSMANN-DORTH, *Il nostro compito. Il Manifesto di "Ordo" del 1936*. Introduzione a *Ordnung der Wirtschaft*, pubblicazione n. 2, W. Kohlhammer, Stoccarda-Berlino (1936), in F. FORTE-F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010. Sul pensiero della Scuola di Friburgo e sulle teorie ordoliberali, cfr. W. MÖSCHEL, "The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy" in *JITE*, vol 157 (2001), n. 1, 1 e ss.

<sup>5</sup> Sull'impatto della scuola ordoliberale nello scenario europeo, immediatamente successivo alla seconda guerra mondiale, D. J. GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the «New Europe»*, in *The American Journal of Comparative Law*, 42 (1994), n. 1, 25-84. Subiscono l'influenza del pensiero della Scuola di Friburgo, in Italia, P. PICONE, *Origine ed evoluzione delle regole di concorrenza comunitarie: l'apologia del mercato "sociale" europeo*, in *Critica del diritto*, 1974, 69; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, 44 ss. R. MICCÚ, "Economia e Costituzione": una lettura della dottrina giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del pluralismo: Pubblico-Privato. L'evoluzione del rapporto*, 1996, 243.

<sup>6</sup> W. Röpke ipotizza una "terza via fra liberalismo e collettivismo" in *Civitas humana. Grundfragen der Gesellschafts und Wirtschaftsreform (1943)* (trad. it. E. Pocar, *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, Milano, 1947, 16 e in particolare 35). Questa opera è parte della grande trilogia di Röpke, pubblicata fra il 1942 e il 1945, della quale fanno parte *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart (1942)* (trad. it. *La crisi sociale del nostro tempo*, Roma 1946), *Civitas humana. Grundfragen der Gesellschafts und Wirtschaftsreform (1943)*, cit., e *Internationale Ordnung (1945)* (trad. it. *L'ordine internazionale*, Milano 1946). Il pensiero di W. Röpke, in L. EINAUDI, *La civitas humana di Wilhelm Röpke*, in L. EINAUDI, *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in *Rivista di storia economica*, 1942, 2, 50-53.

<sup>7</sup> Il crollo del collettivismo viene ricondotto da W. Röpke - in *La crisi del collettivismo*, Firenze, 1951, 59-68-73 - al fatto che esso «costituisce la strada che porta ad un precipizio, alla negazione della libertà, alla discordia internazionale, alla paralisi ed al disordine dell'economia» (59). La seconda accusa «era che il collettivismo è contrastante con una comunità internazionale» (68). Infine la terza obiezione è «il collettivismo aggiunge alla distruzione dello stato di diritto e della comunità internazionale anche quella dell'economia come sistema di forze ordinarie e stimolatrici» (73).

<sup>8</sup> «Il principio individuale nel nocciolo dell'economia di mercato deve essere controbilanciato, entro la cornice, dal principio sociale umanitario, se vogliono che entrambi sussistano nella nostra società moderna e se nello stesso tempo vogliamo vincere i pericoli mortali della riduzione a massa e proletariato» W. RÖPKE, *Civitas humana. Grundfragen der Gesellschafts und Wirtschaftsreform (1943)*, cit., 38. La teoria dell'"umanesimo economico" di W. Röpke penetrò anche Italia, influenzando, fra

che si basava, al di là delle formule declamatorie, su una preoccupazione: trovare un equilibrio fra i meccanismi del mercato ed i diritti della persona, una coesione sociale che potesse consentire uno sviluppo coerente, ordinato, equilibrato dell'economia e della società nel suo complesso.

I principi che in quella occasione furono espressi in maniera chiara erano sostanzialmente due: le dinamiche di mercato fondate sulla concorrenza, quale motore dello sviluppo, da garantire ed assicurare in contrapposizione al collettivismo, al dirigismo dell'economia da parte dello Stato; l'intervento dello Stato in termini di fissazione preventiva degli obiettivi fondamentali di politica sociale nonché in termini di correzione autoritativa dei fenomeni distorsivi del funzionamento del mercato, come la formazione di monopoli<sup>9</sup>, cartelli, intese inevitabili in un mercato concorrenziale lasciato a se stesso.

Emergeva il convincimento che l'idea archetipica di mercato<sup>10</sup> non poteva essere ridotta nella chiusa accezione di *locus* di competizione, di crescita spontanea, di creazione autonoma di regole<sup>11</sup>.

accoglienza e revisioni critiche, il pensiero di Luigi Einaudi e Francesco Vito. In particolare, L. Einaudi - in *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in *Rivista di storia economica*, n. 1, 1942, 49-72 - condivise la teoria della concorrenza come motore dell'economia e la teoria degli interventi conformi all'ordine di mercato. Francesco Vito - in *Liberalismo, collettivismo e dottrina sociale cattolica*, in *Vita e Pensiero*, 1947, 12, 715 - mosse, invece, rilievi di stringente criticità. L'attualizzazione del pensiero di W. Röpke, in una chiave post-moderna, in A. GIDDENS, *La terza via*, pref. R. PRODI, trad. it. di L. FONTANA, Milano, 1999; AA. VV., *Ripensare la terza via*, pref. A. POLITO, Venezia, 2004.

<sup>9</sup> La complessità e l'articolazione dei fenomeni anche giuridici del monopolio e della concorrenza, nei rilievi morfologici della disciplina e del campo di indagine, in G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, 787 ss. Sul rapporto fra concorrenza e costituzione di monopoli, cfr. L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, Art. 2597, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, 31 s., spec. 205 s.

<sup>10</sup> L'idea del mercato quale ordine costituito e non già trovato nell'originaria natura degli uomini, "*locus artificialis*" e non *locus naturalis*, in IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004, 11. Secondo M. LIBERTINI - in *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto - Annali III*, Milano, 2010, 215-216, nt. 94 - «l'alternativa (pur importante nella storia delle idee) fra "ordine naturale" e "ordine giuridico", mette in ombra l'altra, più significativa ai fini del dibattito giuridico e politico, fra "ordine giuridico spontaneo (consuetudinario) e "ordine giuridico (legale)»». Vv., ID, *Il mercato: i modelli di organizzazione in Trattato dir. comm.*, F. GALGANO (a cura di), III, Padova, 1979. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992; L. RISTORI, *Il sistema dei limiti alla libertà di iniziativa economica. Anatomia del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2007, 260.

<sup>11</sup> «L'errore fondamentale del vecchio pensiero liberale "capitalistico" è stato precisamente quello di considerare l'economia di mercato come un processo chiuso in sé, che si svolgesse automaticamente. Non si era notato che l'economia di mercato rappresenta soltanto un breve settore della vita sociale, incorniciato





Il mercato doveva essere inteso come una *comunità civica*<sup>12</sup>, fondata sulla persona<sup>13</sup>, sul diritto di proprietà, sugli scambi e sulle transazioni, retta da leggi e convenzioni sottoscritte dagli operatori: un intreccio istituzionale che fosse in grado di regolare, correggere, limitare, integrare una economia, un assetto istituzionale che sembra disegnato in maniera cooperativa rispetto al passato.

Ricorrendo ad una esemplificazione descrittiva: lo Stato non era più un “Guardiano Notturmo” di ciò che accadeva nel mercato ma era uno “Stato Interventore<sup>14</sup>”, naturalmente diverso dallo Stato che programma e che dirige ciò che avviene nella società.

Una stringente schematizzazione che racchiude per formule lessemiche i passaggi significativi che hanno permesso ad una proposta progettuale di abbandonare il disincanto della mera prospettiva teorica per diventare nerbo di una politica economica e sociale per l’Europa.

Contribuì, certamente, ad inverare la transizione dello Stato, da mero “Guardiano Notturmo” a “Stato Interventore”, la nuova Socialdemocrazia Tedesca

(Spd), in occasione del Congresso di *Bad Godesberg* (1959).

In quella sede la Spd, operando una rivoluzione nell’ambito della sinistra tedesca, abbandonò gli avamposti del dirigismo e del collettivismo<sup>15</sup>, recise ogni legame con la tradizione marxista, nell’avviso che un’economia coercitiva, di tipo totalitario, distruggeva le libertà ed impediva lo sviluppo delle garanzie dello Stato sociale e della democrazia proprie del modello del *Welfare State*: veniva così schiuso l’orizzonte ad un mercato libero, dove regna una concorrenza effettiva, un ruolo di controllo e di temperamento correttivo dello Stato a salvaguardia di plurali interessi connessi al settore di pubblica utilità<sup>16</sup>.

Nel trentennio successivo, fino agli anni ottanta e qualche anno a seguire, l’intuizione degli ordoliberali di Friburgo germogliò nella diffusione di un benessere collettivo e di uno sviluppo della società nel suo complesso.

Tale modello - “correttivo” rispetto alla “spontaneità” del mercato - assicurava la realizzazione di finalità di politica sociale come l’istruzione, la sanità pubblica, l’assistenza sociale, disegnando una fisionomia del tessuto connettivo europeo distante e distinto dal quadro atlantico basato sui presupposti dell’economia e della finanza reale.

Nel lambire il presente, precisamente sul finire del primo decennio del nuovo secolo, il modello testè descritto ha iniziato a vacillare, per sprofondare poi in una acuta depressione economica che gli operatori di settore, attraverso l’analisi degli indici diagnostici, hanno spiegato proprio come l’entrata in crisi di una “politica effettiva delle Istituzioni”.

Le Società ordinate hanno, infatti, funzionato in maniera efficiente, fino a quando hanno assicurato un diffuso benessere e la redistribuzione delle ricchezza<sup>17</sup>.

---

e contenuto in un campo più largo, un campo esterno nel quale gli uomini non sono concorrenti (...) ma semplicemente uomini (...). L’economia di mercato (...) abbandonata a sé stessa diventa pericolosa (...) perché ridurrebbe gli uomini a un’esistenza non naturale che tosto o tardi scrollerebbero di dosso insieme con l’economia di mercato diventata odiosa» W. RÖPKE, *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, trad. di E. POCAR, Milano, 37-38.

<sup>12</sup> «Il mercato è un luogo non naturale, ma almeno parzialmente artificiale, storicamente condizionato dal contesto culturale e normativo nel quale si inserisce» in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 478. Ravvisa nel mercato un impedimento all’estrinsecarsi della solidarietà sociale, G. GIACOBBE, *Libertà economica e solidarietà sociale*, in *Iustitia*, 2001, 5. Ritiene che «il mercato è costituito *hominium causa* e non solo nell’interesse dell’*homo oeconomicus*», G. OPPO, *Principi*, in *Trattato Buonocore*, Sez I, t. I, Torino, 2001, 47.

<sup>13</sup> «Soltanto se il diritto saprà salvaguardare le esigenze del mercato con quelle della persona rinnoverà la tradizione latina dello *ius civile*, senza necessariamente tradursi in *ius mercatorum*» P. PERLINGIERI, *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell’ordinamento comunitario*, in *Rivista giuridica Molise Sannio*, 1997, 97.

<sup>14</sup> M.S. GIANNINI, *Economia (disciplina della)*, *Enc. dir.*, 1965, Milano, 276, «si deve dire che l’ “intervento” dello Stato nell’economia non è una nozione giuridica, e che “l’interventismo” non esprime alcunché che sia giuridicamente definibile. Esse sono delle locuzioni di comodo, di valore puramente descrittivo. Con precisione, esse descrivono degli accadimenti solo quantitativi, non qualitativi: quelli di strutture economiche che non sono più liberiste, ma non sono neppure collettivist». Alla luce di ciò con l’espressione “Stato Interventore” si intende far riferimento alla «riqualificazione dell’intervento pubblico diretto principalmente a dettare regole al mercato senza sostituirlo nel ruolo di guida del processo economico» L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato*, *Lezioni*, Padova, 1996, 36.

---

<sup>15</sup> «Il collettivismo, in mancanza della bussola della libera formazione dei prezzi, non può non portare al disastro economico. È inevitabile negazione della libertà dei singoli e dei gruppi, una dittatura sui bisogni. È (...) sorgente di discordia internazionale. D’altra parte, lo statalismo e il concime della corruzione crea l’illusione, carica delle più disastrose conseguenze, che sia possibile vivere al di sopra delle possibilità consentite senza pagarne il conto. Statizzare l’uomo credendo di umanizzare lo Stato è un errore fatale» G. REALE-D. ANTISERI, *Storia della filosofia. Storia, epistemologia e filosofi americani del XX secolo*, Milano, 2008, vol. 11, 227.

<sup>16</sup> Essa costituisce «presidio alle distorsioni di un sistema monopolistico, garantendo la correttezza dell’attività economica, senza abusi di posizioni dominanti, senza accaparramenti ingiustificati al fine di realizzare una “utilità sociale”, cui fa riferimento l’art. 41 della Costituzione, intesa anche, ma non soltanto, come punto di confluenza tra produttori e consumatori» P. PERLINGIERI, *Mercato e solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 106.

<sup>17</sup> Sulla crisi della redistribuzione della ricchezza, E. BERSELLI, *L’economia giusta*, Torino, 2010, 37 ss.



Tale processo era stato garantito nel tempo attraverso interventi e modalità differenti: espansione dei livelli di produzione e redistribuzione delle ricchezze, negli anni cinquanta; interventi sulla moneta e finanziamento pubblico per supplire alle carenze di una produzione incapace di assicurare una ricchezza redistribuita, negli anni successivi; sostegno della domanda fondata sull'indebitamento privato, nella diagnosi del presente.

Tecnicamente l'ancoraggio dei livelli di crescita della produzione al supplemento dell'indebitamento privato si risolveva nell'espansione dei mutui *subprime*, nel ricorso alle carte di credito *revolving* come nell'impiego di investimenti privati portati all'estremo e sorretti dall'emissione di titoli tossici che dovevano consentire di contenere le banche dalla insolvenza.

Sintomatico dell'avvento di una spirale economica depressiva e con essa di uno sfaldamento degli equilibri oramai risalenti al passato, è stata, nel 2007, la richiesta della piccola Banca inglese "Northern Rock" alla Banca d'Inghilterra di un sostegno finanziario<sup>18</sup>.

Da qui la perdita di fiducia degli investitori nel sistema e la diffusione del panico nel mercato di circolazione del credito, con un effetto domino che ha coinvolto le Banche ed i principali Istituti di credito.

Di fronte alla crisi economica<sup>19</sup> e, forse, per estensione, alla crisi di un modello, appare opportuno, da un lato, interrogarsi sui confini definitivi, sulle *rationes* istitutive del sintagma "economia sociale di mercato altamente competitiva" contenuta nel trattato di Lisbona, fra modelli e regole, criteri sistematici ed ermeneutici; dall'altro, verificare l'attualità di un modello di mercato, noto sia pure con gli opportuni distinguo, e saggiare la sua efficienza nell'assicurare un progetto di azione economica coerente nel sistema.

Le potenzialità dell'economia sociale divengono, in tal modo, l'articolazione interna di una colletta-nea analisi<sup>20</sup>, nel confronto fra prospettive di oriz-

zonte in Europa ed una storia appena ripercorsa sia pure per linee di insieme e semplificazioni<sup>21</sup>.

Il tentativo dell'Europa è di intercettare strategie idonee a rilanciare la crescita del mercato ed, al contempo, di contemperare un mutuo rafforzamento fra libertà economiche e diritti sociali<sup>22</sup>.

In tale quadro devono essere collocate le Comunicazioni della Commissione dell'ottobre 2010<sup>23</sup>, il Rapporto Monti<sup>24</sup> ed il modello sociale della chiesa<sup>25</sup> che sostiene una idea forte del mercato quale motore di sviluppo e di collante sociale.

<sup>21</sup> Sempre attuale e riferibile, *mutatis mutandis*, anche alla evoluzione normativa e sociale intervenuta con il Trattato di Lisbona, l'illuminata rivendicazione di lasciare alla politica la scelta del ruolo della libera gara e dell'intervento statale più consono alla necessità dei tempi, affidando al pensiero giuridico il compito di ordinare le nuove e più efficienti tutele delle situazioni civili ed economiche della persona, tramite un'opera di attenta ricomposizione del sistema, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996, 16-17. Per ulteriori svolgimenti riflessivi, si rinvia, ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005; *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009; ID. *Contratto e rimedi*, Padova, 2010.

<sup>22</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica dir.*, 2000, 367 ss.; M. PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Diritto e società*, 2002, 151; A. RUGGERI-A. SPADAI, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Politica dir.*, 1991, 343 ss.

<sup>23</sup> *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Verso un atto per il mercato unico. Per una economia sociale di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato*, Bruxelles, 27 ottobre 2010 COM (2010) 608 definitivo in [www.europa.eu](http://www.europa.eu). E la Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bruxelles, 19 ottobre 2010, COM(2010) 573, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>24</sup> M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso 2010*, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>25</sup> Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa* (Città del Vaticano, LEV 2004). Cfr. anche: *Il Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, in *La Civiltà Cattolica*, 155 (2004/IV), 315-324, e la Lettera Enciclica di Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, 2009 dove è detto che «il binomio esclusivo mercato-Stato corrode la socialità, mentre le forme economiche solidali, che trovano il loro terreno migliore nella società civile senza ridursi ad essa, creano socialità». «Le attuali dinamiche economiche internazionali, caratterizzate da gravi distorsioni e disfunzioni, richiedono profondi cambiamenti anche nel modo di intendere l'impresa» in quanto «la gestione dell'impresa non può tenere conto degli interessi dei soli proprietari della stessa, ma deve anche farsi carico di tutte le altre categorie di soggetti che contribuiscono alla vita dell'impresa: i lavoratori, i clienti, i fornitori dei vari fattori di produzione, la comunità di riferimento». In argomento, F. FELICE, *L'economia sociale di mercato. Origini, relazioni con la dottrina sociale della Chiesa e implicazioni attuali*, in *Centro Tocqueville-Acton/Quaderni di teoria*, 2008, n. 7.

<sup>18</sup> G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Persona e mercato*, 2011, 1, 3-11.

<sup>19</sup> M. MONTI, *Usa, Europa e Italia. Stato e mercato oltre la crisi*, in *Corriere della sera*, 21 settembre 2008, «il movimento del pendolo si è invertito; la crisi dirompente impone ripensamenti profondi; la riflessione è in corso in tutto il mondo; richiederà tempo e umiltà». P. OSTELLINO, *La crisi del capitalismo Usa. Il mercato e la libertà*, in *Il Corriere della sera*, 29 settembre 2008.

<sup>20</sup> «Il ricordo dell'abisso morale in cui ci condusse l'eccesso nazionalistico conferisce al nostro impegno attuale il valore di una conquista. Questo sfondo storico potrebbe preparare la via ad una democrazia post-nazionale che si basi sul riconoscimento reciproco tra le orgogliose culture nazionali» J. HABERMAS, *«Tempo di passaggi»*, Milano, 2004, 76.



## 2. I profili identitari del mercato nel pensiero ordoliberal e nell'economia sociale<sup>26</sup>.

L'attività determinativa dell'identità definitoria della formula lessemica "economia sociale di mercato altamente competitiva" contenuta all'interno del Trattato dell'Unione Europea deve prendere le mosse da una recente opera di Irti, *La tenaglia. Difesa dell'ideologia politica*<sup>27</sup>.

In quest'opera è sostenuta l'idea che una società non può tenersi insieme in mancanza di un equilibrio, in assenza di una visione del mondo che si traduca in un sistema di valori e con un programma di azione politica.

Nel vuoto che nell'occidente si è determinato con la caduta delle grandi ideologie del passato stanno prendendo pericolosamente piede il liberismo estremistico ed il fondamentalismo religioso che risorge da quelle che sembravano le sue ceneri.

L'intuizione che sta alla base dell'opera merita di essere meditata e, da questo punto di vista, il Trattato di Lisbona costituisce una occasione storica deterrente per rivitalizzare la cultura, la coscienza ed i principi europei<sup>28</sup>, perché pregno è il contenuto di rango "costituzionale" che può tradursi in una visione del mondo idonea a fungere da sostegno ad una azione politica coerente.

Siffatta assunzione di principio revoca in dubbio le opzioni di dissenso riguardo i contenuti e le scelte "costituzionali" contenute nel Trattato di Lisbona.

Esse, certamente lontanissime dal liberismo che poteva essere attribuito alle scelte politiche iniziali della Comunità Europea, rappresentano una versione aggiornata<sup>29</sup>, moderna e condivisibile dei contenuti costituzionali anche della Repubblica italiana<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Sul pensiero ordoliberal, sull'idea archetipica di mercato come istituzione, *rectius* ordine costituito e non spontaneo, sulla disciplina dei mercati nel diritto comunitario, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 191.

<sup>27</sup> N. IRTI, *La tenaglia. Difesa dell'ideologia politica*, Roma, 2008.

<sup>28</sup> G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 116 s.

<sup>29</sup> Secondo G. AMATO - in *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 1, 8 ss - «nella cultura dei costituenti il mercato era tendenzialmente un disvalore, difeso solo perché inesorabilmente accoppiato alla libertà politica. Più tardi, grazie principalmente all'ingresso dei principi comunitari, il mercato - inteso come competizione e concorrenza - è stato acquisito nella sua valenza positiva di promotore di efficienza economica e organizzativa. La Costituzione scritta è perfettamente in grado di ospitare questa aggiornata visione». Il fatto, però, che «i principi dell'economia di mercato si trovano nei trattati europei, e nelle norme prodotte o promosse dalle fonti comunitarie; e che essi sono venuti in aspra collisione con l'ultimo comma dell'art. 41» della Costituzione conduce N. IRTI - in *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, CXLIX, col. 227 - a ritenere che si sia di fronte ad una emblematica alternativa: «o subire il processo di

Parimenti destituita di fondamento e, quindi, non ricevibile è l'obiezione - e con essa l'idea - di un *deficit* democratico delle Istituzioni europee<sup>31</sup>.

In verità il punto nucleare della *quaestio iuris*, al contempo, caratterizzazione principale del Trattato di Lisbona, è - accanto alla ricchissima enucleazione di diritti fondamentali<sup>32</sup> - la rilevante e deterrente scelta di favore verso alcune espressioni elastiche che rappresentano dei veri e propri programmi di azione politica: lo sviluppo sostenibile e l'economia sociale di mercato altamente competitiva.

In revisione critica è il valore da attribuire a formule lessemiche che si rifanno a movimenti culturali importanti e che, laddove tradotte in contesti normativi, possono trovare costruzione, contenuto e rivitalizzazione ad opera della scienza giuridica,

---

svuotamento della Carta repubblicana; o sollecitare la riappropriazione costituzionale del diritto dell'economia. (...) L'ultimo comma dell'art. 41 ci appare come un *residuo storico*. Poiché la Corte costituzionale ha opposto alle norme comunitarie soltanto il limite dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona (cfr. sentenza 18 aprile 1991, n. 168), potrebbe dirsi che l'ultimo comma dell'art. 41 ha perduto qualsiasi effettivo vigore (...). Ma più grave mi appare un altro profilo: che i principi fondamentali del diritto dell'economia (...), si troverebbero *fuori dalla Costituzione statale*, o, se si vuole, dentro la Costituzione europea. Questa *separazione* (...) solleva (...) profondi interrogativi politici. Poiché - come ha acutamente notato Dieter Grimm - il potere europeo "non deriva dal popolo ma dalla mediazione degli Stati, e (...) il diritto del mercato avrebbe il più alto grado di spazialità ed il più basso grado di politicità, il più vasto campo di applicazione e la più limitata base di consenso democratico. La riappropriazione costituzionale mi sembra, dunque, indispensabile».

<sup>30</sup> «Di mercato, di concorrenza, la Costituzione non fa esplicita menzione e sul punto pertanto è taciuta, ma ingiustamente, di ambiguità. In essa la difesa del mercato sussiste ed è di alto profilo; si collega più che alle ragioni dell'economia a quelle della politica in funzione di garanzia della democrazia dell'insieme e quindi come avversione alla collettivizzazione dei beni di produzione e alla pianificazione centralizzata ed autoritaria che, comportando egemonie politiche, violano i diritti della persona» P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 101-102. Diversa, sul punto, la visione di N. IRTI - in *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, cit., c. 226 - secondo il quale «allo sguardo dei "padri fondatori" la concorrenza doveva apparire un *affare privato*, per il quale era utilizzabile il codice civile: ossia la *disciplina degli atti di concorrenza sleale*, dettata dagli artt. 2598-2601. (...) Il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali; esso, *quando c'è*, viene consegnato alla disciplina del codice civile».

<sup>31</sup> Sul *deficit* di legittimazione democratica in Europa, si rinvia al § 6 del presente saggio.

<sup>32</sup> M. CATARBA - in *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 3, 221- analizza le novità introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di diritti fondamentali, la strada verso l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dei diritti e delle libertà fondamentali, le preoccupazioni degli Stati membri in riferimento ai diritti sociali.



come accade con riferimento alle clausole generali<sup>33</sup> di diritto interno.

La cultura giuridica europea, in generale, ed italiana, in particolare, si trova realmente innanzi ad un bivio, ad un ipotetico “se” guardare a queste formule come espressioni elastiche vuote, pure enunciazioni enfatiche, oppure, preferibilmente, darne giusto rilievo, tentando, di loro tramite, la costruzione di un programma razionale e coerente di azione politica<sup>34</sup>.

La sfida va verso quest’ultima direzione, analogamente a quanto accade per le clausole generali che hanno valore soltanto se sono razionalizzate dalla scienza giuridica che su di esse opera<sup>35</sup>.

E in questo senso anche la formula lessemica “economia sociale di mercato altamente competitiva” deve essere innervata di contenuto giuridico, facendo emergere quei principi che in essa sono soltanto *in nuce* ed impliciti.

L’espressione “economia sociale di mercato” ha, certamente, una lunga storia ma, al contempo, presenta una certa vaghezza, molte stratificazioni e dif-

<sup>33</sup> Le clausole generali «sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell’ambito dei programmi normativi di altre disposizioni». Esse «non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo; sono destinate a operare negli ambiti di altre norme, in funzione di fonti di integrazione dei rapporti giuridici che in essi si costituiscono (...) o di limite di poteri o facoltà che in essi si esercitano (...), oppure come criteri di soluzione di antinomie di valori che in essi possono manifestarsi» L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 17. «Sono caratterizzate da una “indeterminatezza intenzionale” (...). La forma è quella della fattispecie aperta, indicandosi con ciò sia la mancanza di elencazioni esaustive, sia un’opera di concretizzazione realizzata attraverso una ricognizione di valori che le clausole generali individuano» S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 728. Sul punto, Vv. la posizione di A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 638-639-640, il quale rileva che «un problema di rapporti tra clausole generali e (...) principi vigenti indubbiamente sussiste (...)» (638) e che «sarebbe (...) più opportuno tenere (...) distinte le (norme formulate mediante) clausole generali rispetto ad altre norme espressive principi». Nel senso che le prime richiedono per la loro applicazione (...) la mediazione di regole (formulate dal giudice) che descrivono casi e comportamenti. Mentre sono ipotizzabili principi che - per quanto generali e indeterminati siano - possono essere applicati direttamente, mediante una normale operazione ermeneutica diretta a precisare (...) le situazioni ed i comportamenti che il principio stesso descrive (sia pure in modo assai generale o indeterminato): un esempio ci è offerto dall’art. 36, I co., Cost.» (639-640).

<sup>34</sup> M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, 73 ss.

<sup>35</sup> Id., *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale* (sito telematico), luglio 2010 [di prossima pubblicazione anche nella raccolta di *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*]

ferenziate opinioni che su di essa si sono formate<sup>36</sup> e che addirittura potrebbero indurre a far ritenere che le clausole elastiche possano essere riempite di qualunque contenuto.

In realtà non è così - e non lo è neppure storicamente - se si leggono i testi dei padri teorizzatori dell’economia sociale di mercato<sup>37</sup> e si valuta ciò che l’ordoliberalismo ha significato nella formazione di un tessuto di valori, principi, regole, che il diritto europeo ha affermato attraverso le sentenze della Corte di giustizia e l’approvazione delle sue norme<sup>38</sup>.

In questo senso è preferibile procedere attraverso una schematizzazione dei contenuti della teoria dell’ “economia sociale di mercato altamente competitiva” in quattro punti fondamentali.

Il primo punto fondamentale riguarda il fatto che la teoria sociale riconosce il merito dell’economia di mercato come mezzo insostituibile per costruire un benessere crescente per gli individui nella società.

Quindi l’assunto principale del pensiero ordoliberale - secondo il quale una economia di mercato, in cui la produzione è orientata dalle libere scelte dei consumatori, è destinata ad incrementare l’offerta e la ricchezza della quantità e della qualità dei beni e servizi - è pienamente condivisibile.

Ciò porta l’economia sociale di mercato ad essere nettamente lontana non soltanto dalle posizioni socialdemocratiche che avevano come obiettivo finale una economia, comunque, governata dal decisore politico, ma anche dalla teoria del socialismo liberale di Rosselli<sup>39</sup>: teorie che maturavano nella

<sup>36</sup> G. TREMONTI, *Economia sociale di mercato?*, prolusione all’inaugurazione dell’Anno Accademico 2008-2009 della Università Cattolica di Milano, 19 novembre 2008, in *Astrid Rassegna*, n. 20/2008.

<sup>37</sup> Per una ricostruzione, anche in chiave storica, della teoria dell’economia sociale di mercato, nella letteratura giuridica tedesca, S. VOGEL, *Die Soziale Marktwirtschaft als Leitbild für Wirtschaftspolitik: am Beispiel der Arbeitsmarktpolitik der Regierung Schäfer*, Harburg, 2008. In Italia, F. FELICE, *L’economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008.

<sup>38</sup> Discorre di “virtù dei principi” quale garanzia per un virtuoso diritto europeo del futuro, F. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell’incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, I, ss. G. OPPO, *Principi*, in *Tratt. Buonocore*, Sez I, t. I, Torino, 2001, 46, «Principi vecchi e nuovi (...) devono affrontare la prova della nuova economia, della globalizzazione, di un mercato “rilevante” che (...) sarà, sempre più mercato non solo nazionale e non solo europeo; (...) mercato non solo come luogo di scambi ma (...) soprattutto come “luogo” dal quale non può tenersi estranea l’esigenza di socialità e di solidarietà, nel presente e in prospettiva futura; in una prospettiva cioè di responsabilità intergenerazionale».

<sup>39</sup> L’idea di Rosselli ruota intorno alla conciliabilità dell’ideale di libertà individuale con la giustizia sociale. La genesi del socialismo liberale di Rosselli risale al 1930, in un periodo precedente la caduta dei grandi regimi totalitari del secolo breve.







stessa temperie culturale, che accettavano pienamente l'idea di base del liberalismo politico, ma, al contempo, favorivano una organizzazione dell'economia di tipo sostanzialmente corporativo - in auge nell'America di Roosevelt, *The National Recovery Act* - dove le imprese erano ampiamente orientate e garantite nella produzione dallo Stato e dove erano largamente presenti formule di cooperazione all'interno della attività economica generale.

Da questo punto di vista, benché i teorizzatori fondamentali dell'ordoliberalismo fossero tutti di ispirazione cristiana, forse più protestanti che cattolici, vi era una profonda differenza fra la loro idea di economia di mercato e quella sostenuta dalla dottrina sociale della Chiesa.

Quest'ultima portava costantemente a vedere il mercato come un luogo dove la solidarietà dovesse dominare rispetto ad altri criteri di azione dell'economia di mercato.

L'idea di fondo degli ordoliberali era, invece, una idea liberale classica: il mercato funziona sulla base degli egoismi in cui ciascuno cerca e riesce a massimizzare le proprie utilità, chi come offerente e chi come acquirente.

Da questo punto di vista è possibile affermare che non c'è alcuna differenza rispetto al liberismo che conosciamo.

La differenza semmai risiede - e questo è il secondo punto fondamentale - nel fatto che, mentre il liberismo che conosciamo nelle versioni più affascinanti come quella della Scuola austriaca conduce a ritenere l'intervento dello Stato presuntivamente pericoloso, quindi, inopportuno, salvo casi estremi, l'ordoliberalismo sostiene il modello secondo il quale i mercati abbandonati a se stessi si traducono in strutture monopolistiche, cartellizzate, le quali finiscono per ledere l'interesse di base al soddisfacimento della massima quantità possibile di bisogni

---

FRANCESCO FORTE - in *Introduzione alla politica economica. Il mercato e i piani*, Torino, 1964, 263 - rileva che Carlo Rosselli è giunto dal socialismo puro al socialismo liberale che soddisfa pienamente, da un lato, le esigenze del liberalismo, quali libertà, autonomia, spirito di iniziative e progresso, e, dall'altro, le esigenze del socialismo, come l'eguaglianza, la giustizia sociale, la solidarietà umana e il diritto al benessere. Occorre, poi, osservare che l'espressione "socialismo" diviene ambivalente, nel dibattito einaudiano. «A volte è impiegata con (...) interesse positivo a denotare il riformismo gradualista concreto umanitario e utilitario e il connesso movimento sindacale e anche certi esperimenti romantici di socialismo utopistico, di carattere individualista. Altre volte è impiegato, con avversione e in senso denigratorio, a denotare il socialismo di stato, il collettivismo livellatore, il burocratismo irregimentatore, la demagogia invidiosa o violenta, l'estremismo rivendicativo e il lassismo finanziario per illusorie operazioni redistributive» L. EINAUDI, *Il mercato e il buongoverno*, Torino, 1982, 191. Di recente, sul pensiero di Rosselli, cfr. C. ROSSELLI, *Socialismo liberale (1930)*, Torino, 2009; L. ROCCA, *L'attualità del socialismo liberale di Carlo Rosselli*, Torino, 2006.

umani, ma soprattutto danno luogo a formazioni di potere privato, lesive della libertà di impresa e produttive di forme di diseguaglianza ed ingiustizia<sup>40</sup>.

La stessa efficienza allocativa che il liberismo classico attribuisce alla capacità di autoregolazione dei mercati, nell'ordoliberalismo, invece, non si realizzerà se i mercati saranno abbandonati a se stessi.

I mercati non devono diventare insieme accordi di cartello e posizioni di monopolio<sup>41</sup>.

Da qui la necessità della presenza di uno Stato "forte"<sup>42</sup> che sia in grado di correggere gli interessi precostituiti e quelli costituendi all'interno della società, e che, quindi, sia in grado di rompere gli accordi, i cartelli, le pratiche monopolistiche e di ricondurli a quel funzionamento ottimale del mercato che dovrà realizzare, negli assunti liberali, il massimo soddisfacimento dei bisogni collettivi.

A questo punto potrebbe sorgere il dubbio di essere in presenza di un novellato programma dirigitico in cui si riconosce l'impresa privata ma contemporaneamente si richiede uno Stato in grado di correggere i fenomeni distorsivi della libera concorrenza.

In realtà - ed è questo il terzo punto fondamentale - c'è una differenza profondissima fra le visioni dell' "economia dirigitica" e quelle dell' "economia sociale di mercato".

Lo Stato, in linea di fondo, deve essere "forte"<sup>43</sup> per far funzionare il mercato, non per proteggere le

---

<sup>40</sup> Sulla dicotomia fra "interventismo" e "non interventismo" dello Stato nell'ambito delle politiche comunitarie, con previsione di una "terza via", C. JOERGES, *The Market without the State? The Economic Constitution of the European Community and the Rebirth of the Regulatory Politics*, in «European Integration Online Papers», 1 (1997), n. 19.

<sup>41</sup> Già SRAFFA, *La lotta commerciale*, Pisa, 1894.

<sup>42</sup> «Pur condividendo l'idea di uno Stato interventista in materia economica, e più in generale l'esistenza di uno Stato "forte", la distanza del pensiero ordoliberal dal modello mercantile è, tuttavia, netta: lo Stato ha il compito di tutelare i mercati, non di tutelare le imprese esistenti, e tanto meno di imporre alle stesse di realizzare determinati risultati o fini precostituiti del potere politico; lo Stato dev'essere regolatore ed arbitro, ma non deve intervenire esercitando discrezionalità amministrativa nelle situazioni singole» M LIBERTINI, *op. cit.*, 216-217.

<sup>43</sup> «In che senso un'economia sociale di mercato impone che uno Stato forte e indipendente svolga alcune funzioni? Lo Stato deve essere innanzitutto produttore di beni pubblici (...). Lo Stato deve (...) supplire a ciò che il mercato non è in grado di fare, ma non deve sostituirsi al mercato quanto questo può operare efficacemente. Lo Stato deve essere dunque regolatore ed organizzatore di servizi di interesse economico generale. (...) Lo Stato deve essere anche regolatore di quei mercati che non sono in grado di creare equilibri efficienti (...). Insomma, una regolazione permanente si rivela per alcuni mercati sempre necessaria (...). Lo Stato deve essere infine garante del gioco della concorrenza nei mercati ordinari. La differenza rispetto al dirigitismo è grande (...)» perché questo tipo di intervento è «caratterizzato da rapporti relazionali privilegiati tra lo Stato e certe imprese, nonché da investimenti diretti dello Stato e, ancora, da regolazioni che tendono a proteggere prima le imprese esi-

imprese esistenti dal rischio che possa per esse rappresentare il funzionamento dei meccanismi di mercato.

«In sintesi, (...) l'economia sociale di mercato protegge i mercati e i consumatori, il dirigismo protegge soprattutto le imprese già affermate nei mercati<sup>44</sup>».

Da questo punto di vista la differenza è radicale e gli equivoci sono anche facili e frequenti, tanto che la formula "economia sociale di mercato" è stata utilizzata<sup>45</sup> in una accezione più vicina al dirigismo e al protezionismo che non a quello che la formula ha realmente rappresentato nella storia.

Operando una contrapposizione a larghe linee fra la teoria del *free market capitalism* e la teoria dello *State capitalism*, il modello di "economia sociale di mercato" è una teoria del libero mercato e non una teoria del capitalismo guidato e diretto dalla Stato, quale l'economia protezionistica e dirigistica.

Questa posizione porta a ritenere che l' "economia sociale di mercato" - volendo sintetizzare strettamente - teorizza uno Stato che protegga i mercati e non le imprese, laddove il dirigismo teorizza uno Stato che protegge le imprese esistenti più che il funzionamento del mercato.

L'ultimo punto fondamentale riguarda la supponenza dello Stato per tutto ciò che riguarda una serie di beni e servizi che i mercati in quanto tali non sono in grado di fornire.

Da questo punto di vista sono stati, soprattutto, gli epigoni dell' "economia sociale di mercato" a rafforzare il profilo della presenza complementare dello Stato produttore di beni pubblici e dello Stato garante di servizi pubblici, ai fini della creazione di

---

stenti e poi i consumatori» M LIBERTINI, *L'impatto dei vincoli comunitari sulla libertà di iniziativa economica*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, in *Atti del 4° Convegno Nazionale 16-17-18 aprile 2009, Capri, Napoli, 2010*, 398-399.

<sup>44</sup> M LIBERTINI, *op. ult. loc. cit.*, 399.

<sup>45</sup> «È interessante notare che, proprio in Italia, la proposta di ritorno a modelli di controllo diretto dei processi economici da parte del potere politico, è stata teorizzata, da diversi anni, dall'attuale Ministro dell'Economia (da ultimo nel notissimo G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano, 2008). Si può notare che Tremonti non usa mai il termine "mercantilismo" o "protezionismo" o "dirigismo", per definire l'insieme di soluzioni da lui proposte (che vengono così presentate come soluzioni nuove e di buon senso, non inquadrabili in esperienze che sono, invece, da tempo tipizzate), ed ha invece coniato il neologismo "mercatismo" per definire semplicemente il liberismo economico estremo. Questa volta, poi, Tremonti usa, per definire le sue proposte, il termine "economia sociale di mercato", che, invece, a mio avviso, è appropriato per designare il secondo, e non il primo, dei modelli elencati nel testo» M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Diritto privato comunitario*, P. PERLINGIERI-R. RUGGERI, Napoli, 2008, t. II, 20, nt. 11.

un benessere collettivo che non può essere garantito soltanto dalle merci seppur di elevata qualità offerta dal mercato.

Da qui l'enfasi di Konrad Adenauer<sup>46</sup>, nei suoi documenti sulla politica ambientale e tutela del debito, su quali siano le politiche necessarie - e comunque complementari - rispetto ad una visione di fondo in cui lo Stato deve assumersi compiti di pubblico interesse essenziale, mentre i mercati devono orientare la produzione sulla base delle libere scelte individuali e non sulla base di una politica industriale guidata dall'alto.

Conclusivamente i quattro punti riferiti consentono di evidenziare un altro aspetto che non è sempre chiarissimo: il modello dell' "economia sociale di mercato" è una teoria importante per ciò che riguarda i compiti dello Stato e non per ciò che riguarda il funzionamento del mercato.

Essa finisce con l'attribuire al mercato tutte le virtù che allo stesso erano state riconosciute dalla *tradizione smithiana*, per poi stabilire che lo Stato non deve sostituirsi al meccanismo, alla macchina meravigliosa del mercato, ma deve, piuttosto, correggerlo - in questa cornice che si è tentato di definire - selezionando le imprese di successo e le offerte di beni e servizi che devono avere successo.

La visione del mercato degli ordoliberali, da questo punto di vista, è molto semplificata e corrisponde a quella dell'economia neoclassica che dominava a quel tempo: quella della libera concorrenza in cui nessuno ha potere di mercato.

Rimane auspicabile che, atteso l'attuale contesto socio-economico, venga condotta nella politica della concorrenza una necessaria sintesi, solo apparentemente innaturale, fra i contenuti che in materia di buon funzionamento del mercato sono stati teorizzati dalla Scuola austriaca<sup>47</sup> - ossia la concezione dei mercati e della concorrenza come processo di rivalità dinamica e non già statica nonché come processo compositivo delle aspettative dei consumatori<sup>48</sup> - e la visione dei compiti dello Stato propria dell'ordoliberalismo<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> KONRAD, ADENAUER E STIFTUNG, *60 Years Social Market Economy - Jena Manifesto for the Renewal of the Social Market Economy*, Berlin, 2008.

<sup>47</sup> Sulla scuola austriaca, ed ivi per i riferimenti bibliografici, B. HERVÈ-M. PASSARELLA, "Concorrenza senza equilibrio. La scoperta imprenditoriale nella teoria economica Austriaca", in *Storia e Politica*, 2010, 2(2), 416-442; E. COLOMBATTO, "Dall'impresa dei neoclassici all'imprenditore di Kirzner", in *Economia Politica*, 2001, 18(2), 157-79.

<sup>48</sup> F.A. VON HAYEK, "Economia e conoscenza", in *Conoscenza, mercato, pianificazione*, F. DONZELLI (a cura di), Bologna, 1988, 246, e Id., "Il significato della concorrenza", *ivi*, 297.

<sup>49</sup> Trattasi di due correnti di pensiero che, in materia di antitrust, hanno avuto sorti e linee di sviluppo molto diverse nel scorso secolo. La Scuola austriaca, sostituendo alla configurazione statica dei mercati una visione dinamica della concorren-







La ricchezza e la validità di valore di questi contenuti può essere riconfermata anche nel presente e può condurre, in questa visione complessiva, a concepire il rapporto fra Stato e Mercato, come un rapporto che merita di essere tradotto nella costruzione di scelte e di strumenti giuridici adeguati e coerenti nell'azione quotidiana dell'Unione e degli Stati membri.

Da questo punto di vista, le teorie assertive di un diverso valore da attribuire alla formula "economia sociale di mercato altamente competitiva" dovrebbero essere giudicate con perplessità, ma soprattutto, al netto dell'evocata cornice storica, andrebbe maggiormente evidenziato il profilo più interno di una formula lessemica che ha sostituito, nell'impostazione degli articoli fondamentali del Trattato di Lisbona, la precedente formulazione dell'articolo 4 del Trattato di Amsterdam, il quale individuava nella libera concorrenza, uno dei valori fondamentali del Trattato, e, quindi, per estensione, del diritto dell'Unione europea.

Sulla base di un impulso che è venuto dalla Francia, la concorrenza è stata "declassata" e non inserita più fra i valori fondamentali del Trattato, rivestendo il ruolo di strumento di cui l'Unione europea deve avvalersi per realizzare i suoi obiettivi e finalità di intervento.

La scomparsa dell'addentellato linguistico "concorrenza", nell'articolazione interna dell'articolo 3 del Trattato Ue, è stata ritenuta<sup>50</sup> tacitativa di una scelta di politica legislativa conducente a "riconcet-

tualizzare" la tavola dei valori europei<sup>51</sup> e non già semplicemente a "risemantizzare" il tessuto letterale della norma medesima.

In verità rispetto al presunto "declassamento" della concorrenza vi sono delle osservazioni da sviluppare: da un lato, occorre dar conto di diversi indici testuali nel Trattato dai quali è possibile ricavare la sopravvivenza della natura valoriale - non già strumentale - delle concorrenza fra imprese, quale bene giuridico<sup>52</sup> di rango costituzionale; dall'altro, quando si discorre della concorrenza come valore<sup>53</sup>, in realtà, quello che si intende mettere in evidenza è un profilo che non riguarda il meccanismo di concorrenza fra le imprese *tout court*, ma la garanzia di libertà individuale che viene attribuita al meccanismo concorrenziale.

In altri termini si sostiene che la concorrenza è un valore in quanto un mercato concorrenziale è un mercato dove gli individui esprimono liberamente le loro scelte.

Questo è l'assunto di base che ha sicuramente la sua nobiltà e che, del resto, tutti gli osservatori, più o meno pacificamente, condividono: il mercato è una macchina meravigliosa ma al contempo feroce; una macchina che costringe imprese a fallire; una macchina che costringe ciascuno da un momento all'altro a non rinvenire più nel mercato un tipo di prodotto a cui si era abituati.

Il mercato seleziona e lo fa ferocemente.

E allora, *sic stantibus rebus*, resta da chiedersi la ragione per la quale venga ritenuta legittima questa selezione.

Se fosse un decisore politico ad ordinare il fallimento di una impresa, ad imporre la scomparsa di

za in libera e piena rivalità, considera negativamente ogni restrizione istituzionale al libero esercizio dell'attività imprenditoriale, giungendo, per tale via, a proporre l'abolizione dell'Istituzione dell'Antitrust, in quanto ritenuta più dannosa che utile. Vv. I. M. KIRZNER, *Perception, opportunity, and profit: studies in the theory of entrepreneurship*, Chicago-London, 1979, 66-77. Per un maggiore approfondimento, ID., *The driving force of the market: essays in Austrian economics*, London-New York, 2000, 66-77. In America la proposta di abrogare la legislazione *antitrust* si deve principalmente a L. THURLOW, *Let's Abolish the Antitrust Law*, in *New York Times*, 19 ottobre 1980; T. HAZLETT, *Is Antitrust Anticompetitive?*, 9 *Harv. Journ. of L. and Pub. Pol.*, 277, 1986; D. T. ARMENTANO, *Antitrust and Monopoly*, New York, 1982; ID., *The myths of antitrust: economic theory and legal cases*, New Rochelle-Arlington House, 1972. (Sul punto cfr. la linea in Italia dell'Istituto Bruno Leoni). L'ordoliberalismo ritiene, invece, che una politica antitrust sia necessaria anche se, poi, non ha idee rigorose su quelli che devono essere i compiti della politica antitrust rispetto alla limitazioni della concorrenza e nei confronti dell'integrazione del mercato. Sul punto, D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon Press - Oxford, New York, 1998, *passim*, in particolare 334. Vv. anche G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, 47 e spec. 93, il quale identifica nella legislazione antitrust una limitazione al potere privato.

<sup>50</sup> P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale di mercato nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 81.

<sup>51</sup> R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2008, 34.

<sup>52</sup> «La concorrenza non è solo una materia da ripartire tra lo Stato e le Regioni (...) ma è, prima di tutto, un bene da tutelare» G. CORSO, *La tutela della concorrenza*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, G. CORSO-V. LOPILATO (a cura di), I, Milano, 2006, 26. La visione ordoliberal dell'ordine concorrenziale come bene pubblico da tutelare, in V.J. VANBERG, *L'école de Fribourg: Walter Eucken e l'ordoliberalisme*, in AA. VV., *Histoire du libéralisme en Europe*, P. NEMO-J. PETITOF-PUF (a cura di), Parigi 2006, pp. 911-936. Sul punto, G. REALE-D. ANTISERI, *Storia della filosofia. Storia, epistemologia e filosofi americani del XX secolo*, Milano 2008, vol. 11, 218-219.

<sup>53</sup> In tal senso, G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 3, 981 e ss. Sono, invece, orientati in favore della "sterilizzazione" della concorrenza da qualsiasi connotazione valoriale nel quadro dei principi dell'ordinamento giuridico, L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo: regione e governo locale*, 2003, 345 ss., e in C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 331.

dati prodotti dal mercato, si avrebbe una insopportabile ingerenza e un vero e proprio atto di dispotismo, ma nella misura in cui questi fenomeni avvengono perché è il mercato - cioè la somma delle scelte degli individui - a portare determinate imprese a fallire e determinate produzioni a scomparire, allora, si ritiene che questo fenomeno sia accettabile e giusto.

E da questo punto di vista, cioè della libertà del consumatore, in sostanza, nulla è cambiato.

La concorrenza fra imprese è, in verità, un fatto ben diverso dalla libertà degli individui: esiste un equivoco di fondo nella teoria economica neoclassica nel formulare e nel costruire i propri modelli sulla base di una idea di società in cui i protagonisti sono gli individui portatori di libera volontà.

“Le imprese non sono individui”, sono organizzazioni gerarchiche con le loro strategie, le loro scelte che non hanno niente a che vedere con la libertà dell’individuo.

Sono vincolate legittimamente e giustamente al profitto.

La concorrenza fra imprese, quindi, è stata sempre “uno strumento” e “non un valore in sé”.

Non c’è ragione per considerare la concorrenza fra imprese un valore in sé: essa è uno strumento valido e importante in quanto è in grado di produrre quanti più beni e servizi e soddisfare una quantità, la più alta possibile, di bisogni individuali.

L’altezza e la legittimazione morale dell’efficienza allocativa risiede semplicemente in questo: vi è una certa quantità di risorse disponibili che è possibile accrescere e valorizzare, e, quindi, risulta giusto dar luogo ad un sistema di organizzazione dell’attività economica in cui l’offerta di beni e di servizi si accresca e soddisfi quanti più bisogni individuali possibili.

L’ “economia sociale di mercato” ricostruita in questo modo è perfettamente compatibile con una idea per cui la concorrenza fra imprese è uno strumento e non un valore in sé, per cui può essere sospesa quando è necessario, come, ad esempio, nella scuola dove è più importante l’uniformazione rispetto alla differenziazione; così può e deve essere corretta nei settori che vanno organizzati in funzione di interessi pubblici essenziali.

In conclusione, l’ “economia sociale di mercato” secondo la lettera del Trattato di Lisbona deve essere “altamente competitiva”.

Una *addenda* quest’ultima che, da un lato, può considerarsi angolare verso l’interno, poiché il dinamismo interno garantisce l’efficienza delle imprese e la loro capacità di reggere la competizione a livello internazionale; dall’altro, può ritenersi con riflessi verso l’esterno, nella direzione del protezionismo europeo.

Una accezione, in definitiva, *duplex* e in questa prospettiva la formula deve essere intesa ed interpretata.

### 3. Il sintagma “economia sociale di mercato altamente competitiva” nel Trattato di Lisbona. La scuola di Friburgo ed il modello di Chicago.

Il sintagma “economia sociale di mercato altamente competitiva” ha ricevuto non trascurabili innesi dalla storia dell’integrazione europea sotto il profilo della ripartizione delle competenze fra Stati Nazione e Unione in materia di politiche sociali.

Le radici culturali dell’eminente dissidio riguardavano il modello di armonizzazione preferibile, nell’evidenziata<sup>54</sup> alternativa fra una “armonizzazione soltanto economica” e la tensione verso una “armonizzazione comprensiva anche della normativa sociale”.

Il Primo Ministro francese Mollet propose l’adesione a quest’ultimo modello di armonizzazione, in quanto aperta a coinvolgere al suo interno anche i diritti sociali, ma prevalse l’opzione di segno contrario, risultando dato storico - ormai acquisito e notorio - l’intervenuta costituzione di una Comunità soltanto economica.

L’influenza maggiore nella direzione di una armonizzazione soltanto economica fu determinata proprio dagli ordoliberali, i quali - a differenza dei fautori della “democrazia sociale”, favorevoli a forme di interventismo dello Stato nell’economia - consideravano l’intervento autoritativo limitato alla definizione della cornice regolamentare entro cui deve svolgersi il dialettico confronto tra le forze del mercato<sup>55</sup>.

Gli ordoliberali, dopo una prima fase di affermazione del loro pensiero nella politica interna, entrano in crisi quando la Germania orientò l’indirizzo politico verso traguardi e modelli di stampo corporativo e solidaristici nella loro impostazione.

Un processo discendente, rispetto agli iniziali fervori, stigmatizzato efficacemente da Joerges con il ricorso alla formula frustrazione degli ordoliberali e del loro modello.

<sup>54</sup> C. JOERGES, *Europeizzazione come processo: tensioni tra la logica dell’integrazione e la logica della codificazione*, in M. MELI-M.R. MAUGERI (a cura di), *L’armonizzazione del diritto privato europeo. Il piano d’azione 2003*, Milano, 2004, 43.

<sup>55</sup> In tal senso, A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 75-97. Per la disputa fra fautori della “democrazia sociale” e sostenitori della “democrazia neoliberale” o “ordolibérale”, l’Autore (*ivi* nt. 15) rinvia rispettivamente ad A. ARNDT, *Planwirtschaft*, in *SJZ*, 1946, 169 ss. e F. BÖHM, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, *ivi*, 141 ss.



Così l'interesse degli ordoliberali si concentrò sull'integrazione europea e sull'affermazione di un modello di Comunità "paneconomica", con l'unica eccezione delle politiche agrarie - un dato quest'ultimo di particolare rilievo ed interesse, talvolta, non adeguatamente valorizzato nelle ricostruzioni del processo di integrazione europea.

Secondo Joerges si trattava di un sistema multi-livello<sup>56</sup>: un livello sovranazionale in cui opera la concorrenza e un livello nazionale in cui si realizzano le politiche sociali.

Un sistema così organizzato risultava congeniale alla visione degli ordoliberali.

Nell'ottica di questi ultimi, infatti, il modello non poteva né doveva essere sovraccaricato di confini politici che richiedessero quel tipo di legittimazione assicurata dalle Istituzioni delle democrazie costituzionali.

L'ordoliberalismo era coerente e compatibile con l'ordine istituzionale della Comunità economica europea come concepita in origine.

Il sistema di governo europeo ordoliberalo assegnava a livello sovranazionale la razionalità economica e la libera concorrenza, mentre a livello nazionale venivano trasferite e sviluppate le politiche sociali di tipo retributivo.

In realtà questo quadro, solido nei germinali avvisi, risulta essere nel tempo cedevole, fino al crollo avutosi a seguito di Maastricht (7 febbraio 1992, in vigore dal 1° novembre 1993) quando inizia ad essere attribuito alla Comunità economica europea un ruolo in materia di politiche sociali, sia pur limitatamente alla stabilità dei prezzi ed al disavanzo fiscale.

Una simile inversione di tendenza generò, gioco-forza, l'immediata messa in discussione delle certezze del sistema fino ad allora sostenute.

Si trattava, più nello specifico, di decidere la collocazione delle politiche sociali all'interno dell'Unione: se le politiche sociali dovessero rimanere relegate a livello nazionale oppure dovesse ritenersi intervenuta una loro "comunitarizzazione", venendo così ad occupare lo stadio sovranazionale.

A tale interrogativo era strettamente correlato l'ulteriore dubbio relativo alla titolarità delle competenze in materia di politiche sociali e quali fossero i soggetti istituzionali legittimati all'assunzione di simili decisioni.

Innanzi ad un simile panorama di irrisolte questioni giuridiche, anziché assumere posizioni adamantine e nette, la strategia adottata ha condotto a

rivolgersi alla tecnica del *soft law*<sup>57</sup>: un metodo che evita ed "oculta" le scelte di sistema nell'immediato, affidando al lungo periodo, allo scambio di informazioni, il tentativo di rinvenire la cd. *best practice*.

Questo metodo, seguito con particolare favore dai sociologi, non produce, in realtà, gli effetti attesi ed auspicati, pervenendo ad un'altrimenti inevitabile arresto<sup>58</sup>.

Il punto nodale è che un simile sistema, diviso per livelli, può anche risultare congeniale su un piano descrittivo, ma trasferito su un piano operativo

<sup>57</sup> Sui limiti dell'armonizzazione minima, M. MELI, *Gli sviluppi del diritto privato europeo e il «quadro comune di riferimento»*, in *I quaderni europei*, 2008, 8, «Ciò, relativamente a diversi profili: le direttive comunitarie utilizzano termini giuridici astratti, dei quali non viene fornita una definizione ed i medesimi termini possono assumere un significato diverso all'interno dei paesi destinatari; inoltre, trattandosi di uno strumento per definizione frammentario, le direttive, pur concernendo un medesimo ambito applicativo possono contenere al loro interno contraddizioni; infine, imponendo una misura di armonizzazione minima, le direttive non riescono ad eliminare del tutto il problema relativo alle differenze di legislazione nei singoli stati. L'obiettivo, dunque, è quello di andare oltre la prospettiva di armonizzazione indiretta e frammentaria, rappresentata dallo strumento della direttiva». G. ALPA, *Ragionevolezza e integrazione europea*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, *Atti del 4° Convegno Nazionale 16-17-18 aprile 2009, Capri, Napoli*, 2010, rileva che «anche il ricorso alle direttive ha dato luogo a diversi problemi come risulta dagli studi di ambito generale (v. ad es. la ricerca pubblicata nel mese di gennaio 2007 dalla DG Affari economici e finanziari, con il titolo *Steps towards a deeper economic integration: the internal market in the 21st century*, e il Rapporto *Internal Market. Scoreboard*, n. 18, del mese di dicembre 2008) e dagli studi di settore (v. ad es., la ricerca predisposta a cura dell'IMCO-Internal Market and Consumer Protection, dal titolo *Transposition, implementation and enforcement of consumer law*, del mese di febbraio 2009 sui diritti dei consumatori)».

<sup>58</sup> Il sistema di armonizzazione presenta l'innegabile vantaggio di ravvicinare le legislazioni in maniera temperata, evitando l'inconveniente di una omogeneizzazione delle tutele giuridiche calata *ex abrupto*, d'improvviso e senza preparazione del settore disciplinare che finisce per riceverne l'innesto. La vantaggioosità dell'armonizzazione è tale soltanto se intesa quale stadio preparatorio e, al contempo, precedente la successiva uniformazione disciplinare. Il mantenimento nel tempo di un livello di *soft law*, non seguito da una uniforme previsione regolamentare, finisce, infatti, per consolidare - e non già elidere - le disomogeneità esistenti fra i trattamenti giuridici nazionali, disperdendo il valore nucleare e primigenio dell'armonizzazione in un variegato orizzonte di interventi regolatori propri di ciascun ordinamento. In altri termini, la tecnica di *soft law*, non seguita da una uniformazione regolamentare, allontana e non avvicina i canali di comunicazione giuridica, con inevitabili conseguenze distorsive nella costituzione di un mercato unico. Sul punto, emblematica, la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. I, 3 giugno 2010, n. 484/08 - Rel. Tizzano - Pres. Levits - Giud. C. Toader, Ilesic e Kasel - Avv. gen. Trstenjak - Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), con nota A. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, *I Contratti*, 2010, 1, 880.

<sup>56</sup> L'espressione sistema multi-livello, applicata al processo di costruzione del diritto privato europeo, è di C. JOERGES, *Europeizzazione come processo: tensioni tra la logica dell'integrazione e la logica della codificazione*, cit., 43.





diviene inefficiente, perché si allargano gli ambiti di applicazione delle discipline della concorrenza, ossia le ipotesi che prima potevano essere considerate rilevanti a livello nazionale divengono rilevanti a livello comunitario.

Ma questa tutto sommato è una indicazione di non dirimente rilievo.

Il profilo più importante è, infatti, rappresentato dal rapporto fra le libertà economiche ed i diritti sociali.

Per lungo tempo questo rapporto è stato retto e modulato attraverso il ricorso a formule compromissorie, ossia creando delle immunità ad esempio in materia di sciopero.

Queste tecniche di compromesso sono divenute inadeguate nel momento in cui le Istituzioni comunitarie hanno preteso di coordinare il duplice livello, dando delle indicazioni di tipo procedurale almeno in una prima fase, cioè fino al 2002.

A conferma di ciò si tenga conto della sentenza *Wouters*<sup>59</sup>, in cui la Corte di Giustizia era stata chiamata a decidere se l'Ordine degli Avvocati olandese fosse da considerarsi una associazione di imprese e se il Regolamento dallo stesso adottato nel 1993 potesse essere ritenuto in contrasto con l'art. 82 Tratt. Ce (oggi 101 Tratt. Ce), nella parte in cui vietava forme di collaborazione tra i propri iscritti e gli appartenenti ad altre professioni libere.

La Corte di Giustizia, in considerazione del fatto che l'esercizio dell'attività forense è riconducibile al concetto comunitario d'impresa e che l'Ordine degli Avvocati va considerato come associazione di imprese, ha escluso che gli effetti restrittivi della concorrenza, come quelli imposti agli avvocati operanti nei Paesi Bassi, eccedano quanto è necessario per assicurare il corretto esercizio della professione di avvocato.

<sup>59</sup> Sentenza *Wouters* Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, n. 309/99, Racc. 2002, I-1577. In estrema sintesi, secondo S. BASTIANON - in *Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 195 - «l'insegnamento che sembra trarsi dalla pronuncia *Wouters* potrebbe essere il seguente: una decisione di un'associazione di imprese che restringe la concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, del trattato, può, tuttavia, essere sottratta a tale divieto, senza dover soddisfare le condizioni di cui all'art. 81, n.3, qualora l'associazione di imprese che ha adottato la decisione incriminata ritenga, a suo insindacabile giudizio e a prescindere da eventuali diverse soluzioni adottate in altri Stati membri, che tale decisione sia necessaria a salvaguardare il buon funzionamento di una determinata professione. Se così è, appare evidente l'abdicazione da parte della corte rispetto al suo ruolo di interprete esclusivo e qualificato del diritto comunitario e, soprattutto, di istituzione alla quale spetta il compito di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione delle norme del trattato». In dottrina, B. NASCIBENE-S. BASTIANON, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2002, 5, 602.

La pronuncia inaugura una tendenza che con le sentenze *Viking*, *Laval*, *Ruffert*<sup>60</sup>, si consolida in materia di relazioni sindacali<sup>61</sup>.

Queste sentenze, riferite alla libertà di stabilimento, hanno inciso in maniera significativa sul diritto di sciopero previsto negli Stati nazionali, riacutizzando quella contrapposizione, mai del tutto sopita, fra la richiesta di maggiore integrazione del mercato europeo ed il rischio di dispersione dei diritti sociali tutelati a livello nazionale<sup>62</sup>.

Si è così arrivati al Trattato di Lisbona senza il componimento dell'insidioso dissidio.

È, infatti, ancora fermo al tavolo degli operatori di settore l'interrogativo: "I diritti sociali sono collocabili a livello sovranazionale oppure devono rimanere ancorati al livello nazionale?".

Nonostante il Trattato di Lisbona ridisegni le competenze, al contempo, lascia impregiudicata quest'ultima questione.

La prolusione introduttiva e i richiami storici intervenuti non rappresentano una dispersione della linea di analisi, in una generica quanto generale rappresentazione della *quaestio iuris*, ma costituiscono elementi concorrenti nella ricostruzione del significato del sintagma "economia sociale di mercato altamente competitiva".

Occorre rilevare che, anche laddove si dovesse giungere a ritenere che la nozione di economia sociale dei mercati non abbia nessuna apertura solidaristica da ciò non può dedursi che l'Europa si sia dotata di un sistema poco incline ai profili solidaristici.

Anzi, al contrario, si può anche leggere questa stessa scelta come una opzione complessiva di orientamento a favore di un doppio livello corredato da correttivi e compromessi.

Non è detto, quindi, che l'interpretazione non solidaristica comporti necessariamente una descrizione del funzionamento complessivo dell'Europa in chiave non sociale.

E bisognerebbe anche stabilire se si sia voluto imprimere una svolta alla nozione di concorrenza a

<sup>60</sup> Per una revisione critica delle sentenze *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009, 57-58.

<sup>61</sup> V. G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 4, 975 ss.

<sup>62</sup> S. GIUBBONI, *Dopo Viking, Laval e Ruffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato*, in A. ANDREONI-B. VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, Roma, 2009. A. ANDREONI-B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea: dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Roma, 2009.





livello comunitario, perché è indubbio che ambedue le questioni interferiscono.

Nella Relazione introduttiva al Trattato di Lisbona, precedente la grande crisi finanziaria, ancora si coltivava l'illusione che ogni Nazione potesse fare da sé nella scelta del modello sociale possibile.

Oggi una simile opzione sembra ancora più discutibile, se non propriamente improbabile.

Potrebbe anche darsi - e gli ultimi documenti sembrano orientati in questa direzione<sup>63</sup> - che nel prossimo futuro si assista ad una rivisitazione degli equilibri immaginati nel Trattato di Lisbona come è anche possibile che questi equilibri utilizzino la formula economia sociale di mercato in una accezione innovativa e capace di far assumere ad essa significati ultronei rispetto alla nozione originaria.

Allo stato dei fatti non è neppure chiaro se il passaggio dalla lettera dell'art. 4 del Trattato di Amsterdam, che fa ricorso alla formula "economia di mercato in libera concorrenza", all'attuale previsione dell'art. 3 Tue, che, invece, accoglie l'espressione "economia sociale di mercato altamente competitiva", debba essere inteso come un indebolimento, un depotenziamento dell'ordine della concorrenza nel sistema del diritto europeo<sup>64</sup>.

La "risemantizzazione" della norma, in verità, non è in derivato disposto con una variazione sostanziale dello stato della concorrenza nel sistema europeo, in quanto devono tenersi in conto gli indici testuali dell'articolo 120 del Trattato sul funzionamento dell'Unione<sup>65</sup> (cd. Tr.F.U.E) e, a loro volta, quelli dell'art. 119<sup>66</sup> del medesimo Trattato.

Aggiungerebbero credito a tale impostazione ricostruttiva anche le disposizioni contenute nei protocolli e allegati ai Trattati, le quali per previsione dell'art. 51 Tr.U.E., costituiscono parte integrante degli stessi trattati, nonché il protocollo n. 27, nel quale è contenuto un considerando, a tenore del quale «*il mercato interno ai sensi dell'art. 3 (...)*

*comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata».*

Ad esso fa seguito una norma che attribuisce all'Unione il potere di azione per perseguire tale fine, pur con una procedura garantista che richiede la deliberazione unanime del Consiglio<sup>67</sup>.

Per stabilire, allora, se c'è stata o meno una modifica del modo di intendere la concorrenza bisognerebbe verificare quale era il modo di intenderla immediatamente prima dell'introduzione del Trattato di Lisbona.

Nell'ultimo periodo si è registrata una forte influenza della Scuola di Chicago nell'interpretazione della disciplina dell'antitrust nell'Unione e ciò sia con riferimento all'art. 101 (*ex* 81), in materia di intese, sia con riferimento all'interpretazione dell'art. 102 (*ex* 82), in materia abuso di posizione dominante.

Rispetto a quest'ultima normativa sono stati elaborati criteri di valutazione delle pratiche abusive modellati sul paradigma dell'efficienza allocativa, in aperta corrispondenza all'affermarsi del modello statunitense di Chicago<sup>68</sup>: tendenza verso l'ortodossia neoclassica.

L'approccio *chicagoan* muove dall'assiomatica premessa che il fine esclusivo delle norme di tutela della concorrenza<sup>69</sup>, quale forza motrice del mercato, deve essere quello dell' "efficienza allocativa" (cd. profilo effettuale), rappresentato dalla collocazione nel modo più efficiente delle risorse produttive.

Dall'allocazione di beni e servizi dipende, infatti, il "benessere collettivo", intercorrendo una perfetta e coincidente circolarità fra *consumer welfare* e *social welfare*.

"Efficienza allocativa" e "benessere collettivo" compongono, nel modello *chicagoan*, una singolare correlazione, la quale riverbera inevitabili corollari

<sup>63</sup> Comunicazione della commissione, *Verso un atto per il mercato unico Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva*, 27 ottobre 2010.

<sup>64</sup> PETIT, *Traité de Lisbonne ed politique de concurrence - Rupture?*, in *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2008, 265 ss.

<sup>65</sup> L'articolo 120 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (che, nel suo art. 1, è dichiarato come avente - lo stesso valore giuridico del Trattato dell'Unione), dispone che - *Gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119*".

<sup>66</sup> L'art. 119 Tr.F.U.E. sancisce che la politica economica dell'Unione e degli Stati membri è condotta "ai fini enunciati nell'art. 3 del Trattato sull'Unione" (tra i quali fini vi è quello di mantenere una - *economia sociale di mercato fortemente competitiva*).

<sup>67</sup> In un'ottica negazionista dello "smarrimento" della concorrenza come principio generale del diritto dell'Unione Europea, P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale di mercato nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 81 ss.

<sup>68</sup> Sulla genesi della Scuola di Chicago v. R. POSNER, *The Chicago Law School of Antitrust*, Univ. Penn. L. R., 925 (1979), n. 127; G. STIGLER, *The Organization of Industry*, Chicago, University of Chicago Press, 1968. Sul pensiero della Scuola di Chicago, BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978; R. A. POSNER, *Antitrust law: an economic perspective*, Chicago, (1976), 2001.

<sup>69</sup> Secondo M. LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., 227, nt. 137 «La concorrenza, come realtà di fatto, cioè come modo di effettivo funzionamento dei mercati, è stata sempre intesa come uno strumento per il raggiungimento di fini politici ulteriori (...). A seconda del fine ultimo perseguito, la nozione di concorrenza si piega, sì da assumere fisionomie diverse(...) Nell'impostazione della Scuola di Chicago, la concorrenza meritevole di tutela è quella, e solo quella, che determina il migliore risultato in termini di efficienza allocativa».

applicativi, innanzitutto, sul funzionamento delle imprese, chiamate ad operare, con perfetta razionalità, in funzione del fine ultimo della massimizzazione dei profitti.

In secondo luogo, siffatta concatenazione dialettica condiziona, in maniera determinante, la qualificazione stessa della concorrenza, intesa in termini di entità di fatto strumentale alla crescita dell'offerta complessiva a disposizione dei consumatori, con capacità di autocorrezione dei fenomeni distorsivi, quali cartelli, concentrazioni, intese e abusi.

Ancora essa delegittima l'intervento dello Stato rispetto al libero svolgimento delle forze imprenditoriali nelle economie di mercato, reputandosi l'eterodeterminazione autoritativa un impedimento - non già un ausilio - per la massimizzazione dell'efficienza produttiva e distributiva delle imprese.

Infine esercita una deterrente incidenza sulla configurazione delle politiche *antitrust*, in quanto le operazioni imprenditoriali, potenzialmente restrittive o distorsive del mercato, vengono ad essere vagliate in funzione del criterio dell'efficienza allocativa<sup>70</sup>.

In pratica si ritiene che le intese, le operazioni di concentrazione come l'abuso di posizione dominante non devono essere vietate *tout court*, ma soltanto laddove, dall'esame del caso concreto, si appalesi una attitudine compromissoria dell'efficienza produttiva come allocativa dei mercati<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> In Italia, F. DENOZZA - *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1988, 18-19 - evidenzia le quattro importanti innovazioni che «che la scuola di Chicago ha costantemente posto al centro delle sue elaborazioni come frutto di "novità" di cui un moderno diritto *antitrust* dovrebbe tenere adeguato conto. La prima riguarda (...) la proposta di non intervenire nei confronti delle pratiche i cui effetti monopolistici non sono assolutamente certi: nel dubbio, si presuma l'efficienza. La seconda questione (...) riguarda le nuove dimensioni che avrebbe assunto la concorrenza, con il conseguente enorme accrescimento della capacità di autocorrezione del mercato. (...) La terza questione riguarda l'efficienza che sarebbe stata raggiunta dai mercati finanziari contemporanei (...). Così, dall'assoluta trasparenza di tale mercato dipende la possibilità di eliminare la dimensione dal novero delle c.d. barriere all'ingresso. (...) L'ultima questione riguarda l'eccessiva espansione del settore pubblico, accusato di essere il principale (se non l'unico) artefice delle limitazioni alla concorrenza realmente capaci di incidere in maniera negativa e duratura sul benessere dei consumatori ed indicato come il vero bersaglio di una moderna legislazione *antitrust*».

<sup>71</sup> «Intese e concentrazioni, anche quando raggiungono (...) livelli di incidenza sulla concorrenza, possono essere assolte se il sacrificio della concorrenza è richiesto da esigenze o compensato da benefici di ordine economico e sociale (...): produttività in senso qualitativo e quantitativo, miglioramento delle condizioni di offerta e della distribuzione, progresso tecnico e tecnologico, concorrenzialità internazionale, rilevanti interesse dell'economia nazionale. (...) Di particolare rilievo "privatistico" è la constatazione che il fondamento dell'antigiuridicità di intese e concentrazioni "negoziali" non si coglie nella (sola)

Si consideri una operazione di concentrazione determinata da una maggiore efficienza distributiva, la quale, innalzando i livelli di profitto, accresce la penetrazione dell'impresa nelle quote di mercato e con essa il grado di concentrazione nello stesso.

Ebbene se rispetto ad una simile ipotesi di concentrazione applicassimo categorie di valutazione ancorate semplicemente alla salvaguardia *tout court* del "procedimento concorrenziale", senza considerare la realizzazione di obiettivi efficientistici, il giudizio dell'Antitrust non potrebbe che essere di segno negativo.

Laddove, invece, le scelte di politica antitrust fossero dettate in funzione del criterio efficientistico, allora, non vi sarebbero ragioni ostative a permettere la formazione, all'interno del mercato, di strutture concentrate da ragioni di maggiore efficienza allocativa.

La Scuola di Chicago promuove, in definitiva, una approccio caso per caso ed una metodica di bilanciamento<sup>72</sup> fra gli effetti anticoncorrenziali e proconcorrenziali della operazione di concentrazione, all'esclusivo scopo di stabilire se l'incremento dell'allocatione produttiva e distributiva delle risorse compensi o meno le conseguenze distorsive tipiche della struttura concentrata.

La prevalenza degli effetti positivi, in termini di accresciuta razionalità economica e di incremento dell'efficienza del mercato, compensa e si sostituisce all'intervento correttivo delle Autorità antitrust.

La proposta di sterilizzare l'intervento autoritativo viene in verità estesa anche nei confronti delle pratiche monopolistiche i cui effetti non sono assolutamente certi: nel dubbio deve presumersi l'efficienza<sup>73</sup>.

causa (a volte addirittura "tipica" e comunque non incompatibile con un giudizio di meritevolezza) ma nel concreto effetto (anticoncorrenziale) o meglio in una "quantità" dell'effetto: e nella quantità dell'effetto confrontata con i diversi valori sopra richiamati» G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, II, 546.

<sup>72</sup> «Nei processi applicativi delle norme sui diritti fondamentali la tecnica del bilanciamento è, essa stessa, la forma della decisione, la quale consiste in un giudizio di prevalenza di uno o l'altro dei principi che nel caso concreto vengono a configgere, oppure di concorrenza dell'uno con l'altro in condizione di reciproca limitazione» L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 122 e 132. Sul tema cfr. P. PERLINGIERI, *Valori normativi e la loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 802-804; L. LONARDO, *Informazione e persona. Conflitto di interessi e concorso di valori*, Napoli, 1999, 188.

<sup>73</sup> «Il ragionamento così impostato, è inaccettabile. Se si offre la positiva che una certa pratica ha effetti migliorativi sul piano dell'efficienza, ciò andrà tenuto nel debito conto. Ma se la funzione della pratica è incerta, la sua liceità non può essere dedotta da una presunta assenza di interesse dell'impresa a porre in essere una restrizione della concorrenza. Un esempio potrà







Contro l'affermarsi del modello di Chicago si sono levate più voci<sup>74</sup>, le quali hanno rilevato che il

chiarire i termini del dissenso. Se si dimostra che un'intesa verticale è indispensabile per assicurare al consumatore certi servizi pre-vendita, essa potrà anche essere ritenuta lecita. Quando però l'intesa riguarda, come pure è frequente, prodotti tradizionali, assolutamente standardizzati, la (...) premessa per cui il produttore non avrebbe mai interesse a limitare la concorrenza tra i distributori del suo prodotto non può, in assenza di un chiarimento sul perché in concreto l'intesa è adottata, motivarne la liceità. La regola "nel dubbio si presuma l'efficienza" può anche esprimere un nobile atto di fede, ma non può pretendere di assurgere a credo universale» F. DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, cit., 19, nt. 40.

<sup>74</sup> F. DENOZZA-A. TOFFOLETTO - in *Contro l'utilizzazione dell' "approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust, in Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 563-565 - osservano come l' "approccio economico" sarebbe caratterizzato da tre elementi: concentrare l'attenzione sulla sostanza del comportamento rifiutando ogni rilevanza della forma; accertare caso per caso l'incidenza della pratica imprenditoriale sui consumatori, in termini di riduzione del *consumer welfare*; valutare in tale ultima eventualità se sussiste un qualche effetto in grado di essere positivamente apprezzato sul piano dell'efficienza (563). Ad avviso degli Autori nessuna di queste indicazioni può essere apprezzata con favore, in quanto un approccio economico nella identificazione della *rule of reason* dell'art. 101 TUE (ex art. 81) finisce, da un lato, con lo svuotare il potere legislativo, unico legittimato alla fissazione del fascio di interessi sotteso all'intervento regolamentare, e, dall'altro, con l'accrescere in maniera ingiustificata il potere dell'interprete chiamato, di volta in volta, a stabilire l'opportunità di intervento dell'Autorità antitrust (564). «L'interprete non è il "gestore" dello scopo perseguito dal legislatore. Il "gestore" è la norma, così come è stata formulata dal legislatore e l'interprete è un ausiliario non privo di discrezionalità, ma comunque vincolato a muoversi in uno spazio (...) definito dalla norma, non dallo scopo identificato come protetto». *Contra* M. POLO - in *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, *ivi*, 131 - ritiene, invece, che la varietà e la mutevolezza polimorfica delle pratiche commerciali sconsiglia un approccio formalistico della tecnica di individuazione delle condotte vietate, risultando ogni rigida classificazione, costruita *ex ante*, inidonea a contenere una fenomenologia dialettica. E non va neppure trascurato il fatto che una medesima pratica può servire «non soltanto per escludere concorrenti efficienti dal mercato, ma per raggiungere obiettivi di efficienza potenzialmente favorevoli ai consumatori». Così la «fissazione del prezzo di rivendita può essere uno strumento per rendere più trasparente il mercato a fini collusivi o, alternativamente, uno strumento adatto a sostenere gli sforzi di vendita promossi dai distributori. L'intervento antitrust, pertanto, deve tenere conto di queste ulteriori motivazioni distinguendo i casi nei quali una determinata pratica è attuata con finalità anticompetitive e quelli in cui invece essa consente dei guadagni di efficienza. (...) Da queste considerazioni nasce l'utilità di ancorare la valutazione delle diverse pratiche ai loro effetti, con un passaggio dalla forma alla sostanza». Secondo R. PARDOLESI - *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, *ivi*, 2007, 119 - «la difesa intransigente di schemi formalistici appare, nella circostanza, non soltanto vana, ma foriera di guasti applicativi (...). È vero che il paradigma del *consumer welfare* (...) sembra puntare nella direzione di un'analisi caso per caso, che nega certezza al diritto; ma quel paradigma non rappresenta uno strumento operativo, quanto una finalità tendenziale, in funzione della quale vanno "tarate" le regole operazionali da applicare al caso concreto».

suo affermarsi avrebbe determinato un mutamento arbitrario della politica e del diritto comunitario della concorrenza.

In realtà, a ben vedere, siffatto modello iperliberista, neoclassico, ha subito un arresto già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Infatti, in una Comunicazione del dicembre 2008 "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE (in riferimento al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti dal mercato cd. abusi escludenti)", la Commissione, anche se minimizza su alcuni dati testuali che sembrano richiamare il metodo basato sulla *efficiency*, quindi, sulla scia della Scuola di Chicago, in realtà, continua a riferire i classici capisaldi caratterizzanti l'analisi comunitaria delle pratiche di aggiudicazione.

Si registra cioè un sostanziale immobilismo, rimanendo inalterata l'impostazione precedente contenuta - come sembra - entro i confini di categorie non ancorate al criterio dell'efficienza.

Il dibattito fra gli interpreti, insomma, ruota ancora intorno al modello di interpretazione preferibile della disciplina comunitaria in materia di antitrust.

L'alternativa è fra un modello di stampo neoclassico, basato sull'efficienza allocativa, ed un modello tradizionale di mera salvaguardia del "procedimento concorrenziale" e dello svolgimento corretto del mercato.

E in una simile temperie economica, il ricorso ad opera del Trattato di Lisbona alla formula lessemica "economia sociale di mercato" assume e custodisce una valenza particolare, sicuramente non trascurabile, nella misura in cui si intenda assegnare ad essa un significato di transizione: "il principio della libertà sul mercato, declinato unitamente a quello della perequazione sociale, di modo da conciliare la ragionevolezza economica con la sostenibilità sociale".

Il modello di Friburgo ha ricevuto nel tempo distinte correnti di pensiero: da un lato, Röpke<sup>75</sup> e Einaudi<sup>76</sup>, i quali facevano leva sulla libertà della per-

<sup>75</sup> Secondo W. RÖPKE - in *La crisi sociale del nostro tempo*, Torino 1946, 64-65 - il mercato esige «uno Stato forte (...) un diritto profondamente meditato e conforme alla costituzione economica». Il compito dello Stato «non è né di prender parte al gioco né di prescrivere ai giocatori tutte le mosse, ma invece di vegliare con assoluta imparzialità e incorruttibilità per la più stretta osservanza delle regole del gioco (...) e lo Stato senza il quale non può sussistere una vera e genuina economia del mercato» (*ivi* 241).

<sup>76</sup> L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale* (1944), F. CAFFÈ (a cura di), Torino, 1977, 14-15 «la concorrenza (...) è la salvaguardia del consumatore (...) il quale ha, ministro ubbidiente, esecutore fedele dei suoi ordini, il prezzo. (...) Chi non voglia

sona umana, sulla responsabilità e insieme sulla concorrenza, il tutto inquadrato nel principio degli “interventi conformi”<sup>77</sup>; dall’altro, Erhard<sup>78</sup> e lo stesso Müller-Armack, i quali privilegiano una opzione ricostruttiva del sistema avente per fondamento la libertà realizzata in un mercato efficiente e per confini l’autonomia e la responsabilità; il tutto tenuto insieme dalla solidarietà sociale e dalla sicurezza.

Il riferimento all’economia sociale di mercato va fatta partendo da questo tipo di impostazioni, dall’identificazione dei capisaldi di pensiero di coloro che, pur credendo fermamente nel funzionamento spontaneo<sup>79</sup> del mercato, allo stesso tempo, giungono alla conclusione che un mercato abbandonato a se stesso, al suo libero svolgersi, senza un ordine, è destinato inevitabilmente a tendere verso la creazione di monopoli e di intese<sup>80</sup>.

---

trasformare la società intera in una immensa caserma o in un reclusorio, deve riconoscere che il mercato, il quale raggiunge (...) il risultato di indirizzare la produzione e di soddisfare alla domanda effettiva dei consumatori, è un meccanismo che (...) merita (...) di essere studiato attentamente per essere a poco a poco perfezionato». Sul pensiero di Einaudi, AA.VV., *Luigi Einaudi: Libertà economica e coesione sociale*, A. GIGLIOBIANCO (a cura di), con prefazione di M. DRAGHI, Roma-Bari, 2011.

<sup>77</sup> «Il frutto più interessante dell’incontro intellettuale fra Einaudi e Ropke riguarda la teoria degli interventi conformi, che mi sembra il principio di base e il modo per segnare i confini di una politica economica di indirizzo liberale che si voglia distaccare in modo coerente dal *laissez-faire* del puro liberalismo» F. FORTE, *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in *Rivista di Storia economica*, 224. Secondo Ropke - in *La crisi sociale del nostro tempo (1942)*, Roma, 1946, 198 - “conformi” sono «quegli interventi che non sopprimono la meccanica dei prezzi e l’autogoverno del mercato così ottenuti, ma vi si inseriscono, quali “nuovi dati” e ne vengono assimilati, mentre sono “non conformi” quelli che distruggono la meccanica dei prezzi e debbono di conseguenza sostituirla con un ordine economico programmatico, cioè collettivistico».

<sup>78</sup> L. ERHARD, *Benessere per tutti*, (1957), Milano 1959, e ID., *La politica economica della Germania*, (1962), Milano, 1963. G. REALE-D. ANTISERI - in *Storia della filosofia*, cit., 221 - riferiscono che «il dilemma cui Erhard si trovò di fronte era se bisognava ridare posto alla libertà o, tramite un’economia centralisticamente pianificata, tornare in una situazione di servitù e di sottomissione totale allo Stato. La scelta di Erhard fu chiara: lo Stato ha il compito di garantire l’ordine economico, rendendo possibile una concorrenza libera e corretta ed ergendosi così a difensore dell’interesse generale. La concorrenza è il mezzo più adeguato per il conseguimento dell’equità sociale: un’idea comune a Eucken e a Erhard».

<sup>79</sup> «L’idea (...) del mercato come un ordine spontaneo, può essere illuminante dal momento che genera la consapevolezza del modo in cui gli scambi tipici di un mercato non pianificato possono coordinare le attività umane meglio di qualsiasi piano; ma è profondamente fuorviante se suggerisse che la struttura istituzionale del processo di mercato ci è offerto come un dato naturale» J. GRAY, *The Moral Mandate of Market Institution*, IEA, Health and Welfare Unit, Chose in Welfare Series No. 10, London, 1992, 29.

<sup>80</sup> «Il mercato non può essere abbandonato a se stesso. Il legislatore, ossia noi stessi che dobbiamo eleggere coloro che fanno

Si giustifica in quest’ottica l’idea di un intervento correttivo dello Stato, che, nei fatti, non si limiti soltanto a ciò, incidendo anche sulle esternalità<sup>81</sup>.

Le politiche di solidarietà, in realtà, possono essere soltanto di tipo verticale, e, quindi, operanti al di fuori dei confini del mercato.

Va detto che è pure ammessa una forma di protezione del mercato del lavoro, ma resta una teoria descritta entro il paradigma liberale, non certo all’interno del paradigma solidaristico.

Si tratta di un compromesso, di una posizione mediana, né totalmente nella direzione della “procedimentalizzazione” della concorrenza né compiutamente adesiva ai richiami di “efficienza allocativa”.

Una posizione che non disdegna di inserire una norma di stampo tipicamente derogatoria come quella sull’abuso della posizione dominante.

Un compromesso, però, che non ha alcun punto di convergenza con quanto prescritto dalla Scuola di Chicago in punto di assegnazione di un primato alla massimizzazione del *surplus* nell’interpretazione dell’art. 102 Tue (*ex art.* 82).

L’incidenza del modello *chicagoan* nell’interpretazione della disciplina antitrust comunitaria fa sì che molti di coloro che si pronunciano a favore dell’economia sociale di mercato non usano questa espressione nel senso di Röpke e Einaudi ma si riferiscono ad una socialità che colleghi il sistema della concorrenza.

---

le leggi, dobbiamo sapere che il mercato può essere falsato da monopoli. Fin che si tratta di piccole trincee che ogni produttore scava intorno a sé per proteggersi contro i controcorrenti, poco male. (...) Ma possiamo impedire che monopolisti veri e propri rialzino i prezzi, scemino la produzione e guadagnino grosso. (...) Il mercato, che è già uno stupendo meccanismo, capace di dare migliori risultati entro i limiti delle istituzioni, dei costumi, delle leggi esistenti, può dare risultati ancora più stupendi se noi sapremo perfezionare e riformare le istituzioni, i costumi, le leggi, entro le quali esso vive allo scopo di toccare più alti ideali di vita. Lo potremo se vorremo», L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1949, 36.

<sup>81</sup> «Alla radice del modello di economia sociale di mercato (...) si sviluppa l’idea che lo Stato non debba essere il decisore economico fondamentale, che non debba decidere dove, come e a favore di chi investire, non debba avere rapporti relazionali privilegiati con le imprese. Si sviluppa, quindi, un’idea antidirigistica (...). L’altro pilastro del pensiero ordoliberal è quello per cui non ci si può fidare, a differenza del liberalismo classico, dell’ordine spontaneo dei mercati. (...) L’ordine spontaneo dei mercati crea potere monopolistico; il potere monopolistico tende a frenare lo sviluppo economico e tende a creare iniquità dal punto di vista sociale. Il compito dello Stato diventa, allora, quello di tutelare la concorrenza e il buon funzionamento dei mercati» M. LIBERTINI, *L’impatto dei vincoli comunitari sulla libertà di iniziativa economica*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, in *Atti del 4° Convegno Nazionale 16-17-18 aprile 2009, Capri*, Napoli, 2010, 397.



Il punto è stabilire se possa condursi la riflessione oltre la linea di orizzonte intravista: stabilire se possa assegnarsi alla formula economia sociale di mercato altamente competitiva una vocazione e una accezione compiutamente solidaristica.

Tenendo conto delle riflessioni, fin qui sviluppate, l'approdo naturale dovrebbe essere di segno negativo.

Eppure non trascurabili ancoraggi di salvezza sono rintracciabili nel Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, di Mario Monti, 9 Maggio 2010, "Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea"<sup>82</sup>.

Una eco di apertura solidaristica sembrerebbe essere contenuta nel capitolo 3, rubricato "un mercato unico per un' economia sociale di mercato fortemente competitiva", a tenore del quale "(...) il sistema dell'UE ha accumulato asimmetrie interne fra l'integrazione del mercato a livello sovranazionale e la protezione sociale a livello nazionale, che generano attriti e danno origine a disincanto e avversione nei confronti dell'apertura del mercato"<sup>83</sup>.

Affinché il rilancio del mercato unico sia durevole è necessario rimuovere tali fonti di attrito in modo mirato.

In alcuni casi ciò significa adeguare le norme esistenti che disciplinano il mercato unico per tenere conto delle esigenze dei contesti sociali e locali.

In altri casi, è necessario coordinare maggiormente i sistemi normativi nazionali, per assicurare la loro coerenza con i principi dell'UE e l'aderenza ad essi. Nelle pagine seguenti, la relazione esamina le sfide strategiche e le possibili azioni in materia di libera circolazione dei lavoratori, servizi sociali d'interesse generale, appalti pubblici, politiche industriali, coordinamento delle politiche fiscali e politica regionale.

Questi sono gli elementi fondamentali per riconciliare il mercato unico e la dimensione sociale e dei cittadini, secondo la logica del trattato di un' "economia sociale di mercato fortemente competitiva".

In estrema sintesi, la proposta che emerge dal Rapporto di Monti<sup>84</sup> interroga l'alternativa fra l'inclusione dei diritti sociali, in particolar modo, del diritto di sciopero, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea, vale a dire la fondazione di nuove immunità, ed il loro mantenimento nel ventre dei diritti degli Stati interni.

Si tratta, di conseguenza, di stabilire se sia possibile attendersi, rispetto alle politiche sociali, "un modello unitario" oppure "politiche sociali diversificate nei vari ordinamenti".

Il rapporto - è ben vero - richiama l'opportunità di aumentare la flessibilità delle norme in materia di servizi pubblici nonché la costruzione di politiche industriali compatibili con la concorrenza, ma in quel rapporto la dimensione sociale resta pur sempre compatibile con il modello tradizionale ordoliberal, soprattutto, se si fa riferimento ad un doppio livello di intervento corredato da immunità e flessibilizzazioni.

Un ulteriore elemento di riflessione giunge anche dalla Comunicazione della Commissione<sup>85</sup> del 27 ottobre 2010 per una economia sociale di mercato altamente competitiva, la quale potrebbe intendersi in chiave di rivisitazione della disciplina in materia di aiuti di Stato, la quale, però, resta anch'essa compatibile con la visione ordolibérale.

Tutto sommato, nei termini cui è prodotta la Comunicazione siamo ancora all'interno del paradigma ordoliberal, se non fosse per le proposte della Commissione racchiuse, rispettivamente, nei numeri 36<sup>86</sup> e 38<sup>87</sup>, dove emerge il richiamo alla consultazione pubblica di *governance* delle imprese e il riferimento alla responsabilità sociale delle imprese.

Dietro le proposte di sviluppo di progetti imprenditoriali innovativi sul piano sociale, di miglioramento della trasparenza delle informazioni fornite dalle imprese sugli aspetti ambientali e sul rispetto dei diritti umani, si intravede anche spazio per l'adesione ad una concezione diversa e più solidaristica dell'economia di mercato rispetto a quella delle origini.

Trattasi di segnali da cogliere, ma occorre attendere la loro concretizzazione, la transizione dalla

<sup>85</sup> Comunicazione della commissione, *Verso un atto per il mercato unico Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva*, 27 ottobre 2010, in <http://eur-lex.europa.eu>, spec. 20, «Pur rispettando i regimi di protezione sociale che rientrano fra le competenze degli Stati membri, vi sono numerosi settori in cui la dimensione umana dell'economia "sociale" di mercato deve consentire di costruire meglio la fiducia e garantire buone prestazioni in seno al grande mercato».

<sup>86</sup> Proposta n. 36: nel 2011 la Commissione proporrà un'iniziativa per l'imprenditoria sociale intesa a sostenere e ad accompagnare lo sviluppo di progetti imprenditoriali innovativi sul piano sociale nell'ambito del mercato unico, utilizzando in particolare il *rating* sociale, l'etichettatura etica e ambientale, gli appalti pubblici, l'attuazione di un nuovo regime per i fondi di investimento e la raccolta del risparmio "dormiente".

<sup>87</sup> Proposta n. 38: la Commissione avvierà una consultazione pubblica (Libro verde) in materia di *governance* delle imprese. Essa avvierà una consultazione pubblica anche sulle possibili opzioni per migliorare la trasparenza delle informazioni fornite dalle imprese sugli aspetti sociali e ambientali e sul rispetto dei diritti umani. Le consultazioni potranno sfociare in iniziative legislative.

<sup>82</sup> M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso 2010*, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>83</sup> Id., *op. cit.*, 70 e ss.

<sup>84</sup> Id., *op. ult. loc. cit.*, 73.



mera enunciazione di principio alla pratica di diritto.

Occorre attendere gli ulteriori sviluppi per giungere a risultati sicuri, atteso che le mere declamazioni, assurte a categoria, possono diventare, se non seguite da regole operative, delle trappole nominalistiche.

In definitiva, le nuove frontiere della sfida interna all'Unione riguarda la tendenza ad allontanarsi dall'originaria accezione di economia sociale di mercato, spostando la partita dei diritti sociali a livello sovranazionale.

#### 4. La crisi dei mercati finanziari: un'analisi economica e giuridica<sup>88</sup>.

Nell'analisi degli indici diagnostici della crisi dei mercati finanziari echeggia forte il richiamo al Welfare State<sup>89</sup> e con esso alla possibilità dell'intervento pubblico nel mercato, per come sviluppatesi nella seconda metà del secolo scorso fino agli anni ottanta.

L'economia politica in quegli anni era chiamata comporre il rapporto fra due categorie: da un lato, l'efficienza<sup>90</sup>, e, dall'altro, l'equità<sup>91</sup>.

L'equità era intesa in chiave prevalentemente verticale, ossia nel senso della riduzione delle disuguaglianze con una impostazione più o meno centralizzata di giudizi di valore.

<sup>88</sup> «Economia e diritto si intersecano, si integrano, confliggono anche, ma sono destinati a essere considerati quali aspetti essenziali di una realtà unitaria e storicamente condizionata» P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 272. Sono, in verità, realtà che si condizionano reciprocamente. Esse «non sono e non possono essere (...) separate e contrapposte». «Non possono esservi beni economici, e scambi di tali beni, senza regole che ne stabiliscono i presupposti di utilizzazione e le condizioni della loro circolazione» P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 265.

<sup>89</sup> L. GRAZZINI-A. PETRETTO, «Dimensioni e composizione della spesa per il welfare e crescita economica», in M.C. GUERRA-A. ZANARDI (a cura di), *Rapporto di Finanza Pubblica*, Bologna, 2005. Vv. F. FELICE, *Welfare society*, Rubbettino Soveria Mannelli, 2007.

<sup>90</sup> Sui criteri di efficienza nella politica economica, v. N. KALDOR, *Welfare propositions of Economics and interpersonal comparisons of utility* in *Economic Journal*, 49, 1939, 549-52 e J. HICHS, *The Foundations of Welfare Economics*, in *Economic Journal*, 49, 1939, 696-712; *ex pluribus*, R. POSNER, *Utilitarianism, economics, and legal theory* in *Journal of legal studies*, 8, 1979, 103-40 e R.O. ZERBE, *Economic efficiency in law and economics*, Cheltenham- Northampton, Edward Elgar, 2001.

<sup>91</sup> La teoria economia: efficienza ed equità, in A. BAFFIGI, *Luigi Einaudi: Teoria economica e legislazione sociale nel testo delle Lezioni, Quaderni di storia economica (Economic History Working Papers)*, Roma, 2009, 25 e ss.

Questo modo di procedere è entrato in crisi, a partire dagli anni ottanta-novanta, a seguito del sovrappiù nel sistema di quattro elementi di novità.

Il primo fattore innovativo è rappresentato dal fatto che i mercati, sui quali si poggiava questa struttura di analisi, hanno modificato il loro raggio di intervento, spostandosi dal piano europeo verso una dimensione più ampia rappresentata dall'anello globalizzato<sup>92</sup>.

L'elemento cruciale della globalizzazione<sup>93</sup> risiede tanto nella libertà di movimento di capitali e di merci, che ne costituisce uno strumento, quanto nel fatto che, dopo secoli di visioni ristrette fra Paesi produttori, grandemente sviluppati, e Paesi produttori arretrati, sono intervenuti, in un arco temporale ristretto - tenuto conto dei tempi medi dei processi storici tradizionali - nuovi modelli economici: economie tumultuose con capacità di espansione straordinaria e con innovazioni sociali relevantissime.

Corroborata tale asserzione di principio il repentino mutamento della struttura economica e sociale in Brasile e l'attuale fenomeno di crescita dei salari in Cina, con ritmi particolarmente vertiginosi in ragione della carenza di forza lavoro.

Questi fenomeni si stanno sviluppando con una forza epicentrica e in un arco temporale così ristretto da non potersi non immaginare conseguenze dirimpenti sull'assetto socio-economico tradizionale.

Il secondo elemento di novità che ha messo in crisi il modo di ragionare della tradizione cd. "benesserista" e "welfarista", legata agli anni della redistribuzione della ricchezza, è stato il fatto che l'equità che si è arricchita del "fattore intergenerazionale"<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> «In questa *s-confinatezza* risiede l'essenza della globalizzazione: in questo ossessivo e indefinito *oltrepassare*» (628). (...) I fenomeni globali determinano una diversa concezione di tempo e spazio» (629) N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 628-629. Infatti la globalizzazione «riguarda tutti i luoghi, ma non è unità di luogo»: «il 'globale' (...) non unità, ma ubiquità» (64). E «l'economia, divenendo globale, subisce un processo di 'deterritorializzazione'» (74). «I mercati 'globali' non sono in un dato luogo, ma attraversano tutti i luoghi» (63), ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 63-64-74.

<sup>93</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 42-43 «Il diritto globale si ristrutturava rivedendo profondamente i tradizionali rapporti con il territorio che erano alla base dello statonazione» (42) «La globalizzazione è intesa come ridefinizione dei limiti spazio-temporali».

<sup>94</sup> La solidarietà, quale criterio ordinario di giustizia sociale, per una equa gestione e distribuzione intergenerazionale delle ricchezze, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie*





Nei fatti, è accaduto che in passato l'analisi della distribuzione aveva avuto come contesto di riferimento la distribuzione all'interno della stessa generazione, ad esempio, fra anziani ricchi ed anziani poveri.

Adesso, invece, lo sviluppo del Welfare State è orientato nei suoi interventi strutturali verso una logica di tipo intergenerazionale, a composizione del conflitto della distribuzione del risparmio, fra la generazione attuale e la generazione futura<sup>95</sup>.

Essa non costituisce soltanto un problema ambientale o di sviluppo sostenibile, ma un problema di crescita economica e di redistribuzione della ricchezza fra generazioni attuali e prossime a venire<sup>96</sup>.

La tematica pensionistica, da questo punto di vista, diviene centrale nelle scelte di politica economica<sup>97</sup>.

Si tratta di un conflitto non governato, in linea di massima, dalle strutture tradizionali di Welfare State, salvo in rari ed illuminanti modelli istituzionali come la Norvegia, la quale ha accantonato quasi tutti i proventi rivenienti dalle risorse petrolifere del mare del Nord a beneficio delle nuove generazioni.

Il terzo elemento di novità attiene al valore ordinante della persona nella costruzione delle dinamiche concorrenziali<sup>98</sup> unitamente al concetto di garanzia dei diritti sociali.

I diritti, da sempre affascinazione entusiastica nello studio dei giuristi, costituiscono, per converso, un snodo critico per gli economisti, in quanto le ga-

ranzie giuridiche incidono, inevitabilmente, sulle scelte di politica economica<sup>99</sup>.

Da questo punto di vista, i diritti possono essere distinti in due grandi categorie.

La prima categoria è composta dai cd. "beni lessicografici", per i quali non deve emergere né sussistere un costo di opportunità. Essi devono essere garantiti a prescindere.

La seconda categoria, invece, è costituita dai cd. "beni non lessicografici", i quali fanno emergere un costo di opportunità.

Tutti questi elementi di novità, costituiti rispettivamente dal sopravvento di un mercato globalizzato, dal conflitto intergenerazionale, dalla garanzia dei diritti, hanno reso più rigidi e critici i profili di *governance* dell'economia europea.

Indice riproduttivo di questo contrasto è ben rappresentato dall'attuale considerazione del Prodotto interno lordo (Pil) quale strumento insufficiente di misurazione del benessere.

Il criterio di misurazione di benessere di un Paese non può essere rappresentato dal Pil, ma dal concorso di altri fattori che possono ricondursi, allo stato della sanità pubblica, al livello dell'istruzione pubblica, ai servizi come alle infrastrutture, all'ambiente, ai diritti ed alla cittadinanza, all'economia ed al lavoro, all'istruzione come alla cultura.

Così accade che applicando tali criteri la Toscana, al nono posto nella classifica italiana in base al Pil, ricopra il secondo posto per servizi.

Al contempo la Lombardia, al primo posto in base all'indice di misurazione del Pil, si colloca alle spalle della Toscana per i servizi.

Ora la garanzia dei diritti dipende la propria capacità di successo e di funzionamento dalla spesa pubblica<sup>100</sup>.

Ma per finanziare la spesa pubblica occorrono nuove entrate e per avere queste ultime si rende necessaria la crescita del Pil.

e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008, XXVI.

<sup>95</sup> Secondo J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. a cura di U. SANTINI, Milano, 2008, 282, il principio del giusto risparmio è in grado di garantire «che ogni generazione riceva quanto le è dovuto dai predecessori e dia il proprio equo contributo a quelli che vengono dopo».

<sup>96</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 145 «Arrivando ad un principio di giusto risparmio, pertanto, le parti si chiedono quanto siano disposte a risparmiare in ciascuno stadio, assumendo che tutte le altre generazioni abbiano risparmiato nel passato e risparmieranno in futuro in base allo stesso criterio. Devono così considerare la loro volontà di risparmiare in ogni fase di civiltà, essendo consapevoli che i tassi di risparmio da loro proposti finiranno con il condizionare tutto il ritmo dell'accumulazione».

<sup>97</sup> P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Urbino, 1993, 208 e ss. La pensione tutela non «solo una singola persona, un singolo individuo durante la (limitata) durata della vita, ma (...) astrattamente un'intera generazione futura, il susseguirsi delle generazioni di uomini e cittadini come un'unità indistinta».

<sup>98</sup> «Si assume (...) che siano difficilmente riconducibili ad un comune denominatore la dimensione della persona, essenzialmente valutabile secondo il registro dell'essere, e i criteri individuanti della concorrenza, misurabile dalla logica dell'avere» (...) In realtà «il nodo fondamentale del rapporto diritto e mercato va colto (e risolto) sul piano del raccordo fra queste due prospettive apparentemente opposte» N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 330.

<sup>99</sup> T. ASCARELLI - in *La disciplina giuridica della concorrenza*, in *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali - Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, 12 - mette in evidenza il rapporto fra economisti e giuristi, rilevando che «l'economista costruisce concetti funzionali, quale strumento per intendere produzione e distribuzione della ricchezza, preoccupato dei misurabili effetti dei vari fenomeni nella produzione e distribuzione della ricchezza in condizioni definite», mentre il «giurista ordina secondo caratteri tipici, astratti, dalle peculiarità individuali, soggetti, atti, cose, per l'applicabilità di una determinata disciplina».

<sup>100</sup> «Le aspettative nei confronti dello Stato sociale, fondate sui valori personali tutelati dalla Costituzione, non possono essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di fattibilità economica. Se si supera tale limite lo Stato sociale rovina su se stesso» L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, cit., 36.

La crescita del Pil è necessaria seppur non sufficiente.

L'economia attribuisce alla concorrenza un ruolo molto positivo, ma essa deve essere indagata non soltanto sotto il profilo della competitività fra imprese quanto piuttosto sotto il profilo della rilevanza e della ricaduta sociale.

Gli elementi significanti della nozione di concorrenza sono la rivalità e la contenibilità, mentre gli elementi che essa reca a corredo sono la trasparenza, l'obiettività, l'imparzialità e l'uguaglianza.

Essi sono strumenti fondamentali per la redistribuzione generazionale e intergenerazionale: un meccanismo di redistribuzione che non viene guidato da scelte di valore.

Il quarto elemento di novità riguarda l'intervento pubblico, nello specifico, la distinzione fra produzione pubblica e fornitura pubblica.

Fornitura pubblica è rendere disponibile ai cittadini servizi non finanziati attraverso meccanismi di mercato ma finanziati attraverso la fiscalità erariale.

La fornitura pubblica può anche accompagnarsi alla produzione pubblica ma in molti casi si accompagna a forme di produzione non pubblica, rappresentate dagli istituti privati, dagli istituti *no-profit*, da categorie di soggetti che possono essere incaricati del fenomeno produttivo.

In questa direzione si muovono alcuni Paesi dell'Europa del Nord, dove la fornitura è totalmente garantita dallo Stato che finanzia i servizi e, al contempo, scarica la produzione su istituti adeguati.

Tutto ciò rende particolarmente delicato il ruolo dello Stato, esigendo un suo intervento "forte", nel senso di uno Stato in grado di correggere, cooperare e regolamentare<sup>101</sup> in maniera efficace, potendosi riversare un sistema giuridico così congeniato<sup>102</sup> anche sulla costituzione del mercato interno.

In definitiva, a partire dagli anni novanta sono stati rivoluzionati i presupposti della teoria normativa base del Welfare State e si avviato un processo teso schiudere interrogativi critici in riferimento alla titolarità del compito di effettuare interventi pubblici nelle aree dei servizi.

<sup>101</sup> «Il mercato, in quanto ordine degli scambi, ha bisogno di norme ordinarie» N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 11. «La legge non è più intesa solo come garanzia per lo svolgimento di iniziative economiche individuali, che, liberamente operando, raggiungerebbero un equilibrio ottimo, ma come fattore positivo per un progresso economico che invece non verrebbe naturalmente raggiunto attraverso il libero gioco delle iniziative individuali» T. ASCARELLI, *op. cit.*, 15.

<sup>102</sup> «La funzione ordinatrice del diritto nell'ambito di una moderna società organizzata non può limitarsi al compito, per sé statico, di proteggere l'attuale distribuzione dei beni, ma deve assumere il compito dinamico di renderne possibile il perenne rinnovamento agevolando la circolazione dei beni e la cooperazione fra i consociati» E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957, 1560.

Il richiamo è alla figura del politico, il quale sconta la mancanza di un orizzonte temporale compatibile con i sistemi dell'equità intergenerazionale, trattandosi di decisioni che richiedono politiche a lungo termine, minate dall'alternanza dei Governi.

Si consideri la vicenda Alitalia ed il compiuto intervento "dirigista" per salvare una azienda che stava per essere sfaldata dalla concorrenza.

Si è ricostruito, nei fatti, un monopolio<sup>103</sup>, attribuendolo a determinate aziende. Quest'ultimo ha assunto i caratteri del classico intervento pubblico, dove la funzione obiettivo di chi l'ha portato a termine è stata spiegata in termini di utilità sociale<sup>104</sup> e di salvaguardia del benessere collettivo, attraverso l'apprestamento di strumenti giuridici armonizzati con i principi comunitari ed i valori costituzionali<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> La Corte Costituzionale, 28 luglio 2010, n. 30, rileva che «secondo le parti, l'operazione di concentrazione in esame avrebbe determinato un monopolio di fatto (...), in danno delle imprese concorrenti, costrette a subire il rafforzamento delle posizioni dell'operatore dominante (...), dato che non (...) sarebbe accaduto, qualora fosse stata applicata la legge n. 287 del 1990». (...) «La negativa incidenza della norma censurata sulla concorrenza sarebbe dimostrata dalle considerazioni che con essa: è stata posta nel nulla la disciplina della legge n. 287 del 1990, attuativa dell'art. 41 Cost.; è stata determinata una situazione di mercato in grado di assicurare extraprofiti ad un'impresa egemone; è stata accreditata una nozione di «monopolio utile», quale strumento dirigistico, strumentale a realizzare finalità non chiare; sarebbe stata violata la disciplina dell'Unione europea, dato che il regolamento 20 gennaio 2004, n. 139 (Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese - «Regolamento comunitario sulle concentrazioni») riconosce che le concentrazioni possono avere effetti positivi, ma richiede l'esistenza di uno strumento specifico in grado di garantire un controllo efficace».

<sup>104</sup> «L'utilità sociale va apprezzata in concreto e ciò vale massimamente quando il giudizio debba tener conto di una pluralità di esigenze o "valori" che occorre conciliare o tra i quali è da stabilire un ordine di prevalenza.» G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 545.

<sup>105</sup> Secondo la Corte Costituzionale, 28 luglio 2010, n. 30 «è chiaro che il parametro costituzionale (...), stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito». (...) «Emerge univoco l'intento di garantire la continuità del trasporto aereo (...) e di evitare la dissoluzione di un'impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale. Questi interessi, sebbene attengano, prevalentemente, alla sfera economica, (...) sono riconducibili alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali» (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente». (...) «L'esame del contesto generale di riferimento ha, anzitutto, evidenziato che la disciplina rilevante della concor-







In conclusione, la massa argomentativa è molto intricata.

Rimane, però, felice l'intuizione di aprire riflessioni sulle prospettive dell' "economia sociale di mercato altamente competitiva" in Europa, tenuto conto della complessa gestione della *governance* del Welfare State.

In tale ottica, non vi è nessun arretramento rispetto alla centralità del mercato quale motore propulsivo della società nel suo complesso e rispetto alla necessità di un intervento "forte" dello Stato in chiave non solo "correttiva" - e questo è il punto - ma anche di complementarità<sup>106</sup> "suppletiva".

### 5. *The close reading* del Trattato di Lisbona: il ruolo dell'interpretazione e della traduzione fra significante e significato. La leva metodologica dell'assiologia.

Della formula "economia sociale di mercato altamente competitiva" e della categoria dei "diritti" stabiliti nella Carta di Nizza<sup>107</sup> è possibile realizzare

renza permette di tenere conto di detti interessi e di valorizzarli anche al fine di una particolare conformazione del controllo delle concentrazioni. (...) «Il regolamento n. 139 del 2004 (...) stabilisce, poi, quale limite invalicabile di una favorevole valutazione delle concentrazioni, la circostanza che esse non devono comportare «un pregiudizio durevole per la concorrenza». In relazione a questo profilo, il citato art. 4, comma 4-quinquies, ha attribuito all'Autorità il potere di definire "il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare". Il carattere transitorio della deroga del potere dell'Autorità di disporre determinate misure concorre, pertanto, a fare escludere l'irragionevolezza della norma e la violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione».

<sup>106</sup> «Il rapporto fra Stato e mercati non è dunque di integrazione, bensì di complementarità. In termini di principi costituzionali, questo rapporto viene espresso nel principio di "sussidiarietà orizzontale", per cui lo Stato, prima di intervenire direttamente, deve lasciar svolgere ai mercati ed alla società civile tutti quei compiti che tali entità sono in grado di realizzare efficacemente» M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 22.

<sup>107</sup> «In un'epoca sempre più dipendente dalle esigenze dell'economia, la Carta introduce una forte discontinuità rispetto alle logiche del mercato ed ha un valore ricognitivo della prassi giurisprudenziale e della elaborazione teorica dei diritti fondamentali»: G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in ID. (a cura di), *Carta Europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 53. «Il documento di Nizza pone la persona al centro di ogni azione comunitaria. Non la sovranità popolare, ma la tutela dei diritti fondamentali diviene il presupposto della legittimità dell'Unione che si propone di realizzare uno spazio comune di diritti» ID., *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2002, 670. Vv. anche ID., *Carta Europea e situazioni dei privati*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 3, 473. ID., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, IV, 701 ss. Sul valore politico e giuridico della Carta, M. FIORAVANTI, *La Car-*

una *close reading*, ossia una lettura ristretta in funzione di alcune parti del Trattato di Lisbona.

Un tentativo di rilettura di alcune norme, preceduta da una ripresa della interessante convergenza comunicativa intercorrente fra la gerarchia delle fonti, il primato del diritto europeo<sup>108</sup>, la neutralizzazione del "politico"<sup>109</sup>, - intendendo per politico, non già "l'uomo politico" le cui riserve ed informazioni sono limitate, ma "il politico come concetto" - la "dislocazione" della decisione in sede europea e l' "occultamento" della medesima decisione nell'alveo del *soft law*<sup>110</sup>.

*ta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella prospettiva del costituzionalismo moderno*, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., 206.

<sup>108</sup> La rifondazione sistematica ed integrale della teoria delle fonti, conseguente al primato del diritto comunitario, ha determinato «un radicale mutamento di orizzonte nell'ermeneutica giuridica elaborata prevalentemente sul presupposto di una fonte legislativa accentrata» P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 133. Sul punto ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. Mol. e Sannio*, 1997, 3, 81 ss.; in *Ann. Fac. Econ. Benevento*, 1999, 5, 127 ss.; nonché *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 33 ss. Ne consegue che occorre "rileggere" gli istituti del codice civile alla luce dei principi generali di origine comunitaria, oltre che nel prisma precettivo della Carta fondamentale - A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 511 ss. In dottrina, P. RESCIGNO, *Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 55; N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 17; A. LUMINOSO, *L'interpretazione del diritto comunitario (regole e tecniche)*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2005, 276.

<sup>109</sup> Sulla neutralizzazione del politico, P.G. MONATERI, *Integrazione e armonizzazione: A) Le scelte di tecnica normativa della Commissione UE*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 81. Sul punto, G. AZZARITI - *Le Garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Atti Convegno Perugia 25 e 26 marzo 2011*, in *principi-ue.unipg.it/Documenti/GAETANO\_AZZARITI.pdf* - rileva che «una centralità delle Corti che non si configura più solo nella tradizionale forma della garanzia processuale, ma che vale a conformare il diritto in sé, determinando direttamente, per aspetti decisivi, le stesse politiche economiche e sociali. Una giurisprudenza che opera, almeno in parte, in sostituzione del politico, il quale, per debolezza o per convenienza, si limita ad assumere le decisioni delle Corti, privandosi in tal modo di sue specifiche prerogative. Un processo di crescente neutralizzazione e tecnicizzazione del politico che va assumendo i caratteri di un mutamento storico».

<sup>110</sup> «Ed è proprio dal fatto che il diritto si sia spostato dall'atto tipico normativo della legge vincolante a quello dell'opinione e della raccomandazione che nasce l'evocazione del *Soft law* come categoria pregnante in grado di catturare l'essenza del nuovo diritto» P.G. MONATERI, *Integrazione e armonizzazione: A) Le scelte di tecnica normativa della Commissione UE*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 75.

Il rapporto inferenziale fra le fonti del diritto, la politica legislativa e la dislocazione della decisione costituisce l'entità germinale imprescindibile per la comprensione della struttura della stessa Europa.

In Europa, infatti, risulta evidente l'esistenza di una frizione, per non dire una frattura, fra il Trattato di Lisbona, per come concepito e politicamente scritto, e la Corte Europea di Giustizia, «motore apocrifo<sup>111</sup>» di atti di sovranità, i quali danno vita a quello che per definizione è uno *ius incertum*.

La Corte di Giustizia ha sempre affermato che sul «testo» del Trattato prevale il suo «spirito», intendendo per spirito la soluzione più avanzata, nel senso di permettere la *governance* dell'Unione europea e una maggiore integrazione della stessa<sup>112</sup>.

Una interpretazione «politicamente» orientata, nella quale vi è la ripresa invertita della legge, non già a favore di determinati valori ma a favore del libero mercato: il che poi è il senso nucleare della *social market* ed uno dei grandi capitoli della scissione fra significante e significato nel campo del diritto<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> L'espressione viene usata da P.G. MONATERI - in *ope ult. loc. cit.*, 80 - per indicare che «l'incompletezza dell'elenco degli atti vincolanti contenuta nei Trattati significa appunto che la voce della sovranità, qui intesa come la decisione di quali atti siano leggi, parla apocriefamente attraverso le sentenze della Corte, dando vita a quello che però è per definizione un sistema di *ius incertum*!».

<sup>112</sup> Corte di Giustizia delle Comunità europee, 6 ottobre 1982, C-283/81, *Srl Cilfit e a. - Ministero della Sanità* «ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi». In dottrina, H. KUTSCHER, *Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista di un giudice*, in *Riv. dir. eur.*, 1976, 291; J. JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 498 e 512, il quale indaga la funzione di armonizzazione giuridica svolta dalla Corte di Giustizia all'interno della Comunità europea, lasciando emergere profili di perplessità in rapporto al contenimento o meno delle funzioni della Corte nel tipico alveo dell'organo giurisdizionale, secondo il risalente principio illuministico della separazione dei poteri.

<sup>113</sup> Sul problematico rapporto fra significante e significato, ovvero fra il termine e quanto da quest'ultimo espresso, R. SACCO - *Lingua e diritto*, in AA. VV., *Traduzione e diritto*, Padova, 2000, 128 - osserva che «il vocabolo giuridico non ha necessariamente un solo significato. La parola *contract* in quanto vocabolo di diritto positivo inglese o americano, si rapporta all'accordo (*agreement*) fondato su una *consideration*. A fianco del *contract*, il contratto francese ed il *Vertrag* tedesco che non comportano necessariamente un vantaggio per il promittente o uno svantaggio per colui che stipula. La nozione giuridica ha una sua bivalenza, per cui da un canto è una nozione di diritto positivo, e da un altro canto è una nozione (normalmente dotata di contenuto più generale) appartenente alla teoria generale del diritto». Sul punto della circolazione giuridica dei vari modelli e istituti è da segnalare il volume monografico dedicato al tema dall'*International Congress of Comparative Law*, tenutosi a Washington D.C. (U.S.A.) nel 2010. Tutti i reports sono dispo-

Allora muovendo dalla *close reading* del documento è interessante cogliere l'impressione che è in grado suscitare, nell'osservatore come nell'interlocutore, specie rispetto all'operatore americano, la lettura di due testi, quali la Dichiarazione di Indipendenza Americana - 4 luglio 1976 - ed il Trattato di Lisbona.

Celebre la penna di Benjamin Franklin «quando nel corso di eventi umani, sorge la necessità che un popolo sciolga i legami politici che lo hanno stretto a un altro popolo e assuma tra le potenze della terra lo stato di potenza separata e uguale a cui le Leggi della Natura e del Dio della Natura gli danno diritto, un conveniente riguardo alle opinioni dell'umanità richiede che quel popolo dichiari le ragioni per cui è costretto alla secessione».

Nel Preambolo della Dichiarazione di Indipendenza Americana torreggia un sincretico «*we the people*», mentre nel Preambolo del Trattato di Lisbona ricorre il richiamo alle Autorità istituzionali «PREAMBLE: HIS MAJESTY THE KING OF THE BELGIANS, THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF BULGARIA, (...) HER MAJESTY THE QUEEN OF DENMARK, THE PRESIDENT OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, (...) HIS MAJESTY THE KING OF SPAIN, THE PRESIDENT OF THE FRENCH REPUBLIC, THE PRESIDENT OF THE ITALIAN REPUBLIC, (...) THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA, HIS ROYAL HIGHNESS THE GRAND DUKE OF LUXEMBOURG, THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF HUNGARY, (...) THE PRESIDENT OF THE PORTUGUESE REPUBLIC, THE PRESIDENT OF ROMANIA, (...) HER MAJESTY THE QUEEN OF THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND».

Fuor di retorica, tutto questo vuole significare un diverso approccio nei due documenti, testimone di un diverso modo di intendere l'idea di «popolo», la quale è «forte» nella Dichiarazione di Indipendenza Americana, mentre è «dispersa» nel Trattato di Lisbona, dove il richiamo introduttivo a Re, Presidenti, Primi Ministri, denota un effetto di straniamento<sup>114</sup>.

nibili sull'ultimo numero della rivista ISAI DAT (<http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat>). Per l'Italia l'indagine è stata affidata al prof. M. GRAZIADEI.

<sup>114</sup> L.S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. intern.*, 2009, 4, 1008, osserva che la Corte Costituzionale tedesca, con la sentenza 30 giugno 2009 «conclude che il Trattato di Lisbona si rivolge non al popolo dell'Unione, ma ai popoli degli Stati membri e ribadisce che alla luce della Costituzione tedesca il nuovo Trattato può essere accettato appunto solo in virtù del fatto che l'Unione europea è un'associazione di Stati sovrani (par. 287). E che, nonostante il Trattato di Lisbona migliori per certi aspetti la democrazia e la rappresentanza, nel tentativo di compensare quella che il *Bundesverfassungsgericht* chiama «l'eccessiva federalizzazione» (par. 290), l'Unione europea diventerà un'Unione di Stati più democratica, ma non uno Stato democratico».





Detto quanto, è possibile approdare all'esame dell'articolo 3, comma 3, Tue e, attraverso lo stesso metodo comparatistico<sup>115</sup> mettere a confronto il testo in lingua inglese con il testo tradotto nella lingua italiana, reputando la questione della traduzione<sup>116</sup> fondamentale rispetto alla qualificazione della materia<sup>117</sup>.

L'ineludibilità del superamento dell'ostacolo linguistico, del tramite della traduttologia, si appalesa con maggior incidenza proprio nell'itinerario di integrazione dei modelli normativi europei: la traduzione conforme di un testo uniforme.

Un sistema giuridico integrato, per uniformità di previsione normativa, applicativa ed interpretativa, rischia di essere minato negli esiti funzionali dalle antinomie prodotte da una difforme traduzione linguistica<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> «Il metodo comparativo, in campo giuridico, può essere considerato sotto un duplice aspetto. In primo luogo, senza superare le frontiere di uno Stato, si possono confrontare le soluzioni date ad alcuni problemi di natura giuridica nei diversi campi del diritto in vigore in un determinato Stato» (116) «In secondo luogo, a livello internazionale, si può confrontare il modo in cui è concepito il diritto e amministrata la giustizia nei diversi paesi. Si tratta (...) di quello che viene definito sia nei paesi di lingua latina che in quelli di lingua inglese (...) metodo comparativo applicato per comparar tra di loro più ordinamenti giuridici distinti» (117) R. DAVID, *Comparazione giuridica*, in *Enc. sc. soc.* Treccani, II, Roma, 1992, 116-117. In argomento, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

<sup>116</sup> «La parola esprime una nozione. Se un biologo, per parlare di gangli linfatici, utilizza quattro lingue differenti, trova in ciascuna di esse una parola che corrisponde esattamente al concetto che egli deve esprimere. La stessa cosa non si produce sempre per il diritto. I concetti creati, elaborati, definiti dal legislatore o dal giurista di un certo sistema non corrispondono necessariamente ai concetti elaborati per un altro sistema» R. SACCO, voce *Traduzione giuridica*, *Digesto*, IV - *Discipline privatistiche* - sez. civ., aggiornamento, Torino, 2000, 725. In materia, ID., *La traduzione giuridica*, in U. SCARPELLI-P. DI LUCIA, (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 475. G. BENEDETTI - in *L'elogio dell'interpretazione traduce*, in *Persona e mercato*, 2010, 1, 3 ss.

<sup>117</sup> Lo studio del fenomeno della "trasposizione linguistica" dei termini giuridici, delle incertezze legate alle categorie giuridiche nonché del ruolo dei formanti nell'analisi del diritto, in R. SACCO, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", in "The American Journal of comparative Law", 39 (1991), n. 1, 1-34 e n. 2, 343-402. Su questi temi, Vv. anche A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996. A. GAMBARO-A. GUARNERI, "Italie", in *La circulation du modele juridique francais*, 14 *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Litec, 1993, 77. A. GAMBARO, "Codice civile", in *Digesto italiano*, Torino, 1988, 442. P.G. MONATERI, "Règles et technique de la définition en France et en Allemagne: La Synecdoque francais", in *Revue internationale de droit comparé*, 1984, 3.

<sup>118</sup> La sentenza della Corte di Giustizia, 9 dicembre 2003, nella causa C-129/00, *Commissione c. Repubblica Italiana*, ha sanzionato l'"infrazione" di uno Stato membro per avere emanato un testo di legge che non permetteva alle Corti interne una interpretazione uniforme all'ordinamento dell'Unione.

Se anche il testo della *regula iuris* fosse uniforme, non può sottodimensionarsi come trascurarsi il rischio di un *vulnus* producibile fra i canali di comunicazione giuridica, in un contesto ermeneutico multiculturale: una difformità determinata dalle diverse radici idiomatiche, a causa delle quali un comune testo normativo può aprirsi a plurali e contraddittorie interpretazioni traducibili<sup>119</sup>.

L'interprete, allora, non può considerare esaurito il suo ufficio con la comprensione del testo da tradurre ma deve attribuirne un significato alla norma<sup>120</sup>.

Egli deve trasferire quel senso in una diversa struttura comunicativa linguistica: l'interpretazione traduce<sup>121</sup> non può ridursi ad una statica presa d'atto del testo normativo, ad una mera operazione ricognitiva, ma deve condurre da un canale linguistico all'altro il senso riconosciuto proprio del testo normativo, riproducendone i ritmi e la coerenza intrinseca nella partitura sintattica<sup>122</sup>.

La traduzione diviene, in questo modo, punto di elezione della multiculturalità che intende propriamente traslare in interculturalità, nel rispetto e nel valore del sostrato uniformato delle regole di convivenza.

Soprattutto essa scioglie il nodo comunicativo dell'intendersi, assolvendo, al contempo, il difficile

<sup>119</sup> G. BENEDETTI, *L'elogio dell'interpretazione traduce*, cit., 9.

<sup>120</sup> «L'atto ermeneutico è indispensabile perché la norma abbia un significato, che altrimenti non avrebbe» (...) «il significato (...) nasce dalla mente dell'interprete» R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. ALPA-A. GUARNIERI-P.G. MONATERI-G. PASCUZZI-R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 182. «Interpretazione della legge, dunque, in quanto attività è attribuzione di significato ad un documento legislativo da parte di un soggetto interprete» G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato CICU-MESINEO* e continuato da L. Mengoni, I, 2, Milano, 1980, 106.

<sup>121</sup> «Il problema specifico del tradurre sta nel sostituire ad una forma rappresentativa non intellegibile (...). Si tratta di sostituire, cioè di assorbire e soppiantare (...) la forma originale, non già di giustapporvi un'altra forma, che ad essa rinvii, la chiarisca e la lumeggi (...).» E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), Milano, 1990, 660 ss.

<sup>122</sup> «La traduzione di un testo, per quanto il traduttore sia penetrato nell'animo e nella mentalità dell'autore, non può essere mai una pura riattualizzazione del processo spirituale originario della produzione, ma una riproduzione del testo guidata dalla comprensione di ciò che in esso vien detto. Nessuno può mettere in dubbio che qui si tratta di una interpretazione, non di un puro ricalco. È una luce nuova e diversa quella che viene proiettata sul testo della nuova lingua e per il lettore della traduzione» H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., di G. VATTIMO, Milano 1972, 444. Sul rapporto traduzione-interpretazione, T. MAZZARESE, *Interpretazione giuridica come traduzione*, in AA. Vv., *Traduzione e diritto*, Padova, 2000, pp. 165-194.



compito di sovrintendere la *precomprensione*<sup>123</sup>, la quale muovendosi sul piano ontologico non può essere risolta, ma può essere, comunque, governata dall'interprete attraverso un rigoroso controllo.

Sulla scorta di simili rilievi linguistici e di traduttologia è possibile confrontare la versione in lingua inglese, *article 3 "the Union shall establish"*, con la versione in lingua italiana, *articolo 3 "l'Unione instaura"*.

E' evidente, stando alla terminologia impiegata, che "*instaura*" corrisponde ad un indicativo presente cioè ad un atto performativo, mentre "*shall establish*" fa riferimento ad un atto programmatico.

La differenza non è di poco conto perché se leggiamo "*the Union shall establish*" e non "*l'Unione instaura*" si libera un *remember*, un residuo molto diverso, in quanto se è in discussione il significato dell'introduzione della clausola nel Trattato, non è senza conseguenze giuridiche il ricorso all'uso dell'indicativo presente, cioè del performativo, potendo soltanto in tal caso attribuirsi ad essa valore giuridico e derivarne conseguenze di legge; altro è l'uso del futuro nel testo di legge, il quale finisce per far assumere alla clausola una valenza meramente programmatica.

<sup>123</sup> «Determinante (...) per l'interpretazione del diritto è il fatto che ci si accosta ai testi da interpretare con una determinata attesa, relativa alla possibilità di soluzione di questioni conflittuali, e che questa aspettativa delimita e dischiude possibilità di interpretazione (...) sono presi in considerazione in anticipo i risultati possibili e su di essi si verifica la comprensibilità del testo» J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di S. PATTI-G. ZACCARIA, Napoli, 1983, 135. «Gadamer, (...) indica due condizioni fondamentali per ovviare al pericolo che la precomprensione diventi fonte di fraintendimento o strumento di manipolazione arbitraria del pensiero del testo. La prima condizione è una "coscienza ermeneutica educata", cioè "preliminariamente sensibile all'alterità del testo", che rende l'interprete pronto a lasciare parlare il testo, a "mettersi in ascolto dell'opinione del testo". La seconda condizione, implicita nella prima, è "una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi" per assoggettarli al controllo della riflessione critica (...). Solo accedendo alla dimensione critica dell'esegesi la comprensione diventa ermeneutica» L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 11-12. Quindi per «"precomprensione" si deve intendere un'ipotesi in cui l'interprete si accosta al testo. Questa ipotesi esprime una supposizione o un'aspettativa dell'interprete relativamente alla soluzione corretta del problema giuridico che deve essere deciso. (...) Si può allora affermare che il circolo della precomprensione corrisponde al postulato della riflessione» R. ALEXY, *Interpretazione giuridica*, in *Enc. sc. soc.*, Treccani, V, Roma, 1996, 65. Vv. *Id.*, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, trad. it. di M. LA TORRE (*Theorie der juristischen argumentation. Die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978).

Se nel confronto fra testi ufficiali, l'uno è "coniugato al futuro" e l'altro è "tradotto al presente", potrebbe crearsi una discrasia sistemica nei valori attribuibili, fra programmatico e performativo.

Ancora stando alla lettera dell'art. 3, "*The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance*", l'angolo di attenzione dell'interprete deve concentrarsi rispetto all'espressione "*a highly competitive social market economy*", dove ricorre il termine *social* e non già *socialist*, volendo, in tal modo, segnare una evidente linea di confine rispetto alla socialdemocrazia occidentale, al comunismo, come alla Scuola austriaca.

E andrebbe anche stabilito cosa deve intendersi per *social market* perché, una volta acquisito quel testo nei tempi dell'indicativo presente, cioè, con valore performativo, lo stesso testo acquista valore giuridico.

In quanto testo giuridico, il Trattato di Lisbona, può, innanzitutto, essere interpretato "letteralmente"<sup>124</sup>, secondo una risalente impostazione metodologica ancorata ad una rigida gerarchia del sistema delle fonti ed alla prescrizione dell'art. 12 pre-leggi codice civile<sup>125</sup>, reputandosi ultronea e non richiesta

<sup>124</sup> In dottrina, incline ad una interpretazione testuale del dato normativo, in favore del primato della lettera della legge, N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, 1996, 152 ss. ove l'Autore afferma: «il significato proprio si precisa e determina nel contesto verbale». Sulla illusorietà di una pretesa infallibilità dell'interpretazione del mero dato testuale R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (1947), Torino, 2003, spec. 106 e ss.; E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 22). Sul punto, segnala lo iato esistente fra la redazione del testo di legge e la sua applicazione, che deve essere sempre calata nell'ordinamento in cui la norma è chiamata ad operare e a svolgere la sua funzione regolamentare: P. PERLINGIERI, *Appunti di «teoria dell'interpretazione»*, Camerino, 1970, 45. Secondo l'Autore la chiarezza del testo normativo, cui anela l'ermeneutica formalistica, non è un *prius*, ossia una entità pre-data rispetto all'interpretazione, ma un *posterius*, ossia la sua stessa risultante. Ne consegue che la norma non deve essere elevata a sovrastruttura disgiunta dal sistema e dai principi che ne giustificano l'operatività: P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologia. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.* 1985, 990 ss. In materia *Id.*-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, L. TULLIO (a cura di), Napoli, 2004, 64-65; A. BELVEDERE, *Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle preleggi*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 149.

<sup>125</sup> In realtà, tale rigido formalismo interpretativo del dato testuale normativo, avulso dall'indagine sistematica degli interessi

la ricerca del nucleo assiologico della regola *iuris* contenuta nel testo di legge: altro è stabilire *what the publiment said*, ben diverso è ricercare *what the publiment minth to said*.

Nell'intenzione del *publiment* può stazionare qualunque cosa, ma per l'ufficio dell'interprete rileverebbe esclusivamente il *testo* normativo.

Allora *the social market economy* può essere interpretata "letteralmente" - tagliando via, *coupon of*, i rimandi temporali al passato - nonché "sistematicamente" nel contesto del Trattato, ricercando in esso addentellati che corroborino una determinata interpretazione letterale.

E siccome nel Trattato sono contenuti diritti di convivenza sociale diviene imprescindibile una interpretazione della formula *the social market economy* - e con essa della norma - alla luce degli evidenziati diritti.

Da questo punto di vista non è più soltanto una questione programmatica o performativa della regola di diritto, ma è una questione di rimando e richiamo al testo della Carta dei diritti proclamata a Nizza, alla quale l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha attribuito lo stesso valore e la forza giuridica dei Trattati.

Nella Carta di Nizza è sancito, nel Preambolo, che l'Unione riconosce i diritti, le libertà, i principi in essa enunciati.

E queste parole non possono suonare come vuote formule di stile in quanto in materia di danno non patrimoniale - risarcibile soltanto se lesivo di diritti fondamentali inviolabili, secondo gli ultimi orientamenti della giurisprudenza di Cassazione - è divenuto determinante individuare e fissare, da un lato, i diritti la cui violazione non autorizza il risarcimento del danno, e, dall'altro, i diritti fondamentali ed inviolabili la cui violazione importa risarcibilità<sup>126</sup>.

sottesi alla regolamentazione del caso concreto, conduce, nell'ambito delle negoziazioni private, ad una iperfetazione dell'antico brocardo *pacta sunt servanda*, come positivizzato nell'art. 1322 c.c. Nelle economie di mercato, «il diritto dei consumi richiede, invece, regole competitive, quindi, un contratto (...) inteso come uno strumento che persegue uno scopo-valore dell'ordinamento (...). Su tali basi il dogma *pacta sunt serranda* è ancora più vulnerabile assumendo i caratteri del *licet tamen pacta emendari*» in E. CATERINI, *La terza fase del «diritto dei consumi»*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 332-333.

<sup>126</sup> Tribunale Firenze, 21 gennaio 2011, n. 147 «La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno; selezione che avviene a livello normativo negli specifici casi determinati dalla legge, ovvero in via di interpretazione da parte del giudice chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria». La sentenza di merito è il portato del processo di semplificazione inaugurato dalla sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 24 giugno - 11 novembre 2008, n. 26972, nell'area degli interessi e dei danni non patrimoniali. Essa ha

Tutto ciò costituisce la pietra angolare di una opzione ermeneutica tendente a preservare e ad utilizzare un approccio formalistico<sup>127</sup> nella ricostruzione del contenuto effettivo della formula in esame.

Ma se tale è il metodo in uso, interviene, innanzitutto, l'ordine lessicografico in base al quale questi diritti sono stati fissati<sup>128</sup>.

Nella Carta di Nizza i diritti sono disposti secondo ordine topografico discendente: dignità; libertà; uguaglianza; solidarietà; cittadinanza.

La libertà è subordinata rispetto alla dignità, come dire che quest'ultima è sovraordinata rispetto ad essa.

Se la dignità viene prima, ciò significa che la libertà può esercitarsi soltanto nei limiti della dignità umana.

Nonostante il dato testuale e l'ordine di collocazione dei diritti nell'ambito del Trattato, il procedimento di ragionamento della Corte di Giustizia è a termini invertiti: prima la libertà e immediatamente a seguire la dignità.

Una puntuale analisi nella sintassi dei diritti fondamentali in funzione del valore ordinante della dignità umana spetta a Giorgio Resta<sup>129</sup>, il quale ha rile-

composto l'annosa *querelle* fra la concezione unitaria di danno non patrimoniale - Cassazione civile, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in in *Danno e resp.*, 2003, 816, con note di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; di G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*; di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso* - e la concezione atomistica riemersa a seguito dell'uso dell'espressione "danno esistenziale" nella sentenza Corte Costituzionale, 11 luglio 2003, n. 233 - in *Foro it.*, 2003, I, 2201 ss., con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri»*. Per una rilettura ragionata dei profili evolutivi del danno non patrimoniale, per tutti, G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 306 e ss.

<sup>127</sup> Con l'espressione "formalismo" si intende alludere alla «pretesa di risolvere i problemi giuridici in base ad elementi intrinseci alle norme svalutando la rilevanza di altri fattori (...) considerati estrinseci» F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, I, 4. Dunque «chi adotta un metodo "formalistico" dell'interpretazione presuppone che il "diritto" costituisca un'entità autonoma (...) ed il discorso giuridico sia un discorso i cui termini hanno un significato definibile all'interno di questa "entità autonoma"» E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 593.

<sup>128</sup> Deve rilevarsi che c'è una frattura rispetto al passato, in quanto la Carta di Nizza - dato storicamente acquisito dagli osservatori - non è stata stilata dalla stessa Commissione e gruppo di studio che ha siglato il Trattato di Lisbona. Tale evenienza richiama alla memoria la genesi di formazione della Dichiarazioni di Indipendenza Americana, stilata da Jefferson e Franklin, non delegati da alcun Organismo istituzionale, per poi essere approvata dai vari Stati.

<sup>129</sup> G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, II, 823.



vato che «se è incontestabile, anche alla luce di quanto affermato nel Preambolo della Carta, che la dignità, insieme ai valori di libertà, uguaglianza e solidarietà, costituisca una delle ‘pietre angolari’ del sistema e contribuisca ormai a segnare inconfondibilmente il c.d. modello europeo di mercato, ben più difficile è capire quali siano i suoi effettivi usi giuridici e le relative condizioni d’applicabilità».

Il punto è allora stabilire come la dignità si rapporti alle libertà economiche negli usi giurisprudenziali<sup>130</sup> delle Corti nazionali e della Corte di Giustizia; se fra solidarietà e concorrenza intercorra concorso o conflitto<sup>131</sup>.

Il tentativo ermeneutico è rivolto a stabilire se l’autonomia privata costituisca un atto servente - in esito contrario un atto autoreferenziale - rispetto ad essa nelle concezioni valoriali nazionali<sup>132</sup>.

Lungo siffatta tangente occorre partire dal dato topografico che nella Carta di Nizza l’ordine è completamente rovesciato in quanto, già all’articolo 1, rubricato “Dignità umana”, è sancito che “La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”.

Ad esso segue all’articolo 2, rubricato “Diritto alla vita”, che “ogni individuo ha diritto alla vita. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato”.

La proprietà<sup>133</sup> compare soltanto nel lontano titolo secondo (Libertà), articolo 17, rubricato “Diritto

di proprietà”, dove è stabilito che “ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L’uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall’interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta”.

La collocazione della disciplina proprietaria fra i diritti civili e non già fra i diritti economico sociali è stata considerata<sup>134</sup> antistorica.

In realtà «la norma non contiene, se interpretata in modo sistematico, un’equazione proprietà-libertà, né prevede una libertà assoluta di godere e disporre, né opera rinvii al diritto naturale o innato. Afferma il potere di un soggetto di porre in essere comportamenti in ordine ai beni e garantisce la libertà di scelta senza configurare arbitri o poteri incondizionati (52.3, 53, 54)<sup>135</sup>».

Quanto, poi, alla lettura della norma giungono rapide sollecitazioni in riferimento all’utilizzo della espressione “proprietà dei beni (...) acquistat(i) legalmente” che spinge a chiedersi se le azioni possessorie possano essere mantenute, visto che il possessore di malafede non l’ha di certo acquistata legalmente.

Ancora nella lettera della norma è utilizzata, in riferimento alle procedure di espropriazione<sup>136</sup>, l’espressione “giusta indennità<sup>137</sup>” e non già “giusto prezzo”.

<sup>130</sup> G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 415 ss. Per una ricognizione degli usi normativi della dignità nel diritto internazionale e nei singoli sistemi cfr. D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value*, parte I, in *Pub. L.*, 1999, 682 ss.

<sup>131</sup> Secondo S. GIUBBONI - in *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso»?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 1, 99-100 - «l’ineguale bilanciamento tra solidarietà e concorrenza (...) viene meno all’interno della complessiva sistemica della Carta di Nizza. Questa colloca infatti la solidarietà tra i valori classificatori fondanti dell’Unione europea e ne fa un “principio ordinatore di diritti individuali e collettivi” insieme a, e alla pari con, quelli della libertà (economica) e della concorrenza».

<sup>132</sup> L’analisi dell’operazione di bilanciamento fra il valore della dignità umana e le libertà economiche riceve condizionanti innessi dagli esiti decisionali della Corte di Giustizia nei casi *Schmidberger* - sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, in *Racc.* 2004, I-05659 - e *Omega* - sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/2002, in *Racc.* 2004, I- 09609 - in *Corr. giur.*, 2005, 486 (con nota R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*, *ivi*, 488 ss.). Con riferimento alla sentenza *Omega*, si rinvia a E. PELLECCIA, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra i diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 181 ss. Ricostruisce l’abbandono della classica distinzione fra diritti civili, economici e sociali e l’avvento di una “vibratilità” europea dei valori di dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia, G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 39 e ss.

<sup>133</sup> Per uno studio del modello proprietario nel sistema romanistico, P.G. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà*, Milano, 2008. Per l’analisi del modello anglosassone della

*property*, L. MOCCIA, *Il modello inglese di «proprietà»*, in *Diritto privato comparato*, G. ALPA-M.J. BONELL-D. CORAPI-L. MOCCIA-V. ZENO ZENCOVICH-A. ZOPPINI (a cura di), Roma-Bari, 2007, 35 ss. Per quanto attiene alla indagine comparatistica, la soluzione più promettente, secondo A. GAMBARO - in *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. IV, sez. civ.*, Torino, 1997, 505 - è quella di «stabilire quali soggetti abbiano la possibilità giuridica di usare, godere, disporre in modo più o meno esteso di oggetti capaci di soddisfare direttamente bisogni della vita. In questo senso la disciplina proprietaria viene assunta indipendentemente dalle sue categorie ordinanti» attraverso un «approccio di carattere spiccatamente funzionalistico».

<sup>134</sup> M. COMPORTE, *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, M. COMPORTE (a cura di), Milano, 2005, 10 ss.

<sup>135</sup> In tal senso, G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 79-80.

<sup>136</sup> M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Europa e diritto proprietà*, 2009, 4, 1021 ss. M. COMPORTE, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189 s., 197 s.

<sup>137</sup> «L’impostazione seguita dalla CEDU la quale (...) consente agli Stati membri una certa flessibilità nella determinazione dell’ammontare dell’indennità dovuta ai soggetti espropriati, con il solo vincolo che essa sia “equitable”, sembra destinata ad essere superata dall’art. 17 della Carta di Nizza, per effetto della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, all’interno del quale tale articolo assume, in forza della previsione contenuta nell’art.







Ed è conoscenza civilistica acquisita la differenza fra prezzo ed indennità, costituendo quest'ultima un *quantum minoris* rispetto al valore del bene.

Tutto ciò ovviamente non può che essere in evidente frizione con l'art. 1 Protocollo 1, Convenzione europea dei diritti dell'Uomo<sup>138</sup> e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, con una serie di sentenze in materia di espropriazione<sup>139</sup>, ha configurato il diritto di proprietà come uno dei principali diritti fondamentali e inviolabili<sup>140</sup>.

Nello specifico ha sancito «(l) principio per cui ogni ipotesi di ingerenza nel diritto di proprietà deve essere effettuata tramite un contemperamento tra gli interessi sociali e gli interessi privati (...) nell'assunto per cui nell'espropriazione giustificata da un «ordinario» fine di pubblica utilità - come ad es. la costruzione di una strada - l'indennizzo deve risultare equivalente al valore del bene» mentre «(l)a regola in parola è derogabile (...) qualora ricorrano fattispecie particolari quali ad es. le nazionalizzazioni, il mutamento del sistema costituzionale (...). Quel che preme in questa sede sottolineare è che la differente valutazione del *quantum* di indennizzo adottato dai giudici di Strasburgo rispetto ai giudici di diritto interno è segnato, non tanto dalla circostanza che in ambito europeo il diritto di proprietà assume a diritto fondamentale - e ciò sia in forza della Convenzione menzionata sia in forza della Carta di Nizza confluita ex art. 6 nel TUE -, ma più che altro dal fatto che come si è anticipato il sacrificio della sfera dei privati per fini superindivi-

duali segue un linguaggio diverso da quello del diritto interno<sup>141</sup>».

Ne discende un difetto di coordinazione fra le Carte, le Corti ed il legislatore nazionale<sup>142</sup>, e ancora un vizio di comunicazione fra la Corte di Lussemburgo, la Corte di Strasburgo e le Corti nazionali<sup>143</sup>, con la conseguenza, di ingenerare, in quest'ultimo caso, differenti giudicati, conducenti al singolare paradosso che lo stesso cittadino se espropriato in Cecoslovacchia avrà diritto all'intero prezzo, quale risarcimento della lesione di un diritto fondamentale dell'uomo, mentre se espropriato in Francia riceverà la giusta indennità, secondo l'art. 17 della Carta testé riferita.

Non dissimili gli esiti critici dell'incidenza dell'interesse pubblico generale e della funzione sociale rispetto alle libertà economiche di impresa<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Così, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Persona e mercato*, 2011, 1, 20.

<sup>142</sup> Emblematica del difetto di coordinazione fra le Autorità nazionali e sovranazionali è, da ultimo, la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 14 aprile 2011 n. 8489, la quale ha «dichiara(to) rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 16, comma 1, oggi D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 37, comma 7, nella parte in cui, in caso di omessa dichiarazione/denuncia ICI o di dichiarazione/denuncia di valori assolutamente irrisori, non stabilisce un limite alla riduzione dell'indennità di esproprio, idoneo ad impedire la totale elisione di qualsiasi ragionevole rapporto tra il valore venale del suolo espropriato e l'ammontare della indennità, pregiudicando in tal modo anche il diritto ad un serio ristoro, spettante all'espropriato, con riferimento all'art. 117 Cost., comma 1, e art. 42 Cost., comma 3, anche in considerazione del disposto dell'art. 6 e dell'art. 1, del primo protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

<sup>143</sup> M. COMPORTE, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 1, 10 ss.; F.G. SCOCA, *Indennità di espropriazione: la diversa sensibilità della Consulta e della Corte di Strasburgo*, in *Riv. amm.*, 2006, 231 ss.; E. MARTINETTI, *Il giusto indennizzo espropriativo tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 4, 490.

<sup>144</sup> Un'annosa *querelle* pulsante già a partire dagli anni settanta, come testimoniato dalla sentenza della Corte europea di giustizia, 14 maggio 1974, C-4-73, punto 14: «Benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruisca il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi. Per quanto riguarda in particolare la tutela dell'impresa, non la si può comunque estendere alla protezione dei semplici interessi o possibilità d'indole commerciale, la cui natura aleatoria è insita nell'essenza stessa dell'attività economica».

6, lo stesso valore giuridico dei trattati» A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, II, 128.

<sup>138</sup> Art. 1, protocollo n. 1, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo cui «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

<sup>139</sup> Sul punto, per una esaustiva rassegna giurisprudenziale, RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3, 871-872, nt. 25.

<sup>140</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 30 maggio 2000, n. 31524/96/2000, caso *Affaire Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, in *Riv. trim. dir. publ. com.*, 2000, 1086. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 17 maggio 2005, n. 43662/98/2005, caso *Affaire Scordino c. Italia*; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 20 aprile 2006, n. 176/04/2006, caso *Affaire De Sciscio c. Italia*; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 12 gennaio 2006, n. 14793/02/06, caso *Affaire Sciarrotta c. Italia*. Sull' *Affaire Scordino*, R. M. BOVA, *Indennità di espropriazione. L'Italia condannata dalla Cedu*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 2, 543. Per una dettagliata ricerca di tutte le pronunce della Cedu in materia di accessione invertita, G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3, 871-872, nt. 25.

La libertà di impresa è disciplinata all'interno dell'art 16, a tenore del quale "è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario ed alle legislazioni e prassi nazionali".

Nel testo di legge vengono ad emersione, con non poche perplessità, le "prassi nazionali", quale tecnica di conformazione della libertà di impresa, mentre nell'art. 17 l'esercizio della proprietà è subordinato all'osservanza dei "limiti di legge e dell'interesse generale".

Tanto basta per ritenere che il legislatore comunitario conosce la differenza fra "prassi" e "legge" e scientemente ne correla differenti ambiti di applicazione fra impresa e proprietà.

Ne discende, in punto di argomentazione giuridica<sup>145</sup>, che "la proprietà è sottoposta alla legge" mentre "l'impresa è sottoposta alle prassi nazionali", con la conseguenza che, nel confronto con l'art. 41 della Costituzione italiana, la libertà di impresa sembrerebbe aver ricevuto con la Carta di Nizza un indirizzo di ordine recessivo, rivestendo un valore giuridicamente inferiore rispetto a quello ricoperto nel corso della prima Repubblica.

Riprendendo le fila dell'argomentazione giuridica ne consegue che per "dignità" non deve intendersi una vuota formula, in quanto essa costituisce il sentimento che accompagna ciò che ha valore, ossia categorie giuridiche come il rispetto.

Quest'ultimo è contenuto nell'art. 13, rubricato "Libertà delle arti e delle scienze", dove si afferma che "le arti e la ricerca scientifica sono libere. La libertà accademica è rispettata".

A prima vista potrebbe risultare distonica la costruzione letterale della norma e di non immediata evidenza la ragione per la quale "lo scienziato è libero" mentre "l'accademico deve essere semplicemente rispettato".

In realtà se si tiene conto del valore della dignità, per come fin qui riferito, e della sua precedenza rispetto alla libertà, ne discende, singolarmente, che "la dignità accademica" è superiore rispetto alla "libertà di scienza".

La Carta, nell'introdurre la categoria del "rispetto" ne assegna una portata centrale nel diritto europeo.

Ma se la libertà è semplicemente la condizione per cui l'individuo può decidere di agire senza costrizioni, tale condizione è, in verità, subordinata a

tutti quei sentimenti di volontà che accompagnano la persona.

In definitiva, il Trattato di Lisbona contiene possibilità ermeneutiche basali, già a livello di pura "letteralità".

Ma una strategia di relazione fra gruppi di significanti<sup>146</sup> che non resti avvitata su se stessa, nella asfittica quanto non costruttiva presa di evidenza di affinità, alterità e comuni denominatori delle aree semantiche a confronto, esigerebbe, preferibilmente, la ricerca di un *medium*, di una chiave di valutazione in grado di restituire, sul piano delle regole operative<sup>147</sup>, le vecchie categorie concettuali che, diversamente, sarebbero destinate a rimanere mere monadi nel sistema.

In quest'ottica si giustifica il richiamo alla leva metodologica dell'assiologia<sup>148</sup>, quale cardine fondante una nuova sistematica che trascende gli ancoraggi qualificatori di matrice formale, superando, da un lato, il tralaticio brocardo "*in claris non fit interpretatio*"<sup>149</sup>, veicolo di dogmi<sup>150</sup> statualisti e di un rigido positivismo legalistico, e recuperando, dall'altro, nella verifica in concreto<sup>151</sup>, la funzione

<sup>146</sup> «In realtà, come per ogni altra espressione, la terminologia connotante un significante è mutevole, così come muta il rapporto fra significante e significato», G. ALPA, *Responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 5.

<sup>147</sup> «La pratica ha bisogno di categorie concettuali ordinanti. (...) I contrasti che abbiamo sotto gli occhi esistono nelle qualificazioni, nei linguaggi, nelle descrizioni, nelle spiegazioni, nei concetti. Non esistono invece nelle regole operazionali» R. SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di uniformazione)*, Parte II, *L'uniformazione del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 1, 30.

<sup>148</sup> P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, 1988, Napoli, 273 ss., rimarca come l'interpretazione sia, per definizione, "logico-sistematica" e "teleologico-assiologica", «cioè finalizzata all'attuazione dei nuovi valori costituzionali e dei nuovi principi» (ivi, 284).

<sup>149</sup> In argomento, G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 111 s. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, cit., 990 ss.

<sup>150</sup> «Per dogmi (...) proponiamo di intendere le norme che sono riconosciute vincolanti (...) perché altre norme, la cui validità è stata già riconosciuta, le implicano»: H. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto*, trad. it. di E. DI ROBILANT, Torino, 1962, 78. Per la dogmatica giuridica si rinvia a V. PIANO MORTARI, *Dogmatica giuridica, (storia)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 671.

<sup>151</sup> «Non basta considerare l'articolo di legge che sembra contenere e risolvere la questione concreta. (...) L'unità dell'ordinamento è realizzata dalla corretta interpretazione del giurista che ricomponne le molteplici fonti in coerenza costituzionale» P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Le fonti del diritto*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, 29; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95; in dottrina, V. DONATO, *La dottrina e la giuri-*

<sup>145</sup> «L'argomentazione giuridica viene concepita come un'attività linguistica che si svolge in situazioni differenti tra loro, come, ad esempio, nel processo o nella discussione condotta dalla scienza giuridica. Questa attività linguistica concerne (...) la correttezza delle proposizioni normative» R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it. M. LA TORRE, Milano, 1998, 16.





dell'intervento regolatorio rispetto al settore normativo destinato a ricevere l'innesto di una modulazione disciplinare integrata<sup>152</sup>.

Diviene, così, presuntivamente giustificabile il richiamo ai "criteri sistematici ed ermeneutici"<sup>153</sup>, volendo con essa attribuirsi rilievo euristico alla leva metodologica quale strumento di rimozione dell'addentellato caratteristico di un «diritto delle collisioni<sup>154</sup>»: la coesistenza di distoniche pretese di comportamento, parimenti graduate, nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali, unitamente alle non uniformi interpretazioni dei testi normativi comunitari ad opera delle Corti nazionali<sup>155</sup>.

*sprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 638.

<sup>152</sup> V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, in *Atti del 4° Convegno Nazionale 16-17-18 aprile 2009, Capri, Napoli*, 2010, 92 «Va riaffermato anche in Europa il primato del metodo assiologico-sistematico, nel senso che anche per il diritto comunitario l'attività ermeneutica deve puntare ad una ricerca di senso che, andando oltre il tenore letterale del testo normativo, neppure si limiti a far leva sul momento teleologico-funzionale quale rappresentato dalla *ratio* e dallo scopo della singola disposizione nonché dagli obiettivi e dalle finalità di integrazione economica dei Trattati, ma tenga anzitutto e soprattutto conto del più ampio e complessivo insieme di principi e valori sui quali si è venuta strutturando ed evolvendo l'unione Europea (cd. legalità comunitaria) e così pure in rapporto di reciproca armonizzazione e mutuo bilanciamento e assorbimento, del quadro dei principi e valori derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (cd. legalità costituzionale), e quindi innanzitutto anche dei diritti fondamentali della persona considerati anch'essi secondo la dimensione conformativa della CEDU e della Carta di Nizza e della correlativa attività giurisprudenziale delle rispettive Corti di Strasburgo e di Lussemburgo».

<sup>153</sup> In dottrina, per tutti, E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Tratt. dir. priv.*, G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 2008, 263 ss.

<sup>154</sup> G. TEUBNER, *Le due forme del pluralismo: conflitti normativi della doppia frammentazione della società mondiale*, cit., «gli ordinamenti giuridici nazionali sono ordinamenti tendenzialmente completi, nei quali anche le prescrizioni più specializzate sono collocate in un fitto tessuto di norme giuridiche nazionali. In tal modo si determina un "bilanciamento interno" tra norme, principi giuridici e *polices*, che tutte reclamano validità nello Stato nazionale. Al contrario, gli ordinamenti giuridici transnazionali, quali specializzati "regimi che si autocontengono", pongono diritto soltanto per il settore sociale funzionale al quale essi sono connessi strutturalmente. Le loro norme giuridiche seguono unilateralmente i criteri di razionalità del rispettivo settore sociale. Non sono indirizzate al complessivo "bene comune" di una collettività, come invece le norme contestualizzate di un ordinamento totale di uno Stato nazionale».

<sup>155</sup> Corte di Giustizia, Sez. VI, 27 febbraio 2003 nel procedimento C-327/00 - *Santex S.p.A.*, «Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, infatti, spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 1994, causa C-165/91, *Van Munster*, Racc. pag. I-4661, punto 34, e

L' "uniformità" ermeneutica<sup>156</sup> della comune *regula iuris* diviene rimedio alle frazionate e variabili applicazioni nei diritti interni, con la conseguente dispersione della "*condicio sine qua non*" di ogni processo di integrazione giuridica e della stessa ordinabilità a sistema dei rapporti privatistici europei.

L'*ermeneutica della conformità*<sup>157</sup> e della corrispondenza<sup>158</sup> fra previsione, interpretazione ed applicazione, di un comune statuto normativo, convoglia in una *reductio ad unitatem* la pluralità degli esiti interpretativi<sup>159</sup>.

26 settembre 2000, causa C-262/97, *Engelbrecht*, Racc. pag. I-7321, punto 39)».

<sup>156</sup> Corte di Giustizia, Sez. VII, 3 aprile 2008 C-187/07, *Procedimento penale a carico di Dirk Endendijk* «Secondo una giurisprudenza consolidata, la formulazione utilizzata in una delle versioni linguistiche di una disposizione comunitaria non può essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione di questa disposizione né si può attribuire ad essa, a tal riguardo, un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche. Infatti, tale modo di procedere sarebbe in contrasto con la necessità di applicare in modo uniforme il diritto comunitario (v. sentenza 12 novembre 1998, causa C-149/97, *Institute of the Motor Industry*, Racc. pag. I-7053, punto 16). In caso di divergenza fra le versioni linguistiche di un testo comunitario la disposizione di cui trattasi deve quindi essere intesa in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui fa parte (sentenze 9 marzo 2000, causa C-437/97, *EKW e Wein & Co.*, Racc. pag. I-1157, punto 42, nonché 1° aprile 2004, causa C-1/02, *Borgmann*, Racc. I-3219, punto 25)».

<sup>157</sup> «L'*ermeneutica della conformità* (...) comporta e innesca un vero e proprio controllo sistematico di legittimità comunitaria di tutto il diritto nazionale derivato o armonizzato, avente per effetto diretto e conseguenza immediata che in presenza di una disposizione interna facente parte del *corpus* normativo e suscettibile in quanto tale (...) di dar luogo ad una pluralità di esiti ermeneutici, debba sempre venire privilegiato il risultato interpretativo (...) *maggiormente aderente e conforme* ai testi normativi e ai principi comunitari di cui la disposizione considerata è diretta espressione o che comunque ne costituiscono la immediata base giuridica» V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 4, 420. In giurisprudenza, Corte di Giustizia, 13 novembre 1999, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, I-4135 ss., punti 8-9; 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, *ibid.*, I-5285 ss., spec. punti 43-47.

<sup>158</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, causa C-219/95P, *Ferriere Nord*, in *Raccolta*, I-4411 ss., punto 15; e del 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany*, *ibid.*, I-8615 ss., punto 47.

<sup>159</sup> «Nemmeno a livello di interpretazione della legge interna le due concezioni fanno differenza. Si segua l'una o l'altra, vale sempre la regola, espressamente sancita dall'art. 1, comma 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, per cui tra le due interpretazioni possibili della legge nazionale, una compatibile l'altra incompatibile con la fonte comunitaria, il giudice deve scegliere la prima» L. MENGONI, *Note sul rapporto fra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli stati membri*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli 1998, 12. In dottrina, sulla regola del mutuo riconoscimento quale vera *grundnorm* dell'ordinamento giuridico integrato, E. SCODITTI, *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 189 ss.



Letto in quest'ottica quello che può derivare dal Trattato di Lisbona è tutta un'altra Europa.

«Ora che esiste un quadro "costituzionale" effettivo è indubbio che debba venire ripensato in radice, e in base alle novità del Trattato di Lisbona, anche il metodo proprio di una interpretazione "costituzionalmente orientata"<sup>160</sup> che dovrà nel futuro essere operata dalla Corte<sup>161</sup>».

D'altronde Europa è una etichetta instabile, la quale ha ricoperto nel tempo alterne fisionomie, fra loro molto diverse: Europa cristiano-sociale, come struttura di neutralizzazione della zona del carbone e dell'acciaio; Europa socialista, fondata sul solidarismo; Europa liberale, come alternativa alla sovranità degli Stati a favore del potere privato.

Emergono, da tale schematizzazione di massima, tre Costituzioni materiali, tre ordinamenti materiali, dai caratteri e contenuti molto diversi.

Resta da chiedersi se non si sia in presenza, a questo punto, della quarta Europa possibile.

Certamente molto dipenderà dall'attivismo e soprattutto dal procedimento di selezione dei giudici delle Corti.

Viene ad essere così evocato il paradigma "*quis iudicabit*"<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> «Non basta considerare l'articolo di legge che sembra contenere e risolvere la questione concreta. (...) L'unità dell'ordinamento è realizzata dalla corretta interpretazione del giurista che ricomponne le molteplici fonti in coerenza costituzionale» P. PERLINGIERI P. FEMIA, *Le fonti del diritto*, I, 10, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, 29. ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss. In dottrina V. DONATO, *La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 638 ss.; S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-50, I, 189 ss.

<sup>161</sup> P.G. MONATERI, *Integrazione e armonizzazione: A) Le scelte di tecnica normativa della Commissione UE*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 82.

<sup>162</sup> L'auspicio da trarne è che su «un terreno così delicato, quale quello dei diritti fondamentali, si attivi tra Corte comunitaria e Corti costituzionali nazionali un clima (...) di collaborazione dialogante, un rapporto di intima e costante tensione dialogica in un processo continuo e ininterrotto di incessante interlocuzione e reciproco adeguamento, senza che nessuna delle due Corti abbia la pretesa di pronunziare l'ultima parola, perché solo così anche all'interno della categoria dei diritti fondamentali è possibile istituire quel doppio senso di marcia, quella indispensabile circolarità fra centro e periferia, senza la quale il processo di implementazione dello standard di protezione dei diritti fondamentali può subire solo inceppamenti e ritardi con riflessi negativi anche sullo stesso processo di integrazione giuridica europea» V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 174-175. Fondamentale nel quadro dell'ermeneutica dialogante fra le Corti è il contributo di N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 481.

E rispetto ad esso si staglia rinnovata e sempre più attuale la considerazione secondo la quale divisi da un presente, serve il dialogo fra le Corti<sup>163</sup> per comporre la discrasia e la frizione essenziale fra significativo e significato.

## 6. Concorrenza e garanzie sociali in Europa: un bilanciamento possibile<sup>164</sup>?

«Economia sociale di mercato altamente competitiva» è formula elastica, ampia, dai confini definiti labili e opinabili nell'*addenda* "altamente competitiva".

Una formula che abbiamo visto necessitare di una meditazione e di una concettualizzazione, perché la clausola generale deve essere riempita di contenuto, vale a dire declinata nel suo valore nucleare.

Una siffatta considerazione vale tanto in riferimento alle espressioni elastiche contenute nel diritto interno come rispetto alle espressioni contenute nei Trattati.

Ad avviso di una certa dottrina la qualificazione della formula "economia sociale di mercato altamente competitiva" è esauribile attraverso la mera interpretazione coordinata della normativa contenuta negli articoli del Trattato di Lisbona.

La riflessione giuridica, in verità, non è contenibile all'interno di una lettura infratestuale del documento giuridico, ma esige una verifica più ampia, che finisce con l'interessare, innanzitutto, la stessa capacità dell'Europa di realizzare comuni politiche sociali e fiscali, sussistendo il dubbio sull'effettiva esistenza di un valido strumentario.

<sup>163</sup> «L'impegno investe in modo particolare noi giuristi italiani, chiamati ad un costante lavoro di ricostruzione dell'unità ordinamentale ripartendo dai problemi concreti, per trovare l'ordine - ancora una volta - "nel sistema". A tal fine, decisivo sarà il dialogo tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia, nel quale ora sembra inserirsi in maniera più decisiva la Corte europea dei diritti dell'uomo, anche alla luce della prevista adesione alla CEDU come stabilito dal Tratto di Lisbona» P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 683. ID., *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli-Roma, 2008, 94 ss.

<sup>164</sup> «Il problema del bilanciamento tra diritti patrimoniali e diritti personali e sociali è duplice. In primo luogo, se per i diritti a contenuto economico possa valere la stessa impostazione che si adotta in via generale per i diritti di libertà, e cioè il principio della massima espansione della tutela. Per i primi, non ci si può limitare a tale generica formulazione, e ciò per una ragione strutturale. Infatti, nelle libertà economiche il problema del limite alla tutela non riguarda - come nelle libertà personali - l'interesse generale inteso come interesse pubblico, ma il potenziale conflitto con altri diritti, anch'essi configurabili come diritti fondamentali» C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Persona e mercato*, 2011, 1, 30.





Al riguardo, Delors<sup>165</sup>, nel porre la solidarietà al centro dell'azione di programma per la costruzione di una Europa social-democratica, aveva chiesto di realizzare un patto di stabilità e di crescita, fissando il parametro dell'occupazione.

La proposta venne respinta nell'avviso che i parametri di riferimento esulavano dai livelli occupazionali<sup>166</sup>.

Attualmente è in corso una trattativa fra gli altri ventisei Paesi e l'Irlanda, poiché quest'ultima mantiene - rifiutando le sollecitazioni europee di modifica - una politica fiscale per le imprese che consente di lucrare vantaggi dall'attrazione di capitali di investimento.

E il rischio politico per l'Irlanda è che in assenza di modifiche alla politica fiscale l'Europa non ridefinisca i termini e riveda le condizioni di prestito.

Un richiamo evocativo quest'ultimo per dimostrare che l'Unione, se anche volesse, non potrebbe intervenire efficacemente, non possedendo gli strumenti utili a realizzare una politica fiscale comune.

Allora il primo contesto di analisi e di ricerca è rappresentato dal fatto che l'Unione non ha il potere né la strumentazione politica necessaria per assumere decisioni nel campo delle politiche sociali e fiscali.

E quand'anche l'Europa volesse perseguire esplicitamente un'attività di normazione comune non potrebbe farlo perché a ciò sono di ostacolo i Trattati.

Detto in altri termini, anche laddove l'Unione fosse in possesso di un idoneo strumentario di intervento, non potrebbe, comunque, intervenire in quanto i Trattati sono l'espressione di un fenomeno storico-sociale, nel quale in parte si prosegue l'impianto originario del Trattato di Roma<sup>167</sup>: la

<sup>165</sup> P.G. MONATERI, *Integrazione e armonizzazione: A) Le scelte di tecnica normativa della Commissione UE*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., 82.

<sup>166</sup> «Concorrenza tra ordinamenti, dumping sociale, abbandono del piano Delors, fallimento dell'Agenda di Lisbona, giurisprudenza liberista della Corte di Giustizia: sono tra i fattori che hanno concorso (con le politiche monetariste) a ridurre, nell'ultimo ventennio, le tutele sociali e i diritti dei lavoratori, e che hanno così contribuito alla crescente crisi di legittimazione dell'Unione presso strati sempre più ampi di cittadini europei» C. SALVI, *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, in [http://www.astrid-online.it/Riformade/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Salvi---Relaz\\_Convegno-21\\_09\\_09.pdf](http://www.astrid-online.it/Riformade/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Salvi---Relaz_Convegno-21_09_09.pdf), 4.

<sup>167</sup> L'impressione di una notevole timidezza del Trattato di Roma in campo sociale in M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 2000, 3, 371-372. L'Autore rileva come dal complesso delle disposizioni del Titolo VIII, dalla formulazione dell'art. 136, si evinca, già a prima vista che «a) i diritti sociali non sono un limite assoluto e neppure una finalità dell'azione della Comunità e degli Stati, che si impegnano solo a "tenerli presenti"; b) obiettivo dell'azione

concorrenza spetta all'Europa mentre le politiche sociali e la regolazione dell'intervento pubblico nell'economia spettano agli Stati Nazionali.

Sussistono cioè residui dell'originario impianto: è così estranea alla competenza dell'Unione la regolazione della proprietà privata rimessa alla legislazione nazionale, trattandosi di una disciplina che risale al Trattato di Roma.

Anche se poi dovrebbe spiegarsi come tale "estraneità" si coordini con la normativa disciplinante la proprietà, contenuta nella Carta di Nizza e negli stessi Trattati europei, e come si giustifichino gli obiettivi dell'Unione - ex art. 3, comma 3, Tue - quali lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, l'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, l'elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Rimane, soprattutto, una riserva di competenza nazionale espressa in riferimento ad alcuni diritti sociali come lo sciopero e la retribuzione.

Le Carte dei diritti sociali dell'Unione Europea - risalenti le prime agli sessanta, mentre le successive agli anni novanta - non hanno come la Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Infatti il Trattato di Lisbona si limita a richiamarle attraverso un rimando che recita "tenute presenti", ingenerando un dubbio sulla loro giuridicità.

Se irrisolta è, in effetti, la questione della giuridicità delle Carte, resta il fatto che il richiamo ad esse costituisce, comunque, un addentellato, una testimonianza della loro rilevanza nel tessuto normativo e sociale.

Al depotenziamento della competenza nazionale in materia di diritti sociale corrisponde un *surplus* di competenza europea che di fatto determina una contaminazione ed una invasione nel settore disciplinare attraverso tecniche diverse.

Il secondo contesto di riferimento è dato dal clamoroso *deficit* di legittimazione democratica, espresso di recente dalla Corte Costituzionale tedesca, *Bundesverfassungsgericht* BVerfG, 2 BvE 2/08, 30

della Comunità e degli Stati sono alcuni interessi sociali oggettivi: occupazione; protezione sociale adeguata; dialogo sociale (...). Non, appunto, la protezione dei diritti sociali come situazioni soggettive individuali; c) oltre che "tener presenti" i diritti sociali, la Comunità e gli Stati debbono "tener conto" dell'esigenza di mantenere la competitività della comunità. (...) Le due formule (tener presenti-tener conto) (...) rendono con compiuta precisione (...) che tra esigenze economiche e diritti sociali passa la comune differenza che intercorre tra variabili indipendenti e variabili dipendenti; d) la procedure in materia sociale previste nel Trattato non sono affatto il solo strumento per la realizzazione di interessi sociali (...); e) l'Unione non può adottare interventi diretti a favore dei diritti sociali. Le disposizioni successive non offrono ragioni per rovesciare questa impressione».

giugno 2009<sup>168</sup>, la quale è stata chiamata pronunciarsi sulla compatibilità del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, con la Legge fondamentale (*Grundgesetz-GG*)<sup>169</sup>.

In tale occasione la Corte Costituzionale tedesca ha affermato che la sovranità rimane alla Germania e non potrà essere trasferita all'Unione Europea finché quest'ultima non si darà basi di legittimazione democratica<sup>170</sup>.

A corroborare il *deficit* di legittimazione democratica è il fatto che le decisioni vengono prese sempre meno a livello di Commissione e sempre più a livello intergovernativo e talvolta - o meglio spesso - sono fatte da burocrati, da tecnici che non hanno alcuna forma di responsabilità politica e democratica.

Ritorna di stringente utilità argomentativa e di attualità il paradigma "*quis iudicabit*"<sup>171</sup> e, soprattutto, la collocazione dei reali poteri in Europa.

<sup>168</sup> Sulla pronuncia in esame, per riferimenti bibliografici, si rinvia alla nt. 196 del presente saggio.

<sup>169</sup> «Il *Bundesverfassungsgericht* (...) tocca (...) lo squilibrio della rappresentanza dei cittadini dei diversi Stati membri all'interno delle istituzioni europee. La Corte ricorda che, a causa del metodo elettorale proporzionale, nel Parlamento europeo, i cui poteri vengono accresciuti dal Trattato di Lisbona, il rapporto fra eletti ed elettori fa sì che un maltese conterà quanto dodici tedeschi. Questo secondo il *Bundesverfassungsgericht* è accettabile solo ammettendo che l'Unione sia una comunità basata sull'uguaglianza non dei cittadini ma degli Stati». Ciò sarebbe confermato anche dall' «attribuzione ad ogni Stato indipendentemente dal numero dei suoi cittadini, di un membro all'interno della Commissione e della Corte di giustizia, la non piena responsabilità della Commissione davanti al Parlamento europeo, il voto in seno al Consiglio che con il Trattato di Lisbona non sarà più ponderato» L. SERENA ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. intern.*, 2009, 4, 1007-1008.

<sup>170</sup> «Alla Corte costituzionale tedesca era stato chiesto di dare una risposta giuridica, sulla base del *Grundgesetz*, a quesiti ampiamente diffusi nel dibattito pubblico, e che possono essere riassunti nelle formule del *deficit* democratico e del *deficit* sociale dell'Unione europea. Secondo i ricorrenti, il Trattato di Lisbona non solo non colma tali *deficit*, ma rischia di aggravarli, anche per i meccanismi (cosiddette "norme passerella" e "freno d'emergenza") che prevedono la possibilità di ulteriori trasferimenti di potere dagli Stati nazionali agli organi dell'Unione, attraverso decisioni rimesse ai governi degli Stati membri» C. SALVI, *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, cit., 1.

<sup>171</sup> P. PERLINGIERI - in *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee: per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, 12-13 - rileva che, dal reticolato normato dall'art. 10, comma 1, 11 e 117, comma 1, Cost., è «destinata a venire meno ogni aspettativa "statocentrica"», e che «la crisi dello Stato non determina una crisi della sovranità» (*ivi*, 13, nt. 7). «L'essenziale verità - osserva A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, cit., 132 - è che quando ci si presenta al dialogo ed al confronto transazionale ogni ordinamento assume la veste di sistema complesso composto da norme, isti-

Detentori dei veri poteri in Europa sono: la Banca Centrale Europea, la Direzione generale per la concorrenza; i Giudici della Corte di Giustizia.

Un tempo l'elencazione era arricchita anche dai Controllori del patto di stabilità, ma i recenti sforamenti dei parametri hanno portato ad una rimodulazione delle competenze.

Il vuoto di potere dell'Unione Europea e l'assenza di legittimazione democratica sono tanto più resi evidenti dalla incapacità - o forse propriamente dall'impossibilità - di adottare strategie risolutorie della crisi finanziaria.

Questi due richiami di contesto sono propedeutici alla "riconcettualizzazione" dei diritti sociali fra la Carta e le Corti.

La Carta di Nizza, nella enucleazione di diritti e principi, presenta discrasie e frizioni sistemiche, mancate armonie, sia nella costruzione dell'architettura lessicografica sia nell'interpretazione ed applicazione datane dalla Corte di Giustizia.

A fini di chiarezza espositiva occorre richiamare il caso Laval, *Causa C- 341/05*, riguardante una compagnia lettone "Laval", aggiudicataria di un appalto per il restauro di un edificio scolastico in Svezia, la quale impiegava lavoratori lettoni retribuiti con salari di molto inferiori rispetto ai corrispondenti lavoratori svedesi, in quanto parametrati secondo i livelli salariali in uso in Lettonia.

Le azioni di protesta dei sindacati svedesi, attraverso contestazioni e scioperi, finirono per bloccare l'esecuzione dei lavori appaltati ed indussero il Sindaco del Comune a chiedere alla Laval la risoluzione del contratto per la impossibilità di realizzare i lavori.

La Laval, nelle resistenze, si rivolge alla Corte di Giustizia chiedendo un risarcimento dei danni che le azioni sindacali le avevano procurato a seguito della risoluzione del contratto.

Il Governo svedese si costituisce in giudizio e sostiene che il diritto di sciopero è un diritto garantito dalla Costituzione e che è stato esercitato dalle Organizzazioni Sindacali nel rispetto delle leggi democratiche e della Carta fondamentale; che i Trattati sanciscono espressamente che il diritto di sciopero rientra fra i diritti sociali affidati alla legislazione nazionale e che, quindi, non è materia di competenza europea della Corte di Giustizia.

Esaurita l'istruttoria ed elevata la causa a decisione, la Corte di Giustizia, in motivazione, afferma

tuzioni e mentalità, sicché si può percepire quanto sia utile, proprio ai fini di un leale dialogo tra corti supreme europee, lo scavare nella nostra "mentalità" per trarvi fuori quanto è latente ed abbandonare all'oblio tutto ciò che in tale contesto dialogico è razionalmente indifendibile».

Cfr. O BEAUD, *La potenza dello Stato*, Napoli, 2002.







che il diritto di sciopero è un diritto fondamentale; che dall'ordinamento comunitario possono desumersi principi generali che possono essere anche espressivi di diritti fondamentali e tali da rientrare nelle competenze della Corte di Giustizia; che la libertà di prestazione di beni e servizi è parimenti rilevante rientrando in una delle quattro libertà economiche dei Trattati.

Nella sentenza Laval la Corte di Giustizia non opera un bilanciamento<sup>172</sup> *ragionevole* fra "concorrenza" e "diritti sociali", ma afferma la prevalenza *tout court* della libertà di prestazione di beni e servizi a totale detrimento dei diritti sociali costituzionalmente garantiti.

In tal modo, il preesistente livello di protezione dei diritti sociali non solo non è mantenuto, ma viene radicalmente compromesso dal valore preminente assegnato alla libertà economica<sup>173</sup>.

<sup>172</sup> Secondo P. PERLINGIERI-P. FEMIA - in *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, con la collaborazione di L. TULLIO, Napoli, 2004, 25-27 - «il criterio del bilanciamento (...) è la 'ragionevolezza'. La ragionevolezza non è una norma (né quindi un principio), ma un giudizio su di una norma particolare ricavata da norme generali: ragionevole o irragionevole non è il principio né il concorso di principi, ma la regola concreta applicata, individuata dall'interpretazione a seguito del bilanciamento. (...) Il suo fondamento nel vigente ordinamento, è il valore della persona tutelata da un principio corrispondente (2 cost.) (...)». Conduce un meticoloso, puntuale ed analitico studio sulla esplicazione normativa della ragionevolezza, come dato normativo, come criterio di giudizio, come criterio per valutare la legittimità di una norma e per risolvere il conflitto fra norme, E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 23 ss. Per una diversa "evocazione" del principio di ragionevolezza si considerino le conclusioni dell' Avv. Generale della Corte di giustizia, P. LÈGER - in Conclusioni C-309/99, *Wouters contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, punto 104 - secondo il quale «la "regola della ragionevolezza" nel diritto comunitario della concorrenza è strettamente limitata ad un bilancio *puramente concorrenziale* degli effetti dell'accordo. Qualora, considerato nel suo complesso, l'accordo sia tale da rafforzare il gioco della concorrenza sul mercato, le clausole che sono indispensabili per la sua applicazione possono sfuggire al divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato. Il solo «obiettivo legittimo» che tale disposizione consente di perseguire è quindi di natura esclusivamente concorrenziale». In letteratura sono stati proposti differenti schemi interpretativi per connotare la ragionevolezza. Ricorre una tendenza a considerare la ragionevolezza come concetto o principio servente altri concetti o principi (tra cui soprattutto il principio di eguaglianza) in A. CELOTTO, *Art. 3, comma 1, Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 80. Meno frequenti sono i tentativi di ricostruire la problematica in termini autonomi e in sede di teoria generale: cfr., sia pure sulla base di approcci differenti, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

<sup>173</sup> C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali fra diritto europeo e diritti nazionali*, cit., 32 «Il punto che interessa qui sottolineare è che nell'operare il "bilanciamento" dei diritti, la Corte di giustizia afferma nel caso Laval la prevalenza della libertà economica sul diritto sociale

Nella stessa direzione è anche la sentenza della Corte di Giustizia, Ruffert, 3 aprile 2008, riguardante la costruzione di una nuova prigione in Bassa Sassonia, commissionata in seguito ad un appalto che includeva l'accettazione del contratto collettivo.

La legislazione della Bassa Sassonia prevedeva che l'impresa appaltatrice, nel concludere i contratti con gli Enti pubblici ed i Comuni, dovesse impegnarsi a rispettare il contratto collettivo di lavoro.

L'impresa polacca, aggiudicataria dei lavori, si rifiuta di osservare la contrattazione collettiva.

Ne discende una controversia composta dalla Corte di Giustizia in favore della prevalenza della libertà di stabilimento rispetto alle forme di tutela sociale<sup>174</sup>.

«Ciò che viene garantito è la possibilità di distaccare lavoratori sul territorio di un altro Stato, proprio al fine di consentire all'impresa vantaggi competitivi. La tutela della concorrenza diviene così non garanzia della parità di trattamento tra imprese nazionali e imprese di altri stati, ma garanzia della libertà dell'impresa di scegliere l'ordinamento che consenta le condizioni migliori per essa (e peggiori per i dipendenti): concorrenza tra ordinamenti, non tra imprese<sup>175</sup>».

Le tre sentenze della Corte europea di giustizia (Viking, Laval e Ruffert), sino alla recente Commissione contro Repubblica federale di Germania, 15 luglio 2010, C-271/08, hanno in comune l'intento di modificare il rapporto fra libertà economica e diritti dei lavoratori a danno di questi ultimi e questo ogni volta che non sono previsti salari minimi come contratti collettivi vincolanti.

Alla luce di tali considerazioni, si impone ragionevole la perplessità relativa a quale tipo di concor-

all'azione collettiva, con la sola eccezione del rispetto, da parte del datore di lavoro, del nucleo di norme imperative di protezione minima previste dalla citata direttiva. In sostanza, è vietato promuovere azioni sindacali, ancorché garantite dalla Costituzione nazionale, che si prefiggano di ottenere per i lavoratori distaccati condizioni migliori di quelle, pur definite "minime", previste dalla direttiva».

<sup>174</sup> La prevalenza delle logiche di mercato e della libera concorrenza e la "desertificazione" dei diritti sociali in Europa, ridotti a ruolo ancillare e subalterno divengono *leitmotiv* di riflessione giuridica in R. DE LUCA TAMAJO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2008, 2, 3 ss.

<sup>175</sup> C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali fra diritto europeo e diritti nazionali*, cit. 32. Per un'ampia ed efficace ricostruzione della competizione dei modelli proprietari, fra Europa e diritti nazionali, G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3, 861. Puntuale ricostruzione del rapporto fra l'art. 1 Protocollo n.1 Cedu e art. 42 Costituzione, in ID., *Accessione invertita vs. acquisizione sanante. L'art. 43 D.P.R. n. 327/2001 nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 157.

renza deve ritenersi garantita dall'Unione Europea: altro la concorrenza fra imprese, altro la concorrenza fra ordinamenti.

Il paradosso della stratificazione del ragionamento della Corte di Giustizia è che l'imprenditore viene messo nella condizione di scegliere lo Stato dove trasferire la manodopera, ottenendone un vantaggio competitivo – cd. *dumping sociale*<sup>176</sup> - mentre la concorrenza dovrebbe essere l'esatto contrario.

Se l'imprenditore trasferisce in Svezia la manodopera dovrebbe applicare ai dipendenti gli stessi contratti di lavoro adottati per i corrispondenti lavoratori svedesi, e, quindi, applicare le stesse garanzie previdenziali e sociali, perché solo così la concorrenza si realizza su comuni presupposti.

I fondamenti di ragionamento della Corte di Giustizia presentano, invece, una vocazione fortemente liberista, scollata dalla Carta dei diritti di Nizza, in tema di diritti sociali e di dignità<sup>177</sup>.

La dignità non è termine nuovo alle esperienze storico-culturali ma soprattutto alle Dichiarazioni internazionali ed alle Carte fondamentali<sup>178</sup> del novecento giuridico<sup>179</sup>.

<sup>176</sup> Sui rischi del *dumping sociale*, già nel 1946, W. Röpke - *L'ordine internazionale*, Milano-Roma, 1946, 135 ss. e nt.3 a 154 - rilevava che «quel timore generale della concorrenza non è più un'eccezione, ma la regola. Se prima era limitato a paesi che, come gli Stati Uniti, godono di un livello di salari particolarmente alto che essi tendevano di dover proteggere contro il "dumping sociale" dei paesi con livello di salari più basso, oggi si può dire che non esista paese in cui, per l'una o per l'altra ragione, non ci si ritenga inferiori su tutta la linea a certi o a tutti i paesi stranieri». In letteratura, A. SANTA MARIA, *Il diritto internazionale dell'economia*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2003, 484-485. Sul tema del *social dumping* comunitario nelle relazioni commerciali esterne, ID., *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, 368. In argomento, M. VELLANO, *L'Unione europea e il dumping sociale, aspetti interni e relazioni esterne*, in *Il diritto dell'economia*, 1999, 168-174. E. RADIGHIERI, *I diritti fondamentali dei lavoratori nel commercio internazionale*, in *Commercio internazionale sostenibile?*, Bologna, 2003, 100 ss.

<sup>177</sup> «Occorrerebbe, allora, (...) tentare di andare oltre l'impostazione della Corte, ridiscutere l'impianto teorico alla luce del quale opera la giurisprudenza comunitaria, che contrappone concorrenza e solidarietà, giustificando deroghe alle regole concorrenziali quando gli scopi delle organizzazioni siano puramente solidaristici. (...) Viene ad esempio spesso ricordata, in proposito, la sentenza *Sodemare*, con la quale la Corte ha ritenuto legittima la scelta, effettuata da una legge della Regione Lombardia, di consentire ai soli operatori privati che non perseguono scopo di lucro di concorrere alla realizzazione del sistema di assistenza sociale con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso, da parte del soggetto pubblico, dei costi dei relativi servizi. La Corte ha così ritenuto ammissibile una restrizione della concorrenza ad una data categoria di soggetti privati, a svantaggio delle imprese *for profit* operanti nello stesso settore» S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso?»*, cit., 89.

<sup>178</sup> «Quanto alle seconde, ricordiamo soltanto: Cost. irlandese del 28 dicembre 1937 [Preambolo: "(...) al fine di garantire la

E' presente nella nostra Carta Fondamentale all'interno dell'art. 3, comma 2, che, nel sancire il principio di eguaglianza<sup>180</sup>, costituzionalizza la "pari dignità sociale"; nell'articolo 36 che prescrive "il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa"; nonché nell'art. 41 che statuisce che «l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da arrecare danno (...) alla dignità umana»<sup>181</sup>.

Risulta evidente e chiaro che la nostra Costituzione è collegata alla costruzione sociale della per-

---

dignità e la libertà dell'uomo]; *Grundgesetz* del 23 maggio 1949 [art. 1. I: "La dignità dell'uomo è intangibile (...); (...) Cost. portoghese del 10 aprile 1976 [art. 1: "Il Portogallo è una Repubblica sovrana, fondata sulla dignità della persona umana e della volontà popolare (...)]; Cost. spagnola del 27 dicembre 1978 [art. 10:1 "La dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale"] A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit. 371, nt. 7. Cfr. C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971, 103 ss.

<sup>179</sup> Rileva i rischi e le ambiguità sottostesse alla nozione di dignità, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, II, 832-833. Secondo l'Autore la dignità è una «clausola che si vorrebbe volta a garantire l'identità e l'autodeterminazione della persona, che in quanto tale non può essere ridotta ad oggetto e trattata come mezzo, e che si risolve invece nell'imposizione di un valore assoluto (insuscettibile di bilanciamento), meta-individuale ed etero-determinato, sovraordinato alla stessa autonomia individuale. (...) Se la dignità viene ricostruita come uno degli attributi della libertà (...), la persona potrà invocare il rispetto della propria dignità nei confronti di tutte le violazioni apportate dai terzi, mentre il principio di dignità non potrà a sua volta esserle opposto al fine di circoscrivere la sua sfera di libertà. (...) Viceversa, se è la libertà ad essere concepita come uno degli attributi della dignità (...), l'invocazione del rispetto della dignità umana sarà di per sé idonea a giustificare la limitazione della libertà medesima».

<sup>180</sup> La concezione unitaria del principio di eguaglianza costituzionale, in un superamento della lettura bipartita, fra eguaglianza formale e sostanziale, in P. PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, *Rass. dir. civ.*, 1980, 724. Sul principio di eguaglianza, per più ampi spunti riflessivi, N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995; A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984.

<sup>181</sup> «Sarebbe tuttavia affrettata la conclusione di una sostanziale "marginalità" dei termini considerati, visto che (...) è ragionevole supporre che in molte altre disposizioni della Costituzione sia implicitamente presente o, ad ogni modo, presupposta l'idea di una protezione della dignità umana, nel senso che - con termini diversi - si è comunque espresso lo stesso afflato e, dunque, la stessa esigenza di valore contenuta negli articoli ora richiamati» A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 3, 345-346.





sona, in termini di pari dignità sociale, di eguaglianza e parità di trattamento<sup>182</sup>.

L'enunciato "dignità" era, però, già presente all'interno della Costituzione di Weimar<sup>183</sup> (1919), nel capo dedicato alla disciplina della libertà economica e precisamente nell'articolo 151 a tenore del quale "L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo. In questi limiti è da tutelare la libertà economica dei singoli".

Esso compare anche nello Statuto delle Nazioni Unite, 26 giugno 1945, che nel Preambolo afferma «(...) la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana»; nella Dichiarazione generale dei diritti dell'Uomo, 10 dicembre 1948, il cui articolo 1 prevede che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti»; nella Dichiarazione di Versailles con riferimento al diritto della cultura.

Allora è storicamente innegabile l'esistenza di uno stretto collegamento, nelle Carte del novecento giuridico, fra la dignità e i diritti sociali.

L'attualizzazione della centralità della dignità nei documenti legislativi si è avuta con la formula di apertura della Carta dei diritti di Nizza, alla quale fanno seguito disposizioni sulla vita, sull'integrità, sul divieto di schiavitù e tortura.

Il punto adesso è stabilire se al *primaute* topografico della dignità nella Carta di Nizza corrisponda anche un valore ordinante nella tavola dei diritti, specie con riferimento al rapporto con le libertà e-

conomiche, residuando in esito contrario una mera giustificazione di lessicografica.

La libertà di impresa e la proprietà<sup>184</sup> sono rispettivamente contenute negli articoli 16 e 17 della Carta di Nizza, in un capo dedicato alle libertà, con una scelta di politica legislativa ben diversa da quella operata dai Padri Costituenti delle Carte Fondamentali del novecento.

La Costituzione spagnola non colloca la libertà e la proprietà nel titolo delle libertà fondamentali ma nel titolo dei diritti e doveri del cittadino<sup>185</sup>.

L'art. 17 della Carta di Nizza è, in verità, un testo a tratti progressista e a tratti più arretrato rispetto all'articolo 832 codice civile italiano<sup>186</sup>, in quanto in esso scompare l'espressione codicistica "entro i limiti dell'ordinamento giuridico"<sup>187</sup>, ma, soprattutto, in esso manca ogni riferimento o richiamo alla funzione sociale della proprietà<sup>188</sup>, ex art. 42 della Co-

<sup>184</sup> Sulle recenti tendenze del diritto europeo in materia di proprietà privata e sulla de-fondamentalizzazione del diritto di proprietà, C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 412 e ss.

<sup>185</sup> A. MOSCARINI - in *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 313 ss. - ha osservato che la distanza fra Carte fondamentali e Corti europee, in materia di proprietà, non riguarda soltanto la tradizione costituzionale italiana, ma anche quella tedesca (art. 14 legge fondamentale) e quella spagnola (art. 33 Cost.). Di qui «l'appello alle tradizioni costituzionali comunali» che possono divenire legittimanti delle soluzioni pretorie.

<sup>186</sup> «Ove si ritenga - come qui sostenuto - che i principi europei sulla proprietà hanno dal 1992 in poi assunto il rango di principi generali comunitari, essi appaiono di diretta ed immediata applicazione nell'ordinamento italiano, anche costituzionale (...); essi sostanzialmente ripropongono i principi di cui agli artt. 832 e 834 c.c., escludendo il criterio limitativo della funzione sociale di cui all'art. 42, comma 2, c.c. Se dunque si opta - come si ritiene - per questa idea (...) dovrebbe pervenirsi alla conseguenza della disapplicazione dell'art. 42 Cost. (...). Se invece si riconosce ai principi europei della proprietà rango di diritto internazionale pattizio, indipendentemente dalla ammissibilità di una ipotesi di violazione degli artt. 11 e 117 Cost., si configurerebbe comunque un inadempimento dell'Italia ad un trattato internazionale, con le relative conseguenze. In ogni caso, dovrebbe profilarsi un processo di depotenziamento dell'art. 42 Cost. (...) non più quale norma precettiva di diretta applicazione, ma come norma di carattere meramente programmatico» e di indirizzo per il legislatore che finirebbe per disciplinare l'uso dei beni nei limiti dell'art. 17 della Carta di Nizza, ovvero con limitazioni non così incisive e restrittive quanto la funzione sociale di cui all'art. 42, comma 2, Cost.» M. COMPORTE, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 205-206.

<sup>187</sup> Il diritto di proprietà in Europa ed in Italia, sul punto, cfr. le posizioni di M. COMPORTE, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189 ss. e di C. SALVI, *ope cit.*, 427.

<sup>188</sup> Il *vulnus* della funzione sociale nell'articolazione linguistica dell'art. 17 della Carta di Nizza ha spinto M. COMPORTE, - in *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, L. BRUSCUGLIA-G. GRISI-O.T. SCOZZAFAVA (a cura di), Napoli, 2007, 1 ss. e spec. 26 - a considerare la norma non idonea a

<sup>182</sup> «La prima tendenza mira a identificare il principio di eguaglianza con quello della parità di trattamento». In realtà, a ben vedere, «le disparità di condizioni economiche e sociali, secondo la Costituzione, possono anzi devono essere trattate in forma diversa, cioè senza parità. Tanto più che la parità di trattamento si giustifica pur sempre in base alla logica della giustizia retributiva e della *par condicio*, mentre l'eguaglianza costituzionale tende a realizzare la pari dignità sociale, rimuovendo gli ostacoli che limitano la libertà dei cittadini e operando quindi la giustizia sociale e distributiva» P. PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 144.

<sup>183</sup> Il riferimento alla Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919 non è senza conseguenze giuridiche, laddove si consideri come da Weimar in poi la Costituzione «cessa di essere (...) solo la fonte suprema del diritto pubblico, regolatrice della forma di governo e delle guarentigie di libertà dei cittadini nei confronti dello Stato». Essa «diventa, al tempo stesso, la legge fondamentale del diritto privato, regolatrice dei rapporti fra privati, o con norme immediatamente precettive o, più frequentemente, con norme di indirizzo per la legislazione ordinaria» F. GALGANO, *Rapporti economici*, in *Comm. Cost.*, Branca, t. II, *sub. Art. 41*, Bologna-Roma, 1982, 1. Sull'applicazione diretta delle norme della Costituzione, nel riconoscimento ad esse di valore precettivo, non già meramente programmatico, P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il "principio della massima attuazione della Costituzione"*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 819.



stituzione, ed alla funzione economica sociale<sup>189</sup> dell'iniziativa economica privata, ex art. 41 della Costituzione<sup>190</sup>.

Manca, poi, all'interno della Carta di Nizza la composizione del conflitto che le Costituzioni del novecento hanno affrontato nel disciplinare il rapporto fra le libertà economiche e i diritti sociali, diritti umani fondamentali e diritti di libertà.

Così, in materia di proprietà, la costituzione economica italiana, quale delineata dalla Carta fondamentale del 1948, nel recidere la «connessione tra la proprietà privata dei beni e la libertà della persona<sup>191</sup>» e «quel carattere di stretta inerenza alla per-

---

«comportare limitazioni o compressioni importanti del diritto (...) come invece è stato possibile (...) attraverso il principio della funzione sociale». In Europa, esplicitativa del nebuloso rapporto fra la funzione sociale della proprietà nazionale e il diritto individuale privato europeo, è un recente caso deciso dalla Cedu, *Affaire Sud Fondi s.r.l. et 2 autres c. Italie*, 20 janvier 2009, in materia di confisca urbanistica e interesse generale alla integrità del territorio, in A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, II, 128 ss. Sul punto, A. MARINI, *Introduzione a AA. VV., Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Bari, 2009, 18.

<sup>189</sup> La nozione di «utilità sociale» alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità degli interventi limitativi della libertà economica, in base alla tecnica del bilanciamento in sede di interpretazione costituzionale, P. PERLINGIERI-MARINARO, *Art. 41*, in P. PERLINGIERI, in *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 287-290. Sulla tematica, ID, *Su venti anni di attività della Corte Costituzionale*, ora in *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, 1988, Napoli, 44. In argomento, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975. In giurisprudenza: Corte Costituzionale, 14 giugno 2001, n. 190, in *Giur. cost.*, 2001, 1463, con nota adesiva di A. MORRONE, *Libertà di impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 2001, 1473. Sulla rilevanza di un nesso tra l'art. 41 e l'art. 3, comma 1°, Cost. nella giurisprudenza della Corte costituzionale, S. NICCOLAI, *Sull'utilizzo del principio dell'utilità sociale in una sentenza sulla panificazione*, in *Giur. cost.*, 1991, 474 (nota a Corte Costituzionale, 8 febbraio 1991, n. 63).

<sup>190</sup> Sul «polimorfismo» della proprietà, all'insegna della discontinuità «medioevale» e «moderna», come universi distinti, fra condizionamenti di archetipi culturali e dimensione giuridica del diritto, per una mirifica analisi, P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1988, 359 e ss.; ID., *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria delle proprietà*, *ivi*, Milano, 1976/1977, I, 246 ss. Sul punto, S. RODOTÁ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, 890, «[a]ttraverso il riconoscimento della effettiva funzione storica dei diversi elementi costitutivi del sistema giuridico della proprietà, [...] possono emergere, a un tempo, le finalità perseguite con i diversi statuti del progetto sociale d'insieme ad essi corrispondente». Analogamente, P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, 461.

<sup>191</sup> P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 2000, 487.

sona che gli era stato annesso artificiosamente in passato<sup>192</sup>», ha determinato l'esclusione del diritto di proprietà dall'alveo dei diritti inviolabili, secondo la disposizione dell'art. 2 della Costituzione<sup>193</sup>.

E «dall'esclusione della proprietà privata dalla categoria dei *Menschenrechte* la dottrina italiana è largamente concorde<sup>194</sup>».

Ora, per come strutturata la Carta di Nizza, sembrerebbe che ogni conflitto sia già stato composto e rappresenti soltanto un retaggio del passato della storia costituzionale.

Il problema, in realtà, è pulsante nella diagnosi dell'attualità giuridica e l'osservatore come l'operatore di diritto deve segnalarlo nella consapevolezza che l'identità dell'Europa è una identità sociale.

In Europa lo Stato sociale, le garanzie del lavoro, la contrattazione collettiva e lo Statuto dei lavoratori sono un aspetto caratterizzante dell'identità continentale, con conseguenze nella regolazione dell'economia.

Dobbiamo cogliere le differenze fondamentali fra le Costituzioni nazionali - almeno Italia, Francia, Germania, Spagna - e la «Costituzione vivente<sup>195</sup> europea», intendendo con questa espressione l'insieme dei testi normativi e dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea come la Cedu.

---

<sup>192</sup> A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 467.

<sup>193</sup> «Diverse Carte e Convenzioni internazionali però qualificano a volte come «fondamentali» anche diritti attinenti all'«avere» della persona, ossia situazioni tipicamente patrimoniali [quali ad esempio il diritto di proprietà (...)]. (...) E tuttavia è lecito dubitare della qualificazione di «diritti fondamentali» attribuita a tali situazioni soggettive, essendo preferibile riservare siffatta qualificazione a quelle situazioni che rinvergono invece la loro base fondativa nell'«essere» in sé della persona, ossia nella persona in sé e per sé considerata (tipica, ad esempio, la dignità umana)» V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 146.

<sup>194</sup> L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 430.

<sup>195</sup> In riferimento alla possibilità di distinguere nel testo della Costituzione fra norme costituzionali in senso materiale e norme costituzionali in senso formale, C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 169 ss. Sulla distinzione fra Costituzione «materiale» e Costituzione «vivente» L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 145, secondo il quale «l'incontestabile esigenza di trarre le norme costituzionali dal rispettivo testo, puntando sull'interpretazione sistematica della Carta costituzionale e sul bilanciamento dei principi che la informano, non dev'essere confusa con l'idea di una costituzione materiale scissa da quella testuale. La «Costituzione vivente» non è altro che la Carta costituzionale, in quanto ricostruita e applicata; mentre la Costituzione materiale è il frutto dell'inaccettabile pretesa di approdare altrove, di attingere direttamente i valori meritevoli di salvaguardia, di fare della giustizia costituzionale la vera fonte suprema, di mettere dunque fra parentesi la Costituzione scritta con l'iniziale maiuscola».



E una volta colte le conseguenze e gli effetti bisogna individuare le cause che hanno concorso a segnare un simile solco differenziale.

Le Carte costituzionali nazionali e la Carta di Nizza risalgono a momenti storici completamente diversi.

Le Costituzioni sono all'origine di una età frutto del compromesso socialdemocratico: un compromesso storico fra il mondo del lavoro ed i proprietari dei mezzi di produzioni.

La costruzione europea è stata accompagnata dall'idea che il freno alla competitività derivasse dallo Stato sociale e dalle eccessive garanzie previste per i lavoratori.

Va anche aggiunto che la Costituzione italiana non è stata sottoposta ad alcun procedimento di revisione in funzione dell'ingresso in Europa.

E così la Corte di Giustizia ha iniziato un processo di affermazione del *primauté du droit communautaire* sul diritto interno<sup>196</sup>, recepito costantemente e contestualmente dalla Corte Costituzionale attraverso una serie pronunce che hanno permesso una sistemazione dei rapporti fra diritto interno e diritto comunitario per via giurisprudenziale<sup>197</sup>.

In un primo momento la Corte di Giustizia ha chiarito che il primato del diritto comunitario riguarda non soltanto la legislazione precedente ma anche la normazione successiva.

E la Corte Costituzionale si è uniformata all'indirizzo della Corte di Giustizia, introducendo la tecnica della disapplicazione<sup>198</sup>, vale a dire il po-

tere del giudice comune di non applicare la norma interna in contrasto con la norma comunitaria.

Ancora la Corte di Giustizia ha affermato il primato del diritto comunitario non soltanto rispetto alle norme nazionali interne ma anche rispetto alla normazione costituzionale, salvo il rispetto dei cc. dd. *controlimiti*<sup>199</sup>.

Recentemente, poi, ha stabilito il primato dell'interpretazione della Corte di Giustizia ed il rinvio pregiudiziale quando sono in discussione *quaestiones* di diritto comunitario<sup>200</sup>.

volta sia la giurisprudenza italiana che la Corte di giustizia, non senza suscitare notevoli e più che giustificate perplessità, hanno esteso ai rapporti interprivatisti (cd. *efficacia orizzontale*). E là dove, per la particolarità della fattispecie, non è possibile il riconoscimento dell'*efficacia diretta* (*verticale od orizzontale*), ecco che soccorre un ulteriore strumento, elaborato sempre dalla Corte di giustizia, noto come principio dell'*interpretazione conforme*, grazie al quale il giudice nazionale è tenuto ad interpretare il proprio diritto interno in modo tale da renderlo il più conforme possibile al diritto comunitario» G. BENACCHIO, *La Corte di giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti*, in Atti Convegno "Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?", Treviso, 23-25 marzo 2006", in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 132-133.

<sup>199</sup> Con l'espressione "controlimiti" si intende indicare la costituzione di un'area di riserva e di salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona dalla penetrazione uniformatrice del diritto dell'Unione europea. La prima sentenza che ha reso operativi i controlimiti alla cessione di sovranità è stata Corte Costituzionale, 27 dicembre 1965, n. 98. L'elaborazione teorica si è poi perfezionata nella successive sentenze Corte costituzionale, 27 dicembre 1973, n. 183; 8 giugno 1984, n. 170; 21 aprile 1898, n. 232. In letteratura, A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 3, 734; ID., *Principio di effettività e unitarietà. Introduzione*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistema nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del Convegno SISDIC, Capri 16-18 aprile 2009, Napoli 2010, 559 ss. V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 426 ss. e *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145 ss. U. VILANI, *I «controlimiti» nei rapporti fra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 507ss.

<sup>200</sup> Per una efficace sintesi della complessa evoluzione delle regole che hanno governato i rapporti fra diritto interno e diritto comunitario, L. SALVATO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle fonti interne ed "esterne": i poteri e compiti del giudice "comune"*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 1, 277-278. L'Autore individua tre regole fondamentali: « a) il contrasto della norma interna con la norma del diritto dell'UE dotata di effetto diretto comporta che la prima "non viene in rilievo" per la disciplina della fattispecie, quindi ne determina la "non applicabilità" (...) salvo che (...) la seconda violi i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili garantiti dalla Costituzione (cc. dd. *controlimiti*); b) le sentenze della Corte di giustizia, rese in sede di rinvio pregiudiziale o di procedura di infrazione, "hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni"; c) il contrasto dà luogo ad una questione di legittimità costituzionale, quando sia fatto valere nel corso di un giudizio principale, ovvero, qualora non possa essere superato

<sup>196</sup> «Il superiore criterio ordinativo dei rapporti tra i due sistemi è rappresentato (...) dal cd. *principio del primato* (o *supremazia* e connessa *effettività*) del diritto comunitario, avente fondamento diretto nei Trattati (art. 10, 234 TCE), desumibile anche dall'art. 11 della nostra Costituzione, ora pure solennemente proclamato dal riformato art. 117, comma 1, e secondo la Corte di giustizia da intendersi in un senso massimamente estensivo senza neppure il vincolo del giudicato interno» V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, cit. 419.

<sup>197</sup> L'epifania del processo di coordinazione, per via giurisprudenziale, del diritto interno al diritto comunitario, si fa risalire alla sentenza della Corte Costituzionale 24 febbraio 1964, n. 14. Sul punto, in dottrina, R. ADAM-A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, 204; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 201.

<sup>198</sup> «Alla *primazia* del diritto comunitario in genere (...) fa da corollario il principio della *disapplicabilità* delle norme interne incompatibili con il diritto comunitario. (...) Lo stesso principio della *disapplicabilità* delle norme interne incompatibili con il diritto comunitario ha subito una notevole evoluzione: limitato in un primo tempo alle sole norme del trattato e dei regolamenti, si è via via affermato anche con riguardo ad alcune direttive (quelle cd. *sufficientemente precise e incondizionate*) perché non attuate entro i limiti stabiliti. Parallelamente alla diretta applicabilità delle direttive si è sviluppato un altro meccanismo volto a garantire l'effettività del diritto comunitario all'interno degli Stati membri, vale a dire il principio dell'*efficacia verticale* (rapporto Stato-cittadino) delle direttive non attuate, che tal-

Questo è il risultato di una serie di scelte di politica legislativa, le quali hanno contraddistinto l'Italia rispetto agli altri Stati che hanno adottato procedimenti di revisione costituzionale.

Ma il vero problema giuridico risiede nella individuazione dei controlimiti effettivi al processo di integrazione europea, evocativa del giammai sopito dissidio fra primato comunitario e sovranità nazionale, fra Corte di Giustizia e Corti nazionali, fra la formazione di valori comuni e le identità e le tradizioni nazionali: un inguaribile iato nella valorizzazione di un patrimonio valoriale unitario.

Sul punto significativa è la posizione assunta dalla Corte Costituzionale tedesca<sup>201</sup>, la quale, pur riconoscendo la tutela dei diritti fondamentali apprestata dall'ordinamento europeo, non ha mai rinunciato definitivamente al potere di controllare<sup>202</sup> la conformità del diritto comunitario ai valori e ai principi fondanti del costituzionalismo tedesco.

Le forze politiche di destra e di sinistra del Parlamento tedesco - l'Unione sociale bavarese (*Cdu*) e la *DieLinke* - prima della ratifica del Trattato di Lisbona rivolsero una interrogazione alla Corte Costituzionale tedesca, richiedendo se il documento, per come stilato, potesse considerarsi conforme ai principi costituzionali tedeschi e in quanto tale ratificabile oppure fosse necessario il ricorso al procedimento di revisione costituzionale.

La *Cdu* bavarese sosteneva la necessità di una revisione della Carta fondamentale, facendo ricorso ad argomenti più sovranisti, come l'assenza in sede comunitaria della legittimazione democratica.

---

mediante l'interpretazione conforme, se la norma comunitaria sia priva di effetto diretto, oppure quanto "dall'applicazione della direttiva derivi una responsabilità penale".

<sup>201</sup> Corte Costituzionale tedesca, *BVerfG*, 2 BvE 2/08 del 30 giugno 2009, sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania. In dottrina, M. POIARES MADURO-G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 503-529; R. CAPONI, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona* (nota a *Bundesverfassungsgericht* 30 giugno 2009), in *Il Foro Italiano*, 2010, IV-col. 277-280; U. DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, 719-733; L. S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, 993-1019.

<sup>202</sup> Tribunale costituzionale federale, *BVerfG*, 22 ottobre 1986, *Solange II*, in *BVerfGE*, 73, 339 ss., 378 ss e 387, si è riservato di intervenire unicamente se la tutela comunitaria dei diritti fondamentali sia insufficiente. Sino a quando i diritti fondamentali sono protetti nel diritto comunitario, la Corte non eserciterà più la sua giurisdizione e non procederà più al controllo del diritto comunitario, derivato e non, in relazione ai diritti fondamentali contenuti nella Costituzione. Sul punto, Ordinanza 29 maggio 1974 (*Solange I*).

La *DieLinke* perveniva ai medesimi esiti conclusionali, ma accedendovi da una argomentazione di matrice sociale.

La Corte Costituzionale tedesca ha concluso che ai fini della ratifica del Trattato di Lisbona fosse necessaria una revisione della Costituzione e che, dati gli accresciuti poteri dei Governi nazionali, contenuti nelle previsioni del Trattato di Lisbona, fosse necessario prevedere che il Governo tedesco potesse esercitare i poteri in oggetto soltanto previo avallo del Parlamento<sup>203</sup>.

Ragione per cui, in osservanza della decisione della Corte Costituzionale tedesca, si è proceduto a modificare la Costituzione e si è previsto che in Germania, rispetto a tutta una serie di poteri che i Trattati attribuiscono ai Governi nazionali, gli stessi poteri potessero essere esercitati soltanto con l'avallo del Parlamento.

E sempre la Corte Costituzionale tedesca, ai punti 249, 251, 252, della sentenza *BvE* 2/08 del 30 giugno 2009, ha rivendicato il diritto alla identità nazionale anche nei confronti dell'integrazione europea e, in particolare, ha collocato tale identità negli spazi in cui si sviluppa la persona e in cui avviene la configurazione sociale delle condizioni di vita, con particolare riferimento alla materia del diritto di famiglia.

L'identità nazionale emerge quale principio immodificabile, assunto a controlimite al primato del diritto comunitario sul diritto interno.

I controlimiti vengono individuati dalla Corte Costituzionale tedesca nella "dignità, nel principio dello Stato democratico, nel principio delle competenze federali".

Questi principi non possono essere modificati dalla normativa europea e anche laddove la Costituzione fosse cambiata per adeguarla all'Europa essi rimarrebbero inalterati.

Trattasi di un'operazione concettuale puntuale, rigorosa, di analitica tenuta costruttiva: una metodi-

---

<sup>203</sup> «Il restringimento del mandato governativo avviene in due modi. Innanzitutto la sentenza dà - e prescrive - un'interpretazione restrittiva delle competenze, tanto di quelle già attribuite (...) quanto a quelle che sono state estese con il Trattato di Lisbona. (...) In secondo luogo, l'interpretazione restrittiva, rigida e diffidente di tutti gli elementi dinamici del sistema, subordina al consenso del Parlamento tedesco qualunque posizione che il Governo voglia assumere nelle future modifiche di un ordinamento che il *Bundesverfassungsgericht* considera aver conquistato un "eccesso di competenza". Questo vale tanto in relazione all'espansione materiale delle competenze, cui viene posto un limite *a priori*, quanto in relazione all'utilizzo di strumenti di integrazione flessibile» L.S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, cit., 1018.







ca misurabile con la meno pervasiva<sup>204</sup> posizione della Corte Costituzionale italiana<sup>205</sup>.

E allora sarebbe da chiedersi quali siano i controlimiti nell'ordinamento giuridico italiano.

Essi devono essere, innanzitutto, identificati con i valori e i principi insuscettibili di revisione costituzionale<sup>206</sup>, in quanto al variare di essi si avrebbe un sovvertimento della stessa Corte fondamentale<sup>207</sup>.

Di per certo appare difficile ritenere che essi possano essere scissi e avulsi dall'alveo dei diritti sociali, attesi gli articoli 3, comma 2, e 4 della Costituzione, nonché dai limiti che l'art. 41 appone allo svolgimento dell'iniziativa economica privata<sup>208</sup>.

Si impone così un approfondimento della tutela e delle garanzie sociali in Europa, in funzione coerente con la costruzione di una Unione consapevole della propria identità sociale e della proprie radici storiche e culturali.

Un accertamento che, però, deve essere condotto nella maturata consapevolezza che la questione del conflitto fra la normativa comunitaria ed i principi fondamentali delle Carte fondamentali di ciascun

Stato membro non è ignota alla Corte di Giustizia, la quale, già con la sentenza *Stauder*<sup>209</sup>, ha statuito che «i diritti fondamentali della persona (...) fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, dei quali la Corte garantisce l'osservanza, (...) entro l'ambito delle strutture e delle finalità della comunità» e che, quindi, «appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi».

E si potrebbe proprio muovere da questa pronuncia della Corte di Giustizia per iniziare sciogliere le formule lessemiche in essa contenute: da un lato, l'impiego della formula elastica «diritti fondamentali» che necessita di essere riempita di contenuto, tenendo conto dei rispettivi cataloghi nazionali; dall'altro, la coordinazione bilanciata di tali diritti con gli obiettivi generali perseguiti dalla Comunità.

Se l'azione di produzione normativa europea non può disattendere le garanzie offerte dai principi e dai valori fondanti dell'ordinamento costituzionale, ne discende che i canali di comunicazione normativa devono essere improntati al bilanciamento fra i valori dell'integrazione europea e quelli che sono alla base della Carta fondamentale.

In definitiva, è richiesto un approfondimento della tutela e delle garanzie sociali in Europa, non già in funzione euroscettica ma in funzione coerente alla costruzione di una Europa consapevole della propria identità sociale e della propria storia.

<sup>204</sup> Corte Costituzionale, 29 dicembre 1995, n. 536, e, 18 dicembre 1995, n. 509, in *Foro it.*, 1996, I, c. 784 ss., in cui la Corte mantiene ferma la possibilità di «controllo di costituzionalità per violazione dei principi fondamentali dei diritti inviolabili della persona». Corte Costituzionale italiana, sentenza, 24 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1001, nella quale la medesima Corte si riserva il compito di verificare che «una qualsiasi norma del Trattato, così come interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento o non attenti ai diritti inviolabili della persona». Antecedente cfr. Corte Costituzionale, 27 dicembre 1973, n. 193, in *Giur. cost.*, 1973, 240, ove la medesima Corte si riserva il sindacato di costituzionalità a salvaguardia del rispetto dei principi e dei valori essenziali della Costituzione da parte della legge esecutiva del Trattato.

<sup>205</sup> Corte costituzionale, ordinanza 13 febbraio 2008, n. 103 «l'ordinamento comunitario è un ordinamento giuridico autonomo integrato e coordinato con quello interno. (...) (L)e norme dell'ordinamento comunitario vincolano il legislatore interno con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione». Vv. Corte costituzionale n. 183/1973; n. 170/1984; n. 232/1989.

<sup>206</sup> Corte Costituzionale, 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Foro it.*, 1989, I, c. 609 ss.

<sup>207</sup> Corte Costituzionale, 18 aprile 1991, n. 168.

<sup>208</sup> «Il «principio sociale» come principio supremo può desumersi, anzitutto, dalla funzione sociale della proprietà privata, dai limiti che l'art. 41 appone allo svolgimento dell'iniziativa economica privata, dal riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali. E dai principi dei doveri di solidarietà (seconda parte dell'art. 2) e della c.d. eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma). Che concretamente possa porsi un conflitto tra questi principi e il diritto europeo si è visto, credo, nelle vicende giurisprudenziali recenti, alle quali ho fatto prima riferimento» C. SALVI, «Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali», in *Persona e mercato*, 2011, 1, 35.

<sup>209</sup> Corte di Giustizia, 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*, in *Racc.*, 1969, 419