

CONCORRENZA E COESIONE SOCIALE*.

Di Mario Libertini

SOMMARIO: 1. “Concorrenza” e “coesione sociale” sono entrambi beni giuridicamente tutelati. – 2. Il temperamento fra questi due valori dev’essere cercato sul terreno della “sussidiarietà orizzontale”. – 3. Difficoltà di temperamento e opportunità di approfondimento analitico dei due termini. – 4. La stratificazione di diversi orizzonti di solidarietà nella civiltà contemporanea e l’importanza della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata. – 5. Gli attacchi contro il primato della sfera pubblica: l’egemonia liberistica della fine del XX secolo. – 6. La società globalizzata e l’idea di indebolimento strutturale e irreversibile della sfera pubblica. – 7. L’idea di irreversibile disgregazione sociale nel mondo globalizzato, Critica. – 8. Possibilità di ricostruzione di un’etica pubblica liberale in un mondo globalizzato. – 9. La concorrenza come bene giuridicamente tutelato: dall’idea di concorrenza come equilibrio negli scambi e garante del giusto prezzo a quella di concorrenza come processo di distruzione creatrice. – 10. La legittimazione della concorrenza dinamica: sostegno dello sviluppo e del benessere, in un quadro di sovranità del consumatore. La concorrenza fra imprese è uno strumento e non un valore in sé. – 11. Le critiche radicali alla concorrenza come valore: la concorrenza economica come fattore di disgregazione sociale. – 12. Il problema insoluto del controllo dello sviluppo capitalistico. – 13. La migliore risposta oggi presente sta nei principi costituzionali dell’ordinamento europeo: sussidiarietà (anche orizzontale) ed economia sociale di mercato. – 14. Ritorno al punto centrale della necessità di ricostruzione di un potere pubblico forte e indipendente.

1. “Concorrenza” e “coesione sociale” sono entrambi beni giuridicamente tutelati.

Una riflessione sui temi indicati nel titolo impone di muoversi, sia pure con prudenza, su un terreno storico e filosofico. Vorrei però subito aggiungere che questi temi hanno anche un’importanza diretta di diritto positivo, nel senso che, attualmente, sia la “concorrenza” sia la “coesione sociale” sono entità espressamente tutelate dall’ordinamento.

Per quanto riguarda la concorrenza (i.e. la concorrenza fra imprese) non ci sono più dubbi sul fatto che essa sia un bene giuridicamente tutelato – anche a livello costituzionale – sia nell’ordinamento europeo sia in quello italiano¹.

* Relazione al seminario sul tema “Diritti e coesione sociale”, organizzato dall’Istituto di Scienze Umane, in Firenze, nei giorni 8 e 9 giugno 2012.

¹ Mi permetto di rinviare, sul punto, a quanto scritto in M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir. – Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, 551 ss.

Nel diritto vivente italiano, il principio di tutela della concorrenza è ormai affermato, tanto da essere declinato, nella giurisprudenza costituzionale, come principio generale di “liberalizzazione delle attività economiche”: in tal senso i principi di liberalizzazione, affermati da ultimo con il d.l. 1/2012, sono stati considerati non solo costituzionalmente legittimi, ma anche vincolanti per le Regioni e gli enti locali (cfr. Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 8; Corte cost., 27 febbraio 2013, n. 27; Corte cost., 11 marzo 2013, n. 38).

Nel diritto europeo, ove il Trattato di Lisbona ha “declassato” la tutela della concorrenza da obiettivo fondamentale a “strumento”, prevale la convinzione di sostanziale continuità rispetto al passato e quindi di permanenza del valore normativo della tutela della concorrenza (cfr., con riferimento al diritto vivente europeo, B. VAN ROMPUY, *The Impact of the Lisbon Treaty on EU Competition Law: a Review of Recent Case Law of the EU Courts*, in *CPI Antitrust Chronicle*, Dec. 2011, 1 ss.; v. anche M. LIBERTINI, *A “highly competitive social market economy”*



Ma uguale rilevanza di diritto positivo deve attribuirsi al valore della “coesione sociale”. In tal senso suona espressamente l’Art. 3 T.U.E.: “L’Unione promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà fra gli Stati membri”; ed in tal senso deve essere letto (come si tornerà a vedere più avanti), il principio generale di tutela dello “sviluppo sostenibile” (così, ancora nell’art. 3 T.U.E.: “L’Unione 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...”)².

Anche nel diritto italiano si nota lo stesso fenomeno. La Repubblica tutela la concorrenza (artt. 42, 117 Cost.), ma “richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” (art. 2 Cost.). Nell’organizzazione governativa italiana abbiamo poi un Ministero per lo Sviluppo Economico e un Ministero per la Coesione territoriale; abbiamo anche un Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica. Anche nella legislazione si tende sempre più ad utilizzare come endiadi l’espressione “sviluppo economico e coesione sociale” (v., p.e., art. 27, comma 2, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. con l. 22.12.2011, n. 214).

2. Il contemperamento fra questi due valori dev’essere cercato sul terreno della “solidarietà orizzontale”.

Occorre dunque riflettere sulla compatibilità e sui modi di contemperamento di questi diversi valori ed obiettivi.

Si può subito osservare che quella che, a prima vista, sembra una “quadratura del cerchio”, trova una soluzione normativa, abbastanza diffusa, in termini di complementarità e di “sussidiarietà orizzontale”³: il diritto europeo vuole quanta più con-

correnza possibile, ma garantisce anche la presenza di servizi di interesse economico generale e garantisce i diritti sociali degli individui.

Aggiungo che, a mio avviso, questa idea “di primo impatto” è anche quella giusta, nel senso che la concorrenza fra imprese non favorisce di per sé la coesione sociale, ma è necessaria per l’efficienza del sistema economico e per il benessere complessivo: perciò dev’essere tutelata, ma in un quadro di valori che la consideri come uno strumento (insieme con altri) e non come fine a se stessa.

Il problema sta piuttosto nel “come” questa complementarità fra i due valori possa realizzarsi.

E qui si deve francamente riconoscere che la coesistenza fra i due valori non è semplice, né lineare.

Sarebbe facile farsi tentare da un’idea decourbertiniana, per cui una concorrenza ben ordinata cementerebbe la solidarietà complessiva (così come si dice tradizionalmente che accada con la partecipazione in comune a competizioni sportive). Ma si tratterebbe di un’idea bugiarda: a parte la considerazione che essa non funziona bene neanche per le competizioni sportive, né per la competizione fra individui all’interno di organizzazioni stabili, ancor meno questa idea potrebbe funzionare per la concorrenza fra imprese. Questa è una gara in cui i perdenti sono normalmente destinati a scomparire; e la sconfitta delle imprese perdenti porta con sé non solo la perdita di capitali, ma anche il sacrificio degli *stakeholders* (lavoratori, in primo luogo), che su quelle imprese avevano puntato, per volontà o per necessità.

E’ vero che un’economia di mercato concorrenziale ben funzionante realizza risultati di efficienza allocativa: ma questo tipo di efficienza misura la soddisfazione degli individui in termini di beni e servizi acquistabili nei mercati - che è certo una componente fondamentale del “benessere” - ma non misura interamente il benessere collettivo (che è fatto anche della fruizione di beni pubblici), e tanto meno la felicità⁴; per non parlare della coesione sociale.

as a founding element of European economic constitution, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 491 ss.).

² In proposito si è affermato che, con tali indicazioni di principio, “Si tenta di coniugare insieme termini a lungo considerati inconciliabili: dinamismo del mercato, coesione e solidarietà” (A. VIGNERI, *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, in *Le virtù della concorrenza*, a cura di C.De Vincenti e A.Vigneri, Il Mulino, Bologna, 2006, con riferimento al precedente art. 16 tr. UE).

³ Questo è stato l’approccio negli interventi dottrinali che hanno affrontato il tema nei termini lessicali proposti nel titolo di questo intervento. V., oltre a Vigneri (cit. alla nota prec.), L’Europa a rete. Il modello delle reti tra concorrenza e coesione sociale, a cura di C. BUZZACCHI, Giuffrè, Milano, 2011.

E’ questa anche la posizione ufficiale delle autorità europee: v., p.e., J. ALMUNIA, *How competition policy contributes to competitiveness and social cohesion*, Lisbon, 14 Jan. 2011 (EU COMM., Speech 11/17), che legge la correlazione fra i due

principi in base al tradizionale assunto “il mercato fin dove è possibile, lo stato dove è necessario”.

⁴ L’idea per cui, superato un certo limite, la crescita economica (misurata in ragione dei beni e servizi acquistabili nei mercati) non aumenti la felicità degli individui, è ormai divenuta luogo comune. V., p.e., a un livello di alta divulgazione giornalistica, L. DE BIASE, *Economia della felicità. Dalla blogosfera al valore del dono e oltre*, Feltrinelli, Milano, 2007). Sul punto si tornerà *infra*, § 12.



3. Difficoltà di contemperamento e opportunità di approfondimento analitico dei due termini.

Dunque, se la coesione sociale è un valore, l'economia di mercato concorrenziale non è l'ambiente più adatto a realizzarlo. Devono esserci altri strumenti sociali e giuridici che sostengano il valore della coesione.

La mia tesi è che il contemperamento fra queste due istanze rimane possibile, nel senso della complementarietà fra mercati concorrenziali e azione pubblica volta a garantire un livello elevato di beni pubblici e di servizi pubblici, ma non è affatto semplice e lineare; esso richiede scelte consapevoli sul terreno filosofico-politico; scelte difficili perché dovrebbero innestarsi sulla consapevolezza (di solito censurata, o mancante) delle aporie profonde del nostro sistema economico e giuridico.

Per argomentare questa tesi, ritengo opportuno muovere da un tentativo di esercizio analitico, che investirà prima il concetto di "coesione sociale" e poi quello di "concorrenza".

* * *

4. La stratificazione di diversi orizzonti di solidarietà nella civiltà contemporanea e l'importanza della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata.

Cominciando dunque dal primo termine, credo che "coesione sociale" possa definirsi come *ricoscimento reciproco di una comune appartenenza ad una formazione sociale, chiusa o aperta, ma comunque legata da valori e beni comuni e da vincoli di solidarietà, pur nella possibilità di differenze, anche cospicue, di ruoli e di condizioni di vita dei singoli*⁵.

Nelle sue grandi linee, la storia della civiltà umana (intesa come storia delle idee, prima ancora

⁵ Il concetto di coesione sociale, che oggi ha acquisito rilevanza normativa, ha origine nella riflessione sociologica (in particolare, la prima teorizzazione viene solitamente attribuita a E. Durkheim).

Tra le definizioni ufficiali può citarsi quella del Consiglio d'Europa (Risoluz. del Consiglio dei Ministri, 31 marzo 2004), secondo cui c.s. "è la capacità di una società di assicurare il benessere (welfare) di tutti i suoi membri, riducendo le differenze ed evitando le polarizzazioni. Una società basata sulla coesione è una comunità di sostegno reciproco di individui liberi che perseguono obiettivi comuni dai significati democratici".

Mentre la definizione tentata nel testo vuol essere analitico-descrittiva, quella ora ricordata è già una definizione normativa, come tale direttamente proponibile ai fini dell'interpretazione/applicazione delle norme che tutelano questa entità.

che come storia del diritto e delle istituzioni) ci mostra un processo espansivo degli orizzonti di solidarietà, che appare segnato dai seguenti passaggi idealtipici⁶:

- 1) coesione di branco (fondata su convivenza stabile e sul riconoscimento di gerarchie interne);
- 2) coesione tribale (fondata su vincoli di comune parentela, cioè di discendenza di sangue);
- 3) coesione comunitaria (fondata su vincoli religiosi, linguistici, di costume, di norma collegati alla residenza in un certo territorio);
- 4) coesione feudale (fondata su vincoli relazionali, su base volontaria, di fedeltà/protezione);
- 5) coesione statale/nazionale (monarchie, repubbliche e imperi, non sempre monolitici dal punto di vista religioso; patriottismo);
- 6) coesione umanitaria universalistica (cristianesimo, diritti dell'uomo; fino a un certo punto anche l'Islam);
- 7) coesione universalistica altruistica (i.e. estesa alla protezione di soggetti deboli: solidarietà intergenerazionale, riconoscimento di diritti dell'ambiente e degli animali)⁷.

Quello disegnato nel precedente elenco è stato, ed è, un processo nient'affatto lineare: il passaggio ad uno stadio più avanzato non implica mai cessazione dei vincoli di solidarietà precedenti. Il passaggio ad orizzonti di solidarietà più ampi è frutto dell'azione di élites, talora armate talora disarmate, che non riescono tuttavia mai ad imporre in modo completo la loro visione del mondo come sostitutiva di quelle precedentemente affermatesi. L'esperienza storica mostra anche ben noti, e frequenti, fenomeni di regressione (p.e. movimenti e regimi razzisti, settarismi di varie specie e indirizzo), che invertono il movimento tendenziale verso l'affermazione di forme di coesione sociale universalistica.

La storia delle forme di coesione sociale non è fatta dunque di sostituzione di orizzonti di solidarietà

⁶ Ovviamente sono impossibili, su questo tema, citazioni analitiche. Dico soltanto che, nella presentazione dello schema riportato nel testo, ritengo di essere debitore, soprattutto, verso F. FUKUYAMA, *The Origins of the Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Profile Books, London, 2011.

⁷ Nel disegno di questo ultimo orizzonte di solidarietà sono di importanza centrale gli studi di etica ambientale (v., p.e., J. PASSMORE, *La nostra responsabilità per la natura* [1974], trad. it., Feltrinelli, Milano, 1991. Nella letteratura giuridica v. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Angeli, Milano, 2008.

tà più ampi ad altri più ristretti, bensì di stratificazione di orizzonti differenti; da qui contrasti di fedeltà, anche nella vita individuale delle persone, e incertezze comunicative (basti pensare ai contrasti di idee sulla “legge”, vista talora come strumento di affermazione dei forti sui deboli, e tal’altra come strumento di difesa dei deboli contro i forti; basti pensare alla mai compiuta traduzione piena in realtà dei principi dello stato di diritto, alla permanenza quasi-irriducibile di forme di vincoli feudali di fedeltà/protezione, del nepotismo e del clientelismo).

Nell’esperienza, che perdura da secoli, di stratificazione di orizzonti diversi di solidarietà, il problema centrale diviene quello dell’equilibrio e del temperamento fra questi diversi orizzonti. Temperamento sempre difficile, perché ad ogni prospettiva di coesione corrisponde la costruzione di diversi ordini gerarchici interni ai gruppi di riferimento, e quindi di diversi “poteri”, che tendono a loro volta a mettersi in competizione fra loro per il controllo delle vite degli individui.

La civiltà occidentale conosce da millenni (almeno dall’avvento del cristianesimo) la coesistenza, con peso specifico variabile nel tempo e nello spazio, di tutte le diverse forme di coesione sociale sopra elencate (solo la settima può dirsi sorta in tempi più recenti). Molto diverse sono però state, nella concreta esperienza storica, le situazioni di prevalenza dell’una o dell’altra forma di coesione (e dei relativi poteri interni) rispetto alle altre; l’analisi sociologica di queste situazioni e dei modi di soluzione dei conflitti è tutt’altro che definita, ed è vieppiù complicata dalla differenza esistente fra idee professate e comportamenti effettivamente praticati.

Senza alcuna pretesa di disegnare linee di progresso ininterrotto, credo comunque che possa riconoscersi, nella storia della civiltà umana, uno stacco fondamentale costituito dal passaggio da forme di coesione di prossimità (propria dei rapporti di branco/tribù/comunità locale/setta/feudo) a forme di coesione organizzata più ampia (stato, nazione, umanità, universalità). Quando questo passaggio si realizza si indebolisce il peso delle relazioni interpersonali dirette e si rafforza quello di altri elementi di coesione, già presenti, ma in modo embrionale, nelle organizzazioni di tipo tribale e microcomunitario: simboli, poteri funzionali, regole, istituzioni. Soprattutto, assume peso determinate la costituzione di un’autorità centrale, distaccata dalla vita quotidiana delle persone (famiglie, mercati etc.), e riconosciuta come autorità politica.

Rispetto al plurisecolare problema della coesistenza di diversi orizzonti di solidarietà, questo passaggio si compie “definitivamente” con la formazione dello Stato moderno: l’aspirazione dello Stato al “monopolio della violenza legittima” si associa,

sul piano della storia delle idee, all’affermazione del primato del valore della fedeltà allo Stato e alla legge (patriottismo, “senso dello Stato”, legalità) rispetto a qualsiasi altro vincolo.

Questo primato non nega l’esistenza, in concreto, di altre forme di coesione più semplice, ma, con una scelta culturale che segna una rivoluzione copernicana rispetto al pluralismo medievale, le relega tutte su un terreno qualitativamente diverso rispetto al primo, cioè sul terreno della vita “privata”, distinto da quello della vita “pubblica”. L’etica liberale, che si accompagna alla costruzione dello stato moderno di diritto, ha come sua struttura portante la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata e, al contempo, la collocazione di quest’ultima (comprensiva sia dei fenomeni di appartenenza a formazioni sociali minori, sia dei fenomeni di appartenenza a formazioni di dimensione più ampia o universale, come è spesso quella dell’esperienza religiosa) in uno spazio di libertà riconosciuto agli individui, di dimensioni ampie, ma comunque soggetto ad un vincolo di compatibilità con il rispetto prioritario dei doveri derivanti dalla prima⁸. Sul piano del costume e dei valori socialmente riconosciuti, questo fenomeno si traduce nell’affermazione di uno “spirito di cittadinanza”, che colloca il rispetto delle leggi al vertice dei doveri che ogni individuo ritiene degni di rispetto.

Nel liberalismo classico, dall’ideologia postorisorgimentale che sta alla base della costruzione dello stato unitario italiano, all’ordoliberalismo tedesco che ha ispirato la costruzione dei trattati europei, l’idea di una sfera pubblica, limitata a sua volta dal rispetto della legge ma forte, costituente garanzia e limite delle libertà individuali, è stata una struttura fondamentale dell’organizzazione civile e politica.

Questo modello, fondato sulla dicotomia pubblico/privato e sull’individuazione della libertà individuale da un lato e della sovranità statale dall’altro (nella prospettiva del primato della legge e dello Stato di diritto) come pilastri del vivere civile, ha costituito storicamente la risposta moderna al problema della coesione sociale: uno dei diversi orizzonti di solidarietà, quello politico-istituzionale, viene assolutizzato rispetto agli altri ed elevato, nella morale sociale, a “dovere civico” (“spirito di cittadinanza”); esso fornisce anche parametri di compatibilità rispetto agli altri vincoli sociali a cui gli individui possono aderire.

⁸ Sul punto le citazioni sono superflue. Sull’ “arte della separazione” come struttura fondamentale della cultura liberale (rispetto a cui la dicotomia pubblico/privato costituisce momento primario) ci si può limitare a richiamare gli scritti di M. Walzer.



5. Gli attacchi contro il primato della sfera pubblica: l'egemonia liberistica della fine del XX secolo.

Questa risposta, tuttavia, non ha mai acquisito (fatte salve, forse, poche eccezioni in alcuni contesti europei) una posizione socioculturale di piena e generale accettazione da parte degli individui. Non mi riferisco solo all'inevitabile permanere di fatto, nel costume e nelle consuetudini, di forme di solidarietà premoderne. La difficoltà di conseguimento di una posizione egemonica si coglie chiaramente anche nella storia delle idee. La dicotomia pubblico/privato e la supremazia dell'etica pubblica e del diritto pubblico sono stati, da prima, contrastati dai nostalgici delle società intermedie e dei valori comunitari tradizionali, nonché del primato della religione; poi ha subito l'attacco del pensiero marxista, volto ad affermare il primato etico-politico della solidarietà di classe internazionale, contro l'ideologia statalistica "borghese". Nell'ultimo mezzo secolo l'ideologia liberale ha anche subito l'attacco delle filosofie politiche neocomunitarie⁹ (queste ultime, peraltro, di scarso seguito in Italia¹⁰).

Tutte queste critiche sono accomunate dall'avversione all'individualismo liberale, visto da un lato come distruttivo di valori profondi della vita collettiva, dall'altro come astrazione ideologica, atta a nascondere le reali dinamiche della vita sociale.

Nell'ultimo quarto di secolo, il più penetrante attacco all'etica pubblica liberale e alla dimensione centrale del "pubblico", che in essa è stata struttura portante, è venuto però proprio "dall'interno", cioè dall'egemonia neoliberalistica che ha seguito la caduta dei regimi comunisti ed ha creato un diffuso atteggiamento antistatalistico, accompagnato dalla fiducia nelle capacità di autoregolazione spontanea dei mercati. Sullo sfondo di questa ondata neoliberalistica (che ha visto il liberismo economico conquistare, per la prima volta nella storia, posizioni egemoniche nella cultura politica del mondo occidentale¹¹) sta una sorta di individualismo ontologico:

⁹ Cfr. *Comunitarismo o liberalismo?*, a cura di E. Caniglia e A. Spreafico, Luiss University Press, Roma, 2003.

¹⁰ Un collegamento con queste idee può forse vedersi nel movimento a favore dei "beni comuni" (cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari-Roma, 2011; A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Dissensi ed., Viareggio, 2011), che è tuttavia permeato da atteggiamenti anticapitalistici di radice marxista e tende a porsi come movimento di contrasto verso tutte le forme di privatizzazione di beni già in proprietà pubblica.

Per una confutazione di queste idee (meritevole di adesione, per chi segua l'orientamento di idee espresso nel testo), v. E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Bari-Roma, 2013.

¹¹ Il liberismo declamato da diversi regimi politici nel corso del XIX e (meno) del XX secolo era sempre temperato

l'individuo è visto come unica realtà e unico valore, la funzione della sfera pubblica dovrebbe essere solo quella di garantire l'esplicazione delle libertà individuali, la stessa coesione sociale diviene un fatto privato, normativamente irrilevante (e comunque vista come risultato dell'ordine spontaneo di coesistenza delle scelte individuali).

La crisi del 2008 (ancora in corso) ha scosso le fondamenta di questa costruzione, senza aver dato luogo, tuttavia, alla costruzione di una nuova sintesi, sul piano delle idee politiche correnti.

6. La società globalizzata e l'idea di indebolimento strutturale e irreversibile della sfera pubblica.

Volendo avviare una *pars construens*, e quindi tentare una definizione di "coesione sociale" come bene e valore giuridicamente tutelato, non è oggi soltanto necessario compiere temerarie incursioni sul terreno della filosofia politica, ma è anche necessario muoversi su un terreno in cui l'evoluzione della storia delle idee non sembra offrirci alcun punto fermo.

Con questo *caveat* mi cimento tuttavia in un percorso che si concluderà con una difesa della concezione liberale della coesione sociale fondata sul rispetto della dicotomia pubblico/privato.

Alla base dal ragionamento sta un assunto valutativo, che peraltro non richiede particolari dimostrazioni, perché appartiene ai fondamenti della cultura occidentale: l'ordine politico è preferibile all'anarchia ed è necessario per l'esistenza stessa della civiltà umana¹².

Una volta accettato questo primo punto, un secondo passaggio basilare sta nella scelta tra due fondamentali visoni del mondo, che pur sono presenti nella civiltà occidentale.

Da un lato c'è il mito di un'età dell'oro, perduta ma in qualche modo ricostruibile. Questo mito porta alla costruzione mentale di società ideali viventi in perfetto equilibrio e questa costruzione mentale porta con sé, almeno *in nuce*, proposte ideologico-politiche totalitarie o comunque integraliste: di solito anche al riconoscimento di capi carismatici e alla (necessaria) demonizzazione di un nemico (il di-

dall'esistenza di forti strumenti di protezione delle imprese nazionali da parte degli Stati sovrani (G. Amato, a suo tempo, ha coniato il termine "protezionismo liberale", per definire questo tipo di regime economico).

¹² L'affermazione fatta nel testo è forse troppo ottimistica (basti leggere A. MINGARDI, *Tesi anarchiche di buon senso*, ne *Il Sole / 24 Ore*, 4 agosto 2013, che recensisce, in modo sostanzialmente favorevole, un libro del filosofo americano Michael Huemer, che teorizza la preferibilità di una società anarcocapitalista).

struttore di quell'ordine spontaneo perfetto, che si potrebbe costruire nel mondo e che solo oscure forze del male impediscono di inverare). Pur con rilevanti differenze strutturali (da un lato la mancanza di capi carismatici, dall'altro l'illusione di un possibile equilibrio spontaneo delle vite individuali) il liberismo economico estremistico (anarcocapitalismo) può ascrivere a questa serie di ideologie politiche integraliste e assolutizzanti.

Dall'altro lato c'è il relativismo costruttivo, che vede nell'ordine sociale e politico una costruzione artificiale, imperfetta e sempre modificabile, della civiltà umana: dalla cultura greca al liberalismo è questo il filo rosso che lega la corrente principale di idee politiche della civiltà occidentale. In questa prospettiva, la costruzione dell'ordine politico è vista come un compito fondamentale dell'uomo civilizzato, ma l'ordine politico costituito sarà sempre imperfetto e perfezionabile.

Una volta accettato questo assunto di base, si impone un percorso evolutivo che può portare in direzioni diverse: in esso si inseriscono le grandi conquiste della sovranità, del primato della legge, della divisione dei poteri, del riconoscimento dei diritti fondamentali delle persone, dei controlli di legittimità sull'esercizio del potere, etc.¹³. In questo quadro si inserisce poi il perenne dialogo sulla costruzione di regole costituzionali atte a migliorare l'organizzazione politica (p.e. il dibattito sui diversi modelli di regole elettorali etc.).

A questo punto è opportuno fare un salto, e dare per accettabili valori e principi che stanno alla base dei documenti costituzionali su cui si regge il nostro ordinamento (la Costituzione della Repubblica, i trattati europei, le altre norme internazionali a cui la Repubblica aderisce); lasciando invece da parte quei problemi, sempre aperti, di organizzazione costituzionale, che ci porterebbero lontano dal punto centrale del discorso.

Questo punto è che l'accettazione di un ordine politico così complesso come quello che caratterizza le società contemporanee, con il contorno delle sue scelte di educazione civica, richiede una condizione di recettività di base, da parte di una società civile disponibile a riconoscere quello spirito di cittadinanza, o di solidarietà ancora più allargata, che nell'ordinamento politico viene formalmente proposto come valore da rispettare.

Sorge quindi un dubbio radicale: se il tipo di ordine politico liberaldemocratico, che la civiltà occi-

dentale ha costruito, con i suoi punti di principio e con le sue prospettive continue di riforma, possa trovare ancora accettazione e rispondenza in una società civile ormai abituata a vivere in un mondo globalizzato e (tendenzialmente) "opulento". Questo tipo di società è ancora disposta a riconoscere da un lato il valore preminente della legalità pubblica, dall'altro quegli orizzonti di solidarietà allargata che l'ordinamento dichiara di fare propri? o piuttosto si deve pensare che le idee divenute dominanti in un mondo globalizzato consentano di costruire forme più avanzate di coesione sociale o, al contrario, condannino i vigenti testi costituzionali che prospettano forme di solidarietà avanzate e universalistica a divenire (o rimanere) lettera morta?

7. L'idea di irreversibile disgregazione sociale nel mondo globalizzato. Critica.

Sono numerosissime le denunce aventi ad oggetto l'individualismo e la disgregazione sociale nella società contemporanea: dalla "folla solitaria" del sociologo D. Riesman (metà del XX secolo)¹⁴ alla "morte del prossimo" dello psicologo L. Zoja (2009)¹⁵. Numerosissime sono poi le descrizioni dei fenomeni di "disgregazione sociale", che caratterizzano il nostro tempo: bande giovanili, sette religiose fanatiche, "ultras" del calcio, violenza urbana in genere. Anche al di fuori dei fenomeni più gravi, è frequente (ed anche tendenzialmente fondata) l'analisi che descrive il mondo post-'68 (i.e. dopo la ventata anarchica che ha scosso i paesi occidentali nel decennio iniziato nel 1968) come un'affermazione generalizzata di "individualismo desiderante", nutrito di illusioni ma atto a minare alla radice ogni coesione sociale più allargata¹⁶.

Appare anche indebolita quella che, per lungo tempo, era stata vista come la contropinta fondamentale alla supposta disgregazione sociale contemporanea, cioè l'associazionismo e, più in generale, la tutela delle società intermedie¹⁷. Per i marxisti, poi, l'associazionismo operaio era l'embrione della futura società comunista (e per qualche aspetto lo è stato veramente). Ma l'associazionismo tradizionale – a parte il fatto che non esprime sempre e necessariamente idee di solidarietà, ma spesso riproduce strutture di separazione (nonché fenomeni di autori-

¹³ Mi permetto di richiamare, per qualche sviluppo di questo ragionamento, M. LIBERTINI, *Attualità dello stato sociale di diritto*, in *Stato di diritto e trasformazione della politica*, a cura di B. Montanari, Giappichelli, Torino, 1992, 205 ss. (fermo restando che il ragionamento allora svolto dovrebbe essere proiettato oggi nella prospettiva di un ordine politico globalizzato).

¹⁴ D. RIESMAN, *La folla solitaria* [1950], trad.it., Il Mulino, Bologna, 2009.

¹⁵ L. ZOJA, *La morte del prossimo*, Einaudi, Torino, 2009.

¹⁶ V. p.e., con riferimento all'esperienza italiana recente, G. AMATO – A. GRAZIOSI, *Grandi illusioni. Ragionando sull'Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013.

¹⁷ Cfr. P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966.



tarismo all'interno delle varie organizzazioni private) - è entrato in crisi, perfino negli Stati Uniti. E non solo per quanto riguarda i partiti e i sindacati di massa.

E' importante però considerare che oggi la comunicazione interpersonale è divenuta soprattutto comunicazione in rete. Molti ritengono che ciò porti ad un isolamento crescente degli individui. In realtà, credo che la rete presenti, su dimensione amplificata, anche fenomeni di portata più generale, già prima presenti, che vanno in direzioni opposte. Da un lato, ci sono fenomeni di comunicazione di gruppo tendenzialmente chiusa (anche se, bisogna aggiungere, quasi sempre pacifica). Questi fenomeni portano effettivamente alla ricostituzione di forme di coesione di prossimità, se pure su base telematica, con una carica potenziale di separazione dal resto del mondo. Dall'altro, tuttavia, ci sono fenomeni di solidarietà universalistica, fra cui spicca la formazione spontanea di banche dati che socializzano conoscenza (Wikipedia e simili) senza soddisfare interessi egoistici dei contributori. Fenomeni, questi ultimi, da cui traspare quella stessa visione del mondo relativistica e costruttiva (ma anche fiduciosa in un progresso generale frutto di una miriade di sforzi individuali), che ha fatto grande la civiltà occidentale.

Inoltre, non si può negare che la sensibilità solidaristica avanzata sia in aumento nel mondo contemporaneo: le sofferenze degli uomini e degli animali - un tempo accettate come componente ineluttabile della realtà - diventano sempre più intollerabili, nel sentire diffuso e nelle norme giuridiche vigenti. La sensibilità ambientale cresce. Le attività di volontariato e di "terzo settore" pure. Così ancora, sembra ormai irrefrenabile l'affermazione - sia pure non sempre sincera - di un'idea in controtendenza rispetto al liberismo e alla finanziarizzazione dell'economia, qual è quella della "responsabilità sociale dell'impresa"¹⁸.

¹⁸ Per un quadro abbastanza aggiornato (fino a metà del 2012) delle contrastanti posizioni sul tema della responsabilità sociale d'impresa mi permetto di rinviare a M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale d'impresa*, in *La responsabilità sociale dell'impresa - In memoria di Giuseppe Auletta*, a cura di V. Di Cataldo e P. Sanfilippo, Giappichelli, Torino, 2013, 9 ss.

Successivamente, il tema si è ulteriormente sviluppato sul piano istituzionale, sia a livello nazionale (v. il *Piano d'azione nazionale sulla responsabilità sociale d'impresa 2012/2014*, adottato congiuntamente dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e dal Ministero dello Sviluppo economico) sia a livello europeo (v. la *Risoluzione del Parlamento europeo sulla responsabilità sociale delle imprese: comportamento commerciale trasparente e responsabile e crescita sostenibile*, del 28 gennaio 2013).

Anche sul piano dottrinale il dibattito continua ad essere molto vivace (anche se non molto costruttivo). Per limitarsi alla pro-

In sostanza, non credo che la coesione sociale, nel tempo presente, sia minata irrimediabilmente dall'evoluzione delle idee e del costume: alcuni vincoli si indeboliscono, altri si rafforzano, ma la disponibilità a sentire come propri orizzonti di solidarietà allargata è, a mio avviso, più forte, e non più debole che in passato¹⁹ (anche se poi i mezzi offerti dalla società globalizzata consentono di dare facilmente forza ed efficienza anche ai fenomeni regressivi, che abbiamo sopra ricordato).

Questo spontaneo orientamento del senso comune rischia però di essere vanificato dall'indebolimento di quello che è stato il fondamento dell'ordine politico moderno, cioè il rispetto del "pubblico" (coi suoi simboli, con le sue regole, con i suoi ruoli istituzionali) e la sua distinzione/supremazia rispetto al "privato". Se questa distinzione/supremazia non rimane (*rectius*: non viene recuperata come) un punto fermo, i movimenti e le formazioni sociali appariranno come mere situazioni di fatto, fra loro equivalenti a prescindere dai valori professati (un'associazione di difesa dei diritti degli animali o di assistenza volontaria ai carcerati conterà meno di un'associazione di tifosi ultrà che tiene sotto controllo mafioso un club calcistico).

Un recupero di centralità della dimensione pubblica istituzionale riporterebbe i fenomeni sociali nella giusta (e differenziata) dimensione, fornirebbe un quadro di certezze alle persone, nell'orientare i propri comportamenti, rafforzerebbe il senso di appartenenza ad una comune dimensione civica (oggi tendenzialmente universalistica).

In altri termini, il punto critico non sta oggi - a mio avviso - nell'evoluzione negativa delle idee e del costume, in quanto tali, quanto nella debolezza crescente dell'ordine politico. Vi è oggi un progressivo peggioramento nella selezione delle *élites* politiche e nell'efficienza delle organizzazioni pubbli-

duzione italiana, successivamente al mio scritto sopra segnalato sono state pubblicate alcune insignificanti monografie che tentano di descrivere la rilevanza della CSR a livello di diritto positivo; nel dibattito politico generale può essere segnalato (ma non in positivo) S. ZAMAGNI, *Impresa responsabile e mercato civile*, Il Mulino, Bologna, 2013, che - nel tentativo di teorizzare una pretesa realtà avanzante di imprese "civilmente" (e non solo "socialmente") responsabili - mi sembra fornire un esempio spinto di *wishful thinking*.

¹⁹ Come è sostenuto da tempo in un filone di studi, il cui esponente principale è R. Inglehart, i c.d. valori postmoderni, incentrati sull'autorealizzazione e sulla qualità della vita individuale, comportano anche un'esaltazione del profilo relazionale, come componente essenziale di una vita individuale soddisfacente. Ciò di per sé è compatibile con l'accettazione di un'etica civile avanzata e di orizzonti di solidarietà ampi. Occorre però che il contesto socioculturale complessivo crei aspettative e incentivi adatti alla realizzazione di questa potenzialità.



che²⁰. L'evoluzione delle idee e del costume non ha portato – come spesso si ritiene – ad una crisi generale di valori di solidarietà, bensì ad uno squilibrio fra sfera pubblica e sfera privata, con un sistema di incentivi che orienta i migliori talenti individuali verso il settore privato, impoverendo quello pubblico, e con il diffondersi di sentimenti antistatalistici ed antiburocratici, che riduce a sua volta gli incentivi a bene operare di coloro che agiscono all'interno delle istituzioni pubbliche.

Penso, riprendendo in modo speculare la celebre ipotesi weberiana sulla decadenza dell'impero cinese, che, mentre in quella esperienza una prevalenza massiccia di incentivi indirizzava tutti i migliori talenti verso la carriera burocratica imperiale (il “mandarinato”), mentre non esistevano sufficienti incentivi per il formarsi di un'impresaria industriale moderna, nell'esperienza contemporanea delle democrazie occidentali si stia verificando il fenomeno opposto.

Ad aggravare la situazione sta il fatto che molti di coloro che avvertono questa crisi poi pensano di superarla proponendo ingenuamente palingenesi interne al “mondo della politica” o impossibili e antistoriche resurrezioni dei vecchi partiti di massa. Il punto cruciale della crisi delle democrazie andrebbe affrontato con i criteri propri dell'elitismo democratico (Schumpeter etc.)²¹. L'insoddisfazione generale verso le attuali élites governanti non si supera chiedendo “più democrazia”, bensì puntando a un diverso sistema di regole e di incentivi per la selezione delle élites governanti.

Credo che il problema centrale del nostro tempo sia quello della ri-costruzione di una funzione pubblica forte e indipendente, sia nella sua componente politica sia nella sua componente amministrativa. Ciò richiede una ricostruzione (talora un restauro) di un sistema di incentivi virtuosi per gli individui, nonché di una cultura e di un'educazione civica volte a riconoscere ed esaltare il ruolo delle funzioni pubbliche istituzionali, come momenti indispensabili di equilibrio della vita sociale.

Questa affermazione rischia di rimanere a livello di pensiero desiderante, perché le idee viaggiano sulle gambe degli uomini, e oggi non si vedono all'orizzonte movimenti culturali (e gruppi di interessi) orientati in questo senso.

Quello enunciato appare dunque oggi un obiettivo lontano (almeno in apparenza), ma rimane co-

²⁰ Sul tema (immenso) mi limito a citare il recente pamphlet di S. ROMANO, *Morire di democrazia. Tra derive autoritarie e populismo*, Longanesi, Milano, 2013.

²¹ In tal senso è anche la conclusione del libro di Amato e Graziosi, *supra cit.* (nt. 16).

munque un'aspettativa razionale, sulla quale sarebbe auspicabile un più ampio dialogo.

8. Possibilità di ricostruzione di un'etica pubblica liberale in un mondo globalizzato.

In conclusione, direi che la “coesione sociale”, come bene giuridicamente tutelato, dovrebbe intendersi come una condizione socioculturale che ha come suo perno il rispetto della sfera pubblica e del valore della legalità e come suo contenuto il riconoscimento di doveri di solidarietà universalistica allargata, anche nella sua dimensione altruistica, sopra indicata nell'elenco di cui al § 4.

* * *

9. La concorrenza come bene giuridicamente tutelato: dall'idea di concorrenza come equilibrio negli scambi e garante del giusto prezzo a quella di concorrenza come processo di distruzione creatrice.

Mi propongo ora di fare lo stesso tentativo di esercizio analitico per quanto riguarda il termine “concorrenza”, o meglio le ideologie economiche e il riconoscimento corrente della concorrenza (fra imprese) come valore, o comunque come bene giuridicamente tutelato.

In proposito si dovrebbe muovere dal convincimento che c'è stata nella storia, e permane tuttora, una profonda differenza nel modo di intendere la nozione stessa di “concorrenza”. Sul punto ho cercato, da qualche tempo, di stimolare un dibattito²², che purtroppo non mi sembra ancora sviluppato in tutta la sua importanza.

La concezione più tradizionale (che ho chiamato “concorrenza degli antichi”), identifica la concorrenza con la libertà di scambio (o “di commercio”), cioè con la libertà individuale di comprare e vendere, e vede l'utilità sociale del regime di concorrenza (idealmente coincidente con “libertà di concorrenza”) nel contributo che tale regime dà alla formazione del “giusto prezzo” e quindi di un giusto equilibrio nel mercato. [N.B.: la teoria neoclassica della concorrenza perfetta e tutta l'analisi economica del diritto “tradizionale”²³ sono idealmente discendenti

²² V., in particolare, M. LIBERTINI (nt. 1).

A livello internazionale v., p.e., i saggi raccolti in *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations*, ed. by J.Drexler, W.Kerber, R.Podszun, Elgar, Cheltenham (U.K.), 2011.

²³ Uso il termine per distinguere l'approccio analitico fondato sull'ipotesi di scelte economiche compiute da individui raziona-



da questa concezione antica, anche se traducono l'antica nozione di "giustizia" dei prezzi in quella, idealmente neutrale, di "efficienza allocativa"].

Questo ideale di equilibrio viene messo in crisi allorché, ad un certo punto della storia economica europea, l'obiettivo politico dominante è divenuto non più quello della difesa di un "ordine naturale delle cose" (che comprendeva anche il "giusto prezzo" concorrenziale e l'equilibrio dei mercati, ma prima ancora la stabilità sociale), bensì quello dello sviluppo economico. Dall'età mercantile in poi, questo obiettivo dello sviluppo è divenuto realtà politico-economica, e la concorrenza è stata sempre più concepita in un modo differente rispetto al passato: non più libero gioco di scambi fra individui, bensì competizione (dura) fra imprese, in cui il vincitore è anche il più efficiente e il più innovatore; ma la concorrenza fatta di efficienza e di innovazione è, per definizione, un processo in cui soccombe chi non riesce a "tenere il passo".

E' nato così quel gioco di "distruzione creatrice", che ha caratterizzato il capitalismo e il suo successo storico. La concorrenza non è più libero incontro di volontà di scambio, bensì gara caratterizzata da tensione continua. K.Marx, che per primo descrisse, in grandiose pagine, il funzionamento reale dell'economia capitalistica, scolpi questa situazione in alcune frasi lapidarie (che meriterebbero di essere citate più spesso): *"la logica dell'impresa è la logica della necessità"*; *"per l'imprenditore ogni giorno è il giorno del giudizio"*.

Marx, almeno in questo, aveva ragione. Non esiste alcuna tendenza all'equilibrio di lungo periodo, nell'economia capitalistica. Inoltre, la competizione fra imprese non è uno spontaneo componimento di interessi di uomini liberi che si scambiano beni e servizi, bensì una gara impietosa fra organizzazioni produttive vocate al profitto, in cui i perdenti non possono sperare in premi di consolazione, ma vengono semplicemente distrutti, cioè falliscono e scompaiono dal mercato (Proudhon, da bravo socialista utopista, definiva la concorrenza economica come una guerra in cui non si fanno prigionieri).

E' questa la concorrenza "dei moderni", cioè la concorrenza effettiva e dinamica fra imprese, che costituisce bene giuridicamente tutelato nell'ordinamento europeo e italiano (anzi, possiamo dire, praticamente in tutto il mondo).

10. La legittimazione della concorrenza dinamica: sostegno dello sviluppo e del benessere, in un quadro di sovranità del consumatore. La concorrenza fra imprese è uno strumento e non un valore in sé.

Riflettendo sul sistema economico che abbiamo costruito e che apprezziamo come migliore rispetto a tutti gli altri sperimentati nella storia, dobbiamo chiederci: perché consideriamo equo e degno di tutela un risultato così duro, e a prima vista anche iniquo, come l'espulsione di certe imprese dal mercato, la fine di certe produzioni (anche a scapito della nostalgia di qualche consumatore), talora la scomparsa di intere realtà territoriali (è di questi giorni lo *shock* risultante dallo spopolamento di Detroit, che era stata una delle capitali dell'industria mondiale), e che, in ogni caso, comporta anche alterazioni ambientali irreversibili?

La risposta è intuitivamente nel senso che questi risultati appaiono eticamente e politicamente giustificati solo per il fatto che essi non provengono dalla volontà di un singolo despota, e neanche da quella di un decisore politico collettivo, bensì dall'operare di una "giuria" di consumatori anonimi (e non consapevoli, al momento della loro scelta, dei risultati complessivi a cui questa scelta contribuirà); è dunque un risultato che viene intuitivamente percepito come "democratico", e come tale giustificato.

In altri termini, la legittimazione della tutela della concorrenza è pur sempre utilitaristica (in senso lato): il sacrificio di certi interessi (di produttori, ma anche di lavoratori e di consumatori) è giustificato dall'incremento del benessere collettivo; e quest'ultimo assume, a sua volta, un valore positivo sul piano dell'etica collettiva, in quanto "benessere" è la somma di bisogni delle persone soddisfatte, e pertanto maggior benessere significa maggiore quantità di persone che vedono i loro bisogni soddisfatti.

A questo punto credo che tutti possiamo convenire con l'assunto secondo cui la concorrenza non è un valore in sé, ma uno strumento che dev'essere governato²⁴, affinché dia il massimo di benessere alle persone e non si traduca nel suo contrario. Dev'essere governato perché la libera concorrenza, affidata ai soli strumenti giusprivatistici, può svilupparsi (e normalmente si sviluppa) nella formazione di cartelli e monopoli. Ma dev'essere gover-

li e informati, dall'approccio "post-Chicago" che ipotizza un mondo fatto di individui forniti di razionalità limitata e utilizza come strumento analitico principale la teoria dei giochi ripetuti. Sul punto v. ora la fine indagine di A. CUCINOTTA, *Mercato Regole Conoscenza. L'analisi giuridico-economica tra neoinstituzionalismo e market process*, Giuffrè, Milano, 2009 (pur sempre orientato all'interno dell'orizzonte culturale dell'EAL).

²⁴ Con ciò ci si riferisce alla "concorrenza effettiva" fra imprese, come modo di funzionamento del mercato e bene giuridicamente tutelato. Per contro, la vecchia "libertà di concorrenza", intesa come libertà professionale e libertà di iniziativa economica riconosciuta in capo agli individui, permane come "valore" e come diritto fondamentale delle persone, ma è un'altra cosa.

nato anche perché non si deve pensare che la concorrenza fra imprese, e l'offerta sul mercato di beni e servizi, possa offrire la soluzione a tutti i problemi dell'umanità.

Vi è stato un lungo periodo della storia del diritto europeo (*grosso modo* 1850/1950) in cui questa peculiarità della "concorrenza dei moderni" è stata chiaramente avvertita dalla cultura prevalente (nelle scienze sociali e nel diritto): ciò ha portato ad affermare l'idea secondo cui l'obiettivo centrale della politica economica dovesse essere non tanto la libera concorrenza fra imprese, bensì il progresso complessivo dell'economia nazionale e della direzione pubblica del processo economico (in funzione di crescita economica, ma anche di redistribuzione della ricchezza e di giustizia sociale). In questa prospettiva gli "eccessi di concorrenza" apparivano come un fattore di disgregazione sociale e di perdita di benessere economico.

In questo orientamento si collocano varie correnti del pensiero europeo dei secc. XIX e XX: dalle scuole economiche istituzionalistiche, soccombenti di fronte al trionfo dell'economia neoclassica, fino al pensiero cattolico (dal corporativismo teorizzato da G.Toniolo un secolo fa, sino alle ultime encicliche papali: ancora nella primavera del 2012 Benedetto XVI stigmatizzava, nella sua visita a Milano, la "concorrenza esasperata", che caratterizza l'attuale economia).

Questo orientamento di pensiero era, a sua volta, fortemente influenzato dall'espandersi della sfida lanciata dell'ideologia socialista marxista, che vedeva la concorrenza fra imprese come "disordine capitalistico" (o "anarchia capitalistica") e vedeva nell'associazionismo operaio il germe di una nuova società e di un nuovo Stato (di transizione verso l'obiettivo finale, che rimaneva, effettivamente, anarchico).

In tale contesto, la concorrenza fra imprese appariva fino agli anni Ottanta del secolo scorso – almeno in Italia – come un dato di fatto residuale, non meritevole di particolare protezione da parte dell'ordinamento, il cui obiettivo rimaneva quello di dirigere attivamente il processo economico per orientarlo verso risultati di benessere collettivo e di giustizia sociale.

11. Le critiche radicali alla concorrenza come valore: la concorrenza economica come fattore di disgregazione sociale.

Più in generale, sul piano della storia delle idee esiste anche una lunga linea di pensiero ottocentesco e del primo Novecento, che sottolinea la "immoralità" della concorrenza economica e i suoi ef-

fetti di disgregazione sociale²⁵. Su questa linea si è innestato un piccolo filone di pensiero, oggi sopravvissuto soprattutto nell'ambito della corrente di idee ecologista (o meglio: anarco-ecologista), che collega idealmente il principio di libera concorrenza ad una pulsione di morte, che pervaderebbe la civiltà contemporanea²⁶.

Ma queste sono correnti di pensiero assolutamente minoritarie. Il *mainstream* è completamente diverso: il principio di tutela della concorrenza si è oggi affermato, praticamente, in tutto il mondo. Determinante è stata l'emulazione dell'esperienza americana. Ma ancor più determinante è stata, al fondo, l'idea per cui la concorrenza fra imprese porta sviluppo e lo sviluppo economico porta maggior benessere alle persone e il maggior benessere comporta, in linea di massima, anche maggiore libertà per le persone²⁷ (idea che sarebbe sciocco denunziare come priva di fondamento).

Con ciò si è spesso dimenticato che la prima affermazione del principio di libertà di concorrenza era legata alla scoperta che i vizi privati potevano divenire pubbliche virtù, e quindi era strutturalmente collegata all'idea della tutela dei "vizi privati" e alla fiducia nella "mano invisibile". Poi, com'è noto, A.Smith teorizzava che gli egoismi sarebbero stati temperati dalla naturale inclinazione all'empatia fra gli uomini. Ma questo non toglie nulla all'aporia di fondo del sistema economico che si è costruito su queste fondamenta.

In ciò vi è una ambiguità diversa, che riguarda la stessa impostazione concettuale del problema: la tutela della "concorrenza" è divenuta un principio fondamentale dell'ordinamento, ma pochi si chiedono come debba costruirsi il bene giuridico "concorrenza", e molti hanno gli occhi rivolti al passato (e magari continuano a identificare semplicisticamente concorrenza capitalistica e libertà negoziale).

²⁵ Questa linea di pensiero è ripercorsa bene da J. WOLFF, *The Ethics of Competition*, in *The Legal and Moral Aspects of International Trade - Freedom and Trade*: Vol. 3, eds. G. Parry, A. Qureshi and H. Steiner, Routledge, New York, 1998, 82 ss., il quale conclude proprio nel senso che, in una persuasiva teoria della giustizia, il principio di concorrenza dovrebbe essere temperato dal principio di solidarietà, con misure di sostegno agli sconfitti nella lotta concorrenziale.

²⁶ P. THUREAU-DANGIN, *La concurrence et la mort*, Syros, Paris, 1995; R. KURZ, *La pulsione di morte della concorrenza. Assassini furiosi e suicidi come soggetti della crisi*, in *Ozio produttivo* (rivista telematica), maggio 2002; G. DOSTALER – B. MARIS, *Capitalismo e pulsione di morte* [2009], trad.it., La Lepre, Roma, 2009.

²⁷ Mi piace qui ricordare, per l'influenza che a suo tempo ha avuto, per la diffusione di queste idee in una cultura permeata da orientamenti anticapitalistici, come quella italiana, F. ALBERONI, *Consumi e società*, Il Mulino, Bologna, 1964.



12. Il problema insoluto del controllo dello sviluppo capitalistico.

In questo senso può essere illuminante una riflessione storica. L'antitrust americano è nato come disciplina penale antimonopolio e – soprattutto – come disciplina atta a difendere le piccole imprese contro la prepotenza delle grandi. Nella sua lunga storia, l'antitrust ha avuto molte evoluzioni, ma da qualche decennio vede prevalere, se pure fra molti contrasti, l'approccio economico-analitico, che pretende di fondare le proprie soluzioni su un'analisi scientifica dei fatti economici. E, soprattutto, ripropone sostanzialmente il mito della “mano invisibile”: la fiducia in un ordine spontaneo salvifico che porta al massimo benessere collettivo.

In realtà, l'analisi economica neoclassica è fondata su un'ipotesi irrealistica (un “individualismo ontologico”: l'idea di un mondo fatto da individui che calcolano razionalmente il proprio benessere decidendo se compiere o meno certi atti di scambio); l'analisi economica più sofisticata, fondata sulla teoria dei giochi, presenta complicazioni tali da renderne sconsigliabile l'impiego diretto sul piano giuridico. L'approccio economico dominante alla politica di concorrenza è, in realtà, in un'*impasse*. I giuristi non sono stati all'altezza della sfida degli economisti (o ne hanno sposato opportunisticamente le ragioni, in una prospettiva di rafforzamento dello specialismo professionale e accademico in materia).

Oggi un approccio razionale alle politiche di tutela della concorrenza deve muovere dal riconoscimento che la concorrenza va tutelata come strumento e non come valore in sé, e va tutelata proprio in quanto processo dinamico di distruzione creatrice. Ma proprio per questo la tutela della concorrenza deve incontrare dei correttivi e dei limiti. Il problema è quello di “governare lo sviluppo capitalistico”; ma l'individuazione di un modello di equilibrio, all'interno di questo sistema, è un problema insoluto. Più volte è stata usata, in proposito, una felice metafora: “afferrare Proteo”²⁸.

Negli ultimi trent'anni Proteo è cresciuto a dismisura, e per qualche tempo è stato anche oggetto di adorazione acritica. Negli ultimi anni l'adorazione è generalmente cessata, ma continuano a mancare gli strumenti e le idee necessari per guidare i processi economici. Le vicende finanziarie degli ultimi anni e di oggi stanno a confermare questa tesi.

²⁸ A mia conoscenza, la metafora è stata usata per la prima volta, da un gruppo di economisti (A. Boitani, C. De Vincenti, G. Rodano e aa.), nel costruire un numero monografico della “Rivista trimestrale” (n. 62-63, gennaio-giugno 1980). Poi è stata riutilizzata tante volte, in pubblicazioni successive.

Per riflettere sull'importanza di quest'ultimo assunto si deve riflettere sull'aporia fondamentale delle ideologie economiche contemporanee. Queste pongono al centro della loro visione del mondo l'obiettivo dello sviluppo economico (in termini meramente quantitativi: “crescita”). La crescita economica è vista come il solo strumento possibile per migliorare le condizioni di vita di tutti (anche se si riconosce che ciò avverrà sempre in modo diseguale). E così è stato, storicamente. La tutela della concorrenza si inserisce in questa prospettiva, come uno strumento fondamentale per sostenere un permanente sviluppo economico.

Il problema è che l'obiettivo di una crescita economica permanente e illimitata è contraddittorio e insostenibile: l'economia non può espandere all'infinito tutte le sue grandezze, in un sistema finito, qual è il pianeta Terra. Nel 2012 si è celebrato il quarantennale del celebre (a suo tempo: oggi è pressoché dimenticato) rapporto del M.I.T. sui “limiti dello sviluppo”. Tutte le previsioni di quel rapporto si sono rivelate – sul piano analitico - sbagliate. Ciò che rimane però inconfutabile è la premessa dell'analisi: l'impossibilità di una crescita illimitata ed eterna dell'economia, come oggi la conosciamo. Ciò significa che verrà, ad un certo momento, un punto di rottura: la quantità di popolazione, le trasformazioni energetiche, i rifiuti tossici, non potranno aumentare all'infinito. Allo stato attuale questi rischi sono sostanzialmente lasciati in eredità alle generazioni future.

Peraltro, le tesi favorevoli alla “decrescita” (Latouche *et sim.*) sono utopistiche, e in senso deteriore: non solo non hanno la minima idea di quelli che dovrebbero essere gli interessi e le organizzazioni che dovrebbero sostenere questa trasformazione radicale dell'economia e della società; ma non hanno neanche idea di come dovrebbero funzionare quella società e quell'economia stazionaria, che vengono baldanzosamente auspiccate.

Il principio (normativamente vigente, e non puramente utopistico) dello sviluppo sostenibile offre solo una soluzione parziale: esso può essere immediatamente tradotto in regole tecniche ed operative solo quando ci si riferisca all'impiego delle risorse rinnovabili (in tal senso il principio è solo una traduzione ammodernata del tradizionale principio di “uso razionale delle risorse”, presente anche nell'art. 44 Cost.; un principio che ha tradizionalmente ispirato le legislazioni forestali, venatorie, sulle acque etc.); lo stesso principio non può essere, invece, tradotto immediatamente in regole tecniche e giuridiche quando venga riferito all'impiego di risorse non rinnovabili (p.e. petrolio, uranio, spazi territoriali). In quest'ultima prospettiva il principio può essere (tendenzialmente) attuato mediante scel-



te politiche discrezionali, relative all'impiego limitato della risorsa e alla ricerca di risorse alternative: in realtà il principio si traduce nell'esigenza di una programmazione pubblica nell'uso di queste risorse e in scelte pubbliche di politica industriale (ciò che l'ideologia liberistica, dominante negli ultimi decenni, ha ritenuto di potere porre al bando).

Il problema di "afferrare Proteo" rimane dunque teoricamente insoluto.

Quando si pensa a questo problema riaffiora alla mente Rosa Luxemburg ("socialismo o barbarie"). Ma questo slogan è improponibile, nel suo significato di un tempo, dopo il crollo inglorioso – politico e culturale – del "socialismo reale" e del pensiero marxista, che lo aveva sostenuto.

Altrettanto improponibile è la riproposizione, che qualche volta serpeggia, del "capitalismo di Stato", come soluzione del problema. Cioè di un sistema capitalistico caratterizzato da un forte dirigismo pubblico, con relativa protezione delle imprese esistenti e stabilizzazione di assetti economici costituiti (e magari senza più antitrust, o con pochissima tutela della concorrenza). Questa idea serpeggia anche in forma di antieuropeismo, di destra o di sinistra.

Si tratta, a mio avviso, di un'idea intanto inattuabile, in un mondo già globalizzato. E comunque contrastante con un orizzonte vasto di solidarietà: il ritorno a capitalismi di stato in competizione fra loro non potrebbe che accentuare le disegualianze fra le diverse comunità nazionali.

13. La migliore risposta oggi presente sta nei principi costituzionali dell'ordinamento europeo: sussidiarietà (anche orizzontale) ed economia sociale di mercato.

Personalmente sono convinto che la sola, grande sfida alternativa al pensiero liberista sia già presente nelle scelte di principio ("costituzionali") compiute nell'ordinamento europeo, ed ancora solo in parte attuate. Da un lato il principio di sussidiarietà, con la carica universalistica che in esso è presente e che ha come sbocco logicamente necessario anche la costruzione di un ordine politico globale. Dall'altro, per ciò che attiene ai rapporti fra mercato concorrenziale e potere politico, l'eredità del pensiero ordoliberal e la dottrina dell'economia sociale di mercato.

L'idea, che sta alla base della dottrina dell'ESM, è quella per cui l'economia di mercato, caratterizzata dalla concorrenza fra imprese, selezionate dalla libera scelta dei consumatori, costituisce il sistema migliore che l'umanità abbia mai sperimentato, sulla via del benessere economico e della libertà delle persone. Tuttavia, l'economia di mercato concor-

renziale, presenta – secondo l'ESM – due limiti strutturali e funzionali:

(i) il primo limite è dato dal fatto che la concorrenza fra imprese è un meccanismo che tende ad essere autodistruttivo, nel senso che i meccanismi di mercato, lasciati alle libere negoziazioni, tendono ad irrigidire le posizioni acquisite, sfociando nella creazione di cartelli e monopoli: nel momento in cui la concorrenza si irrigidisce ed il potere di mercato si rafforza con le sue alleanze sociali, la macchina "meravigliosa" del mercato perde la sua funzione essenziale di progresso ed anche la sua legittimazione democratica; da qui la necessità che il potere pubblico riesca a porre in essere una efficace politica antitrust, volta a garantire il buon funzionamento dei mercati nel tempo e il controllo del potere economico privato;

(ii) il secondo limite è dato dal fatto che, pur essendo il mercato lo strumento principale per assicurare alle persone i beni e i servizi di cui esse sentono effettivamente il bisogno, tuttavia esso non è in grado di assicurare alle persone tutti i beni necessari per una elevata qualità della vita: alcuni di questi beni (compresi in un elenco che può andare dall'aria pulita alla sicurezza materiale e sociale, o magari anche alla sanità e all'istruzione di base, e che non potrà essere mai definito in modo tassativo) dovranno essere pur sempre assicurati dal potere pubblico, in forma di beni o di servizi pubblici, perché il mercato non è in grado di produrli sotto forma di merce acquistabile individualmente da tutti a prezzo equo.

Da qui l'altra idea fondamentale dell'ESM, che riguarda il ruolo dello Stato (*rectius*, oggi: del potere pubblico istituzionale in un mondo globalizzato): l'ESM postula l'esistenza di un potere pubblico forte ed efficiente, e non condizionato dagli interessi privati organizzati, anzi da essi indipendente e neutrale. In altri termini, l'ESM postula sì un ruolo forte dello Stato, ma anche un ruolo completamente diverso da quello degli Stati dirigisti: compito dello Stato non è quello di proteggere e di guidare questa o quell'impresa (anzi deve astenersi del tutto dal fare ciò), bensì quello di far funzionare bene i mercati e di garantire un alto livello di offerta di beni e di servizi pubblici, secondo un criterio di sussidiarietà orizzontale.



14. Ritorno al punto centrale della necessità di ricostruzione di un potere pubblico forte e indipendente.

Ritorna quindi il tema centrale, che avevo cercato di evidenziare di porre al centro della precedente riflessione su solidarietà e coesione sociale. Il problema centrale del nostro tempo è – a mio avviso – quello di reagire alla mitologia dell’ordine spontaneo e di ricostituire un ordine politico in grado di mantenere e sostenere, per quanto possibile, l’economia di mercato concorrenziale, ma anche di governare i processi economici, nei momenti e nei punti di crisi che questi inevitabilmente manifestano.

Il ragionamento sopra svolto riconduce però nuovamente al punto centrale della necessità di costruzione di un ordine politico forte, in grado di assumere decisioni di portata strutturale, quando se ne presenti il bisogno. Tutto il contrario della tesi della “competizione fra ordinamenti”, che ha avuto un effimero successo una decina di anni fa, e che riduceva la funzione del potere pubblico in materia economica a quella di strumento ausiliario rispetto al libero dispiegarsi del funzionamento dei mercati finanziari.

Ci sarebbe dunque da ricostruire una democrazia, caratterizzata ovviamente sempre da una scelta dei governanti mediante libere elezioni, ma con un rafforzamento delle funzioni di governo (ai vari livelli), con garanzia di indipendenza e con parlamenti di piccole dimensioni e con funzioni primarie di controllo.

Non voglio proseguire in un discorso che potrebbe facilmente cadere nelle nebbie del pensiero desiderante, e ci porterebbe anche lontano dal tema principale.

Aggiungo però due considerazioni finali.

La prima è che il principio di concorrenza, come strumento di selezione di persone, gruppi, organizzazioni migliori, non dovrebbe valere solo per il livello della concorrenza fra imprese (che è un tipo di concorrenza, come abbiamo visto, che presenta anche profili di rischio per il mantenimento di elevati livelli di coesione sociale). Dovrebbe valere anche per quanto riguarda la concorrenza di merito fra individui all’interno delle organizzazioni pubbliche (scuole, uffici) e per quanto riguarda la concorrenza fra organizzazioni non imprenditoriali (p.e. le università²⁹). E’ questo un tipo di selezione competitiva

²⁹ Per le quali una concorrenza efficiente dovrebbe essere regolata dall’esterno, mediante un razionale sistema di incentivi, e non può essere affidata ai meccanismi di prezzo e di innovazione di prodotto (mi permetto di rinviare, sul punto, a M. LIBERTINI, *Competizione fra università e valore legale del titolo*, in *Federalismi.it* [rivista telematica], 11 febbraio 2009).

non escludente, che può produrre effetti di coesione sociale, se in essa viene garantita l’eguaglianza dei punti di partenza e una effettiva *competition on the merits* a livello generale, con il superamento di quel costume feudale che, oggi, governa gran parte delle selezioni di persone e organizzazioni³⁰.

La seconda considerazione finale consiste nel richiamo al ruolo fondante che, al fine della costruzione e del mantenimento di elevati livelli di coesione sociale, ha il valore della legalità, e quindi del rispetto dei principi e delle regole poste dalle autorità legittime nell’organizzazione politica in cui si vive e di cui ci si riconosce cittadini. Sul punto devo anche esprimere un’osservazione di amichevole, se pur radicale, dissenso nei confronti delle tesi anti-giuspositivistiche sostenute, nella relazione introduttiva di questo convegno, dal prof. Vettori. Il problema attuale del nostro tempo, per come ho finora detto, è quello di costruire un ordine politico più forte, in grado di affrontare le sfide di un’economia di mercato ormai globalizzata. La tesi oggi più diffusa, secondo cui il diritto globale dev’essere anche un diritto “spontaneo”, porta diritto al primato del mercato sulla politica e all’impossibilità di contrastare le spinte dei mercati, anche quando queste sono ingiuste o inefficienti.

Se si vuole costruire un ordine politico migliore, la giurisprudenza deve tornare a porsi come strumento di costruzione e difesa di un ordine politico costituito ad accettato (il celebre “approccio interno” di Hart) e non come attività di scoperta di arcane essenze o anche di scoperta e razionalizzazione di un ordine spontaneo. Comprendo bene che gran parte del giuspositivismo del passato, con la preferenza per interpretazioni formalistiche delle leggi e con l’affermazione ideologica della neutralità del giurista, è oggi inaccettabile. Ma l’ideale giuspositivistico più elevato (Scarpelli), che vede il giurista positivo come costruttore di regole giuste ed efficienti all’interno di un ordinamento dato ed accettato, va difeso con decisione, di fronte ai miti ricorrenti, che propongono una giurisprudenza autoreferenziale (ma in realtà funzionale alla razionalizzazione di equilibri “spontanei”)³¹.

³⁰ Incidentalmente, deve segnalarsi che la regressione verso costumi feudali si è affermata largamente, almeno in Italia, anche nel campo universitario, con effetti deleteri sull’etica e sull’efficienza della ricerca scientifica.

³¹ Questo orientamento trova la sua espressione più nota e autorevole (ed anche affascinante, per tanti aspetti) nella *Prima lezione di diritto* di Paolo Grossi, che tanto ha influenzato il pensiero giuridico italiano degli ultimi tempi (e quello dell’accademia fiorentina in particolare).