

LE RADICI DELL'UNIONE EUROPEA TRA ORDOLIBERALISMO E DIRITTO PUBBLICO EUROPEO DELL'ECONOMIA.

di Alberto Lucarelli*

Lo storico del Wellesley College (Boston – Stati Uniti) Quinn Slobodian ha pubblicato di recente un testo *Globalist. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism* Harvard University Press²⁶ intende raccontare la nascita del neo liberalismo da un punto di vista differente rispetto alla vulgata comune anche tra le scienze sociali

Secondo l'Autore uno degli ostacoli principali nel raccontare il neoliberalismo, ponendosi dal punto di vista dei suoi animatori, è l'eccessiva fiducia nelle categorie interpretative del celebre storico dell'economia Polany.

La sua opera *La Grande Trasformazione*²⁷ ha prodotto una narrazione del neo liberalismo come di un movimento teorico volto a liberare dalla società il mercato interpretato come fatto naturale e realizzando l'utopia di un mercato che si regola da solo.

Questa interpretazione si è di fatto sovrapposta alle reali intenzioni degli stessi autori ascrivibili al neo liberalismo che invece pensavano al mercato come intreccio di relazioni che deve fare affidamento sulle reti istituzionali.

Secondo Slobodian, fin dai suoi esordi, il neoliberalismo austriaco non avrebbe cercato di abbattere lo Stato, ma di creare un ordine internazionale ben strutturato in grado di salvaguardare la proprietà privata dalle ingerenze dei singoli Stati.

Quindi centrale è il tema della proprietà.

Questo pensiero era il frutto di una reazione di stampo conservatore al crollo dell'impero asburgico.

Secondo Slobodian il neoliberalismo non partirebbe dalla narrazione che ne fecero i membri della *Mont Pelerin Society* (otto premi Nobel al suo interno) del 1947 che nella pubblicistica si è sempre battuta per il liberalismo e per la società aperta, ma dall'edificio

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.

²⁶ Cfr. Q. Slobodian, *Globalist. The end of empire and the birth of neoliberalism*, Harvard University Press, 2018.

²⁷ Cfr. K. Polany, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Piccola Biblioteca Einaudi, 2010.

della Camera di Commercio di Vienna dove Ludvig von Mises cominciò a lavorare a partire dal 1909.

Mises riteneva il crollo asburgico come una minaccia per la proprietà privata poiché questa era garantita in passato dall'Imperatore mentre con la democrazia poteva essere messa in discussione e controllata dallo Stato²⁸.

L'avvento del fascismo venne salutato da Mises con sollievo e l'ordoliberal tedesco Willhelm Ropke gli fece eco con ancor maggiore convinzione.

Il teorico tedesco scrisse nel 1964 che i neri del Sud Africa appartenevano a un livello di civiltà inferiore e che l'*apartheid* non era oppressivo e assieme alla Rhodesia era uno dei bastioni della civiltà bianca attaccata dal nuovo ordine post coloniale²⁹.

C'è dunque tra la Scuola di Vienna di inizio secolo e la Scuola ordoliberale di Friburgo una forte continuità sul ruolo dello Stato e sulla sua funzione di tutela, salvaguardia e valorizzazione di proprietà, impresa e concorrenza³⁰.

Ben lontano dunque dalla Scuola di Chicago. Dai *Chicago Boys* che arrivarono ad affermare nel 1978 che le libertà personali erano più ampie sotto il regime di Pinochet piuttosto che sotto Allende, avente in mente proprio la difesa della proprietà privata³¹.

L'atto fondativo dell'Europa del 1957 si inserisce in questo clima giuridico ed economico-istituzionale, non in linea con le idee di fondo del nostro processo costituente.

Sandulli parte da un punto di analisi, troppe volte ignorato, credo anche per scelta oltre che per convenienza, che tuttavia, in particolare a noi giuristi ci ha impediti di capire o comprendere prima e meglio determinate scelte e indirizzo politico-economici assunti dall'Unione europea³².

²⁸ Cfr. L. Mises, *Nation, State and Economy*, New York Press, 1919; Id., *The Suitability of Methods of Ascertaining Changes in Purchasing Power for the Guidance of International Currency or Banking Policy*, Gold Delegation of the Financial Committee, League of Nations, 1930; Id., *Omnipotent Government: The rise of the total State and Total War*, Yale University Press, 1944; Id., *Memoirs*, Auburn, AL. Ludwig Von Mises Institute, 2009

²⁹ Cfr. W. Ropke, *Investigation into Postwar Agrarian and Industrial Protectionism: Outline of the First Special Research Program*, Rockefeller Paris records, 1937; W. Ropke, *Ein Leben in der Brandung*, Stuttgart, 2005.

³⁰ Cfr. F. A. Von Hayek, *Law, legislation and liberalism. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Routledge, 1982; D.J. Gerver, *Law and competition in Twentieth-century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 2001; W. Eucken, *Sul duplice compito dell'economia dal punto di vista della politica economica*, in F. Forte e F. Felice (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010.

³¹ Cfr. J. M. Buchanan, *Stato, mercato e libertà*, Il Mulino, 2006.

³² Cfr. sul punto A. Von Bogdandy, *Constitutional Principles*, in A. Von Bogdandy e J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford- Portland, 2006.

Ovvero che nei primi 10 anni del percorso di integrazione sono state seguite per lo più le tesi ordoliberali della Scuola di Friburgo, che nascevano in Germania dall'opposizione sia al totalitarismo statale per cui lo Stato doveva trasformarsi in regolatore, sia al liberismo del mercato, per cui il mercato non poteva essere lasciato privo di regole, dovendo elaborare un *ordo*.

In realtà la mia impressione è che la Scuola di Vienna e la Scuola di Friburgo vi siano molti più punti di contatto di quello che possa apparire. Proprio quell'insieme di elementi che hanno dato luogo poi a tante contraddizioni nel processo di integrazione europeo³³.

Vero è che il pensiero giuridico-economico ordoliberale ha rappresentato da punto di vista teorico l'atto fondativo dei Trattati di Roma del '57. O comunque una corrente di pensiero molto rilevante.

Si teorizzava la terza via (poi ripresa da Giddens³⁴ e declinata da Blair con il *new labour* e da Schroder con le riforme SPD e agenda 2010) tra la pianificazione economica (o comunque anche la nostra idea di programmazione) e la *deregulation* economico-finanziaria: l'economia sociale di mercato.

Ovviamente qualcosa in più o meglio di diverso rispetto ai nostri artt. 41-43 Cost³⁵.

Un modello fondato sull'azione dell'impresa, della proprietà, della concorrenza temperato da regole.

In qualche modo è lo Stato regolatore che non appartiene al codice genetico della Nostra Costituzione – che proprio in quegli articoli (artt. 41 e 43), ma anche in applicazione diretta degli artt. 2 e 3 Cost, declina uno Stato, pronto ad andare ben oltre la fissazione di regole, e pronto ad assumersi le sue responsabilità anche come Stato imprenditore (basti pensare all'art. 43 ed al mondo delle imprese pubbliche) – e che si sarebbe posto tra lo Stato imprenditore e lo Stato del *laissez faire* liberista o neo liberista³⁶.

Un modello economico-istituzionale che, come è noto, influenza poi la legislazione italiana

³³ In questo senso si rinvia a A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, ESI, 2016.

³⁴ Cfr. A. Giddens, *A contemporary critique of historical materialism*, University of California Press, 1981.

³⁵ Cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977; G. Bognetti, *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1983; G. Amato, *La nuova Costituzione economica*, in G. Della Cananea e G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, Il Mulino, 1998.

³⁶ In questo senso si rinvia a A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, ESI, 2016, p. 2; F. Martucci e C. Mongouachon, *La Constitution économique. En hommage au Professeur Guy Carcassonne*, La Mémoire du droit, 2015.

a partire dalla legge sulla concorrenza e l'istituzione dell'antitrust, ma anche con tutti i processi di privatizzazione finalizzate con l'illusione di risanare i conti pubblici dello Stato. Determinando invece soltanto un impoverimento dello Stato, nei suoi *asset* strategici e anche dello stesso sistema di Welfare.

L'ordoliberalismo (Sandulli) sosteneva che la società fosse articolata in una pluralità di distinte cerchie in posizione paritaria (diritto, politica, economia) strettamente interconnesse tra loro e ricondotte ad unità per il tramite della sussidiarietà³⁷.

Ecco il principio fortemente sospinto dal diritto europeo che fa poi ingresso nella nostra Costituzione segnatamente con gli artt. 114 e 118. Per non parlare ovviamente anche dell'ingresso della nozione di concorrenza con la medesima riforma del 2001³⁸.

Dalla equilibrata coesistenza di economia, politica e diritto dipende il buon funzionamento dei mercati e in particolare del principio della libera concorrenza.

Una visione statica, per alcuni versi irrealistica ed asettica, dove sembra assente il conflitto, l'agonismo delle istanze sociali, l'antagonismo, il dissenso.

Tutti elementi e pulsioni che vengono dalla società e che avrebbero messo in crisi il modellino che con il suo ordine avrebbe dovuto garantire il buon funzionamento dei mercati e in particolare del principio della libera concorrenza e della crescita economica.

Determinato anche, come poi ci dirà Sandulli, anche dalla debolezza del quadro politico costituzionale degli istituti democratici europei.

In particolare da quando si ferma nel 2005 il processo di costituzionalizzazione della stessa Unione europea.

Sandulli ci spiega che l'Europa ad un certo punto passa dall'economia sociale di mercato ad indirizzi neo-liberali, ispirati a politiche di privatizzazione e liberalizzazione e al trapianto dei metodi dell'impresa privata nel settore pubblico³⁹.

Ma questo a mio parere sta nel codice genetico del pensiero ordoliberalista. Difesa dell'impresa della proprietà, attraverso i meccanismi della concorrenza.

Von Hayek, più vicino alla Scuola di Vienna che non a quella di Chicago, guarda con

³⁷ Cfr. A.Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa*, Milano, Franco Angeli, 2018.

³⁸ Cfr. P.Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in A.A. Cervati, S. Panunzio e P. Ridola (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001; G. U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 5.

³⁹ Cfr. A.Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa*, cit.

grande interesse alla decomposizione forzata dello Stato britannico negli anni ottanta⁴⁰.

Come è noto, *New public management* di Thatcher trapiantava (Sandulli) modalità di organizzazione e di gestione aziendale in seno all'organizzazione pubblica, dando luogo a quel processo di aziendalizzazione definito amministrazione di risultati⁴¹.

Insomma il passaggio è rapido dal realizzarsi.

Da un modello di regole, che pensava di dominare i processi, ai processi economici che dominano e influenzano le regole.

Il fallimento del modello ordoliberal che pensa di costruire modellini. Il *Market's failure* che mette in netta evidenza la continuità della Scuola di Vienna con quella di Friburgo.

Dice Sandulli il metodo economico ha perforato lo spazio giuridico ed il diritto è diventato strumento di obiettivi e risultati finanziari.

Certo !!! vero!!! E allora???

Si è affermata una costituzione economica di stampo neo liberista che ha influenzato il processo di integrazione, in assenza anche di un vertice politico forte in sede europea (Sandulli)⁴².

In assenza di quello che i costituzionalisti chiamano i limiti al potere, né si può far ricadere sulla Corte di giustizia il compito di limite al potere.

Assenza dunque di un costituzionalismo europeo, ma anche consapevolezza di quale è il modello economico sul quale si è costruita l'Europa.

Le difficoltà del diritto costituzionale europeo si sono avvertite sul piano della debolezza identitaria e su quello della forma di governo e della forma di Stato, sia sotto il profilo del *deficit* democratico, sia sotto quello della scarsa trasparenza e partecipazione al processo decisionale.

La dicotomia tra Europa degli stati e Europa dei popoli mette in luce la debolezza in ambito europeo del concetto di potere costituente e di sovranità popolare, principi fondativi del costituzionalismo moderno, assorbiti e negati tuttavia da una sovranità statale⁴³.

⁴⁰ Cfr. F. A. Von Hayek, *Law, legislation and liberalism. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, cit.

⁴¹ Cfr. M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 16 ss.; S. De Nardis, *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 70; S. Cassese, *La riforma amministrativa in Europa e in Italia*, in *La modernizzazione dello Stato*, Milano, Franco Angeli, 2002; E. Picozza, *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di Francesco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010, p. 65.

⁴² Cfr. A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa*, cit.

⁴³ Cfr. J.H.H. Weiler, *La trasformazione dell'Europa*, in F. Martines (a cura di) *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 33 ss.; R. Toniatti e F. Palermo (a cura di), *Il processo di costituzionalizzazione*

Dice Sandulli occorre una Unione che possa essere non soltanto economica ma anche costituzionale e politica. E questo aggiungo io non è possibile con stratificazione di atti espressione della sovranità statale dei singoli governi ma soltanto con la forza e la consapevolezza di dar luogo ad una nuova e necessaria stagione del costituzionalismo europeo che non può non partire da un processo costituente democratico dal basso, che ponga al centro la sovranità popolare, in tutte le sue dimensioni democratiche: rappresentanza, locale, diretta, partecipativa⁴⁴.

Responsabilizzando qui l'attività degli Stati fondatori.

Troppo tardi!!!!

D'accordo con Sandulli. Il giurista accademico oggi deve essere caratterizzato da realismo utopico. Io direi da pragmatismo-visionario.

Assi portanti democrazia e giustizia, solidarietà ed eguaglianza, in una logica ovviamente di pluralismo.

Occorre oggi come diceva Mann preconizzando un fosco futuro in *Attenzione Europa*, in *Moniti all'Europa*, un umanesimo militante, che scopra la propria virilità e si saturi della convinzione che il principio di libertà, tolleranza e del dubbio non deve lasciarsi sorpassare da un fanatismo che è senza vergogna⁴⁵.

Tuttavia io credo che questo non basti e che i contenuti rifondativi debbano basarsi sulla costruzione di un c.d. *diritto pubblico europeo dell'economia*⁴⁶.

dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale, Università degli Studi di Trento, 2004; S. Mangiameli, *La Costituzione europea*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 3/2007, p. 419 ss.; C. Amirante, *European governance e costituzione europea: tra revisione tacita e 'anestesia' dei sistemi costituzionali degli Stati membri*, in S. Gambino e G. D'Ignazio (a cura di) *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 221 ss.; A.A. Cervati, *Integrazione europea e valori costituzionali comuni*, in *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 233 ss.; A. Ruggeri, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. Costanzo, L. Mezzetti e A. Ruggeri *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 1 ss.; E. Castorina, *Diritto costituzionale comune e diritto costituzionale europeo: il problema dell'identità dell'Unione*, in *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 63 ss.

⁴⁴ Cfr. A. Lucarelli, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia rappresentativa*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna on line*, n. 1/2015.

⁴⁵ Cfr. T. Mann, *Moniti all'Europa*, Mondadori, 1947.

⁴⁶ 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.*, n. 1/2006, p. 4 ss.; Id., *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, p. 7.

Cioè sulla costruzione di 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)⁴⁷.

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.

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 sociale⁴⁸.

Il pensiero ordoliberal, secondo un disegno ben lontano da quello di Spinelli e Rossi del Manifesto di Ventotene, non costituisce più il fondamento e l'approdo dello *jus publicum europaeum*.

L'auspicato nuovo processo costituente europeo, fondato sulla grande riforma delle libertà, nascerebbe quindi con le ali spezzate, a meno di non rappresentare il pretesto per avviare in Europa un grande dibattito sul rapporto tra sovranità politica ed economica a partire dalle conquiste dello Stato sociale delle democrazie occidentali⁴⁹.

Ben venga quindi un processo costituente europeo, ma su altre basi e presupposti.

Un processo che non sia la mera formalizzazione dell'esistente ma che si ponga questioni quali la sovranità finanziaria, imposta dall'emersione di soggetti pubblici e privati che esercitano sempre più, senza alcuna legittimazione, poteri normativi incidenti su situazioni giuridiche normalmente affidate alla legislazione degli Stati. Situazioni nelle quali il commercio internazionale utilizza sempre più il contratto alla legge, e le pratiche di *law shopping* e *forum shopping* diventano strumenti per affermare le posizioni più forti ed

⁴⁷ In questo senso si rinvia a A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla costituzione Europea*, Napoli, ESI, 2009, p. 279.

⁴⁸ Cfr. R. Miccù, *Paradigm Shift ord Paradigm Lost? Economic Constitutionalism and the Turn of the Century*, in R. Miccù, D. Sinclari (a cura di), *Advanced Law for Economics Selected Essay*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 5.

⁴⁹ Cfr. D. Grimm, *Una costituzione per l'Europa?* in G. Zagrebelsky, P. Portinaro e J.Luther, *Il futuro della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 1996.

aggressive.

Questo è il tema: l'insorgere di una sovranità finanziaria senza Stato, l'antisovrano, che esalta esclusivamente il punto di vista individualistico, senza valori utilizzabili in funzione di limite (essenza del costituzionalismo democratico), per l'assenza stessa di un potere sociale che possa imporne il rispetto⁵⁰.

Allora il progetto di fondo per un eventuale esercizio di potere costituente su base europea non potrà che essere il tentativo di sostenere e dimostrare che in Europa sia possibile individuare spazi e basi giuridiche per un ruolo attivo di soggetti pubblici e comunità intermedie, che abbiano quali priorità il soddisfacimento dei diritti fondamentali dei cittadini, a prescindere da esigenze di mercato e di stabilità dei prezzi. L'obiettivo dovrà essere quello d'individuare dei principi costituzionali europei, quali possibili fonti ispiratrici delle politiche pubbliche.

L'idea di fondo dovrà essere quella di verificare l'esistenza, accanto al diritto della concorrenza, 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. Il risultato non dovrà essere quello di abbandonare lo Stato sociale ma di portarlo su scala europea⁵¹.

⁵⁰ Cfr. M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 124.

⁵¹ In questo senso si rinvia a A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, ESI, 2016, p. 120.