

**PER UN DIRITTO PUBBLICO EUROPEO DELL'ECONOMIA
FONDAMENTI GIURIDICI**
*PARA UM DIREITO PÚBLICO EUROPEU DE ECONOMICA:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS*

*Alberto Lucarelli**

Resumo: Nel saggio si ha l'obiettivo di evidenziare come, a livello europeo, siano rinvenibili fondamenti, seppur frammentari, di un diritto pubblico europeo dell'economia. Il diritto europeo non è, in altri termini, un diritto esclusivamente fondato sulla concorrenza, ma rilevanti sono le indicazioni normative, a partire dall'Atto Unico europeo e soprattutto giurisprudenziali, che consentono di ridimensionare il principio di concorrenza e di riconoscere un ruolo discrezionale degli Stati nelle scelte finalizzate al soddisfacimento di finalità pubblicistiche e sociali. Dal modello ordoliberal della Scuola di Friburgo che ha influenzato il modello sociale ed economico europeo delle origini, tende a distaccarsi il modello economico europeo attuale che accoglie, in un quadro di natura conflittuale ed in continua evoluzione, un c.d. diritto pubblico dell'economia orientato ad affermare principi fondativi dello Stato democratico-sociale, fondato sul principio della coesione economico-sociale e territoriale. Di tale modello, peraltro, si avverte l'esigenza, considerata la debolezza mostrata dalle istituzioni pubbliche nella crisi economica contemporanea.

Parole-chiave: Diritto Pubblico Europeo Dell'economia. Diritti Sociali. Diritti Economici.

Resumo: No artigo se tem o objetivo de evidenciar como, em nível europeu, podem ser encontrados fundamentos, ainda que fragmentários, de um direito público europeu da economia. O direito europeu não é, em outros termos, um direito exclusivamente fundado sobre a concorrência, mas relevantes são as indicações normativas, a partir do Ato Único Europeu e sobretudo da jurisprudência, que consentem redimensionar o princípio de concorrência e reconhecer uma função discricional dos Estados nas escolhas finalizadas a satisfazer finalidades públicas e sociais. Do modelo ordoliberal da Escola de Friburgo, que influenciou o modelo social e econômico europeu das origens, tende a destacar-se o modelo econômico europeu atual que acolhe, em um quadro de natureza conflituosa e in contínua evolução, um direito público da economia orientado a afirmar princípios do Estado democrático-social, fundado no princípio da coesão

* Professor Doutor Alberto Lucarelli. Ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Napoli Federico II. Email: alberto.lucarelli@unina.it

econômico-social e territorial. De tal modelo adverte-se a exigência, considerada a fragilidade mostrada pelas instituições públicas na crise econômica contemporânea.

Palavras-chave: Direito Público Europeu da Economia. Direitos Sociais. Direitos Economicos.

1 PREMESSA

L'articolo ha ad oggetto l'analisi di una *nuova* categoria, ancora in fase di costruzione: il c.d. *diritto pubblico europeo dell'economia*¹. Ci si concentra su quel complesso di istituti, principi, regole a *vocazione pubblicistica* che nello spazio giuridico europeo incidono direttamente e/o indirettamente, in maniera trasversale, sui diritti sociali ed economici (il c.d. spazio sociale europeo).

L'obiettivo è quello d'individuare i fondamenti nello spazio giuridico europeo (principi², regole normative - di primo e secondo livello - e giurisprudenziali), pur nella loro frammentarietà, contraddittorietà e a-sistematicità. La necessità di spostare il dibattito intorno al diritto pubblico dell'economia nello spazio giuridico europeo nasce, da una parte dalla tensione procurata al nostro ordinamento dall'introduzione della funzione di regolazione e dall'applicazione della regola della concorrenza, che progressivamente, sotto la spinta dell'Unione Europea, ridimensionano gli spazi pubblici nei processi di governo dell'economia e delle attività produttive, dall'altra, dalla sempre più invasiva analisi economica del diritto, tesa ad identificare il diritto come principio economico, al punto da sostenere che la soluzione giuridica sia quella meno costosa per i singoli e per la collettività. Da qui dunque il tentativo di sostenere e dimostrare che nel diritto europeo sia possibile individuare spazi e basi giuridiche per un ruolo attivo di soggetti pubblici, che abbiano quali priorità il soddisfacimento dei diritti fondamentali dei cittadini a prescindere da esigenze di mercato e di stabilità dei prezzi. Il tentativo è stato quello d'individuare dei principi costituzionali europei quali possibili fonti ispiratrici delle politiche pubbliche.

L'idea di fondo è verificare l'esistenza, accanto al diritto della concorrenza (*Competition Law*), che si basa in prevalenza su regole di natura privatistica, tese a soddisfare le libertà economiche di imprese e cittadini all'interno del mercato, di un complesso di principi e regole finalizzate alla tutela ed alla garanzia dei diritti sociali, secondo logiche di equità e solidarietà, tipiche dello Stato sociale.

Un sostegno 'normativo' a tale tesi sembra essere costituito dalla direttiva appalti 2014/24/UE che apporta una significativa modifica agli obiettivi perseguiti dalla disciplina dell'Unione europea in materia di contratti pubblici. Accanto all'obiettivo principale (che rimane l'apertura dei mercati agli operatori degli altri Paesi membri) si aggiungono quelli di una maggiore efficienza della spesa pubblica e, soprattutto, un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni (tutela dell'ambiente, maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, lotta contro i cambiamenti climatici, promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale, garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità). Insomma, pare progressivamente assistersi alla degradazione della concorrenza da principio cardine a regola sempre più strumentale alla realizzazione di ulteriori finalità esterne rispetto alla mera contendibilità del mercato e pertanto suscettibile di comparazione con principi di pari rango.

È evidente che tale costruzione abbia una incidenza, più o meno diretta, anche sui regimi proprietari, sul rapporto pubblico-privato, sul ruolo delle istituzioni pubbliche e della collettività, sul regime dei servizi pubblici, sulla tutela delle libertà economiche e sociali.

2 L' EUROPEAN ECONOMIC CONSTITUTION E LA COSTITUZIONE ECONOMICA: CONSONANZE E DISSONANZE

Un quadro d'insieme che configura la c.d. *European Economic Constitution*³, che incide in maniera più o meno diretta, e sicuramente in modo non neutrale⁴, sulla nostra c.d. Costituzione economica ovvero su quegli articoli della Costituzione del '48 che si occupano di beni, servizi, diritti, prestazioni, caratterizzanti nel loro complesso il c.d. Stato sociale.

Un complesso di principi e regole che, al di là della teoria dei contro-limiti⁵, appare sempre più cedevole e regressivo, rispetto al protagonismo di principi e regole normative e

giurisprudenziali di matrice europea, tese all'affermazione del libero mercato, quale passaggio necessario per l'integrazione politico-economica dell'Unione Europea.

La preoccupazione, come ben evidenziato in dottrina⁶, è che l'assetto sovranazionale europeo possa comportare un arretramento del modello sociale europeo⁷.

Tali criticità, ma soprattutto la tensione cui è sottoposta la nostra Costituzione (nel testo si analizzano le vicende legate all'art. 43 Cost.⁸), e la sua discussa vigenza ed attualità rispetto all'ordinamento giuridico europeo, sintetizzano il processo regressivo, rispetto al parametro dello Stato sociale, di diversi principi costituzionali. In questo senso, si pose il problema, poi oggetto dei quesiti referendari del 2011 aventi ad oggetto l'abrogazione della disciplina dei servizi pubblici locali, ispirata a principi privatizzatori, di come l'art. 43 della Costituzione non risulterebbe in contrasto con il diritto europeo: in particolare tutte le attività economiche di interesse generale e dall'alto impatto sociale rimarrebbero suscettibili di intervento da parte dei poteri pubblici, specialmente nei casi in cui la spontaneità del mercato non sia in grado di soddisfarle⁹.

E la tutela dei diritti fondamentali, sulla quale si gioca l'affermazione democratica dell'Ordinamento giuridico europeo, non può ridursi a terreno di conflitto di matrice individuale e pretoriale, con una giurisprudenza ora invasiva della sovranità statale dei singoli Stati¹⁰, ora rispettosa del livello di protezione statale dei diritti fondamentali¹¹.

Infatti, il libero mercato, attraverso il diritto della concorrenza, si applica anche a settori sensibili ed orientati innanzitutto alla tutela dei diritti fondamentali, secondo i parametri dell'eguaglianza e della solidarietà.

I servizi pubblici essenziali, categoria rilevante nella nostra Costituzione, viene assorbita dai servizi di interesse economico generale di matrice europea, ed in quanto tali, seppur con delle eccezioni, posti sul mercato.

Tale scenario influenza anche il processo politico-culturale e deliberativo della Carta europea dei diritti fondamentali, laddove i principi ed i diritti più dichiaratamente economico-sociali (impresa, proprietà, ambiente, servizi pubblici essenziali, salute, consumatori¹²) spostano il baricentro dell'azione dalla tutela dei diritti, in una dimensione sociale, al migliore funzionamento del mercato e delle imprese e delle libertà economiche¹³. Si riconduce ad esempio il diritto di proprietà ai diritti di libertà civile ed al principio *albertino* dell'inviolabilità, proprio della forma di

Stato liberale non democratica, venendo meno il nesso funzionale tra soddisfazione di bisogni individuali e bisogni collettivi caratterizzante l'art. 42 della Costituzione italiana¹⁴.

Inoltre, sempre nella carta di Nizza il diritto al lavoro (art. 15) è disancorato dalla visione *welfarista* e dal diritto a politiche pubbliche di pieno impiego, collocati piuttosto in una dimensione individualistica di diritto al lavoro-libertà¹⁵.

Il *leit motiv* è evidente: la riduzione degli spazi d'intervento dei poteri pubblici, gestioni tendenzialmente privatistiche dei servizi pubblici, anche di quelli essenziali, spazi ridotti per la proprietà pubblica, attività d'impresa e proprietà privata svincolate dalla funzione sociale, i diritti alla salute, all'ambiente e del consumatore visti in una logica più mercantile-privatistica che sociale.

Anche il dato che la Carta parli esplicitamente di diritto di lavorare (art. 15) piuttosto che di diritto al lavoro va inteso come valorizzazione del diritto-libertà di svolgere un lavoro adeguato alle qualificazioni e alle attitudini personali, quindi sempre in una interpretazione di matrice individualistica¹⁶. Così come, ai sensi dell'art. 30 della Carta di Nizza, sempre in materia lavoristica, si è evidenziato come la disciplina del licenziamento si risolve in una riduzione delle garanzie rispetto al nostro ordinamento giuridico¹⁷.

Pur avendo fatto ingresso nel diritto europeo, a partire dall'Atto unico del 1986, il principio della coesione economico e sociale, principio ispiratore delle politiche pubbliche europee resta il libero mercato, con la conseguenziale regola della concorrenza. È l'idea originaria di modello economico europeo e resta l'asse portante con il quale procede il processo d'integrazione.

Questo modello, affermato e confermato a più riprese, subisce, a partire dall'Atto Unico Europeo del 1986, delle deroghe, sulla base del principio della coesione economico e sociale.

3 LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI

Il quadro di principi e regole, che nel saggio sono puntualmente individuati, riescono ad incidere anche su alcune significative sentenze della Corte costituzionale. Sentenze che, ancorché non in maniera esplicita, delineano un quadro favorevole all'affermazione di un *diritto*

*pubblico europeo dell'economia*¹⁸, di uno spazio sociale europeo omogeneo in grado anche di *democratizzare* le libertà economiche di circolazione e lo stesso principio della concorrenza¹⁹.

In particolare come segnale di rifondazione del diritto pubblico dell'economia in scala europea sembra interessante riportare alcuni aspetti significativi sottolineati nella sentenza n. 24/2011 della Corte costituzionale: 1. Si smentisce che il diritto europeo imponga agli Stati membri di privatizzare i servizi pubblici locali; 2. Si riconosce, seppur implicitamente, l'esistenza di un diritto pubblico europeo dell'economia, contraddicendo chi sostiene da anni la sola esistenza in ambito comunitario del diritto dei mercati e della concorrenza; 3. Si riconosce ai comuni la possibilità, a seguito di referendum, di rifarsi direttamente al diritto comunitario che prevede, tra l'altro, seppur in maniera non esplicita, la gestione pubblica e diretta dei servizi d'interesse generale.

La Consulta chiarisce che il diritto europeo non impone obblighi di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione dei servizi pubblici, caratterizzandosi al contrario, per il principio di neutralità rispetto al regime (art. 345 TFUE)²⁰, pubblico o privato della proprietà, che insieme ai principi di libertà di definizione e di proporzionalità, costituisce uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale.

Il principio di neutralità dunque, secondo parte della dottrina, proprio nella scelta di non ingerenza nel modello costituzionale economico dei singoli Stati membri, rappresenterebbe una continua modulazione di un equilibrio tra esigenze divergenti, ad esempio tra libertà economiche e diritti sociali²¹. In una logica di economia sociale di mercato, linea portante della *Costituzione economica europea*, è da sottolineare che la Corte di giustizia non ha mai tracciato una gerarchia tra diritti e libertà, riconoscendo invece la possibilità che gli uni e gli altri incontrino deroghe e limiti nel rispetto del principio di proporzionalità²².

4 IL PRINCIPIO DELLA COESIONE ECONOMICO-SOCIALE

In questo quadro di principi e regole²³, che ha risentito negli ultimi anni anche della crisi economico-finanziaria, si tenta di individuare i fondamenti teorico-giuridici, una sorta di *principio di legalità europeo*²⁴ di una dimensione pubblica dell'azione dell'Unione europea, intesa quale insieme di istituzioni, regole, obiettivi, che, al di là di rapporti interorganici ed

interistituzionali, forzatamente di natura pubblicistica, siano in grado di costruire accanto al diritto della concorrenza, tipicamente di matrice privatistico-mercantile, una sfera pubblica di natura verticale (autorità-libertà)²⁵.

Una sfera che sia in grado di orientare l'azione politico-normativa dell'Unione europea nei parametri dell'eguaglianza e della solidarietà, principi che nello spazio giuridico europeo possono ricondursi, come vedremo, al principio della coesione economica e sociale²⁶ ed alla sua capacità di incidere, attraverso regole normative e giurisprudenziali, sul diritto della concorrenza²⁷.

Come ben evidenziato in dottrina “il principio della coesione economica e sociale deve affiancare, con equivalenza di ruolo, quello del libero mercato, ovvero del mercato *simpliciter* e diventare principio fondamentale della futura Costituzione europea”²⁸.

Sul piano strettamente giuridico, va verificato il rapporto principio-regole e soprattutto il funzionamento del regime delle regole (in particolare in presenza di conflitti ed antinomie) ovvero ricercare principi e regole che operano nell'Unione Europea, nell'ambito del processo d'integrazione.

Il principio della coesione economico-sociale, per assurgere a principio fondativo, e quindi assumere, ancorché non sul piano formale, una valenza di principio costituzionale, dovrebbe collocarsi in un ambito disciplinare nel quale la Costituzione economica avrebbe per sua natura, da una parte una dimensione mercantile, ma dall'altra una pubblico-sociale, riconducibile, per l'appunto, al *diritto pubblico europeo dell'economia*.

Proprio tale disciplina dovrebbe concorrere ad evitare che la coesione economico-sociale assuma aspetti frammentati, alcune volte incoerenti e contraddittori, finendo per soccombere rispetto a regole fondative del mercato libero quali la regola della concorrenza²⁹.

Un indice della commistione sempre più presente tra ragioni 'pure' di mercato ed elementi di coesione sociale è costituito dalla nuova procedura di aggiudicazione degli appalti configurata dalla direttiva appalti del 2014. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, infatti, introducendo il cosiddetto costo del ciclo di vita di un prodotto, servizio o lavoro, impone di considerare, accanto ai costi 'classici' di acquisizione, utilizzo e manutenzione, quelli relativi al fine vita (come i costi di raccolta e di riciclaggio), quelli imputati a esternalità

ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita come emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti. Quindi, anche all'interno della normativa sui lavori pubblici, classicamente orientata a meri fini di garanzia di concorrenza nel mercato unico, compaiono elementi di 'socialità' tradotti in costi da tenere in debita considerazione per l'aggiudicazione dell'appalto.

L'affermazione dei principi in ambito europeo, in merito alla nostra indagine riconducibili ai grandi temi della solidarietà e della giustizia sociale, può svolgere la funzione di razionalizzazione dei conflitti politici e sociali che, sul piano giuridico, potrebbero essere risolti secondo il principio gerarchico ed i criteri di ragionevolezza e razionalità³⁰.

L'attività interpretativa della dottrina e della giurisprudenza, proprio sulla base della teoria dei principi costituzionali europei, può contribuire a selezionare principi e regole e risolvere (bilanciare) loro eventuali antinomie. In quest'ambito s'innesca il primato della legge o meglio il ruolo che il diritto può e deve svolgere per il riconoscimento e l'affermazione dei principi costituzionali democratici nell'ambito del processo d'integrazione europeo (*rule of law, préminence du droit, Herrschaft des rechts*)

È evidente che tale ricerca imponga una riflessione sul modello economico europeo, sulla sua natura, ma anche sulla sua non facile definizione unitaria ed omogenea; una riflessione, come ben evidenziato in dottrina, sull'esistenza e sul grado di effettività della c.d. *European Economic Constitution*, ovvero su quel complesso di principi e regole che contribuiscono a costituire il fondamento giuridico dell'Unione europea che ne orientano le politiche ed incidono direttamente sugli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri³¹. Si tratta di verificare se all'interno della *European Economic Constitution* ci sia spazio per l'azione di un diritto pubblico europeo dell'economia espressione non soltanto della democrazia della rappresentanza ma altresì della democrazia diretta e partecipativa.

La difficoltà dell'indagine, da un'angolazione rigorosamente di natura sistematico-giuridica, risiede nell'assenza, a livello europeo, di un dichiarato modello di Costituzione economica, la cui costruzione, dunque, avviene attraverso l'individuazione e l'analisi del grado di effettività delle norme giuridiche e della giurisprudenza, oltre che sul piano non strettamente giuridico, sulla determinazione ed attuazione delle politiche pubbliche³².

Ma quali sono, oggi, le ragioni, le esigenze che spingono ad una suddetta indagine, ad un tale approfondimento, che si articola e si snoda su basi teorico-giuridiche, e che si propone anche di comprendere ed analizzare vicende contemporanee quali quelle della “crisi greca”? Proprio in Grecia l’ultimo memorandum del 12-13 luglio del 2015 prevede privatizzazioni di porti, aeroporti e rete elettrica per un totale di 6,4 miliardi di euro entro il 2017.

L’indirizzo economico, o meglio la sovranità economica di un Paese *cedono* rispetto a scelte determinate dalle istituzioni europee³³ in virtù di regole determinate sulla base di una ben definita Costituzione economica europea. Processi politico-economici che hanno tra l’altro tra i loro obiettivi la privatizzazione di beni e servizi pubblici.

Peraltro ciò pare porsi in netto contrasto con il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche per il quale le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l’esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi, rimanendo libere di decidere il modo migliore per gestire l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici. Dette autorità, infatti, possono decidere di espletare i loro compiti d’interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni (art. 2 paragrafo 1 direttiva concessioni 2014/23/UE). Il paragrafo successivo, poi, fa salvi i regimi di proprietà degli Stati membri e, in particolare, non richiede la privatizzazione di imprese pubbliche che forniscono servizi al pubblico.

In definitiva, si impone la privatizzazione per esigenze finanziarie immediate nonostante si sia consapevoli che ciò possa configgere con l’elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici in funzione dei quali le amministrazioni dovrebbero essere libere di organizzare l’esecuzione dei propri lavori e la prestazione dei propri servizi.

5 DIRITTO PUBBLICO EUROPEO DELL'ECONOMIA VERSUS DIRITTO DELLA CONCORRENZA

Pertanto, l'esigenza, non immediatamente giuridica, ma piuttosto di natura economico-sociale, risulta quella di riflettere in merito alla costruzione - o laddove possibile - ad una valorizzazione di un *diritto pubblico europeo dell'economia*, in grado di bilanciare o quanto meno limitare la dimensione mercantile-privatistico del diritto della concorrenza³⁴, basata sulla sovranità del consumatore e del mercato, ed indirettamente su processi di privatizzazione *forzata*³⁵.

Un diritto della concorrenza "europeo", che caratterizza fortemente la *European Economic Constitution* e che trova le sue basi e radici nelle teorie degli ordoliberali tedeschi³⁶ che rappresentavano, già a partire dagli anni venti del secolo scorso, un modello economico fondato sulle regole della concorrenza e sul libero mercato³⁷.

Un modello economico, il c.d. ordoliberalismo, che, tuttavia, a differenza del *laissez faire* liberista, ritiene che la libera concorrenza non si attui *liberamente e spontaneamente*, ma piuttosto attraverso un ruolo attivo e dinamico dello Stato. Un ruolo che si applica in particolare attraverso l'emanazione di regole tese a costruire un quadro giuridico, tecnico, sociale, morale e culturale del mercato.

In quest'ambito ordinamentale, la costruzione di un modello economico di Costituzione si regge sulla libera concorrenza che, nello stesso tempo, assurge a principio ispiratore delle politiche pubbliche e ad obiettivo da perseguire (principio-obiettivo).

6 L'INGERENZA DELLA ORDNUNGSPOLITIK DEGLI ORDOLIBERALI SULL'EUROPEAN ECONOMIC CONSTITUTION

Tuttavia, l'*Ordnungspolitik* degli ordoliberali, pur prevedendo un intervento pubblico dell'economia, si fonda su finalità ed obiettivi non distanti dal liberismo economico, ovvero centralità del mercato e del consumatore, riduzione degli spazi pubblici, processi di privatizzazione³⁸. Questa teoria configura dunque un'economia di mercato, limitata o per usare l'espressione di Hatje, *relativised* da opposti principi e poteri d'intervento delle istituzioni pubbliche³⁹.

Piuttosto che elaborare una teoria del diritto pubblico dell'economia, in cui lo Stato non si limita a regolare, ma ad intervenire laddove funzionale alla tutela effettiva dei diritti fondamentali, la Scuola ordoliberal di Friburgo costruisce una teoria di diritto ed economia o di diritto dell'economia⁴⁰, dove il diritto, quale forma e strumento, interviene nei processi economici e quindi sulle libertà economiche e sociali dei cittadini, anche massicciamente, soprattutto per agevolare ed incentivare il libero mercato.

Un modello nel quale lo Stato deve essere *forte* per neutralizzare i monopoli, anche quelli relativi ai servizi pubblici essenziali, per costruire le strutture, il quadro istituzionale e l'ordine nel quale l'economia funziona.

Tuttavia, come affermava Eucken, lo Stato non dovrà mai dirigere i processi economici⁴¹. Insomma, secondo le teorie ordoliberali, contrariamente ai liberali classici, lo Stato deve ristabilire la concorrenza se essa non funziona; deve creare un ambiente favorevole, attraverso la formazione dei lavoratori, le infrastrutture, incentivi al risparmio, leggi sulla proprietà, i contratti etc.

Inoltre, e questo è un dato che letto oggi risulta molto significativo, s'insisteva sul primato della politica monetaria, tesa a garantire meccanismi automatici in grado di preservare la concorrenza, ma soprattutto di tendere alla stabilità⁴².

Una visione, dunque, neo-liberale fondata su un ordine di regole piuttosto che sul *laissez-faire* ispiratore del pensiero di von Mises ed Hayek⁴³; una visione che, come vedremo, influenzerà il modello sociale ed economico dell'Europa e che negli anni sessanta in Germania troverà ampi spazi anche nel SPD⁴⁴.

7 QUALI SPAZI PER IL DIRITTO PUBBLICO EUROPEO DELL'ECONOMIA? LA FLESSIBILITÀ DELL'EUROPEAN ECONOMIC CONSTITUTION

Sulla base delle suddette considerazioni, uno degli obiettivi dell'indagine è di verificare se tra il debole, o quasi inesistente quadro di riferimento giuridico del liberismo, espresso dalla Scuola di Chicago e quello giuridico-ordinamentale del diritto dell'economia della Scuola di Friburgo⁴⁵ possa, oggi, trovare spazio in Europa un diritto pubblico dell'economia⁴⁶

fondato su valori diversi (principi, regole, orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia), o comunque in grado di esprimere forme di bilanciamento.

Uno spazio giuridico non orientato esclusivamente alla costruzione di un libero mercato, al raggiungimento e mantenimento della concorrenza ed alla sovranità del consumatore ma piuttosto all'affermazione dei principi fondativi dello Stato democratico-sociale.

Ciò è possibile proprio perché *l'European Economic Constitution* non può essere intesa come un ordine statico, ma piuttosto come una trama giuridica flessibile, che consente interpretazioni differenti in relazione alle azioni politico-legislative dei singoli Stati⁴⁷.

La debolezza del pubblico – inteso quale intreccio di istituzioni, regole e diritti – a governare e gestire le crisi economiche, finanziarie e sociali in atto, rispetto alle regole, a volte automatiche del libero mercato, sottendono alla necessità di riflettere su un modello differente rispetto a quello fino ad oggi dominante; ma soprattutto alla necessità di *un diritto pubblico europeo dell'economia*.

L'European Economic Constitution può essere l'intreccio di più anime, di differenti principi e regole che tuttavia, secondo il principio di *rule of law* devono, in presenza di antinomie, essere regolati attraverso il ricorso al principio gerarchico e di *resistenza* delle norme.

I principi fondativi degli ordoliberali, quali il mercato (c.d. economia sociale di mercato⁴⁸) e la libera concorrenza, che contribuiscono a creare nella Germania Federale, a partire dal 1957, un sistema di regole orientate alla *Competition Law*⁴⁹, guidano e hanno guidato l'azione dell'Unione europea, unitamente all'idea dell'assoluta rilevanza delle politiche monetarie ed al *totem* della stabilità e dell'equilibrio di bilancio; ma è anche evidente come in spazi economici diseguali tale modello non riesca a portare i benefici auspicati⁵⁰.

La regolazione del mercato in sé e per sé non riesce sempre, e in tutti gli ambiti, a mettere in moto meccanismi tali da riconoscere e garantire secondo i principi di solidarietà ed eguaglianza i diritti dei cittadini; in particolare i diritti sociali che non sempre sono conciliabili con la regola della concorrenza.

Soprattutto si tratta di un modello di diritto dell'economia (*law and economics*), fondato sul principio della concorrenza, piuttosto che di un modello nel quale le istituzioni siano in grado

di esprimere azioni fondate su principi alternativi, più aderenti a quello che comunemente si definisce Stato sociale⁵¹.

Un modello fondato su meccanismi automatici di pilotaggio, penso in particolare al famoso 3% di deficit ed all'instaurazione nel marzo del 2012 della c.d. "regola d'oro"⁵² che limita i deficit budgetari per gli Stati membri; un modello che, oltre a determinare una forte erosione di sovranità, ha quali conseguenze dirette processi di privatizzazione di beni e servizi, anche di quelli normalmente considerati essenziali, ovvero direttamente riconducibili al soddisfacimento di diritti fondamentali⁵³.

È evidente inoltre, come ben sottolineato in dottrina, che l'influenza delle teorie ordoliberali sul processo di costruzione dell'Unione Europea, in particolare finalizzata all'introduzione della concorrenza come strumento per l'integrazione ed il mercato, abbia avuto effetti anche sugli ordinamenti dei singoli Stati⁵⁴, anche su quelli come il nostro, nei quali la categoria della concorrenza fa la sua prima apparizione in Costituzione soltanto con la riforma del titolo V del 2001.

I recenti interventi del presidente della BCE Mario Draghi (faccio riferimento in particolare al *quantitative easing*⁵⁵) dimostrano la necessità di interventi pubblici nonché l'assenza di un quadro organico di riferimento e la consequenziale estemporaneità dell'azione.

Da ciò si percepisce la necessità di un passaggio dell'Unione europea da una dimensione mercantile ad altra di carattere politico - sociale, caratterizzata dalla presenza più attiva di organizzazioni politiche e sociali, e soprattutto di strumenti di democrazia diretta e partecipativa.

La necessità di un sistema di principi e regole, in grado di confrontarsi con un altro sistema di regole, ordinato e particolarmente efficace, in quanto di applicazione automatica che riprende gli obiettivi ed i principi ispiratori della cultura ordolibérale dell'economia sociale di mercato.

8 ALLA RICERCA DEI PRINCIPI FONDATIVI DEL DIRITTO PUBBLICO EUROPEO DELL'ECONOMIA

E' possibile dunque individuare nell'elastico quadro giuridico europeo (*European Economic Constitution*) dei principi che siano, sul piano giuridico, in grado di limitare ed orientare le suddette regole, ovvero principi di matrice differente che possano costituire la base per la costruzione di un *diritto pubblico europeo dell'economia*.

Una dimensione della Costituzione economica europea che abbia tra i suoi obiettivi quello di bilanciare, o limitare, il sistema fondato sulla *competition law*, nel quale l'economia sociale di mercato tende soprattutto all'affermazione ed alla garanzia delle libertà individuali economiche.

Tale riflessione, come ben evidenziato in dottrina, induce ad una critica del modello ordoliberal, che, per le sue caratteristiche fisiologiche, non può essere inteso come un modello di *Democratic Economic Constitution*, poiché la dimensione sociale e collettiva soccombe rispetto ai *principles of individual freedom and self-determination*⁵⁶.

In questo senso, molto netto il pensiero di Drexler: "The market does not and cannot guarantee equal income and total satisfaction of the needs and preferences of all citizens. Despite these arguments, it is possible to explain why the competition order deserves to be considered a truly social order"⁵⁷.

La Costituzione economica europea, o comunque la dimensione che ha avuto la forza d'imporsi, risente di una lettura che trova le sue radici dirette nelle teorie degli ordoliberali e quindi nella tutela delle libertà individuali economiche dei cittadini, attraverso il mercato, e soprattutto attraverso l'affermazione del diritto di concorrenza.

L'intento è di verificare la possibilità di arricchire tale modello con i principi fondativi dello Stato democratico segnatamente con i diritti sociali, a partire dalla Costituzione italiana - in particolare dall'art. 43 Cost., che prevede un *rinnovato* intervento pubblico dell'economia - dal rapporto tra libertà economiche individuali e diritti sociali, che sottende alla difficile e complessa relazione pubblico-privato.

La Costituzione economica, oggi, secondo la classica definizione della dottrina⁵⁸, non può comprendersi se non attraverso la ricostruzione e l'analisi della Costituzione economica europea. Da qui dunque la necessità di un relazione continua con il quadro "costituzionale"

europeo e la dimostrazione che il modello economico costituzionale europeo, da un punto di vista d'interpretazione di principi e regole, da una parte non è appiattito sul diritto della concorrenza e quindi sulle libertà economiche e, dall'altra, costituisce la legittima base per l'affermazione di un rapporto più equilibrato tra diritti economici e diritti sociali⁵⁹.

Ciò in particolare emerge nell'ambito della disciplina che regola in Italia i servizi pubblici locali, in particolare dopo il referendum del 2011 con il quale si abrogava la disposizione che avrebbe voluto imporre nel nostro Paese un processo forzato di privatizzazione dei servizi pubblici locali, utilizzando proprio il diritto della concorrenza come giustificazione di natura giuridica.

In realtà, come si è visto, la stessa Corte costituzionale, attraverso una lettura ed una interpretazione corretta della Costituzione economica europea⁶⁰, affermava che il diritto europeo non impone processi di privatizzazione, lasciando piuttosto ai singoli Stati il potere di scegliere il modello di gestione.

Si tratta di una lettura del diritto europeo che, in particolare, valorizza il secondo comma dell'art. 106 del TFUE, che in presenza di particolari circostanze di natura sociale dà la possibilità allo Stato membro di derogare al mercato ed alla regola della concorrenza per la definizione del modello di gestione. A ciò si aggiunge il principio europeo della neutralità dell'Unione europea rispetto agli assetti proprietari e quindi la volontà di non interferire sulla natura giuridica dei soggetti gestori⁶¹.

La teoria dei principi costituzionali europei, la loro capacità di incidere sulle antinomie normative e sui rapporti economico-sociali, *passa* anche attraverso quello che è stato definito il *Bill of Rights* dell'Unione Europea. In questo senso è opportuno, anche in chiave prospettica, riflettere sulla parte economico-sociale della Carta europea dei diritti fondamentali, in particolare degli articoli che si occupano di impresa, proprietà, salute, servizi di interesse economico-generale, ambiente, consumatori. Un quadro che, nel suo complesso, esprime in relazione alla funzione del diritto come strumento di democrazia, punti regressivi rispetto alla Carta costituzionale del '48.

Le scelte economiche in ambito europeo che innervano le politiche pubbliche comunitarie hanno dunque un loro fondamento giuridico, hanno un modello di riferimento. È

mistificante sostenere che l'azione economico-finanziaria dei privati si muova al di fuori dell'ordinamento giuridico.

I c.d. *poteri forti* si muovono all'interno di schemi giuridico-economici costituiti, certo flessibili, ma comunque in grado di assecondare ed agevolare la loro azione. Insomma sarebbe un errore considerare l'economia nello spazio europeo affrancata dalle politiche pubbliche⁶².

NOTES

- ¹ In questo senso si rinvia a A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività*. Per un diritto pubblico europeo dell'economia, in A. Lucarelli (a cura di), *Politiche pubbliche, regolazione e mercato*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2006, pp. 4 ss.
- ² Il tema dei principi costituzionali europei è ampiamente analizzato da A. von Bogdandy, *Constitutional Principles*, in A. von Bogdandy e J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-Portland, Oregon, 2006, pp. 3 ss.
- ³ Si utilizza tale espressione in maniera a-tecnica ben consapevoli che si tratta di un insieme di principi e regole che non sono frutto di un processo costituente e non appaiono legati a categorie quali il popolo o la sovranità popolare caratterizzanti la nozione di Costituzione.
- ⁴ Si veda sul punto R. Miccù, *Paradigm Shift or Paradigm Lost? Economic Constitutionalism and the Turn of the Century*, R. Miccù e D. Siclari (a cura di), *Advanced Law for Economics Selected Essays*, Torino, 2014, pp. 5 ss.
- ⁵ Come noto, la teoria dei controlimiti, sviluppata dalla Corte costituzionale, resta l'unico argine all'integrazione europea, rappresentando un vero e proprio baluardo in difesa dei principi costituzionali. La dottrina, tuttavia, ha più volte denunciato l'inoperabilità pratica della teoria dei controlimiti. Nella sterminata letteratura in materia si segnalano, tra gli altri, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, A. Ruggeri, *"Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", tratteria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 102 ss, S. Gambino, *La Carta e le Corti costituzionali. "Controlimiti" e protezione equivalente*, in *Politica del diritto*, n. 3/2006. Più recentemente, si vedano i contributi di diversi studiosi contenuti in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*. Atti del Seminario, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007 e B. Guastaferrò, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, Torino, 2013.
- ⁶ R. de Luca Tamajo, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana*, in R. de Luca Tamajo, *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, pp. 3 ss., il quale in particolare evidenzia come la giustapposizione tra il modello sociale sotteso alla Costituzione italiana e la normativa comunitaria in materia sottolinei una sfasatura in ordine alla scala valoriale che caratterizza l'uno e l'altro. "Nell'assetto costituzionale italiano i diritti sociali trovano una collocazione prioritaria o tutt'al più equiordinata rispetto alla tutela delle libertà economiche [...] il diritto comunitario registra, invece con chiarezza la preminenza degli obiettivi di integrazione economica".
- ⁷ La Corte costituzionale con sentenza n. 393 del 2006 ha affermato che le norme sui diritti fondamentali sancite dal diritto comunitario costituiscono norme di grande importanza nella stessa

interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti nella Costituzione. Sul punto si rinvia a A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera concorrenza*, in B. Caruso e R. de Luca Tamajo, *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e costituzione italiana*, vol. II, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2010, pp. 82-83.

- ⁸ A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, tomo I, Torino, 2006, *passim*.
- ⁹ *Ibidem*, pp. 900, 901.
- ¹⁰ Si vedano le c.d. sentenze Viking e Laval (Cgce 11 dicembre 2007, C-438/05, Viking Line; 18 dicembre 2007, C-341/05, Laval und Partneri Ltd).
- ¹¹ Si vedano le sentenze Omega (Cgce, 14 ottobre 2004, C-36-0) e Dynamic Medien, 14 febbraio 2008, C-244/06.
- ¹² Gli articoli 16, 17, 35, 36, 37, 38 della Carta europea dei diritti fondamentali sono puntualmente commentati dal sottoscritto in R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001. Con il Trattato di Lisbona la Carta non è formalmente inserita nel Testo, tuttavia viene ad essa assicurato valore giuridicamente vincolante grazie alla nuova formulazione dell'art. 6 TUE che recita: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...] che ha lo stesso *valore giuridico dei trattati*". Inoltre la Carta è stata di nuovo proclamata e sottoscritta dai rappresentanti di Commissione, Consiglio e Parlamento il 12 settembre a Strasburgo, dal momento che sono state apportate alcune modifiche.
- ¹³ R. de Luca Tamajo, *I diritti sociali fondamentali*, cit., pp. 6-7, evidenzia come l'approccio comunitario confermato anche di recente dalla Corte di Giustizia (v. le notissime sentenze Viking e Laval) pur riconoscendo al diritto d'azione sindacale la valenza di diritto fondamentale dei lavoratori europei, delinea un bilanciamento punitivo rispetto alla libertà di impresa. Al bilanciamento tra diritti sociali e sindacali e libertà di matrice mercantile si sostituisce una subalternità dei primi ai secondi, che depotenzia la stessa possibilità di concreta fruizione dei proclamati diritti fondamentali.
- ¹⁴ A. Lucarelli, *Commento all'art.17 - Diritto di proprietà*, in R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), cit., pp. 142 ss. Così come nell'art. 16 (Libertà di impresa) scompaiono i limiti di natura sociale all'iniziativa economica privata così come posti dal secondo comma dell'art. 41 Cost.
- ¹⁵ Per A. Alaimo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, in R. de Luca Tamajo (a cura di), *I diritti sociali*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, cit., p. 17, sostiene che soltanto nella "nervatura" della carta sarebbe visibile il riconoscimento del diritto al lavoro come diritto sociale a prestazione ed in particolare a prestazioni relative all'organizzazione di servizi per l'impiego.
- ¹⁶ *Ibidem*, p. 117.
- ¹⁷ L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in R. de Luca Tamajo, *I diritti sociali*, cit., pp. 193 ss., si sofferma sul dato della c.d. monetizzazione della tutela rispetto ad un licenziamento ingiustificato, ovvero che sarebbe sufficiente pagare un costo per potere risolvere il rapporto di lavoro. Ciò significherebbe che la "proprietà" del posto di lavoro cederebbe di fronte all'interesse dell'imprenditore, che è in sé superiore.

- ¹⁸ Il *diritto pubblico europeo dell'economia*, anche se a tutt'oggi non esprime normative puntuali e tipiche di settore, inizia a svolgere un ruolo di fondamento giuridico per le politiche pubbliche dei singoli Paesi (principio di legalità europeo), anche per quelle politiche di rilevanza economica. Sul punto *Editoriale: Ancora sul diritto pubblico europeo dell'economia: la legislazione per principi e la legittimità comunitaria*, in C. Iannello, (a cura di), *Sovranità ed Economia nel processo di integrazione europea*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2011, pp. 7 ss.
- ¹⁹ B. Caruso, I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking), in R. de Luca Tamajo (a cura di), *I diritti sociali*, cit., p. 58.
- ²⁰ R. Mastroianni e L. Della Corte, *Servizi idrici: alcuni profili di diritto dell'Unione europea*, in A. Lucarelli e R. Mastroianni (a cura di), *I servizi di interesse economico generale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2012, p. 253, osservano come il principio di neutralità abbia sottratto all'interferenza dell'Unione tutte quelle scelte fatte proprie da ciascuno Stato membro, relative all'articolazione del rapporto tra gli spazi di intervento pubblico in economia e quelli lasciati invece all'iniziativa privata. Per un'applicazione recente del principio di neutralità v. le conclusioni dell'AG MAZAK presentate il 2 settembre 2010, nella causa C-52/09, *TeliaSonera*.
- ²¹ *Ibidem*, p. 254.
- ²² In tal senso, si vedano le conclusioni dell'AG TRSTENJAK del 14 aprile 2010 nella causa C-271/08, Commissione c. Germania, in *Racc.* pp. 91 e ss. in particolare, pp. 179-199. Principi simili si ritrovano enunciati nella sentenza 6 aprile 2006 in causa C-410/06 e nella sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009, in causa C-480/06 in cui si afferma in maniera chiara che “un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi”.
- ²³ Si pensi in particolare all'art. 3, par. 3 TUE, laddove si afferma che l'Unione si adopera per un'Europa dello sviluppo sostenibile basata su una crescita economica equilibrata, un'economia sociale di mercato che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa combatte l'esclusione sociale, promuove la giustizia, la protezione sociale, la coesione economica, sociale e territoriale. Inoltre nell'art. 3, par. 2 del Trattato di Lisbona (TUE), scompare il riferimento ad un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non falsata. Sarebbe dunque possibile affermare che la concorrenza non comparirebbe più tra i principi-obiettivi dell'Unione Europea, o meglio, l'obiettivo della concorrenza si sarebbe trasformato in una competenza dell'Unione. L'art. 14 TFUE fa riferimento al principio della coesione economica e sociale in relazione all'erogazione dei servizi di interesse economico-generale, così come il nuovo protocollo sui servizi d'interesse generale: ciò consentirebbe di derogare alla regola della concorrenza nei casi in cui il mercato non sia in grado di raggiungere gli obiettivi sociali. Questi argomenti saranno compiutamente affrontati nel saggio *Il modello sociale ed economico europeo*, cit.,
- ²⁴ Tuttavia, occorre osservare che nell'Ordinamento giuridico comunitario il “principio di legalità” assume una plurivalenza semantica e non è riconducibile esclusivamente al rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo. Per una riflessione sul principio di legalità nell'ordinamento giuridico europeo si rimanda a A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *oro it.*, 1995, p. IV e A. Adinolfi, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. comm e scambi internaz.*, 1, 2008.
- ²⁵ In questo senso si veda anche l'art. 2 TUE sui valori dell'Unione con il riferimento alla solidarietà che secondo B. Caruso segnerebbe il decesso della frigidità sociale dell'Europa, nell'espressione di F. Mancini, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, ora in *Democrazia e*

costituzionalismo nell'Unione Europea, Bologna, 2004, pp. 259 ss. In quest'ottica sempre B. Caruso, cit., p. 23, sottolinea la rilevanza dell'art. 9 del TFUE che contiene un'altra promettente clausola sociale e l'art. 10 che ancora la politica e l'azione dell'unione al principio di non discriminazione, principio ripreso anche da qualificanti norme della Carta di Nizza (art. 20: uguaglianza davanti alla legge e art. 21: non discriminazione).

- ²⁶ L'espressione coesione economico-sociale non era presente fin dagli inizi dei Trattati istitutivi, essendo comparsa per la prima volta con l'Atto Unico europeo del 1986. Successivamente ad essa è stato dedicato un apposito titolo a partire dalla revisione che ha avuto luogo con il nuovo Trattato sull'Unione Europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992. Per una ricostruzione ed analisi puntuale del principio della coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario, precedente al Trattato di Lisbona, si veda E. Balboni, *Il principio della coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell'Unione*, in U. De Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001.
- ²⁷ Un documento della Commissione Europea del 18 marzo 1998 afferma che "il paradigma della coesione economica e sociale viene riconosciuto come uno dei tre pilastri della costruzione europea, accanto all'Unione economica monetaria e al mercato unico", nel senso che la piena affermazione del mercato unico, anche attraverso il diritto della concorrenza, obiettivo fondante della costruzione comunitaria, debba compiersi nel rispetto dell'integrazione sociale e nella promozione della coesione sociale.
- ²⁸ E. Balboni, *Il principio della coesione economica*, cit., p. 21.
- ²⁹ C. Buzzacchi, *Le politiche comunitarie e il principio della coesione economica e sociale*, in U. De Siervo, *La difficile Costituzione europea*, cit., p.105, osserva come la categoria della coesione economica e sociale manchi di unitarietà all'interno dell'ordinamento europeo e ciò contribuisce alla sua subalternità rispetto al principio del mercato e dell'economia aperta.
- ³⁰ *Ibidem*, p. 5.
- ³¹ A. Hatje, *The Economic Constitution*, in A. von Bogdandy e J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, Oxford-Portland, Oregon, 2006, pp. 590 ss.
- ³² *Ibidem*, p. 591.
- ³³ L'accordo di Bruxelles che, in seguito agli esiti del referendum del luglio 2013, ha consentito prestiti di emergenza alla Grecia, in modo da permettere al Paese di non finire allo strangolamento finanziario, ha, come noto, imposto condizioni socio-economiche molto gravose. Tra le misure, si ricordano aumenti dell'Iva a tutto campo (inclusa quella su molte categorie di alimenti), un rialzo del contributo sanitario su tutte le pensioni dal 4% al 6% (anche quelle più basse), un nuovo Codice di procedura civile che acceleri i tempi e l'efficienza dei tribunali, la salvaguardia della piena indipendenza dell'ufficio statistico greco Elstat, una clausola per tagliare la spesa in modo «semi-automatico» se non si centrano gli obiettivi di bilancio, la trasposizione immediata della direttiva europea sulla «risoluzione» (cioè la liquidazione) delle banche. Le condizioni sono elencate nella Dichiarazione del Vertice euro, Bruxelles, 12 luglio 2015, disponibile online al seguente sito <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/07/12-euro-summit-statement-greece/>.
- ³⁴ T. Prosser, *The Limits of Competition Law: Market and Public Services*, Oxford, 2005, *passim*, evidenzia come il diritto della concorrenza (*Competition Law*) fisiologicamente contrasti con la concezione di *public service* fondata sulla solidarietà sociale e sui diritti sociali, in quanto il diritto della concorrenza, e

più in generale, i *competitive markets* sono esclusivamente orientati ai valori dell'efficienza, che quale conseguenza determinerebbe un eguale trattamento per i cittadini.

- ³⁵ *Ibidem*, sottolinea giustamente come i valori della produttività, dell'efficienza, della centralità del consumatore abbiano poi determinato e giustificato gli ingenti processi di privatizzazione. Ma soprattutto evidenzia in logica di limiti alla *competition law* come "However, rights to equal treatment, in a society of unequal distribution, also require other values to be respected which may conflict with those competition law [...] this has been implemented in the past through restricting the application of competition law to public services".
- ³⁶ Le teorie degli ordoliberali sono state oggetto di ampio dibattito: per tutti si rinvia alla puntuale analisi storico-concettuale di David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 2001, *passim*; Id., *Constitutionalizing the economy: German neo-liberalism, competition law and the "new" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, n. 1, *passim*.
- ³⁷ T. Prosser, *The Limits of the Competition*, cit., sottolinea come poi lo stesso modello giuridico-economico di regole tese a garantire il libero mercato e la concorrenza sia stato oggetto di ampie critiche da parte della *Chicago School*, critica nei confronti di regole giuridiche intrusive nei processi di *self-regulating market*.
- ³⁸ Si tratta di una sorta d'interventismo liberale che si sviluppa a Friburgo (*la Scuola di Friburgo*) tra le due guerre. Alla fine degli anni venti, come evidenzia David J. Gerber, *Law and Competition, passim*, "...the development of competition law ideas in Europe had an important transnational dimension. International organizations and conference such as the League of Nations World Economic Conference and the Interparliamentary Union's London Conference were spreading competition law ideas and creating an image of what competition law should be and what roles it should play. In many European countries, competition law ideas first acquired status and standing as a result of these international efforts, and the model of competition law they created served as the basis for most postwar European competition law systems". *The Havana Charter* incoraggiò molto i governi europei ad inserire nei loro ordinamenti giuridici norme sulla concorrenza.
- ³⁹ A. Hatje, *The Economic Constitution*, p. 591.
- ⁴⁰ David J. Gerber, *Constitutionalizing*, cit., ricostruisce il quadro storico di come e perché nasce la Scuola ordolibérale di Friburgo. In particolare, evidenzia come tra le due guerre con la Repubblica di Weimar agonizzante l'economista Walter Eucken aspira a rifondare anche filosoficamente la disciplina economica ed insieme ai giuristi Bohm e Grossmann-Doerth contribuisce alla creazione di una teoria che intende innanzitutto affrontare il tema dei monopoli.
- ⁴¹ S. G. Karsten, *Eucken's social market economy and its test in post-war West Germany*, in *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 44, n. 2, 1985.
- ⁴² W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 1952.
- ⁴³ Le teorie ordoliberali in Germania raggiungono il massimo livello di affermazione culturale ma anche politica quando Erhard, da ministro dell'economia di Adenauer, circondato da economisti ordoliberali quali Bohm, Eucken e Müller-Armack, fa votare due leggi decisive: una sull'indipendenza della Bundesbank, l'altra contro le limitazioni alla concorrenza.
- ⁴⁴ Nel 1955 Karl Schiller pubblica *Socialismo e concorrenza*, di cui ricorda lo slogan *Concorrenza fin dove è possibile, pianificazione soltanto se necessaria*. Come è noto nel novembre del 1959 a Bad Godesberg una maggioranza di delegati del SPD riconosce la proprietà privata dei mezzi di produzione e l'economia di mercato come principi fondamentali.

- ⁴⁵ La Scuola di Friburgo, intreccio proprio come si è detto di giuristi ed economisti, elabora un programma di ricerca che si articola intorno alla nozione di *Ordnung*, ovvero insieme di principi costituzionali economici e di regole giuridico-economiche.
- ⁴⁶ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 17 evidenziava come per diritto pubblico dell'economia dovesse intendersi lo studio di quegli istituti dei settori di normazione che si usano indicare come diritto pubblico che sono direttamente volti alla disciplina di eventi specificamente economici, ovvero che hanno delle ricadute sulle libertà economiche e sociali.
- ⁴⁷ A. Hatje, *The Economic*, cit., p. 593.
- ⁴⁸ In realtà, il dato sociale delineato nelle teorie Ordoliberali, più che sul piano dei contenuti, tende ad identificare il ruolo dello Stato con la dimensione sociale a prescindere dei contenuti che nella sostanza non hanno quali obiettivi, perlomeno in via diretta, la tutela effettiva di diritti sociali.
- ⁴⁹ Nella Repubblica federale tedesca questo sistema fondato sulla regola della concorrenza assume una rilevanza *costituzionale* attraverso la promozione di valori e la promozione di diritti fondamentali, operando attraverso regole giudiziarie ed amministrative. Come osserva Gerber, *Competition Law, passim*, “*The decartelization laws were in effect, first as occupation laws and later on a transitional basis as laws of the Federal republic, until they were replaced by the new German Competition law on January 1, 1958*”.
- ⁵⁰ J. Weidmann, presidente della Bundesbank affermava come tutto il quadro di Maastricht rifletta i principi centrali dell'ordoliberalismo e dell'economia sociale di mercato. Secondo Weidmann gli articoli 2 e 3 del Trattato di Lisbona che affermano lo sviluppo sostenibile dell'Europa fondata su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi ed una economia sociale di mercato altamente competitiva ricalcano i discorsi di Erhard. In particolare si fa riferimento alla conferenza di Weidmann tenuta l'11 febbraio 2013 all'istituto Walter-Eucken, Friburgo-en-Brisgau.
- ⁵¹ Nel corso del lavoro si tratta anche di capire se in ambito europeo la regola della concorrenza (*competition law*) assume una rilevanza più politica o più giuridica. In questo senso, è importante verificare se per l'attuazione della regola della concorrenza svolga (abbia svolto) un ruolo più rilevante la Commissione, in una dimensione politica, o piuttosto la Corte di giustizia in una dimensione giuridica.
- ⁵² Con la legge costituzionale n. 1 del 20 aprile 2012, che modifica l'art. 81 Cost., è stato introdotto nell'ordinamento italiano il “principio del pareggio di bilancio”. La legge costituzionale è stata approvata da ciascuna Camera, nella seconda votazione, con la maggioranza qualificata dei due terzi, risultando, pertanto, non sottoponibile a referendum *ex art.* 138 Cost., comma 3. In tal modo il nostro Paese ha adempiuto alla prescrizione di cui al Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria, cd. Fiscal Compact che, all'art. 3, vincola gli Stati contraenti al pareggio (o avanzo) di bilancio, recependolo «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» (par. 2). Sul punto si rinvia a D. Mone, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti* in *www.rivistaaic*, 3/2014.
- ⁵³ L'evoluzione dei rapporti tra Unione Europea e l'incidenza della competition law è ampiamente esaminata da David J. Gerber, *Competition Law*, cit. “The creation of the European Economic Community in 1957 began a process of integration in which competition law has played a pivotal role, and that process has, in turn, imbued competition law with roles and influence far beyond those it is likely to have achieved otherwise”.

- ⁵⁴ Anche se come evidenziato da Gerber, *Competition...*, cit., da una parte la posizione tedesca ed olandese appare decisamente tesa all'introduzione ed affermazione della *competition law*, mentre, dall'altra quella d'Italia e Francia sembra decisamente più prudente.
- ⁵⁵ La riunione del *board* della Banca centrale europea ha approvato il *Quantitative Easing* con una durata prevista dal marzo 2015 a settembre 2016. Il programma prevede che la BCE acquisti 60 miliardi al mese di titoli di Stato europei sul mercato secondario immettendo così moneta sui mercati al fine di favorire una ripresa delle economie dei Paesi europei. In argomento si rinvia a A. Canepa, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *www.rivistaaic*, 1, 2015, soprattutto p. 16.
- ⁵⁶ J. Drexler, *Competition Law as Part of the European Constitution*, in A. von Bogdandy e J. Bast (a cura di), *Principles of European...*, cit., pp. 660, 661 evidenza nella costituzione economica europea il perenne conflitto tra i principi individuali di libertà economica ed i principi di eguaglianza e giustizia sociale.
- ⁵⁷ *Ibidem*, p. 661.
- ⁵⁸ Nell'ambito della vasta letteratura si rinvia a S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2007, soprattutto pp. 287-293; G. Amato, *La nuova Costituzione economica* in G. Napolitano, G. Della Cananea (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 11 ss.; G. Bognetti, *La Costituzione economica tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario* in *Annuario A.I.C. (Associazione italiana dei costituzionalisti – 1991)*, Padova, 1997, pp. 69 ss.
- ⁵⁹ Rimane ovviamente il dilemma di come perseguire e rendere esigibili alcuni principi sociali ed economici tracciati dal Trattato di Lisbona. Infatti l'equilibrio del reddito e dell'occupazione non è il risultato spontaneo del mercato, piuttosto l'esito dell'azione della politica economica, fiscale e monetaria. E resta anche il nodo che il Trattato di Lisbona rinvia la scelta del target del bilancio pubblico europeo, lasciando al solo Trattato di Maastricht, con tutte le sue imposizioni su deficit, debito e inflazione, la determinazione di vincoli della politica economica. R. Romano, *Trattato di Lisbona e politica economica*, in C. Iannello, *Sovranità ed economia*, cit., pp. 96-97, sostiene che per realizzare gli obiettivi del Trattato di Lisbona sarebbe necessario cedere autorità fiscale all'Europa, pur restando all'interno del vincolo di Maastricht e che ciò sia impossibile fino a quando non si struttura un bilancio pubblico europeo preposto a soddisfare gli obiettivi sociali.
- ⁶⁰ Si veda A. Lucarelli, *Commento alle sentenze n. 325 del 2010 e 24 del 2011*, cit.
- ⁶¹ *Ibidem*.
- ⁶² In questo senso, sembra andare il progetto esposto in questi giorni dal ministro italiano dell'economia Padoa-Schioppa il quale in una *Lectio Magistralis* all'Università del Lussemburgo ha sostenuto la necessità di adottare, per rafforzare le istituzioni europee ed il progetto di integrazione, un sussidio europeo contro la disoccupazione.

Recebido em: 06/08/17

Aprovado em: 10/11/17

Alberto Lucarelli

