

Prof. Pietro Perlingeri

Lecce, 28 novembre 2007

LE RAGIONI DEL MERCATO
E LE RAGIONI DEL DIRITTO.
DALLA COMUNITÀ ECONOMICA EUROPEA
ALL'UNIONE EUROPEA

LE RAGIONI DEL MERCATO E LE RAGIONI DEL DIRITTO DALLA COMUNITÀ ECONOMICA EUROPEA ALL'UNIONE EUROPEA*

PIETRO PERLINGIERI

SOMMARIO: 1. Mercato e diritto: rapporto tra leggi economiche e solidarietà sociale. – 2. Valori economici, personalismo e solidarismo: dalla Comunità economica europea all'Unione europea. – 3. Il dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale alla luce dell'unitario principio di legalità. – 4. Iniziativa economica privata e controllo di meritevolezza degli atti. – 5. Morale, etica ed economia. – 6. Superamento dell'analisi economica del diritto: dall'efficientismo economico alla ragionevolezza. – 7. Il contratto come aspetto ontologico del mercato. – 8. Responsabilità sociale delle imprese come effetto del primato della politica.

1. Il problema centrale della modernità è rappresentato dal rapporto tra mercato e istituzioni. In una società globalizzata, infatti, il mercato ha «forza pervasiva» e «tende a creare bisogni conformi agli oggetti che produce e ad invadere le libertà e le capacità critiche delle persone in un sistema perverso, pubblicitario e informativo, che, quale vera nuova tirannide dell'era contemporanea, mette in crisi, incidendo sulla cultura di massa, la stessa formazione dell'opinione pubblica e il sistema di controllo popolare»¹.

Occorre prendere le distanze da una visione pan-economica secondo la quale il mercato sarebbe un ordine spontaneo regolamentato da proprie leggi. In questa prospettiva, le relazioni sociali risulterebbero indebolite e alla dignità personale residuerebbe un mero valore di scambio². Sulla base

* Il testo, rielaborato e corredato di essenziali note esplicative, con il contributo di Alessia Fachechi, è destinato agli Studi in onore di Giovanni Giacobbe.

¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 482 s.

² M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, p. 42, configurava il mercato come strumento di indebolimento delle relazioni sociali, diretto a realizzare una mercantizzazione e un conflitto riducibili mediante la politica, senza necessaria restrizione delle libertà economiche e civili e, dunque, della democrazia.

di una razionalità puramente economica si attribuirebbe un'importanza eccessiva all'efficienza come valore da realizzare, sottovalutando, invece, quella relativa al problema della distribuzione della ricchezza. Così, nel settore giuridico, le decisioni dovrebbero essere assunte sulla scorta delle ragioni dell'economia, sul fondamento della logica che "si ha diritto a qualcosa soltanto se concedere il diritto costa meno che negarlo". La storia, al contrario, insegna che la istituzionalizzazione del mercato non può prescindere dall'assunzione di un garante esterno, sia esso la morale (laica o religiosa) o il diritto, in quanto la società non è riducibile al mercato e alle sue regole. Al diritto moderno spetta il compito di regolamentare la società mediante l'indicazione di limiti e correttivi, dettati non soltanto dall'esigenza di perseguire la ricchezza, ma anche dal bisogno di realizzare valori e interessi diversi da quelli mercantili.

All'indebolimento delle relazioni sociali occorre contrapporre la centralità della persona e dei suoi valori; a una concezione esclusivamente patrimonialistica si contrappone, almeno quale correttivo, una concezione personalistica; a fronte dell'efficientismo economico si pone un problema di giustizia; alla distribuzione si aggiunge un problema di redistribuzione della ricchezza e alla razionalità economica quello della ragionevolezza, che trova la propria fonte anche in valori non economici. Non si può dunque considerare il mercato autonomo criterio di legittimità. Per quanto, realisticamente, il diritto dell'economia, socialmente caratterizzato, debba confrontarsi con le leggi del mercato, esso è comunque funzionalizzato a garantire la giustizia e a sostenere i valori della persona a prescindere dal suo patrimonio³.

Il mercato si prospetta dunque quale statuto normativo, un insieme di leggi non soltanto economiche ma anche giuridiche.

³ Sulla centralità della persona nell'ambito del sistema ordinamentale e del ruolo servente dei valori economici rispetto a quelli esistenziali, v. diffusamente P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*, spec. pp. 42 ss. e 433 ss., il quale discorre di «depatrimonializzazione» come riqualificazione del momento economico, ineliminabile, che troverebbe nuova giustificazione nella funzione di «supporto al libero sviluppo della persona» (p. 115). Nello stesso senso, v. *funditus* ID., *La persona umana e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, *passim*; ID., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1982.

2. La Comunità europea, oggi Unione europea, ha dimostrato un crescente interesse verso la tutela dei diritti fondamentali della persona tanto nella normativa quanto nelle pronunce della Corte di Giustizia.

Questa evoluzione prende avvio con il Trattato di Roma del 1957, istitutivo della Comunità economica europea, quale mercato comune fondato sulla libera circolazione di merci, capitali, servizi e persone e ispirata al liberismo economico, secondo il quale gli interessi dei consumatori sono tutelati soltanto in via indiretta mediante la garanzia della libera concorrenza. Nel successivo Trattato di Maastricht del 1992 questa prospettiva tende a mutare; anzitutto nella terminologia utilizzata. Non si discorre più di 'Comunità economica europea', ma di 'Comunità europea'. La parola 'economica' è eliminata. E non si tratta soltanto di un cambiamento di dizione. Il mercato si configura guidato, controllato, governato da norme. Regolamentazione e concorrenza non risultano più alternative ma complementari. Ciò non avviene a caso. La tradizione del costituzionalismo europeo, fortemente radicata nelle Costituzioni rigide dell'Europa (si pensi alla Costituzione tedesca, a quella italiana e, in particolare, a quella spagnola), mostra una profonda attenzione verso il personalismo e il solidarismo, e quindi verso il superamento di quella concezione produttivistica che aveva caratterizzato gran parte dell'esperienza precostituzionale.

Nel Trattato di Amsterdam del 1997 la centralità del mercato cede dinanzi all'obiettivo prioritario dell'Unione politica. Si passa dalla 'Comunità europea' ad un'Unione politica che focalizza l'attenzione sulla protezione diretta – e, in senso dinamico, sulla promozione – degli interessi dei consumatori⁴. L'art. 153 Tratt.CE riveste un ruolo propulsivo della Unione nell'ambito della tutela della salute, della sicurezza, dell'educazione, dell'informazione: si sottolinea la nozione di sviluppo sostenibile e si rivaluta l'elemento della socialità al fianco di quello della produttività. Si pensi ai tanti altri fattori che condizionano fortemente l'impresa, regolandola e costringendola a maggior

⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI ed E. CATERINI, *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2005, spec. p. 27 ss.

costi – tali da generare problemi sul piano della concorrenza internazionale – ma necessari al fine di tutelare beni primari quali la salute, l'ambiente, ecc.⁵.

Il Trattato di Nizza – che trova riscontro nel Trattato c.d. costituzionale, firmato a Roma nel 2004, ratificato dall'Italia ma bloccato dall'esito negativo dei referendum di Francia e Olanda – è solennemente proclamato *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (7 dicembre 2000) e rafforza la garanzia delle libertà fondamentali alle quali faceva già sporadico riferimento il Trattato di Maastricht. L'art. 6 Tratt., con l'attribuzione al Consiglio europeo del potere di rivolgere raccomandazioni allo Stato anche nell'ipotesi di semplice rischio di grave violazione dei diritti fondamentali, introduce il principio di precauzione – ossia una forma di tutela preventiva – nell'ordinamento comunitario e, di conseguenza, nell'ordinamento di Paesi membri soggetti ad un elevato rischio⁶. Si

⁵ Significativi, in tale direzione, risultano anche la menzione del raggiungimento di un «elevato livello di occupazione» e di uno «sviluppo equilibrato e sostenibile» tra gli obiettivi della normativa comunitaria – art. 2 (*ex B*) – e il rinvio ai «principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto» nonché ai «diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» – art. 6 (*ex F*) Tratt.UE. Si vedano, ancora, tra gli altri, gli artt. 13, comma 1 (promozione del principio di uguaglianza) e 14, comma 3 (garanzia di un «progresso equilibrato») Tratt.CE.

⁶ Il principio, accolto anche in leggi statali (tra le altre, v. l. 22 febbraio 2002, n. 36, *Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici*; art. 107, comma 5, c. cons. e art. 301 c. amb.), risulta un criterio utile al fine di garantire la sicurezza nello svolgimento di attività, per certi versi vantaggiose, la pericolosità delle quali per l'ambiente o la salute non sia provata, ma neppure esclusa dalle conoscenze scientifiche. Pressoché in questi termini si esprimono A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 10 s., e P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 754 s., al quale si rinvia per ulteriore bibliografia. Quest'ultimo illustra il problema di bilanciamento con gli altri principi costituzionali che potrebbero risultare compressi dall'azione precauzionale: libertà di iniziativa economica (art. 41 cost.), promozione della ricerca scientifica e tecnica (art. 9, comma 1, cost.), libertà della scienza (art. 33, comma 1, cost.).

pensi ai pericoli connessi alla propagazione di onde elettromagnetiche, e, in generale, alle ipotesi nelle quali, pur non essendovi certezza scientifica della produzione del danno, sussiste il rischio che esso si verifichi.

Il Trattato di Roma del 2004 appare rivoluzionario perché sposta la tutela dal consumatore e dal produttore, quali soggetti protagonisti del mercato, alla persona in quanto tale, a prescindere che sia o no coprotagonista del mercato. Nel preambolo di tale Trattato il valore della persona è posto al centro dell'ordinamento comunitario. Un ritorno a quel personalismo riconosciuto quale 'anima nuova' della Costituzione repubblicana italiana. Così si ripropongono i valori di dignità umana, di libertà, di eguaglianza, di solidarietà, di giustizia. L'Italia, sia pure nella indifferenza totale sia dell'opinione pubblica sia dei parlamentari, ha ratificato questo Trattato. Altri Paesi – in particolare la Francia – si sono rifiutati di farlo e hanno bloccato il procedimento, che tuttavia sembra riaperto, anche se in forme più modeste, con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007. Resta l'acquisita consapevolezza culturale della crisi dell'originario riduzionismo mercantile.

3. Dalla solidarietà corporativa precostituzionale, dalla solidarietà produttivistica, mercantile del primo Trattato di Roma del 1957, si giunge a manifestare maggiore attenzione alla socialità e al rispetto dei diritti fondamentali.

Un mutamento difficile e contrastato. Esemplari sono due sentenze della Corte di giustizia – la prima, più risalente, del 1965, e la seconda del 1970 – che oggi appaiono sempre più criticabili.

Nella motivazione della prima si legge: «...la Corte nel valutare la legittimità di un atto comunitario non può prendere in considerazione la violazione dei principi fondamentali contenuti in Costituzioni nazionali...»⁷, sulla base, tra l'altro, di un assoluto primato del diritto comunitario anche rispetto ai valori costituzionali dei singoli Paesi.

Nella seconda sentenza si legge: «il fatto che siano menomati vuoi diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi principi di una Costituzione nazionale non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia sul territorio dello stesso Stato»⁸.

⁷ Corte giust. CE, 1 aprile 1965, C-40/64, in www.curia.europa.eu.

⁸ Corte giust. CE, 17 dicembre 1970, C-11/70, in www.curia.europa.eu.

Di diverso avviso è l'orientamento più recente della Corte di giustizia. Il caso "Omega" segna il radicale mutamento di prospettiva in merito al rapporto tra diritti fondamentali e diritti economici del sistema comunitario. Si riconosce che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi («giocare ad uccidere») sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana⁹. La Corte di Giustizia riconosce che alcune attività imprenditoriali (che in questo caso realizzano giochi che abitano il soggetto alla violenza di uccidere) devono essere vietate e limitata deve essere la circolazione di alcuni beni, in quanto lesivi della persona.

Inoltre, grazie al parallelo ruolo svolto dalle Corti costituzionali europee (compresa quella italiana) a difesa dei diritti dell'uomo, si passa dalla tutela del mercato quale tutela di consumatori e produttori ad un sistema di protezione dei diritti fondamentali della persona in quanto tale.

Meritevole di apprezzamento l'orientamento seguito dalla Corte tedesca e da quella italiana nelle ipotesi di potenziale conflitto tra normativa comunitaria e singoli principi fondamentali (quelli definiti lo zoccolo duro della Carta costituzionale, che non si possono eliminare neppure con un procedimento di revisione costituzionale in quanto aspetti essenziali dell'identità del patto costituzionale)¹⁰. Decisioni che non sem-

⁹ Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C-36/02, in *Giust.civ.*, 2005, p. 1435.

¹⁰ Nel dubitare dell'equivalenza del livello di tutela predisposto dagli organi comunitari rispetto a quello assicurato dalla Costituzione tedesca, la Corte costituzionale (tedesca) si riserva di intervenire esclusivamente ove la tutela dei diritti fondamentali si riveli insufficiente. In questo senso, v. BVerfG, 22 ottobre 1986 (c.d. «Solange II»), in BVerfGE, 73, pp. 339 ss., 379 ss. e 387. Pressoché nella stessa direzione muove, in Italia, Corte cost., 24 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 1001, che assume il compito di verificare che «una qualsiasi norma del Trattato, così come interpretata e applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento o non attinenti ai diritti inviolabili della persona». Fuori discussione, dunque, risulta la possibilità di effettuare un controllo di legittimità costituzionale degli atti normativi comunitari (primari e secondari) con riferimento ai principi fondamentali e ai diritti inviolabili della persona: così, *ex multis*, Corte cost., 29 dicembre 1995, n. 536, e 18 dicembre 1995, n. 509, in *Foro it.*, 1996, I, c. 784 ss.

pre hanno avuto adeguata attenzione da parte della dottrina, dell'avvocatura e della magistratura¹¹. L'irrinunciabilità da parte della Corte costituzionale alla propria competenza nel controllo della compatibilità degli atti normativi della Comunità con i principi espressi della Carta costituzionale ha indotto la Comunità a mutare atteggiamento culturale e politico, anche al fine di evitare uno scontro tra la cultura tradizionale dei Paesi membri e le disposizioni del Trattato¹².

La funzione del mercato si desume dagli stessi valori che vincolano dall'interno la libertà economica attribuendole rilevanza costituzionale. Le nozioni di mercato, di impresa e di contratto finiscono con l'essere strettamente legate tra loro, essendo ispirate agli stessi valori: esse non possono non avere una funzione socialmente rilevante e soprattutto non possono non realizzarsi in conformità al valore della persona.

4. La Costituzione italiana aveva già implicitamente riconosciuto la rilevanza del mercato, sebbene non ne facesse espressa menzione nella sua formulazione originaria. La Carta costituzionale «di mercato, di concorrenza (...) 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 democraticità dell'insieme», ossia del sistema, «e quindi come avversione alla collettivizzazione dei beni di produzione e alla pianificazione centralizzata e auto-

¹¹ Il problema è ampiamente affrontato da P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, *passim*; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 103 ss., ID., *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2000, p. 103; nonché ID., *Il futuro «ius civile» ed il ruolo della dottrina*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 882 ss. L'invito rivolto all'interprete è a non compiere operazioni ermeneutiche di ispirazione nazionalista e a recuperare un concetto di legalità che abbia un respiro ampio, «autenticamente europeo e internazionale, senza precomprensioni condizionate da un bagaglio culturale presuntuosamente autarchico». I valori che ispirano il ragionamento logico-valutativo devono, infatti, desumersi da diversi livelli normativi, compresi quelli di derivazione comunitaria.

¹² P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., *passim*.

ritaria»¹³. Non è dunque condivisibile la tesi, sia pur autorevole e suggestiva, secondo la quale la Costituzione «non accoglie né il modello dell'economia di mercato né il generale principio della concorrenza»¹⁴, sí che: «il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali: esso, quando c'è, viene consegnato alla disciplina del codice civile»¹⁵. Al contrario, le disposizioni del codice civile rivelano scarso interesse per il mercato: basti pensare a quanto sia limitata e impropria la disciplina codicistica della concorrenza.

L'art. 41 cost. non si limita a sancire la libertà di iniziativa economica privata (comma 1), ma precisa altresí, con chiarezza, che talvolta è necessario il controllo (che a livello comunitario è svolto in misura maggiore di quanto si possa immaginare) e che tale iniziativa è subordinata alla realizzazione dell'utilità sociale e che soprattutto non può esercitarsi in contrasto con la libertà, la dignità e la sicurezza umana. Il legislatore costituente comprese che le leggi del mercato e dell'economia dovevano trovare dei correttivi in valori che mercantili non sono (la libertà umana, la dignità e la sicurezza) e intese attribuire priorità alla persona e ai suoi diritti fondamentali rispetto all'impresa, alla produzione e al mercato. Posizione, questa, assunta da diverse Costituzioni europee, ma in quella italiana è espressa in maniera piú evidente.

Il mercato, tuttavia, è sempre stato tutelato proprio per una ragione di carattere sistematico. Tutela che diventa esplicita con la l. n. 3 del 2001 di riforma del Titolo V della Costituzione. La rilevanza costituzionale del mercato è riconosciuta espressamente dal nuovo art. 117 cost. che non si limita a ripartire le competenze legislative tra Stato e Regioni, ma impone un obbligo positivo di promozione del mercato e della concorrenza¹⁶. Si esplicita infatti il riconoscimento della tutela della concor-

¹³ P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 101 (ora in *Il diritto dei contratti fra persone e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 239 ss.).

¹⁴ N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza*, in *Giur. it.*, 1997, c. 226.

¹⁵ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 18.

¹⁶ L'introduzione dei termini «concorrenza» e «mercato» ad opera della l. n. 3 del 2001, nelle disposizioni del Titolo V della Costituzione, costituisce un dato significato dal punto di vista della valenza politica, ma non sembra rappresentare una novità effettiva. In questo senso si esprimono P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 103 ss., nonché M. DRAGHI, *Intervento alla tavola rotonda sul*

renza come valore di rilevanza costituzionale: se mantenessimo l'architettura della Repubblica ed eliminassimo l'iniziativa economica privata, avremmo una Repubblica diversa, fondata o sulla collettivizzazione dei beni di produzione o sul liberismo economico sfrenato. Ciò che l'art. 41 cost. non consente. Da qui emerge negli ultimi anni l'influenza del diritto comunitario sul diritto costituzionale interno; e ancora più l'influenza del costituzionalismo dei Paesi membri sulla cultura comunitaria.

Il nesso tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici diventa inscindibile. Nell'attuale contesto, l'autonomia negoziale – non soltanto l'iniziativa economica –, in qualsiasi settore si esplichi, tanto nell'ambito degli atti d'impresa, tanto con riferimento agli atti individuali, familiari, associativi, si configura sempre sia quale strumento di accesso a beni e servizi, essenziali e non, sia quale strumento per la costruzione di relazioni sociali. Sugli atti di autonomia, pertanto, risulta necessario quel controllo di liceità e meritevolezza che il codice civile del 1942 aveva sí introdotto (art. 1322), sia pure limitatamente ai contratti c.dd. atipici. Oggi l'autonomia negoziale risulta non svilita ma rafforzata, conformandosi quale potere giustificato secondo principi caratterizzanti l'ordinamento italo-comunitario. In particolare il controllo della meritevolezza degli atti e delle attività, espressione di democrazia, comporta che il negozio e il contratto sono riconosciuti e considerati validi se realizzano interessi meritevoli. Questa meritevolezza si ricava dal sistema dei valori dell'ordinamento, nel quale vi sono tanto ragioni economiche quanto di tipo personalistico¹⁷.

libro «L'ordine giuridico del mercato» di N. Irti, Roma, 1998, p. 3 s., e B. LIBONATI, Ordine giuridico e legge economica del mercato, in AA.VV., Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa, Milano, 1999, p. 657. In senso contrario v. diffusamente N. IRTI, L'ordine giuridico del mercato, cit., spec. p. 28 ss. V'è poi chi assume una posizione intermedia (A. BALDASSARRE, Iniziativa economica privata, in Enc. dir., XXI, Milano, 1971, p. 602, nota 59) secondo la quale il combinato disposto degli artt. 3 e 41 Cost. non tutelerebbe in via diretta la concorrenza, essendo piuttosto possibile astrarre tale forma di tutela «per il tramite della tutela dell'individuo nei confronti delle formazioni monopolistiche ovvero della garanzia dei presupposti permissivi della libertà d'iniziativa privata».

¹⁷ Per una disamina approfondita dell'ambito oggettivo del controllo di meritevolezza e dei criteri guida mediante i quali realizzarlo, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 334 ss.

In proposito si possono addurre, tra le tante, tre sentenze della Corte costituzionale.

Nella prima, si sottolinea che il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto, prescritto dall'art. 3, comma 2, cost., «va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede [...] controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie»¹⁸.

Nella seconda, del 2004, si rileva che lo Stato dispone di poteri di intervento diretto sul mercato *ex art.* 117 cost. – come riformulato a séguito della l. n. 3 del 2001 – ricorrendo ad una particolare accezione di concorrenza (elaborata dall'esperienza comunitaria), intesa in senso «dinamico» quale concetto che identifica interventi promozionali «misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni per un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»¹⁹.

Piú recentemente, la Consulta statuisce, con riguardo al sistema delle tariffe forcella previsto per i trasporti di merci, che l'imposizione di prezzi che, per definizione, è idonea ad alterare l'equilibrio del mercato, può trovare una propria giustificazione, *ex art.* 41 cost., nella salvaguardia dell'utilità sociale²⁰.

5. Si pone a questo punto il problema della determinazione del ruolo dell'economia spesso definita scienza eticamente neutrale.

Tra etica, diritto ed economia vi è, invece, una necessaria correlazione²¹. Morale e diritto rappresentano fattori di sviluppo dell'economia. La legge, senza limitarsi al buon funzionamento del mercato e al conseguimento del profitto, deve aspirare ad una moralità maggiore, contribuendo a realizzare una «economia sociale di mercato»²². Espressione questa di chi, pur non essendo un filosofo, studia i rapporti tra economia contemporanea e filosofia morale. Questo deve far riflettere, specie nell'attuale momento storico, in quanto al progresso

¹⁸ Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1467 s.

¹⁹ Corte cost., 18 dicembre 2004, n. 14, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁰ In tale direzione Corte cost., 14 gennaio 2005, n. 7, in *Guida dir.*, 2005, p. 60.

²¹ In ordine al rapporto tra diritto ed etica, v. P. PERLINGIERI, *La 'grande dicotomia' diritto positivo-diritto naturale*, in *Id.*, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 558 s.

²² A. SEN, *Etica ed economia*, trad. it. Laterza, Roma-Bari, 2002.

dell'economia moderna corrisponde un concreto indebolimento dell'interesse per considerazioni di carattere etico. L'economista, tuttavia, non può non riconoscere che l'uomo è mosso nelle sue azioni anche da finalità morali, non soltanto strettamente utilitaristiche. Viceversa «Se si esamina l'equilibrio delle varie accentuazioni nelle pubblicazioni sull'economia moderna è difficile non accorgersi di quanto venga elusa l'analisi normativa a livello profondo, e di quanto sia trascurata l'influenza delle considerazioni di natura etica nella caratterizzazione del comportamento umano effettivo»; in realtà «L'economia avrebbe molto da guadagnare se prestasse più attenzione ai temi di carattere etico; l'avvicinamento di etica ed economia è necessario sia per l'arricchimento reciproco delle due discipline sia per il vantaggio futuro del bene sociale»²³.

Da un lato l'attività economica non può che essere strumentale alla realizzazione di valori esistenziali e l'economia etica deve muovere da una prospettiva planetaria di globalizzazione solidale che parte dal basso; dall'altro il c.d. processo di giuridificazione del mercato garantisce l'espansione di programmi di controllo sui comportamenti economici e maggiori incentivi a favore di politiche più attive di solidarietà.

Il mercato non deve imporre le proprie dinamiche e la propria scala di valori, al punto che lo stesso codice genetico umano «venga misurato in termini di costi e benefici. Non già un'etica utilitaristica, ispirata alle sole innovazioni tecnologiche, dagli interessi finanziari [...]: l'etica richiede che i sistemi si adattino alle esigenze dell'uomo, e non già che l'uomo venga sacrificato dalla salvezza del sistema»²⁴. Il costituente italiano intuì questo rapporto tra etica ed economia e concepì prioritarie le situazioni attinenti all'essere persona rispetto alle situazioni caratterizzate dall'avere.

Si delinea con chiarezza il rapporto tra mercato e diritto soltanto ove si rifletta sullo spostamento del primato dalle situazioni soggettive patri-

²³ A. SEN, *Etica ed economia*, cit., p. 3.

²⁴ P. PERLINGIERI, *Persona e mercato nel messaggio di Papa Giovanni Paolo II*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2006, p. 96. Nello stesso senso G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 25, riconosce il pericolo insito nella confusione tra etica sociale da un lato ed etica degli affari, dell'impresa, della tecnica e della scienza dall'altro.

moniali (proprietà, impresa, contratto) che erano al centro del codice civile del 1942 a quelle essenziali di natura costituzionale, connesse allo sviluppo della persona. Dalla categoria dell'avere a quella dell'essere, in una assiologia di rilevanza normativa che non si immedesima con le ferree logiche mercantili ma, convivendo realisticamente con esse, le corregge e le indirizza con ragionevolezza storica alle esigenze effettive dell'uomo. Produttività e impresa vengono ugualmente riconosciuti dalla Costituzione ma a livello servente di valori più alti. È una impostazione assiologica innovativa che incide sulla teoria delle fonti, sull'applicazione della norma ai fatti, cioè sull'interpretazione, fatta di bilanciamento di interessi non soltanto patrimoniali, di proporzionalità e ragionevolezza, concetti estranei fino a qualche anno fa dall'argomentazione del giurista, educato al positivismo legislativo.

Non v'è dunque alcuna antinomia tra le ragioni dell'economia da un lato e le ragioni dell'equità e della giustizia dall'altro.

6. La società è una realtà complessa nella quale c'è spazio per le regole economiche, etiche, religiose, nonché per quelle giuridiche e il diritto è struttura della società al pari del mercato.

Sì che non pare condivisibile l'opinione di chi prefigura una comunità universale, retta dalle leggi del mercato e dotata di una propria intrinseca razionalità, quale postulato di una società postindustriale che non richiederebbe mutamenti legislativi: «poiché sono altri, non già le leggi, gli strumenti mediante i quali si attuano le trasformazioni giuridiche. Il principale strumento [...] dell'innovazione giuridica è il contratto», non la legge²⁵. Ne conseguirebbe per un verso la riduzione del giurista a mero sorvegliante delle scelte economiche del legislatore, illuminato in realtà dagli economisti; per altro verso il prevalere del metodo ermeneutico dell'analisi economica del diritto tendente a un riduzionismo economico che lascerebbe tutt'al più al giurista, illuminato dall'economista, il compito di vigilare sulle scelte del legislatore. Ogni interpretazione del fenomeno giuridico sarebbe comunque operata in conformità alla razionalità di mercato: una norma giuridica, una decisione

²⁵ F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 357; ma cfr., inoltre, ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

giudiziale o una posizione dottrinale sarebbero preferibili (rispetto ad altre) non in quanto stimate piú giuste e ragionevoli, ma in quanto piú efficienti dal punto di vista economico. Si realizza cosí una supremazia dell'economia sul diritto che forse neanche gli economisti auspicano. La stessa disciplina delle obbligazioni, che rappresenta il diritto patrimoniale per eccellenza, contiene riferimenti all'interesse non patrimoniale. Si pensi all'art. 1174 del codice civile italiano, secondo il quale la prestazione deve essere suscettibile di valutazione patrimoniale ma ad essa può corrispondere un interesse anche non patrimoniale del creditore. Arduo sarebbe compiere l'analisi economica del diritto in presenza di un interesse non patrimoniale.

Le ragioni del mercato non si identificano con le ragioni del diritto²⁶; il mercato non ordina il diritto ma è ordinato dal diritto; il primato della politica è garanzia di democraticità. Sarebbe incoerente concedere al popolo il diritto di eleggere propri rappresentanti e a questi il potere di fare le leggi, se poi queste dovessero essere interpretate esclusivamente in base ai criteri dell'efficienza e dell'economicità.

Occorre allora riscoprire la centralità della politica e quindi il primato del diritto. Le leggi economiche devono fare i conti con le leggi giuridiche; queste tuttavia per divenire norme devono realisticamente fare i conti con le regole economiche in un nesso di reciproca compatibilità. È sempre necessario cioè un temperamento.

La prospettiva dell'analisi economica, a prescindere dall'attendibilità dei risultati applicativi, è criticabile per la sua unilateralità e per la sostanziale funzione individualistica, materialistica e conservatrice certamente in contrasto con la legalità costituzionale, comprensiva di quella europea e internazionale.

²⁶ Secondo F. VIOLA, in F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma- Bari, 2001, p. 48, l'efficienza economica nel calcolo dei costi e dei benefici «non può assorbire tutto il valore della giustizia. La protezione dei diritti a volte richiede decisioni che dal punto di vista dell'economia sono inefficienti. Se non fosse cosí, allora il diritto si ridurrebbe a sottosistema dell'economia, cioè alla funzione di custodia esterna del corretto funzionamento della razionalità economica». Cosí anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 101: il diritto dell'economia, «socialmente caratterizzato», deve aver riguardo tanto alle leggi del mercato tanto alla giustizia e ai valori esistenziali.

Le soluzioni giuridiche vengono assunte soprattutto sulla base del consenso formulato in termini politici. Ciò comporta assumere un ruolo critico nei confronti dell'utilitarismo, delle ragioni del mercato anche quando queste assumono le sembianze del nichilismo giuridico²⁷ o dell'agnosticismo. La deriva formalista, nichilista, cinica e l'indifferenza verso contenuti e valori, tutta protesa a sottolineare che le leggi vengono dal nulla e tornano nel nulla, che esse possono creare tutto e distruggere tutto indiscriminatamente (anche concernere la licenza di uccidere), rappresenta il rinnovo di quel pericoloso delirio di onnipotenza che in passato ha condotto alle leggi più disumane della storia. Il nichilismo segna la morte del diritto. Le ragioni dell'uomo e il rispetto della sua dignità diverrebbero valori arbitrari, deboli, contingenti e quindi disconoscibili dal legislatore.

7. In questa prospettiva, è diffusa anche la convinzione dell'indissolubilità delle nozioni di contratto e di mercato: non c'è mercato senza scambio e quindi senza contratto. Quest'ultimo rappresenterebbe così un aspetto ontologico del mercato: la disciplina del mercato è necessariamente regolamentazione dei contratti e viceversa. Ma non è mancato chi, con grande sensibilità verso i valori della persona, ha scritto che «il contratto rappresenta il punto di incidenza e coincidenza della disciplina giuridica vuoi dell'impresa, vuoi del mercato, il collegamento dei dati economici avviene con la mediazione giuridica del contratto. Mercato e

²⁷ Riconosce il mercato come «valore» unico sul quale costruire la moderna legalità N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, pp. VI e 24. In senso contrario, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 120 ss., come già in ID., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1 ss., ravvisa la configurabilità di un pericolo nel «formalismo disincantato, fondato su una legalità senza aggettivi, scientemente consapevole dell'impotenza del giurista, spettatore più che attore, imbevuto di pensiero debole, di aristocratica indifferenza rispetto ai contenuti, e quindi senza alcuna assunzione di responsabilità». Come ricorda ora G. PERLINGIERI, *La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l'insegnamento di Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 602, «il nichilismo, giuridico o politico che sia, è arbitrarità, è pragmatismo vuoto e fine a se stesso, è solitudine dell'agire e del singolo testo giuridico avulso dal sistema di regole nel quale è inserito. L'agire politico o giuridico, invece, impone una direzione, un orientamento: una ideologia».

contratto tuttavia si conformano ai medesimi principi e valori in quanto aspetti di una medesima realtà, principi e regole attuativi di valori costituzionali e comunitari»²⁸.

Intese e concentrazioni non sono meritevoli di tutela ove provochino distorsioni del mercato a danno non soltanto di altre imprese ma anche dei consumatori (*rectius* delle persone)²⁹. «La normativa *antitrust* non è la legge degli imprenditori, ma [...] è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo»³⁰. Allo stesso modo la *lex mercatoria* comunitaria non si può definire, come accadeva in passato – e come accade fuori dall’Unione europea –, la legge dei mercanti quanto, piuttosto, la legge del mercato, nel quale non operano soltanto le imprese, ma più in generale le persone. Si riconosce così al consumatore, terzo estraneo all’intesa realizzata tra le imprese che ledono la concorrenza, la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ai sensi dell’art. 33, n. 2, della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (c.d. legge *antitrust*). Del pari si assiste all’espansione della normativa a tutela del consumatore in quanto contraente debole e all’introduzione di un adeguato e ragionevole sistema di protezione di interessi svincolato da qualifiche economico-professionali (quali presupposti che ne condizionino l’applicazione)³¹.

Il nuovo diritto dei contratti, che la giurisprudenza e la dottrina più avveduta stanno elaborando negli ultimi tempi, non riguarda il futuro,

²⁸ G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 423.

²⁹ Sul tema v. diffusamente G. OPPO, *Diritto dell’impresa e morale sociale*, cit., p. 24 ss., il quale recupera l’incidenza della morale sociale nell’esercizio dell’attività economica, specie nel campo delle relazioni tra imprese e, dunque, della concorrenza.

³⁰ Cass., Sez. un., 20 gennaio 2005, n. 2207, in *Corr. giur.*, 2005, p. 333 ss.

³¹ Interessanti riflessioni in ordine alla tutela del consumatore sono svolte da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 510 ss.; ID., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., p. 305 ss.; E. CATERINI, *La tutela giuridica del consumatore nell’economia sociale di mercato europea. Dal globalismo ai globalismi*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, II, Napoli, 2005, p. 5 ss.; ID., *Politica dei consumi e diritto dei contratti. Il paradigma del principio «generale» di sicurezza*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, III, Napoli, 2007, p. 137 ss.

ma è quanto mai attuale e si ispira alla funzionalizzazione delle libertà economiche alla realizzazione del valore persona.

8. Risulta insomma abbastanza chiaro quale sia il rapporto corrente tra mercato e politica. Le ragioni del diritto sono più ampie e più nobili di quelle del mercato: «hanno radici nella complessa cultura di una comunità e nel primato, comunque realizzato, della politica che la governa»³². Se poi la politica sia all'altezza o no di svolgere questo ruolo è problema diverso. In termini istituzionali, e al fine di evitare l'imbarbarimento dei rapporti, è certamente la politica a godere del primato, non l'economia³³. «Mercato, politica e diritto non sono isolabili [...] giacché il mercato prende forma dalla decisione politica, e questa si esprime in leggi»³⁴. La politica, quale arte del decidere, è indissolubilmente connessa al diritto. Il primato dell'economia, dunque, risponderebbe soltanto a ragioni mercantili, mentre il primato della politica potrebbe anche non rispondere, seppure in parte, a criteri di efficienza economica e difendere le posizioni più deboli e più meritevoli. La supremazia del politico sull'economico rappresenta la supremazia delle finalità generali che, in quanto tali, impegnano nella realizzazione delle stesse tanto i poteri statali quanto quelli comunitari. A fronte della progressiva e inarrestabile globalizzazione dell'economia e del mercato si avverte l'esigenza di evitare squilibri, scompensi, distorsioni nel gioco della concorrenza e introdurre fattori riequilibranti. Pare addirittura superfluo ricordare che oggi si assiste frequentemente a crisi valutarie, a scandali contabili di numerose grandi imprese, a forme di concorrenza sleale, ad esercizi di imprese illegali, ad evasioni fiscali, a corruzioni, ad attenuazioni del senso di responsabilità, ad una forte insensibilità verso la cronica disoccupazione, a violenze sui deboli, allo sfruttamento delle risorse non rinnovabili.

³² P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, cit., p. 3.

³³ Secondo G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, cit., spec. pp. 16, 19 e 22, il valore dell'economicità è subordinato ai «valori della morale sociale penetrati nella Costituzione» (libertà, uguaglianza, dignità e solidarietà), non riducibili alla sola utilità sociale, i quali «esigono rispetto anche dalle attività imprenditoriali»

³⁴ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 44.

Purtroppo la realtà è questa e non ci si può nascondere dietro al diritto. La legalità pare scadere in una sorta di 'legalizzazione' fatta di misurre fittizie e di formalità che conduce taluno a discorrere di "legalità senza aggettivi". Dinanzi a tale scenario emerge la necessità di superare il *deficit* di regolamentazione condivisa, mediante la composizione di regole comuni a tutti i Paesi: l'armonizzazione legislativa del trattamento previsto per le imprese renderebbe più difficili eventuali comportamenti opportunistici. Ad esempio, garantendo a tutti medesime agevolazioni fiscali, si soddisferebbe la necessità di semplificare e ridurre i costi gestionali e amministrativi di imprese che oggi si trovano ad affrontare numerosissime diverse basi imponibili, consentendo loro di compiere il proprio dovere fiscale più agevolmente grazie anche a un incoraggiamento a investire e a operare in una dimensione europea e non esclusivamente nazionale. Ancora, assicurare eguale libertà ai lavoratori, ossia tutela del lavoro minorile, divieto di discriminazioni, di punizioni corporali e di intimidazioni, equivarrebbe a garantire sicurezza, libertà, rispetto, dignità. La convivenza di Paesi che tentano di incrementare la produzione grazie allo sfruttamento del lavoro e Paesi che, al contrario, garantiscono la libera concorrenza genera una situazione di profondo squilibrio e l'inevitabile sopravvento delle imprese illegali e del mercato clandestino.

In ultimo, anche agli economisti più sensibili sembra indispensabile che le imprese si assumano una responsabilità di tipo sociale e ambientale con conseguente penalizzazione di quelle che violano i diritti umani; che siano preferiti i prodotti e i processi con certificazione di eticità, i bilanci sociali (nei quali l'impresa, perseguendo il proprio interesse prevalente, contribuisce a migliorare la qualità della vita e l'equilibrio della società), a quelli ambientali (documenti informativi nei quali sono descritti le principali relazioni tra impresa e ambiente). Perché mai l'impresa dovrebbe agire in modo socialmente responsabile in assenza di canoni di razionalità economica che giustifichi un tale comportamento? Il canone economico non la responsabilizza, il criterio giuridico sí. «Quanto più si diventa ricchi, tanto più cresce l'esigenza, ovvero la domanda di comportamenti etici. Si consideri il caso di un'impresa che compete su un mercato globale e che intende mettere in pratica le procedure della RSI (responsabilità sociale di impresa). Se i suoi rivali, comportandosi illecitamente (ad es., sfruttando il lavoro minorile), riescono ad abbassare i costi di produzione e quindi i prezzi di vendita del prodotto, si avrà una diminuzione del reddito dell'impresa in questione. La

quale abbasserà la domanda di comportamento etico fino a livellarsi sul comportamento medio...». Ma «quando catena del valore economico e catena del valore sociale divergono troppo e a lungo, sono le stesse prospettive economiche a risentirne pesantemente, dal momento che l'impresa viene sanzionata dal mercato» (es.: diminuzione delle vendite a séguito di azioni di boicottaggio; denunce mediatiche da parte della società civile organizzata; etc.)³⁵. L'invito – questa volta è un filosofo a ricordarlo – è «a ritrovare nella vita economica il fondamento piú profondo e concreto dell'attività umana, e nell'ordine sociale che essa immancabilmente costituisce e che si traduce nel mondo delle istituzioni e delle norme giuridiche, la legge immanente del suo svolgimento»³⁶. In tal modo si eviterà che l'ordine del mercato degeneri e anziché indulgere ad atteggiamenti cinici di matrice nichilista (consistente nell'accettazione di un destino privo di certezze, nella perdita assoluta di valori ed etica) si acquisirà consapevolezza che il mercato è «non solo [...] luogo di scambi, non solo luogo di produzione e lavoro, ma luogo di conciliazione di interessi in nome di quei valori» esistenziali superiori³⁷. Sì che – va ribadito – «il punto non è mercato sí, mercato no. Il mercato vale per ciò che è, non semplicemente perché c'è; esso merita un elogio debole ovvero condizionato, senza confondere le ragioni economiche e gli argomenti etici: sono questi ultimi che meritano priorità e forniscono all'economia un fondamento etico che, nella concreta realtà storica, sappia coniugare efficienza economica e diritti umani, mercato e democrazia»³⁸.

³⁵ S. ZAMAGNI, *Etica dell'impresa*, in *Biblioteca delle libertà*, 2005, pp. 92 e 96.

³⁶ V. PALAZZOLO, *Economia e diritto*, Milano, 1985, p. 332.

³⁷ G. OPPO, *Impresa e mercato*, cit., p. 421.

³⁸ P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 267.