



NUMERO SPECIALE 5 2019
25 OTTOBRE 2019

Notazioni conclusive
Regolazione giuridica ed economia: un
problema di diritto costituzionale

di Sandro Staiano

Dottore di ricerca in Autonomie, Servizi pubblici, Diritti
Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"



Notazioni conclusive

Regolazione giuridica ed economia: un problema di diritto costituzionale*

di Sandro Staiano

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Sommario: 1. Proposte definitorie e loro limiti. 2. *Quanto conta* il diritto nell’economia. 3. Regolazione giuridica dell’economia. 4. Riduzionismo costituzionale e attualità della “Costituzione economica”. 5. Nuovo economicismo regolativo e sorte del costituzionalismo.

1. Proposte definitorie e loro limiti

Il discorso sulla “Costituzione economica” conduce in un universo concettuale complesso, che si deve percorrere avendo a riferimento categorie teoriche controverse e fluide nel loro ridisegnarsi sotto l’impulso di grandi trasformazioni; sicché i tentativi di sistemazione sono destinati a condurre a esiti non del tutto compiuti, e provvisori.

Così, si può parlare – aspirando alla massima ragionevolezza – dei «tre sensi» della locuzione “Costituzione economica”, come ha fatto Sabino Cassese¹: formula riassuntiva delle norme della Costituzione in senso formale, e delle «leggi di rilevanza costituzionale», sui rapporti economici (in Italia, artt. 41 e 43, relativi all’impresa; artt. 42 e 44 relativi alla proprietà; e, si può aggiungere, integrando quanto enumera Cassese, ma nella stessa logica, artt. 35-40, riguardanti lavoro e relazioni sindacali, e 45-47, sulla cooperazione e sul risparmio²); insieme di istituti, inclusi nel diritto, che non appartengono necessariamente alla Costituzione scritta, definiti dalla legislazione di intervento in economia (dalle leggi sui poveri nell’Inghilterra dell’Ottocento di cui parla Albert V. Dicey, alla legislazione sulla concorrenza, sulle partecipazioni pubbliche, ecc.); «prassi applicative» della Costituzione in senso formale e delle leggi, che con tali norme sono spesso in divario, e che sono sostenute da una produzione di regole collocate sotto lo strato della legislazione e dei regolamenti (per esempio, le circolari).

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In un manuale con molte edizioni e ristampe, a riprova della conseguita diffusione e autorevolezza: AA.VV., *La nuova costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, Bari 1995, riedito e ristampato fino al 2019.

² Opportuno perciò il riferimento alla tutela costituzionale del risparmio quando si parla di “Costituzione economica”: cfr. F. SCUTO, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione soggettiva e sociale dell’art. 47 Cost.*, in questo numero.



Se a quella dei «significati» si accompagna l'enunciazione dei «metodi di studio» o, più esattamente, dell'oggetto di studio, del *designatum*, con altrettanta articolazione – dicendo che esso è costituito dalle relazioni pubblico-privato (o, si potrebbe preferire, dalle relazioni tra libertà economica e poteri di regolazione pubblica, o, più ellitticamente e radicalmente, dal rapporto tra autorità e libertà: il lessico, in questo campo, è ideologicamente orientato in senso forte), dalle politiche di settore, dalle politiche generali – si può avere netto il convincimento di una definizione aperta e onnicomprensiva, capace di contenere la complessità della “Costituzione economica” come fenomeno.

Eppure, anche questa definizione – la migliore possibile, tra quelle che aspirano a esiti ricostruttivi sistemici – non riesce ad addomesticare la complessità dell'universo “Costituzione economica”. Una complessità che si ripropone quando le prime risposte inducono nuove domande.

Così, postulato che la Costituzione economica è fatta (anche) di «norme costituzionali in senso formale», occorre chiedersi quali siano queste norme.

Alcune di quelle portate solitamente a esempio sono evidentemente, perfino dichiaratamente, riconducibili a tale campo. Ma molte altre, di tenore più generale, o collocate in altre partizioni del testo costituzionale, sono destinate ad avere un'incidenza talvolta altrettanto diretta sulle relazioni economiche. A partire dal principio di eguaglianza, in uno scenario di riferimenti culturali e di premesse assiologiche in cui le teorie economiche si collocano lungo una grande linea di separazione-opposizione tra chi assume la diseguaglianza come un disvalore e chi la ritiene il motore dello sviluppo e della crescita, dunque un valore. Si potrebbe osservare che è solo questione di interpretazione sistematica, bastando leggere in adeguata connessione, nel caso italiano, le norme del Titolo III della Parte I e l'art. 3 della Costituzione. Ma così non è, o almeno non è per orientamento sufficientemente generalizzato, per la tendenza a considerare le disposizioni sui rapporti economici come un nucleo in sé conchiuso, restituzione normativa delle leggi obiettive che regolano l'economia, autoprodotte dagli attori che in essa operano e che le sue dinamiche determinano. E, quando non riescono a “restituire” adeguatamente la realtà delle relazioni economiche dando campo alla forza degli spiriti che in essa soffiano, a quelle norme è impresso lo stigma dell'incapacità a comprendere e dell'arretratezza. E il principio di eguaglianza recede lontano sullo sfondo, programma nobilmente astratto.

Analoga la sorte del principio personalista, potenzialmente idoneo ad orientare le relazioni economiche moderando la tendenza ad assolutizzare i fattori di efficienza della produzione.

Ma ancora più ravvicinata e diretta è la (potenziale) capacità conformativa delle relazioni economiche da riconoscere alle norme costituzionali che fondano la tutela “organizzata” della salute e definiscono i modi di esercizio del diritto all'istruzione nei sistemi di *welfare*. E alle norme costituzionali, che fondano secondo sussidiarietà l'organizzazione dei rapporti tra i livelli territoriali di governo (come si incarica di confermare

la vicenda in corso del “regionalismo differenziato”, un concetto declinato in chiave di accentuazione della frattura Nord-Sud e di violazione di ogni principio a base del sistema tributario definito dalla Costituzione).

A tener conto di tutto questo, restringere la Costituzione economica – nel suo «significato» normativo-costituzionale – a quel nucleo limitato di norme può essere riduttivo e forse anche fuorviante.

Si può forse meglio dire, allora, che la Costituzione economica, piuttosto che un nucleo determinato e “specializzato” di norme, è una potenzialità diffusa di regole e principi costituzionali, sicché del lemma conviene fare un uso convenzionale, scontandone il carattere ellittico³.

Ancora, gli sviluppi ordinamentali recenti inducono a porre in termini nuovi la domanda intorno all’identificazione delle norme «formalmente costituzionali», superando l’accezione stretta di questa locuzione. Hanno, invero, sostanza costituzionale le norme di derivazione europea, prodotte dalle fonti-trattato o in sede giurisprudenziale: queste entrano nel quadro regolativo della Costituzione economica in tensione con le norme costituzionali interne (si pensi alla qualificazione delle proprietà come diritto inviolabile in ambiente CEDU⁴).

Messo in questi termini, il primo dei «sensi» attribuiti ordinariamente alla locuzione “Costituzione economica” – quello che lo risolve nell’insieme delle norme formalmente costituzionali o legislative «a rilevanza costituzionale» – si affievolisce anche la capacità euristica degli altri «sensi»: è assai difficile distinguere tra norme formalmente costituzionali e leggi di rilevanza costituzionale, da una parte, e legislazioni in cui trovano campo le politiche economiche.

E, quanto a quelle «prassi applicative» in cui si consuma il «divario» con le leggi e con la Costituzione economica, questa pencola pericolosamente verso un’accezione – tra le molte possibili – regressiva di costituzione materiale, poiché, in campo economico, v’è un conflitto permanente tra concezioni generali aperte alla regolazione giuridica – e che, anzi, non considerano possibili relazioni economiche senza regole giuridiche – e concezioni che affermano l’autonomia dell’economico, riducendo a variabili dipendenti il politico e la regolazione da esso derivante.

³ Dubita radicalmente della utilizzabilità della locuzione M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino 1990, 374 s. Le difficoltà definitorie sono compiutamente enunciate da P. BILANCIA, *L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in questo numero. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Costituzione economica e globalizzazione*, in questo numero, aderisce invece integralmente alla nozione dovuta a Neumann.

⁴ La previsione dell’art. 1, c. 1, Prot. Add. CEDU – «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale» – ha ricevuto, nella giurisprudenza della Corte EDU, la interpretazione massimamente garantista per la posizione del privato proprietario.

2. Quanto conta il diritto nell'economia

Innanzi a un quadro concettuale così complesso – e che si sottrae ai tentativi di troppo rigida sistemazione, anche a quelli condotti con la più penetrante intelligenza delle dinamiche dei sistemi – si ripropongono alcune opzioni di fondo: scelte di campo, la cui necessità è illusorio pensare di aver rimosso. A partire dalla questione permanente del rapporto tra diritto ed economia; la quale – in questo tempo e in questa parte del mondo – si specifica anzitutto come questione del rapporto tra il diritto costituzionale e l'economia.

Ora – se si rimuove lo strato di riverniciatura ideologica messa sulle categorie teoriche dai sostenitori dell'autonomia dell'economico, soprattutto disperando di poter rinverdire il mito liberista in corrispondenza con le crisi finanziarie, e, in Italia specialmente, volendo indagare sulle ragioni della lunghezza delle recenti fasi di stagnazione e recessione e del carattere effimero delle fasi di ripresa – si deve osservare che nella struttura del sistema risiede la risposta alla domanda sul se e sul quanto il diritto “conta” nell'economia di mercato. La risposta è che il diritto “conta”; e nessuno ha mai pensato che esso “non conti”. Perfino Friedrich von Hayek – rileva Pierluigi Ciocca – nella cui *economics* il diritto è molto “endogeno”, e che manifesta «la posizione più vicina all'ipotesi che il diritto non conti, nel senso che il mercato, l'economia quale essa è, per vie misteriose evoca, “riconosce” il suo diritto», poiché «esprime quasi spontaneamente le soluzioni giuridiche acconce tra le tante possibili», non può pretermettere la rilevanza del diritto, in quanto proprio quella «operazione di “riconoscimento” può essere effettuata con vario grado di successo»⁵.

Tuttavia, sarebbe forse opportuno aggiornare i tratti di quest'antica questione, facendone l'oggetto di una costruttiva polemica culturale, in modo da riportarla con forza adeguata al centro del confronto scientifico (in un tempo in cui di polemiche culturali v'è penuria, essendone ristretto lo spazio dal rissoso intreccio delle asserzioni dei cantori dei provvisori detentori dei poteri di decisione delle *policy*, che, per dispiegare il loro canto, debbono farsi dimentichi delle proprie specifiche competenze).

Quanto ai costituzionalisti, in quest'opera di aggiornamento delle categorie, essi possono muovere da un sedimento, sul quale spesso si rinuncia a fare appoggio, per poi relativizzare e indebolire la capacità conformativa delle disposizioni costituzionali incidenti sulle relazioni economiche, in cui è visibile la stretta relazione genetica, nel caso italiano, tra regolazione economica e teoria e dommatica della Costituzione.

⁵ P. CIOCCA, *Diritto ed economia: intersezioni*, in *Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, n.1, Napoli 2004, 42. Sul versante concettuale opposto, Ciocca colloca Rudolph Stammler, secondo il quale, operando sul fattore giuridico, si può plasmare e guidare l'economia, ma avverte che quest'autore non ha un grande *impact factor* tra gli economisti (e forse Ciocca non se ne dovrebbe sorprendere, essendo Stammler un neo-kantiano, teorico delle categorie giuridiche *a priori*, al cospetto delle pulsioni empiriciste degli economisti).

Santi Romano, nella prolusione pisana del 1909, guarda alla nuova realtà dello Stato, fatta di «... federazioni o sindacati di operai, sindacati padronali, industriali mercantili, di agrari, di funzionari [...] società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza»⁶. Una realtà di attori economici, composta nello Stato moderno, «stupenda creazione del diritto»⁷.

E lo Stato moderno è regolatore giuridico dei rapporti economici. Esso non può permettersi di «lasciare che gli interessi economici si organizzino e si consocino in piena autonomia», poiché, se lo facesse, ciò «potrebbe avere un effetto esiziale, di decomposizione dello Stato stesso. Bisogna quindi ricondurre quella realtà entro un ordine giuridicamente apprezzabile»⁸. Perciò l'economia è – deve essere – oggetto di regola giuridica; e quando si afferma, faticosamente dapprima, il primato della Costituzione, deve essere anzitutto oggetto di regola costituzionale.

Quest'esigenza – tratto permanente nei rapporti tra sistemi giuridici ed economia, e fattore genetico, con le sue specificità, anche nel caso italiano – rimane dunque ferma, per quanto si passi dalla costruzione orlandiana e dalle successive codificazioni, all'età della Costituzione e poi delle decodificazioni (con il *deficit* di «razionalità giuridica» rilevato da Natalino Irti⁹).

3. Regolazione giuridica dell'economia

Ma che cosa chiede oggi l'economica alla regolazione giuridica? Cosa chiede alla Costituzione? Quale specifica domanda di regolazione proviene da quella «stupenda creazione del diritto»?

La risposta generale è: l'economia chiede certezza.

È da un paio di secoli che l'economia-mondo si è affermata come economia capitalistica di mercato in maniera pressoché generalizzata. E, in questi due secoli, i risultati complessivi quanto ai livelli di benessere della popolazione mondiale globalmente considerata, sono stati di grande rilievo, poiché il prodotto interno lordo e il reddito *pro capite* sono aumentati ben più del tasso di incremento della popolazione, falsificando la bronzea legge malthusiana della fissità dei livelli di benessere nel tempo¹⁰. Ma questa crescita è stata irregolare, perché funestata da periodiche crisi distruttive. Soprattutto, è stata diseguale, diseguale all'interno di singole parti del mondo e tra parti del mondo. La diseguaglianza ha generato l'instabilità dei sistemi politici – e l'instabilità politica non conferisce alle sorti dell'economia – suscitando fenomeni che manifestano su di essi una pressione crescente, con effetti di grave squilibrio: sui versanti interni, i populismi; su scala globale, le migrazioni.

⁶ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano 1969, 12.

⁷ *Ibidem*.

⁸ M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione: l'esperienza del Novecento*, 2012, www.treccani.it.

⁹ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1999 (prima ed. 1979).

¹⁰ P. CIOCCA, op. cit., 39 s.

Accanto a ciò, si consideri che, in questa fase della storia, le dinamiche economiche sono determinate, più ancora che dallo stato dei fondamentali, dalle aspettative e dai convincimenti che determinano gli *animal spirits* degli attori economici¹¹. E ciò è in sé fonte di instabilità e genera un effetto di incalcolabile fluidità del sistema economico, poiché induce comportamenti fondati sulla previsione, a base puramente soggettiva, di quelle che potrebbero essere le aspettative medie. Secondo Keynes, questo problema strutturale e sistemico deve essere affrontato con istituzioni, norme e convenzioni¹². Cioè con la regolazione giuridica.

Keynes si riferiva alle economie conosciute nel suo tempo. Ma gli odierni sviluppi confermano pienamente la perdurante validità della sua costruzione.

Il fattore nuovo, proprio del tempo presente, che non poteva essere percepito appieno quando la costruzione keynesiana veniva proposta, è nella concomitanza tra bisogno crescente di regolazione dell'economia e capacità decrescente dei sistemi politici a produrla¹³: lo si potrebbe definire il “paradosso istituzionale” dell'economia, che deriva dalla perdita talvolta drammatica di razionalità dei sistemi normativi, e dalla difficoltà a recuperarla, alla quale la teoria del diritto non ha mancato di reagire con pregevoli proposte ricostruttive, senza riuscire tuttavia a orientare a comportamenti più virtuosi le sedi della decisione politica.

4. Riduzionismo costituzionale e attualità della “Costituzione economica”

In Italia, il “paradosso istituzionale” è reso più radicale e più difficile da sciogliere dalla singolare perdurante fortuna arrisa all'assunto – accattivante nel rendimento retorico quanto incerto nel fondamento – secondo il quale la Costituzione economica (intesa nel «primo senso» sopra richiamato di «formula riassuntiva delle norme costituzionali in senso formale») sarebbe segnata irrimediabilmente dal ritardo culturale dei *framer* quanto all'acquisizione del concetto stesso di mercato, e dal «sentimento misto» a base ideologica nei confronti di questo: ne sarebbe sortita una costruzione «che si muove tra neocorporativismo e larvato dirigismo», arretrata alla nascita, e mai all'altezza dei tempi¹⁴.

¹¹ Sulle aspettative, J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, interest and Money*, Londra 1936, tr. it. *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino 1971, cap. XII.

¹² Cfr. I. VISCO, *Sul ruolo delle aspettative nell'economia di Keynes e in quella di oggi*, intervento al Convegno internazionale *Gli economisti postkeynesiani di Cambridge e l'Italia*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 11-12 marzo 2009, in www.bancaditalia.it.

¹³ In tema, da ultimo, G. LEGNINI, D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma 2019, 37 ss.

¹⁴ Cfr. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, relazione in *Atti del Convegno AIC sul tema “La Costituzione economica”*, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova 1997. Questa posizione va collocata anche nella polemica, a quel tempo attuale, sullo scostamento delle politiche economiche dal modello di «economia mista» (sul caratteri del modello accolto dai costituenti, cfr. A. PAPA, *Passato e (incerto) futuro delle “nazionalizzazioni” tra dettato costituzionale e principi europei*), in questo numero, intravvisto nella Costituzione, scostamento avallato da un «oltranzismo

Un simile giudizio è probabilmente riduttivo già con riferimento ai caratteri originari.

Ma soprattutto legittima la rinuncia a rinvenire nelle norme costituzionali sui rapporti economici un quadro di parametri quanto alle relazioni economiche utile ad orientarne una regolazione efficace: in Italia, il richiamo di Keynes a modellare con istituzioni e norme gli *animal spirits* sarebbe dunque destinate a cadere nel vuoto al massimo livello, al livello costituzionale, per inadeguatezza del Titolo III della Parte I.

E invece la modernità del quadro ordinamentale in materia economica va colta – lo si è detto in avvio – collocando tali disposti nel complessivo sistema che la Costituzione disegna: se ne dimostra, in tal modo, la perdurante adeguatezza a fronteggiare le “naturali” anarchia, incertezza, iniquità delle relazioni economiche. Da questo punto di vista, “moderna” è la funzionalizzazione della proprietà – che i costituenti si trovano dinnanzi come «terribile diritto»¹⁵, e regolano quasi come un potere, cioè mettendo in primo piano i profili di doverosità indistricabili dall’esercizio del diritto – e dell’iniziativa economica privata. “Moderna” è la centralità data al lavoro, poiché i processi di meccanizzazione e le nuove tecnologie, con la sostituzione del lavoro umano, non solo routinario ma anche implicante competenze cognitive sempre maggiori, sposta molti lavoratori di media professionalità verso mansioni a più basso valore aggiunto, rendendo crescente la disparità di reddito; il modello produttivo e la sua crisi inducono la precarizzazione del lavoro, la sua perdita di dignità; la considerazione delle migrazioni come un problema di ordine pubblico e perciò la rinuncia a politiche di regolazione dei flussi e di integrazione, producono, attraverso il ricatto dell’illegalità, un “esercito di riserva” a basso costo, soprattutto in alcuni comparti in alcune aree del Paese. La Costituzione, nella sua “modernità”, pone le modalità in cui questi processi si sviluppano fuori della legalità costituzionale; e pone fuori della legalità costituzionale il loro effetto: il blocco nella crescita e poi la regressione di produttività del lavoro e dei salari. Ma questo non è solo un problema costituzionale. È anche un problema economico di primario rilievo: le ragioni dell’economia e quelle della Costituzione impongono di affrontarlo, chiamando il decisore politico a

interpretativo» in senso «intensamente pubblicistico» della Costituzione economica, spinto al punto da legittimare la costruzione di uno «stato assistenziale inefficiente e corrotto» e di un «capitalismo in acre salsa partitocratica» (il lessico è quello di G. BOGNETTI, *La Costituzione economica. Interpretazione e proposte di riforma*, Milano 1993, spec. 3 ss.; l’approccio, in restituzioni verbali meno corrive, si era andato diffondendo): l’idea di norme costituzionali debolmente conformative valeva a togliere terreno a posizioni siffatte sul “tradimento” della Costituzione, tanto connotate in senso ideologico. I fatti si sarebbero presto incaricati di privare di senso i termini di quel confronto, soprattutto per il peso sempre maggiore, nello scenario delle Costituzioni economiche, dei fenomeni prodotti dall’economia finanziaria o a essa connessi, e per gli effetti di rimodellamento e omologazione derivanti dall’integrazione europea. E, tuttavia, quell’espedito argomentativo riduzionista è rimasto piuttosto largamente presente nel discorso sulla Costituzione economica in Italia.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013 (prima ed. 1981).

modificare in modo efficiente il quadro delle regole giuridiche e a porre in essere politiche di ampio respiro.

Certo non erano prevedibili i caratteri di finanziarizzazione dell'economia globale: ma la maggiore incertezza e la maggiore iniquità che ne sono derivate incontrano nella Costituzione ancora i principi e alcuni strumenti per fondare politiche adeguate a fronteggiarle.

Quanto ai caratteri più specifici del caso italiano, i costituenti ebbero molto chiara la debolezza strutturale dell'economia nazionale – e dunque lo svantaggio competitivo nel contesto internazionale e anzitutto europeo – derivante dalla «frattura»¹⁶ Nord-Sud, prefigurando gli strumenti per ricomporla. Ed è su questo terreno che si è prodotto il più autentico e vistoso scostamento dalla Costituzione nella vicenda repubblicana, poiché, nonostante il successo, in una prima fase, delle politiche di “intervento straordinario”, poi, in corrispondenza con un certo grado di degenerazione di questa modalità, si è preferito sopprimerle piuttosto che riformarle, e comunque non sono state poste in essere politiche di pari efficacia. Il disallineamento dalla Costituzione dev'essere parso così eclatante da indurre a cancellare il riferimento al Mezzogiorno contenuto nel terzo comma dell'art. 119 (lo si è fatto con l'art. 5 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3): se non si può porre rimedio alla violazione, se ne cancelli l'indizio testuale.

Ma, per quanto negata, quella frattura rimane il maggior problema italiano, con conseguenze di divaricazione economica, istituzionale, culturale: nel Mezzogiorno, a istituzioni storicamente «estrattive» fanno riscontro economie parimenti «estrattive»¹⁷, e il sistema conserva quei tratti generali di asimmetria e dunque di inefficienza che i costituenti avevano ben intravisto.

5. Nuovo economicismo regolativo e sorte del costituzionalismo

Ma l'atteggiamento “riduzionista” nella ricostruzione della base costituzionale vigente ha indotto a concepire, e ha talvolta facilitato, interventi di revisione, fino a far auspicare una nuova “Costituzione economica” formalizzata, e a leggere come dirompenti, in lacerante contrasto con l'ispirazione della Costituzione e con i principi in questa affermati piuttosto che in congruenza e in armonia con essi, alcune modificazioni introdotte: tanto può dirsi della revisione dell'art. 81, “sotto dettatura europea”¹⁸, che ha

¹⁶ Il lemma «frattura» è qui adoperato nel senso proprio al contesto analitico definito da S.M. LIPSET, S. ROKKAN, *Cleavage Structures, Party Systems and Voter Alignments: An Introduction*, in AA.VV., *Party Systems and Voter Alignments*, a cura di S.M. LIPSET e S. ROKKAN, New York 1967.

¹⁷ Cfr., per tali categorie, E. FELICE, *Perché il Sud è rimasto indietro*, Bologna 2013, che le applica al caso del Mezzogiorno d'Italia traendole da D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, New York 2012, trad. it. *Perché le nazioni falliscono. Alle origini di prosperità, potenza e povertà*, Milano 2013.

¹⁸ Sul complesso e contrastato processo di messa in opera del nuovo art. 81 Cost., l'intervento di Giampiero di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*.

irrigidito i meccanismi di bilancio, fino a rendere molto difficilmente praticabili politiche anticicliche¹⁹; e dell'introduzione, con la revisione dell'art. 116, c.3, della possibilità di riconoscere alle Regioni ordinarie «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», che, per la debolezza e per l'incultura invalse nelle sedi della decisione politica, ha potuto dare esca a una pressione – pervicace e non facile da contrastare – da parte dei ceti politico-istituzionali di alcune Regioni del Nord d'Italia, per ottenere una massiccio trasferimento di competenze e di risorse (*rectius*: di competenze purchessia al fine di ottenere le maggiori risorse possibili), a costo di cristallizzare le asimmetrie su base territoriale e, con esse, la frattura Nord-Sud, con effetti potenzialmente catastrofici per l'unità del Paese e per l'economica italiana. Laddove i costituenti pensarono alla regionalizzazione come a uno dei fattori di democratizzazione del Paese e come a uno strumento per ricomporre la frattura Nord-Sud, i “differenziatori dissolutivi”, del tutto estranei a quell'ispirazione, pensano di “abbandonare il Sud al suo destino”, coltivando l'illusione di piccole patrie economiche a Nord, e operano in forme che aspirano al plebiscitarismo e sono tali da pretermettere le sedi della rappresentanza politica nazionale.

«Ritardo culturale», «indeterminatezza», «sentimento misto nei confronti del mercato», «arretratezza dell'analisi»: tutte chiavi che non aprono la porta dell'utile lettura della Costituzione economica italiana.

E, insistendo nell'adoperare quelle chiavi, si perde di vista l'essenziale e «il nuovo».

Vi sono, invero, processi in atto che chiamano in causa molto radicalmente l'assetto costituzionale nazionale, a partire dalle relazioni economiche.

Sono sottoposti a pressione inedita gli strumenti che la Costituzione appresta con gli artt. 10 e 11 Cost., e, dopo la richiamata revisione del 2001, con l'art 117, c. 1, Cost.

Nel nuovo scenario che si è aperto, la Costituzione economica viene messa nuovamente alla prova; ne vengono in discussione i capisaldi, a partire dal concetto di sovranità che essa accoglie. Nuove possibili “estraneità” a essa compaiono all'orizzonte. E di nuovo si propone l'interrogativo di fondo: quanto

¹⁹ Questo eccesso di zelo revisionista ha come esito, piuttosto paradossale, lo spostamento delle politiche espansive in sede europea, considerate la restrizione del campo di decisione nazionale – per scelta del legislatore costituzionale – e la simultanea erosione, per motivi di contesto, dello spazio delle politiche monetarie sovranazionali. Invero, dalla BCE, alle prese col problema di far salire il tasso di inflazione attraverso l'incremento della disponibilità di danaro liquido per i singoli cittadini, proviene la condivisione di un approccio che integra intervento monetario (europeo: opzione *Helicopter Money*) e politiche fiscali (nazionali) (sul quale, cfr. *Dealing with the next downturn: from unconventional monetary policy to unprecedented policy coordination*, documento del BlackRock Investment Institute, Agosto 2019, in www.blackrock.com, in cui si legge della proposta di «*A soft form of coordination would help ensure that monetary and fiscal policy are both providing stimulus rather than working in opposite directions, as has often been the case in the post-crisis period. This experience suggests that there is room for a better policy – and yet simply hoping for such an outcome will probably not be enough*»). Orientamenti che non possono non rinfocolare il confronto e le tensioni in Europa circa i limiti dell'azione della BCE, tratti anche innanzi alla Corte di Giustizia UE (cfr. G. PITRUZZELLA, *Do Common Constitutional Traditions Matter in the Field of Regulated Markets?*, in questo numero), e una certa critica al ruolo che il suo Governatore ha fatto giocare all'istituto.

“conta” il diritto – il diritto in generale, il diritto costituzionale in ispecie – nelle relazioni economiche, nell’economia di mercato?

I termini di questa nuova frontiera sono stati ben messi in luce nella *lectio magistralis* tenuta da Mario Draghi a Bologna nel febbraio di quest’anno²⁰, che, muovendosi in una linea di estraneità al costituzionalismo come realizzato negli Stati nazionali, tuttavia al costituzionalismo pone alcuni dei maggiori problemi del tempo presente.

Afferma dunque Draghi che «la vera sovranità si riflette *non nel potere di fare le leggi, come vuole una definizione giuridica* [corsivo aggiunto], ma nel migliore controllo degli eventi in modo da corrispondere ai bisogni fondamentali dei cittadini». Tale «corrispondenza ai bisogni» consiste nell’assicurare «”la pace, la sicurezza e il pubblico bene del popolo”, secondo la definizione che John Locke ne dette nel 1690». Il controllo, in cui la «sovranità» consiste, non è garantito dalla «possibilità di agire in maniera indipendente»: in posizione di indipendenza dalle politiche economiche nazionali, di indipendenza dalle istituzioni sovranazionali. Al contrario, l’indipendenza (tale pretesa di indipendenza) comporta una perdita di «sovranità», nel senso proposto, poiché – atteso che la globalizzazione esiste, e che essa comporta la tendenza delle imprese transnazionali a influenzare la regolamentazione dei singoli Paesi con la minaccia di ricollocarsi altrove, scegliendo i sistemi fiscali più favorevoli e spostando flussi di reddito e attività intangibili – l’indipendenza conduce a un deficit di capacità regolative: il Paese che si fa indipendente, in ultima istanza, per poter avere accesso al mercato globale, o subisce le regole scritte da altri o si deve separare dai partner commerciali più importanti; perciò perde il controllo sul benessere dei cittadini, cioè la «sovranità».

Il discorso di Draghi è tutto rivolto contro i sovranismi, dei quali intende dimostrare l’irrazionalità e l’intrinseca contraddittorietà. E certo coglie nel segno.

Ma esso è debole quando, qualificata la sovranità in ragione del suo scopo – controllare gli eventi in modo da assicurare benessere – mette la sua definizione in alternativa a quella che assume come giuridica, commettendo un errore epistemologico, poiché la rende troppo ristretta e preliminare per poter consentire di ricostruire con accettabile precisione i tratti connotativi dei sistemi. Cioè: se lo scopo è «controllare gli eventi», è essenziale stabilire *come* ciò possa avvenire. E ciò può avvenire solo attraverso la regolazione giuridica, e anzitutto attraverso la regolazione giuridica costituzionale. Lo stesso Draghi, peraltro, finisce col chiamare in causa, come necessario all’integrazione economica, largamente compiuta, del «blocco» Unione Europea (che attrae, insieme agli altri due grandi «blocchi» – NAFTA e Asia – «la maggior parte del commercio mondiale»), un processo di costituzionalizzazione (purtroppo incompiuto

²⁰ M. DRAGHI, *La sovranità in un mondo globalizzato*, *lectio magistralis* in occasione del conferimento della laurea *ad honorem* in Giurisprudenza, Università di Bologna, 22 febbraio 2019, in www.ecb.europa.eu.

e contrastato), ove descrive la struttura istituzionale dell'Unione²¹, anche se non lo qualifica, e probabilmente non lo riconosce come tale, ascrivendolo a un contesto di generica *governance*. E non vede come proprio l'incompletezza di quel processo di costituzionalizzazione è il maggiore fattore dissolutivo dell'edificio europeo e il maggiore alimento dei sovranismi.

La sua posizione, anche per il particolare pregio dell'elaborazione culturale che la sostiene, è il paradigma di una nuova fede nella potenza autoregolativa dell'economica, con la quale il costituzionalismo deve confrontarsi, poiché essa è legittimata dalla particolare debolezza delle sedi politiche di produzione normativa.

Ed è incoraggiata dall'apparente efficienza di forme di produzione non statali e non orientate dalle Costituzioni: la produzione di un «diritto sconfinato»²², che asseconda la crescente necessità di integrazione dei mercati, e consiste in regole contrattuali corrispondenti a prassi internazionali uniformi. Modelli contrattuali internazionalmente diffusi, atipici dal punto di vista del diritto interno, e usi del commercio internazionale, cioè «pratiche che si affermano tra gli operatori del commercio internazionale», prendano o non prendano avvio da tali modelli contrattuali uniformi²³, sono rispettivamente redatti e considerati da *law firms*, studi professionali internazionali, che operano per conto di imprese multinazionali.

Le *law firms* pongono in essere un processo circolare di produzione normativa che le lega al committente e al complesso delle imprese alle quali il committente si collega in sistema: la formulazione dei modelli contrattuali può consistere nella sistemazione organica di prassi in atto, da consolidare; ma, a sua volta, la restituzione di tali prassi in contratti ne definisce la portata e la struttura normativa.

Ecco, dunque, la *lex mercatoria* del tempo presente: i moduli contrattuali sono prodotti dalle *law firms* nell'ambito di una relazione privatistica con i committenti, ma si affermano nell'uso generalizzato sulla base del riconoscimento che venga compiuto della buona strutturazione tecnica e della idoneità a regolare efficacemente i rapporti commerciali, della quale viene compiuta la verifica sul campo nell'ambito del contenzioso innanzi ai collegi dell'arbitrato internazionale. La generalizzazione tra gli operatori – cioè al di fuori del rapporto tra *law firm* e committente – qualifica i moduli contrattuali come «beni pubblici», cioè beni «che è impossibile distribuire in base al sistema del prezzo»²⁴. Si può perciò dire – si è detto – della *lex mercatoria* che essa, proprio in ragione del «carattere di imprenditorialità», funziona «anche in

²¹ Ivi: «... Nella struttura dell'Unione europea, le regole comuni vengono definite nel Consiglio e nel Parlamento europeo. La Commissione provvede a che siano rispettate, la Corte di giustizia europea assicura la protezione in caso siano violate. Per quel che riguarda i Paesi dell'area dell'euro, la vigilanza bancaria europea e l'autorità che presiede alla risoluzione delle banche contribuiscono a contenere gli effetti dell'instabilità finanziaria».

²² M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006.

²³ G. SAPUTELLI, *Stato, Unione europea e lex mercatoria*, *Quaderni ISSIRFA*, n. 25, Milano 2015, 100.

²⁴ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., 93.

maniera divergente dalla logica del mercato»; e – si è detto ancora – questo è un paradosso solo apparente, se si considerano insieme il «carattere universalistico del diritto» e il carattere ontologicamente aperto del mercato: il «diritto e i suoi strumenti sono di tutti»; il mercato è «per definizione una struttura “aperta” ... ogni restrizione mortificherebbe e restringerebbe la logica dello scambio di cui il mercato si alimenta e diventerebbe controproducente non solo per la complessiva dinamica del mercato, ma, di riflesso, anche per la parte che la provocasse»²⁵.

Questo concetto di universalizzazione non è riconducibile alle forme e alle categorie giuridiche nei loro connotati consolidati. Secondo il punto di vista “riduzionista”, in senso paneconomicista, la struttura “aperta” del mercato trascina il diritto a un tipo di universalizzazione cui riesce a imprimere le proprie connotazioni, conseguendo un equilibrio regolativo corrispondente alle esigenze degli attori.

Ma si tratta di un approccio ispirato a una visione meccanica delle cose e illusorio nella prospettiva.

In realtà la *lex mercatoria*, le sue dinamiche, si collocano nell’ambito di più generali processi di trasformazione che toccano gli ordinamenti giuridici, nelle dimensioni nazionali, sovranazionali e globali. Trasformazioni che chiamano severamente in causa il costituzionalismo, a partire dalla categoria centrale della rappresentanza politica, della sua tenuta.

Nella logica della *lex mercatoria*, il rapporto tra operatori economici e *law firms* è del tipo rappresentanza privatistica, il cui oggetto è la produzione di norme, sia nel modo della traduzione in enunciati di usi già formati sia nel modo della creazione di disposti *ex novo*, non collegate a usi. Dunque, vi sono due processi di produzione normativa, connessi ma distinti: quello che conduce al formarsi delle consuetudini che regolano il commercio internazionale; quello condotto dalla *law firms*. L’investitura di queste ultime nella loro funzione di produzione normativa avviene per volontà di un novero ristretto di operatori economici per le conoscenze di cui si ritiene esse possano disporre; e tale investitura può essere revocata in ragione delle valutazioni che gli stessi operatori possano compiere della validità dell’operato da essi commesso. Si tratta di pura investitura, in cui non v’è controllo permanente “di operazione” sulle attività delle *law firms*, e atteggiamento responsivo di queste; salvo la decisione dissolutiva della revoca, per propria natura estrema e “costosa”. Il rapporto tra operatori economici e *law firms*, poi, è tendenzialmente diseguale, poiché trova espressione nel contratto, la cui struttura è tale da consolidare i rapporti di forza, non da riequilibrarli: per i soggetti operanti nell’ambito della *lex mercatoria*, la diseguaglianza è un dato da regolare, non un fattore di squilibrio da eliminare²⁶.

A partire da questo nucleo “contrattualizzato” originario, il processo di produzione normativa si sviluppa con l’estensione a soggetti a esso esterni, attraverso l’adozione da parte di essi dei moduli contrattuali

²⁵ Ivi, 93 s.

²⁶ Ivi, 91.

definiti dalle *law firms*. Tali soggetti esterni sono destinatari della norma, ma hanno contribuito a determinarla; e solo in apparenza la loro adesione è “libera”, poiché la sottoposizione alla norma così formata è condizione di ammissione al mercato di beni e servizi.

Ma v'è un terzo processo di produzione che si innesta sui due così identificati: è quello guidato dai collegi dell'arbitrato internazionale, cui è affidata la soluzione delle controversie circa l'osservanza dei contenuti contrattuali determinati dalle *law firms*. Tali collegi sono investiti nella funzione unicamente sulla base del dimostrato possesso di conoscenze e del personale prestigio dei componenti²⁷. È il credito di cui godono a legittimarli e a garantire un alto grado di accettazione dei loro responsi. Ne deriva una “costrizione” all'imparzialità, che induce i collegi a formare giurisprudenze, su base quanto più strettamente tecnica e di cui sia evidente l'ispirazione a razionalità giuridica, e a sentirsi vincolati al precedente²⁸.

E poiché i precedenti sono ricostruiti valendosi delle raccolte dei lodi, e i collegi, in ragione del fondamento della loro investitura, danno ampiamente campo alla ricostruzione teorica e ai riferimenti dottrinali²⁹, ne deriva che il sistema di produzione si avvicina al ceppo di *common law*, e che il diritto degli arbitrati internazionali è diritto giurisprudenziale, ma è anche diritto di “sapienti”.

Solo in ultima istanza, in casi estremi di “fallimento” di una modalità di produzione che basta a se stessa nel proprio ambito, la sanzione per l'inosservanza della norma sarà ottenuta ricorrendo al sistema coercitivo di un singolo Stato nazionale, senza che ciò possa valere a inglobare in esso la *lex mercatoria*, che rimarrà pur sempre ordinamento distinto da ciascuno degli ordinamenti statali.

Ora, non v'è nulla che riporti questo tipo di produzione e il tipo di ordinamento in cui esso si colloca al costituzionalismo e alle Costituzioni democratiche consolidate nei contesti nazionali.

Poiché, tuttavia, questi modi di produzione “privata” del diritto, da parte di gruppi ristretti di operatori che li impongono a una comunità più ampia attraverso la decisione sull'inclusione/esclusione, consolidando rapporti di dominio o creandone di nuovi, in violazione del principio cardine di ogni assetto ispirato a democrazia, secondo il quale la legittimazione dei governanti (fonti soggettive delle norme) si fonda sull'investitura nel potere da parte dei governati, e negando la disegualianza come problema, il costituzionalismo è chiamato a raccogliere la sfida della propria universalizzazione, per divenire a propria volta “sconfinato”.

Ma tale nuovo orizzonte lascia solo intravedere territori ancora inesplorati e forme da definire secondo una nuova, più complessa, razionalità.

²⁷ Ivi, 88.

²⁸ Cfr. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti nel commercio internazionale*, Padova 2003, 247 ss.

²⁹ Ivi, 249, nota 258.