

## Le libertà economiche e la Pubblica Amministrazione\*

di

Lucio Franzese

Professore di Teoria generale del diritto nell'Università degli studi di Trieste

1.- La sfiducia nel mondo finanziario che regna ai giorni nostri, determinata soprattutto dalle vicende dei c.d. derivati, contratti con i quali si scommette sull'insolvenza, e dai mutui *subprime* erogati a soggetti poco solvibili e il cui rischio è stato incorporato in allettanti *bond* addossandolo così ad ignari risparmiatori, ha indotto a parlare, da opposte sponde, al fine di stigmatizzare il perseguimento ad ogni costo dell'utile soggettivo da parte degli operatori economici, di «mercato d'azzardo»<sup>1</sup> e di «mercatismo»<sup>2</sup>. Se a questo si aggiunge che il più accreditato quotidiano della borghesia, dichiara «logoro» il principio di autoregolamentazione dei mercati, che avrebbe segnato «l'arretramento del diritto rispetto al contratto, delle politiche pubbliche rispetto alle iniziative private»<sup>3</sup>, giocoforza ci si sente stimolati a qualche considerazione di carattere teorico dato che queste posizioni, reclamando un deciso ritorno alla regolazione eteronoma, sembrano ricondurre a quell'ostracismo nei confronti del mercato, di cui la Costituzione del 1948 costituisce un formidabile documento.

Dinanzi alla disciplina costituzionale dei rapporti economici un gran *commis d'Etat* non ha potuto esimersi dal commentare: «Ciò che oggi colpisce il lettore della Costituzione non è l'affermazione dell'utilità sociale come un valore: nessuno la negherebbe. Colpisce la tesi che per perseguire quel valore si debba ridurre lo spazio del mercato e far spazio all'intervento pubblico: intrinsecamente antisociale il primo, intrinsecamente benefico il secondo»<sup>4</sup>. L'assenza del mercato dal catalogo delle libertà fondamentali, del resto, non era sfuggita a un acuto giurista, che aveva sottolineato come l'Assemblea Costituente diffidasse del mercato reputandolo un «disvalore», al punto da ricercare uno «schema per limitare il potere dei privati e per orientarne le propensioni, altrimenti anarchiche»<sup>5</sup>.

Si è così legittimato l'intervento pubblico nell'economia al tempo della Repubblica; in particolare con l'art. 41 Cost. che, istituendo un nesso tra programmazione pubblica e utile sociale, rappresenta la pietra d'angolo del sistema dirigitico prefigurato in Costituzione. Ben presto però ci si avvide che la via legislativa era, per motivi teorici e pratici, impervia, ma che proficuamente poteva essere surrogata da quella amministrativa, ricorrendo a tutta la panoplia di provvedimenti amministrativi come cinghia di trasmissione della volontà pubblica nei confronti dell'intrapresa economica. Ne è derivata un'inedita *amministrativizzazione* del mercato<sup>6</sup>, la predeterminazione cioè di cosa, quanto e come produrre, che si avvale principalmente di premi o sanzioni per chi si conforma o devia da quanto decretato, con l'effetto di conculcare la libertà economica.

---

\* Testo del Seminario per i frequentanti la Scuola di dottorato in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova, tenuto l'8 aprile 2008 nella sede di Treviso dell'ateneo patavino.

<sup>1</sup> G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano 2008.

<sup>2</sup> G. TREMONTI, *La paura e la speranza. Europa: la crisi globale che si avvicina e la via per superarla*, Milano 2008.

<sup>3</sup> Corriere della Sera del 31 maggio 2008,

<sup>4</sup> T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna 1997, p. 39.

<sup>5</sup> G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 1992, p. 10.

<sup>6</sup> Patologia lucidamente evidenziata da F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. Bassi e F. Merusi (a cura di), *Mercati e Amministrazioni indipendenti*, Milano 1993.

Matrici di questo paradossale dirigismo di mercato<sup>7</sup> sembrano essere le categorie fondanti del pensiero giuridico e politico moderno, cioè le figure di *privato* e *pubblico*. La prima rappresenta il singolo come volto esclusivamente al proprio tornaconto, incapace di seguire una regola che non sia espressione della sua mutevole volontà, con la conseguenza che i rapporti intersoggettivi non offrirebbero alcuna stabilità e affidabilità, configurandosi la concorrenza, ad esempio, come guerra economica di tutti contro tutti. L'unico antidoto a tale condizione esiziale sarebbe costituito dal potere del soggetto pubblico che, sovrapponendosi alle anarchiche volontà dei privati, instaurerebbe l'ordine mediante il controllo del conflitto sociale<sup>8</sup>.

2.- Non c'è chi non riconosca in queste sia pur sintetiche annotazioni il lascito di autori come Hobbes, Locke e Rousseau che, noti come giusnaturalisti moderni, sono epistemologicamente dei *geometri legali* per il loro applicare alle relazioni umane il *metodo* della scienza moderna, che ha il suo *proprium* nell'indicazione di Galileo Galilei di «non tentare le essenze» e quindi di procedere in modo ipotetico-deduttivo in funzione dei risultati che lo scienziato di volta in volta si prefigge di raggiungere. Nel caso dei geometri legali l'obiettivo è il *monismo giuridico*, la riduzione del diritto alla legge, intesa come manifestazione di volontà del titolare del potere, che mediante precetti assistiti da sanzioni per il caso d'inosservanza, crea l'ordine nelle relazioni intersoggettive convenzionalmente assunte come eslege. Il postulato da cui essi partono, infatti, è quello del singolo dominato dai propri impulsi ed appetiti e, dunque, incapace di relazionarsi con l'altro nel quale scorge solo un ostacolo all'affermazione della propria volontà. Si tratta però di un semplice assioma, un principio assunto ipoteticamente, da cui procede la scienza giuridica moderna, che deve esserne ben consapevole per non incorrere nel vizio *scientista*, il quale depotenzia ogni scienza che smarrisce la consapevolezza in ordine alla struttura del proprio processo conoscitivo<sup>9</sup>.

3.- Siffatto approccio al fenomeno giuridico non è rimasto inoperoso nei libri di storia del pensiero moderno ma ha condizionato, come si è detto, la nostra organizzazione societaria. Tale ideologia giuridica, in quanto *sine fundamento in re*, ha dominato in particolare i rapporti tra pubblica amministrazione e libertà economiche grosso modo sino agli anni Novanta dello scorso secolo, al decennio che è seguito alla fine della guerra fredda, gli anni ruggenti secondo la ricostruzione critica del premio Nobel per l'economia Joseph E. Stiglitz<sup>10</sup>. In Italia, con felice intuizione, Sabino Cassese segnala l'avvento della «nuova costituzione economica»<sup>11</sup> anche se formalmente rimane invariato l'art. 41 Cost. che, come si è detto, costituiva la norma cardine del sistema statalistico concepito dai nostri costituenti. Si registra un sommovimento nell'esperienza giuridica, che ha il suo epicentro proprio nelle libertà economiche. L'imprenditore riacquista la possibilità di esercitare la sua intrapresa laddove ritiene possa esserci una redditività. Il contratto viene considerato come lo strumento mediante il quale le parti valutano *autonomamente*, senza condizionamenti esterni, le ragioni di scambio della loro operazione economica. Compete agli attori economici, a quanti cioè rischiano in prima persona, individuare i modi di allocazione delle risorse disponibili, e ciò non

<sup>7</sup> Mutuo questo efficace sintagma da A. QUADRIO CURZIO, *Un'alternativa al dirigismo di mercato*, in «Il Mulino», 1998.

<sup>8</sup> Per tale enucleazione delle figure e per la loro critica si rinvia a F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano 1983; per un tentativo di superamento delle stesse, si può vedere L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, II ed., Padova 2001.

<sup>9</sup> Tali problematiche sono tematizzate da F. GENTILE, *Filosofia e scienza del diritto*, Modena 1988 e ora in ID., *Filosofia del diritto. Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006.

<sup>10</sup> J. E. STIGLITZ, *I ruggenti anni Novanta. Lo scandalo della finanza e il futuro dell'economia*, tr. it., Torino 2004.

<sup>11</sup> S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari 1995.

soltanto nel proprio interesse ma anche dell'associazione societaria cui essi appartengono. Insomma emerge la vocazione *sociale* del mercato.

Il mutamento è accompagnato dall'operato delle istituzioni, la cui conversione rinviene un momento saliente nella nascita dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza che, giusto a un secolo dal varo negli Stati Uniti della legislazione *antitrust*, inizia ad operare anche se era stata auspicata già negli anni Cinquanta dall'Ascarelli e quindi da Bruno Leoni<sup>12</sup>. La legge istitutiva, che impudicamente dichiara di essere attuativa anche dell'art. 41 Cost., segna l'erompere sulla scena giuridica delle Autorità indipendenti le quali, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricostruzione dominante non hanno natura amministrativa, non sono cioè organi gestionali cui è affidato l'implementazione di un progetto politico da altri elaborato. Basta considerare in primo luogo le leggi istitutive che si limitano a prevedere un quadro di valori e di principi generali di riferimento affidandoli al concreto apprezzamento delle stesse; quindi il loro stile d'azione improntato, potremmo dire, all'arte della maieutica, nel senso di aiutare le parti nel far emergere la regola intrinseca alla loro relazione. Eccole dunque impegnate a *processualizzare* i rapporti che sorgono dall'interazione degli agenti economici, nel senso di garantirne l'instaurazione e lo svolgimento del contraddittorio, senza sostituirsi alle parti mediante la predeterminazione dei risultati del loro confronto dialettico. Le Autorità intervengono sui risultati raggiunti solo per depurarli da asimmetrie e approfittamenti di una parte a danno dell'altra, ed eventualmente per integrarli laddove risultino carenti nella considerazione delle esigenze della comunità, quando cioè le parti non hanno considerato le ricadute del loro autoregolamento sulla vita del gruppo cui essi appartengono.

In altri termini viene riconosciuta la dignità delle logiche di mercato, ponendosi l'accento su tutto ciò che ne svolge l'esigenza di correttezza e trasparenza, sanzionando le aberrazioni e i soprusi che impediscono il dispiegamento della concorrenza tra gli operatori del mercato e, soprattutto, il riconoscimento del proprio di ciascuno, quale condizione di equità e giustizia della relazione. Per dirla con il pregnante lessico filosofico-giuridico della nostra età, l'Antitrust e le altre Autorità che presiedono alla vita economica sono in rapporto di *sussidiarietà* rispetto all'autoregolamentazione del mercato, in vista del perseguimento del bene comune, cui le parti naturalmente tendono, impedendone deviazioni e patologie<sup>13</sup>.

Si è in presenza di un nuovo paradigma rispetto a quello proprio della scienza giuridica moderna, che attribuiva alle istituzioni il compito di creare l'ordine in generale e in particolare quello economico, sul presupposto della pretesa incapacità del singolo di autoregolarsi e quindi della inidoneità a partecipare alla formazione dell'ordinamento giuridico, limitandosi a riceverlo dall'esterno<sup>14</sup>.

4.- Volendo fissare con un'immagine l'espandersi delle libertà economiche e il contestuale mutamento delle istituzioni, si confronti l'operato delle Autorità indipendenti con quello del vecchio CIP (Comitato interministeriale prezzi) che, sovrapponendosi alle parti, fissava d'imperio i prezzi di beni e servizi, con grave danno per la concorrenza, per il consumatore e per le finanze pubbliche. Veniva infatti distorta la competizione tra gli imprenditori, in quanto si fissava un prezzo espressione dell'imperscrutabile ragion di stato, con danno per l'erario che sopportava l'onere di

<sup>12</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e tutela del consumatore*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1954; dell'allievo di Gioele Solari si veda B. LEONI, *La libertà e la legge*, (1961), tr.it., Macerata 1994.

<sup>13</sup> Sia consentito il rinvio a L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, II ed., Padova 2006.

<sup>14</sup> Per la riproposizione ai giorni nostri della natura costitutiva della legge, esemplare per la nettezza della tesi e la perspicuità delle argomentazioni, è obbligato il rinvio a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998.

una determinazione non corrispondente al valore di scambio del bene o del servizio, oggi peraltro non più possibile per la crisi fiscale che ha colpito lo stato a partire dai primi anni Novanta.

Ancor più plastica è la rappresentazione della discontinuità se si pensa alla figura del *servizio universale*, un istituto che ha avuto origine nella legislazione dell'Unione Europea, in forza del quale al singolo viene erogato un servizio anche quando questo non rende adeguatamente all'imprenditore ma è necessario al benessere societario. E' di questi giorni l'invito dell'Autorità delle garanzie nelle comunicazioni al Governo a sostenere gli operatori della telefonia nello sforzo di adeguamento delle reti esistenti a quelle di prossima generazione, in quanto se per essi il ritorno dell'operazione è scarso, grande è il beneficio che ne ritrarrebbe il consorzio civile. Per cui è necessario che il mondo imprenditoriale si faccia carico di siffatta esigenza in ciò supportato da una adeguata compensazione del suo operato. In conclusione le Autorità indipendenti costituiscono uno snodo del nuovo rapporto tra Stato ed economia, rappresentando il superamento della concezione dirigistica a favore del rispetto per l'ordine economico espresso dal mercato, intervenendo per così dire ortopedico qualora l'autodisciplina mercantile non garantisca lo sviluppo della vita associata.

Nell'ambito dei servizi pubblici locali, per contro, questo nuovo rapporto non riesce a decollare, nel senso che l'ente pubblico continua a gestire direttamente i servizi alla cittadinanza ovvero ad essere *magna pars* dell'impresa a tal fine creata, strumentalizzato ai fini suoi propri coloro che vi partecipano, per cui assistiamo a un rigurgito di socialismo municipale<sup>15</sup>.

5.- Il processo di *liberalizzazione* che tra luci ed ombre si è innescato nel nostro Paese vede in prima linea la pubblica amministrazione, che ha modificato la sua condotta nei confronti dell'agire soggettivo: da istituzione che incanalava tale agire verso obiettivi da essa predeterminati, a soggetto che accompagna i singoli nel dispiegamento della loro capacità di autoregolamentazione, emendandone ed integrandone le manifestazioni in vista dell'interesse generale. A tal proposito è sufficiente considerare quegli istituti che nel campo della gestione degli affari della comunità hanno valorizzato la responsabilità individuale. Si pensi al fenomeno dell'*autoamministrazione*, legittimato in primo luogo mediante la dichiarazione di inizio attività e del silenzio assenso, in cui al recedere dell'amministrazione da compiti di organizzazione sociale che vengono assunti dagli interessati, sulla base della consapevolezza che essi non pensano soltanto al proprio tornaconto ma si fanno carico della soddisfazione delle esigenze comunitarie, è corrisposta l'assunzione da parte della pubblica amministrazione di una funzione di controllo dell'operato individuale. L'*autonomia* del singolo per essere autentica, per essere effettiva manifestazione della capacità di essere regola a se stesso e di mantenere gli impegni così assunti, implica un controllo effettivo affinché non vengano violati gli interessi degli altri soggetti coinvolti dalla vicenda amministrativa affrontata: diversamente degenererebbe nella licenza di poter fare quello che si vuole. Significativo è che nel 2005, in sede di modifica della legge 241 del 1990 sul procedimento, si sia intervenuto sugli istituti della D.I.A. e sul silenzio assenso rafforzandone la fase di controllo, stabilendo che gli autoregolamenti in cui essi si concretano possano essere oggetto di autotutela da parte dell'amministrazione in funzione degli interessi generali che essi vanno ad intersecare. Per tal modo si è configurato un controllo più cogente delle istituzioni che, ripeto, è implicato dal riconoscimento della valenza sociale dell'autodisciplina individuale.

6.- Sempre gli anni Novanta hanno visto una significativa affermazione delle libertà economiche nei rapporti intersoggettivi, dove la geometria legale elaborata dal pensiero moderno e di cui la quintessenza è rappresentata dalle grandi codificazioni ottocentesche del diritto privato, aveva

---

<sup>15</sup> S. CASSESE, *Il neo socialismo municipale*, in «Corriere della Sera», 29 ottobre 2003.

ridotto i singoli a meri centri di imputazione delle determinazioni assunte dalle istituzioni poste in splendida solitudine nell'esercizio della funzione normativa. Per cui il singolo, assunto ipoteticamente come sostanzialmente anomico, incapace di darsi una regola e soprattutto di saperla rispettare, per esercitare l'intrapresa economica doveva necessariamente avvalersi delle fattispecie contrattuali astrattamente predeterminate dal legislatore, a pena di irrilevanza del suo agire economico. E se si considera, come lucidamente avvertito da Rodolfo Sacco<sup>16</sup>, che nessun contratto atipico, cioè non espressamente previsto dalla legge, ha mai fatto apparizione in un aula giudiziaria, si capisce come l'agente negoziale conducesse vita grama, costretto com'era in quel letto di Procuste costituito dalle fattispecie astrattamente predisposte dalla volontà legislativa al fine di rendere giuridicamente rilevante l'agire contrattuale.

Con la recente riforma del diritto societario si è pensato bene di passare dalla tipicità legale degli statuti societari a quella sociale, per cui è l'imprenditore ad individuare quale *corporate governance* si attagli meglio agli interessi propri e a quelli degli stakeholder dell'azienda. Così come nello stesso tornio di anni si è posto mani, anche per impulso della legislazione comunitaria, a una serie di modifiche al diritto civile per porre il consumatore in una posizione di sostanziale parità nei confronti dell'imprenditore, dando vita, come ha osservato attenta dottrina<sup>17</sup>, alla figura del contratto con asimmetria dei poteri delle parti, al fine di salvaguardare il sinallagma genetico, cioè l'equilibrio nella programmazione dello scambio negoziale, ovvero quello funzionale, nel momento di esecuzione del rapporto contrattuale, avuto riguardo alla diversa posizione sociale ed economica dei contraenti, a prescindere dalla loro formale eguaglianza giuridica. Particolarmente significativa è la novella al codice in tema di clausole abusive nei contratti tra consumatori e professionisti, oggi rifluita nel più generale codice del consumo, e la legge sulla subfornitura che sanziona l'abuso della dipendenza economica nei rapporti tra imprenditori; in verità quest'ultima è stata più declamata che applicata!

7.- A questo punto giova chiedersi a cosa sia dovuto questo passaggio da un disegno dirigistico ad una economia di mercato aperta alle istanze sociali della comunità, nel senso che il mero calcolo economico è ritenuto non sufficiente a garantire l'equità nelle relazioni intersoggettive. Certamente ha influito l'appartenenza all'Unione Europea, un ordinamento che non conosce la dicotomia tra privato e pubblico e che dichiara tra i suoi contrassegni l'economia di mercato, quale strumento su cui far leva per facilitare l'integrazione tra i popoli europei; così come rilevante è la vicenda della globalizzazione economica, che ha decretato l'anacronismo di ogni pretesa statale di fissare imperativamente i profili normativi delle transazioni economiche che si svolgono sulla scena mondiale a prescindere dalle esigenze dalle stesse palesate. Non si può tuttavia dimenticare che a lungo, e cioè sin dal 1957, anno di sottoscrizione del Trattato istitutivo di Roma, è stato impunemente violato il divieto degli aiuti di Stato in quanto distorsivi del mercato e quindi della concorrenza. Del pari la mondializzazione dei mercati, non sempre è un volano per il miglioramento delle condizioni economico-sociali del globo, esibendo anche approfittamento, *dumping* sociale e quindi concorrenza sleale, che innescano delle reazioni neoprotezionistiche da parte dei Governi. Si pensi alla nazionalizzazione di quella che era una delle maggiori banche del mondo, cioè la Northern Rock; oppure ai continui interventi della Federal Reserve per pompare liquidità nel sistema a seguito delle vicissitudini dei mercati finanziari a partire dell'agosto 2007, ben superiore alle somme impegnate per far fronte allo *shock* seguito all'attacco alle Torri gemelle. Si assiste poi all'ingresso nell'arena globale dei c.d. fondi sovrani, appartenenti a Stati in cui il capitalismo non si

---

<sup>16</sup> R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1966.

<sup>17</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, II ed., Torino 2005.

accompagna con il regime democratico, che, come dice il nome, sono più adusi ad agire secondo la logica della sovranità statale che non della libertà economica individuale.

8.- Nel momento in cui stendo il testo del seminario, si festeggia il decennale della istituzione della Banca centrale europea e il suo presidente, Jean Claude Trichet, rivendica il valore dell'euro, cioè l'introduzione della moneta unica che, come ha dichiarato, «non ha cambiato solo noi, ma anche il mondo». Ha cambiato gli appartenenti all'unità monetaria europea, perché avendo questi sottoscritto il c.d. patto di stabilità che, in difesa dell'euro impedisce il ricorso a misure nazionali, quali la svalutazione e l'indebitamento, pensabili solo per uno stato che, signore della leva fiscale e del governo della moneta, possa indebitarsi *ad libitum*, e non per uno che ha assunto come limite la capacità produttiva, cioè il suo PIL (Prodotto interno lordo). L'introduzione dell'euro a tal proposito rappresenta quindi un superamento delle sovranità nazionali e una misura di governo della globalizzazione. Sulla scia dell'istituzione delle Comunità europee prima e dell'Unione europea poi si è, infatti, proseguito nella ricerca di quello che è il principio aggregante di popolazioni che non sia la forza coercitiva di coloro che detengono il potere. La scelta di un'unica moneta, al di là della valenza economica, così come in passato quella di un unico mercato, rappresenta il riconoscimento dialettico della strada da percorrere per raggiungere il bene comune. E così, grazie soprattutto alle scelte della Commissione europea e alla giurisprudenza della Corte di giustizia, l'Unione europea ha instaurato una proficua osmosi tra «economia e società», nel senso che le ragioni economiche del processo di integrazione vengono considerate alla luce delle esigenze più generali della vita associata, valutando per esempio la compatibilità ambientale, venendo a costituire, come è stato opportunamente evidenziato, «un importante punto di riferimento per la disciplina globale dell'economia»<sup>18</sup>. Invero, nonostante gli interventi equilibratori da parte di organismi internazionali come UNIDROIT, in primo luogo tramite l'elaborazione dei Principi dei contratti commerciali internazionali, e all'operato dell'Organizzazione mondiale del commercio<sup>19</sup>, l'economia mondiale appare spesso connotata da approfittamenti dell'altrui buona fede, per cui l'esperienza europea rappresenta un sicuro riferimento alternativo a quel fondamentalismo di mercato da cui abbiamo preso le mosse.

Ritornando al fondamento dei mutamenti intervenuti nel nostro Paese, sembra plausibile che l'Unione Europea e la mondializzazione dei mercati siano soltanto le cause prossime del nuovo rapporto tra libertà economiche e istituzioni; la svolta, infatti, rinviene la sua causa prima in un fattore culturale: nella rivolta degli operatori economici contro l'amministrativizzazione del mercato, che li aveva ridotti a semplici elementi di un meccanismo eterodiretto. Tutto ciò evidenzia un fondamento *antropologico* del processo in atto: l'imprenditore, in quanto persona umana, ha un'attitudine all'eticità, cioè a comportarsi in modo da non danneggiare gli altri ma, anzi, da cooperare per migliorare la convivenza umana, sentendosi responsabili anche dell'altrui benessere. Gli attori economici hanno quindi rivendicato la loro libertà d'intrapresa, la capacità cioè di decidere circa la convenienza dell'allocatione delle risorse disponibili della comunità, contro la pretesa statale di imporre decisioni in ordine alla produzione e alla distribuzione dei beni. Compete ai protagonisti dell'agire economico, che ne assumono la responsabilità anche rinunciando alla comoda posizione loro garantita da uno stato che esercitando di fatto la pianificazione dell'economia li teneva indenni da ogni rischio imprenditoriale, di individuare le scelte più proficue per la vita associata.

<sup>18</sup> M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008, p. 148.

<sup>19</sup> Fondamentale è F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005.

Grazie alle condotte dei suoi protagonisti, il mercato esibisce uno statuto ontologico che non si identifica con l'efficienza economica né, tantomeno con la crescita indefinita del profitto. E' il luogo dove poter esercitare i carismi personali in vista del proprio bene in concomitanza con quello sociale: non vi può essere benessere individuale, infatti, se non vi è il previo riconoscimento del proprio di ciascuno. Ne deriva che compito della pubblica amministrazione e, più in generale delle istituzioni è quello di controllare che ciò avvenga e di integrare le energie individuali qualora siano insufficienti alla bisogna, al perseguimento cioè del bene che accomuna tutti coloro che vivono insieme garantendone al contempo le singole specificità.

Se il mercato, ovvero la produzione e la distribuzione capitalistica delle risorse, avesse come obiettivo finale la massimizzazione a tutti i costi del profitto, tale da ricadere nel mercatismo che, come è stato acutamente sottolineato, afferma «il primato del mercato su ogni altra forma sociale»<sup>20</sup>, per cui costituisce un'ideologia, una prospettiva astratta in quanto non suffragata dall'esperienza comune, sarebbero inspiegabili le innovazioni intervenute e da noi segnalate nell'evoluzione del rapporto tra ordine economico e ordinamento giuridico. Tutte accomunate dall'intento di rafforzare i comportamenti di buona fede degli agenti negoziali, il diffondersi delle *best practices*, come la redazione di bilanci sociali da parte delle aziende, sanzionando per contro i soprusi e le vessazioni del più forte sul più debole. Ciò significa porsi il problema di mantenere viva e vitale la comunità, facendo leva sull'attitudine soggettiva a ricercare ciò che conviene, è opportuno, necessario al benessere comunitario.

In caso contrario si sarebbe dato ingresso, per esempio, al c.d. inadempimento efficiente che, propugnato sin dall'Ottocento dal giudice Holmes e attualmente cavallo di battaglia dell'analisi economica del diritto, riduce il diritto a protesi dell'economia, nel senso che in tale prospettiva sono auspicabili soltanto quelle disposizioni apprezzabili dal punto di vista dell'efficiente allocazione delle risorse, a prescindere da qualsiasi considerazione in ordine all'equità e alla giustizia dei rapporti così conformati<sup>21</sup>.

8.- L'esperienza giuridica mostra in definitiva che la libertà economica è uno dei campi nei quali si manifesta la capacità del singolo di contribuire con la propria condotta ad affrontare i problemi nascenti dalla vita associata. Lo scambio economico, e il contratto che lo formalizza giuridicamente, consente alle parti di relazionarsi sulla base delle rispettive convenienze avuto riguardo agli effetti che si riverberano sulle esigenze del consorzio civile, che spetta alle istituzioni far valere quando esse non appaiano sufficientemente considerate dall'autoregolamento negoziale che, in tal caso, necessita di essere emendato ovvero integrato. Il bene comune cui tendono le istituzioni, comunque, non è un *quid* di altro rispetto all'autodisciplina personale in quanto essa, sia pur in filigrana e quindi allo stato nascente, deve recarne traccia; in caso contrario sarà difficile configurare un intervento sussidiario delle istituzioni che, come si è detto, si innesta su una relazione orientata al bene societario e che a tal fine necessita di essere ausiliata. Diversamente si cadrebbe nella deprecata prospettiva di uno Stato etico, figlio legittimo della geometria legale prodotta dalla scienza giuridica moderna che, dimentica della convenzionalità e operatività della sua costruzione di un ordine giuridico conchiuso e autoreferenziale, sembra non consapevole che i problemi della convivenza reclamano un'attenzione anipotetica e non operativa alle relazioni umane al fine di cogliere qual è il loro *proprium*, su cui far leva nell'organizzazione politica e giuridica al fine di perseguire l'interesse generale, che è non è quello potestativamente stabilito dal detentore del potere.

<sup>20</sup> G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, cit.

<sup>21</sup> AA. VV., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna 1993, p. 335.