

# Capitolo I

## *La Costituzione economica europea*

SOMMARIO: 1. Il mercato interno. – 2. L’armonizzazione delle disposizioni nazionali. – 3. L’art. 3, par. 3, TUE ed i principi economici dell’ordoliberalismo. – 4. La progressiva liberalizzazione dei capitali e la conseguente privatizzazione dei meccanismi di controllo. – 5. I fondi salva Stati e l’attenuazione del principio di responsabilità. – 6. L’applicazione flessibile delle regole in materia di aiuti di Stato. – 7. Le conseguenze di questo approccio sul rapporto tra diritti sociali e libertà economiche nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 8. Conclusioni: il significato attuale dell’economia sociale di mercato nell’ordinamento europeo. – Bibliografia.

### 1. Il mercato interno

Il fondamento del sistema economico europeo è indubbiamente rappresentato dalla creazione del mercato interno. Esso costituisce lo strumento che venne inizialmente ideato per la gestione degli aiuti statunitensi<sup>1</sup> e che, tuttora, rappresenta il maggior risultato conseguito dalla Comunità economica europea nel corso della sua evoluzione. Il mercato interno è il risvolto economico del disegno ideato dai padri fondatori, consistente nell’istituzione di un’organizzazione internazionale che si poneva come scopo mediato il conseguimento di un prolungato periodo di pace in Europa.

Come è noto, la dizione “*mercato interno*” non era presente nel testo del Trattato CEE<sup>2</sup>, il quale faceva piuttosto riferimento al “mercato comune” (art. 8), intendendo con tale formula la totale abolizione delle restrizioni alla libera circolazione dei principali fattori produttivi: merci, persone, servizi e capitali. La nozione di mer-

---

<sup>1</sup> La legge istitutiva dello *European Recovery Plan* (ERP; anche noto come Piano Marshall, dal nome del ministro statunitense proponente) del 1947 proponeva agli Stati europei di creare un mercato unico, sul modello di quello statunitense. Di fatto detti aiuti vennero inizialmente gestiti all’interno dell’OECE (Organizzazione per la cooperazione economica europea); e solo a partire dal 1950, si concretizzò l’idea di creare un’organizzazione a carattere sovranazionale, con la creazione della CECA (v. FAURI, *L’Unione europea. Una storia economica*, Bologna, 2017, pp. 36 s. e 91 ss.).

<sup>2</sup> Trattato che istituisce la Comunità economica europea (Trattato CEE), firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958. Per l’Italia v. la l. 14 ottobre 1957, n. 1203, in *GU*, 23 dicembre 1957, n. 317, S.O.

cato interno venne infatti per la prima volta utilizzata dalla Commissione europea nel *Libro Bianco sul completamento del mercato interno* che venne predisposto in vista del Consiglio europeo di Milano del 28 e 29 giugno 1985 e che condusse alla stipulazione dell'Atto Unico europeo del 1986<sup>3</sup>.

In realtà, nonostante le tesi inizialmente prospettate circa una supposta distinzione tra le due formulazioni (mercato comune ovvero interno), la Corte di giustizia considerò rapidamente tali dizioni come equipollenti. Nella sentenza *Schul*<sup>4</sup>, la Corte affermò infatti che: «(l)a nozione di mercato comune, elaborata dalla Corte nella sua costante giurisprudenza, mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno. È importante che i vantaggi di tale mercato siano garantiti, oltre che ai commercianti di professione, anche ai privati che si trovino a intraprendere operazioni economiche oltre le frontiere nazionali».

L'Atto unico europeo tradusse poi la nozione di mercato interno nell'art. 8 A, secondo cui «*Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato*». Tale disposizione è stata, infine, trasfusa senza modifiche nell'attuale art. 26 TFUE. Il mercato interno è poi ulteriormente richiamato nell'ambito dell'art. 3, par. 3, TFUE, disposizione – quest'ultima – che costituisce la base del sistema economico europeo.

È quindi evidente che la nozione di mercato comune e quella di mercato interno siano utilizzate in maniera generica dalla Corte e che, da un punto di vista giuridico, abbia verosimilmente poco senso individuare distinzioni all'interno di un concetto unitario. Il ricorso alla nuova formula (mercato “interno”, piuttosto che comune) nei documenti della Commissione, era quindi essenzialmente dovuta a ragioni non giuridiche ovvero all'impatto che la stessa avrebbe suscitato negli operatori economici. In altri termini, il commercio “**tra**” **gli Stati membri**, anche a fronte dell'incremento delle competenze che l'Atto unico europeo mirava ad attuare, tendeva sempre più ad assomigliare ad un mercato nazionale: ad essa pertanto bene si addiceva la dizione di mercato interno. È la tecnica alla quale il legislatore europeo ha fatto sovente ricorso nel corso della sua storia, di anticipare gli eventi nella formulazione delle disposizioni rilevanti, in modo da agevolarne la realizzazione concreta.

Nonostante l'impatto psicologico suscitato dalla formula utilizzata, è evidente che il mercato unico presenti tuttora una dimensione transnazionale. D'altro canto, le stesse previsioni costitutive del mercato interno fanno chiaramente riferimento a tale assetto dei rapporti commerciali all'interno dell'Unione europea. Il Trattato vieta, infatti, le restrizioni quantitative e le misure d'effetto equivalente *fra gli Stati membri* (artt. 34-35 TFUE); assicura la libera circolazione dei lavoratori *all'interno dell'Unione* (art. 45 TFUE); vieta le intese che possano impedire, restringere la con-

---

<sup>3</sup> Atto unico europeo, firmato a Lussemburgo, il 17 febbraio 1986 e, a L'Aja, il 28 febbraio 1986, riprodotto in *GUCE*, L 169/20, 29 giugno 1987, p. 1.

<sup>4</sup> Sentenza 5 maggio 1982, causa 15/81, *Schul*, in *Racc.*, p. 1409, punto 33.

correnza e che possano pregiudicare il commercio *tra Stati membri* (art. 101 TFUE) e vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, nella misura in cui questa possa essere pregiudizievole *al commercio tra Stati membri* (art. 102 TFUE). La dimensione transnazionale del mercato interno rileva, poi, a tal punto, che essa finisce talvolta per condizionare non solo le disposizioni pattizie, ma pure la legislazione derivata. Anche le disposizioni adottate dalle istituzioni, con l'eccezione di quelle adottate nell'ambito della politica di ravvicinamento delle legislazioni (v., *infra*, par. 2), tendono infatti ad applicarsi prevalentemente alle situazioni transfrontaliere, mentre producono generalmente effetti di minore portata all'interno dei singoli Stati membri.

Il mercato interno, nel suo assetto transnazionale, è definito essenzialmente con riferimento alle quattro libertà fondamentali. Esse costituiscono i presupposti necessari per la produzione e lo scambio di beni e servizi (merci, persone, servizi e capitali). Nonostante il Trattato istitutivo utilizzi il termine "libertà", le stesse devono essere considerate alla stregua di veri e propri diritti fondamentali, che devono – come tali – essere garantiti ai singoli individui. Tanto è vero che, seppure in diversi momenti, le disposizioni del Trattato sono state ritenute produttive di **effetti diretti** (v., *infra*, capp. II, III, IV). Da tale assetto, la Corte di giustizia ha poi tratto l'ulteriore conseguenza che, trattandosi di diritti fondamentali, le eccezioni al loro funzionamento devono essere interpretate in maniera restrittiva, in modo da espandere il più possibile la sfera di incidenza delle disposizioni pattizie.

Il Trattato non stabilisce alcun ordine gerarchico tra le quattro libertà, anche se, dal punto di vista sistematico e storico, la libera circolazione delle merci presenta una sorta di prevalenza originaria. Sia per la collocazione sistematica (è la prima delle libertà fondamentali), sia perché gli interventi normativi per la sua realizzazione si collocano nei primi anni settanta. Per la libertà di circolazione delle persone, gli interventi più rilevanti – se si prescinde dal reg. n. 1408/1971, sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti – si situano, invece, eminentemente alla fine degli anni ottanta. Ancor più tardi si colloca la realizzazione dei servizi, per i quali, le principali direttive sono state emanate nella seconda metà degli anni ottanta. Per i capitali, infine, la liberalizzazione completa è avvenuta solo alla fine degli anni ottanta ed è stata codificata, a livello di norme primarie, solo con il Trattato di Maastricht del 1992<sup>5</sup>.

Nonostante che le libertà fondamentali siano, per una parte rilevante, già realizzate, le relazioni economiche tra gli Stati continuano a svilupparsi nel mercato interno, il quale rappresenta tuttora il punto focale del sistema economico europeo. Tanto è vero che anche gli ulteriori settori normativi che vengono presi in considerazione nel presente lavoro sono indubbiamente collegati al funzionamento del mercato tra gli Stati membri. La politica commerciale comune costituisce la proiezione esterna del mercato unico. La politica antitrust serve, almeno nelle intenzioni iniziali dei redattori, per evitare che i privati possano reintrodurre nel funzionamento

---

<sup>5</sup> Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, in *GU*, C 191, 29 luglio 1992, p. 1. Sulla libera circolazione dei capitali, v. *infra*, cap. IV.

del mercato intraeuropeo quei confini nazionali che la libera circolazione delle merci ha inteso eliminare nei confronti degli Stati. Gli appalti pubblici sono a propria volta collegati con il funzionamento della concorrenza, in quanto mirano ad evitare che le imprese nazionali vengano favorite nei rapporti negoziali con le autorità pubbliche e ricevano, per tale via, sovvenzioni. L'Unione economica e monetaria costituisce, infine, l'evoluzione della libera circolazione dei capitali, dal momento che quest'ultima è indubbiamente agevolata se la moneta è la stessa tra tutti i paesi partecipanti. L'introduzione di una moneta unica muove infatti dal presupposto che la circolazione dei capitali sia completamente liberalizzata, altrimenti poco senso avrebbe la creazione di istituzioni capaci di gestire la politica monetaria e che siano in grado di garantire la regolarità dei flussi monetari tra i paesi partecipanti all'eurozona.

Il mercato interno rientra nel novero delle competenze **concorrenti**. Sul piano teorico, gli Stati dovrebbero, quindi, godere di un certo margine di manovra. Invece la possibilità di dipartirsi dalle regole di base è ormai alquanto ristretta. Il Trattato prevede, infatti, solo due deroghe generali al funzionamento del mercato interno. Nell'ambito delle singole libertà sono poi contenute ulteriori deroghe specifiche. Tali disposizioni sono diversificate tra i vari settori normativi (anche se ovviamente sussiste una certa uniformità di fondo tra i criteri impiegati) e saranno pertanto oggetto di esame all'interno dei singoli capitoli.

Le deroghe generali sono contenute negli artt. 346 e 347 TFUE, i quali prevedono che uno Stato membro possa sempre far valere i propri interessi fondamentali in relazione alla tutela della sicurezza ovvero in ipotesi di disordini interni, di stato di guerra e, infine, per il rispetto degli impegni assunti per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Gli Stati membri sono autorizzati ad adottare le misure necessarie per la tutela di questi obiettivi, ma devono consultarsi con la Commissione al fine di attenuare gli effetti negativi che queste possono arrecare al funzionamento del mercato comune. È infine opportuno porre in rilievo che, nel caso in cui gli Stati membri abusino delle prerogative loro spettanti in virtù delle predette disposizioni, la Commissione ovvero un altro Stato membro, possono convenire il paese autore dell'abuso davanti alla Corte di giustizia, senza bisogno di passare per la fase precontenziosa (prevista, in via generale, dall'art. 258 TFUE come fase che precede il ricorso per infrazione propriamente detto)<sup>6</sup>.

## 2. L'armonizzazione delle disposizioni nazionali

Il mercato interno è stato realizzato eminentemente attraverso l'attività ermeneutica della Corte di giustizia che ha cercato di attribuire la massima efficacia alle

---

<sup>6</sup> Anche se poi, nella prassi, la Commissione tende a seguire un procedimento unitario (ivi inclusa la fase precontenziosa), a prescindere da quale sia l'eccezione invocata dallo Stato; prescindendo, pertanto, dal fatto che la disposizione di riferimento sia costituita dall'art. 258 ovvero dall'art. 348 TFUE (v., in via esemplificativa, la sentenza della Corte 20 marzo 2018, causa C-187/16, *Commissione europea contro Repubblica d'Austria*, ECLI:EU:C:2018:194, punti 35 ss.).

disposizioni del Trattato istitutivo. In determinate situazioni, tuttavia, non è sufficiente fare ricorso alle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per garantire l'evoluzione del processo di integrazione.

In questo contesto, le istituzioni hanno fatto sovente riferimento, per eliminare le differenze normative esistenti tra gli ordinamenti degli Stati membri che potevano costituire un ostacolo alla piena realizzazione del mercato interno, alla c.d. politica di **ravvicinamento delle legislazioni**.

Il Trattato, in realtà, non definisce la nozione di ravvicinamento delle legislazioni. Nella prassi è stata abitualmente ricompresa in tale ambito l'attività di coordinamento delle previsioni esistenti negli ordinamenti nazionali, la quale, senza implicare necessariamente una completa uniformazione, consente comunque di rendere gli ordinamenti nazionali sufficientemente compatibili, in modo da attenuare le disomogeneità suscettibili di creare ostacoli alla circolazione dei fattori produttivi. Abitualmente si distinguono le varie normative adottate dalle istituzioni europee, nell'ambito dell'attività diretta al ravvicinamento delle legislazioni, a seconda del grado di armonizzazione (totale, parziale e, infine, minimale) ovvero in funzione del livello di discrezionalità residua lasciata agli Stati membri e della possibilità di questi ultimi di discostarsi dalle previsioni adottate dalle istituzioni.

La disposizione più importante e più frequentemente utilizzata nella prassi, nell'ambito del capo 3 del titolo VII del TFUE, dedicato appunto al ravvicinamento, è l'art. 114 TFUE, il quale prevede che le previsioni vengano adottate attraverso il ricorso alla procedura legislativa ordinaria. Benché l'art. 114 TFUE non precisi quale sia la tipologia di atto e ben potendo le istituzioni europee adottare regolamenti, di regola la politica di armonizzazione presuppone l'emanazione di direttive, anche se talora del genere delle direttive dettagliate (che, quindi, lasciano uno scarso margine discrezionale allo Stato membro al momento della ricezione).

I presupposti per il ricorso all'art. 114 TFUE sono stati interpretati in maniera alquanto estensiva nella prassi. La previsione stessa si limita a richiamare, nell'*incipit*, la realizzazione del mercato interno: in sostanza, quindi, le quattro libertà fondamentali. Di fatto occorre che le difformità esistenti nelle normative nazionali incidano direttamente sulla creazione di detto spazio. Oggetto dell'intervento normativo è qualunque tipo di disposizione nazionale, a prescindere dalla tipologia (leggi o regolamenti o prassi amministrative) ovvero dal rango delle stesse.

Nonostante tale ampio margine di manovra, il potere legislativo riconosciuto alle istituzioni europee sulla base della disposizione da ultimo menzionata non è tuttavia illimitato. Al riguardo conviene distinguere tra limiti generali e limiti speciali.

Tra i primi occorre che le previsioni abbiano ad oggetto ovvero si prefiggano lo scopo di migliorare le condizioni di funzionamento del mercato interno. Inoltre le misure sono soggette, al pari d'altro canto di tutte le normative adottate dalle istituzioni europee, ai consueti limiti di proporzionalità e sussidiarietà<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> V., in via esemplificativa, le sentenze della Corte 14 dicembre 2004, C-210/03, *Swedish Match*, in *Racc.*, p. I-11893, punto 47 e 19 dicembre 2018, causa C-375/17, *Stanley International Betting*, ECLI:EU:C:2018:1026, punti 76-78.

Per quanto concerne i limiti specifici, è opportuno ricordare che: *a)* si può fare ricorso all'art. 114 TFUE se non vi sono altre disposizioni nell'ambito del Trattato (anche se nella prassi avviene con frequenza che le istituzioni europee utilizzino come base giuridica, in maniera congiunta, sia l'art. 114, sia la disposizione concernente la libertà fondamentale più strettamente connessa con la misura che intendono adottare); *b)* non si può utilizzare tale disposizione come base giuridica in materia fiscale, di libera circolazione delle persone e di tutela dei lavoratori dipendenti; *c)* le disposizioni devono fondarsi su un livello di protezione adeguato, tenuto conto degli sviluppi fondati su riscontri scientifici, allorché si tratti di interventi in materia di sanità, di sicurezza, di protezione dell'ambiente e dei consumatori (art. 114, par. 3, TFUE).

Accanto a queste deroghe di natura, per così dire, preventiva, la norma in esame consente ai singoli Stati membri di intervenire *ex post*, pure a fronte di una normativa di armonizzazione. A tal fine essi possono mantenere normative difformi purché esse siano giustificate alla luce delle esigenze previste dall'art. 36 TFUE (sul quale v. *infra*, cap. II, par. 5-6).

Nei casi di deroghe successive lo Stato può procedere unilateralmente, ma deve seguire una procedura specifica: deve notificare preventivamente alla Commissione la normativa che vuole mantenere o introdurre e deve ovviamente motivare la propria posizione. Entro sei mesi la Commissione può rigettare la richiesta dello Stato laddove la stessa risulti contraria al funzionamento del mercato interno; in caso contrario la disposizione nazionale si considera approvata.

Infine, nell'ipotesi in cui lo Stato membro abusi del potere di introdurre misure unilaterali, la Commissione ovvero un altro Stato membro può rivolgersi direttamente alla Corte, senza passare per la fase precontenziosa prevista per il procedimento di infrazione ordinario.

### 3. L'art. 3, par. 3, TUE ed i principi economici dell'ordoliberalismo

Proseguendo l'analisi dei presupposti della costituzione economica europea, all'art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea, si legge che la costruzione del mercato interno è basata su una crescita economica equilibrata, sulla stabilità dei prezzi (obiettivo che viene realizzato attraverso la creazione dell'Unione economica e monetaria: v. *infra*, cap. VIII) e «*su una economia sociale di mercato fortemente competitiva*».

La perifrasi riportata tra virgolette appare racchiudere due concetti contrapposti: mentre la nozione di economia sociale di mercato evoca l'idea di un sistema economico che miri non solo alla massimizzazione del profitto, ma che ponga attenzione anche alle esigenze delle classi più disagiate attraverso la realizzazione di adeguate strutture di protezione sociale<sup>8</sup>, la qualificazione della stessa come “*fortemente competitiva*” sembra, invero, contraddire tale assetto. La seconda parte del-

---

<sup>8</sup> V. DE PASQUALE, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 265 ss.

l'affermazione richiama, infatti, alla mente le idee liberiste che caratterizzarono lo sviluppo dell'economia statunitense a partire dagli anni sessanta del secolo scorso e che furono poste alla base della deregolamentazione normativa e della creazione di strutture capitalistiche di grandi dimensioni<sup>9</sup>.

Per pervenire ad una ricostruzione coerente, conviene pertanto scomporre l'espressione contenuta nel Trattato ed esaminarne partitamente le due componenti.

L'espressione "**economia sociale di mercato**" discende direttamente dalla dottrina tedesca ed in particolare da quella corrente di pensiero nota come Ordoliberalismo. Questa ideologia costituì il frutto del pensiero di un gruppo di studiosi che si radunò, a partire dalla fine degli anni trenta del ventesimo secolo, presso l'Università di Friburgo e che comprendeva al proprio interno giuristi, economisti e sociologi. Il termine ordoliberalismo discende poi dalla rivista denominata *ORDO*, che accolse molti degli scritti degli esponenti della c.d. "Scuola di Friburgo"<sup>10</sup>.

In estrema sintesi, l'ordoliberalismo si configurava come un autonomo sistema economico e sociale. Esso, al momento della nascita, si contrapponeva alla teoria economica allora imperante ed in particolare allo "storicismo". Quest'ultimo era, infatti, caratterizzato da una ricostruzione empirica degli eventi e da una accettazione passiva degli accadimenti. In altri termini, lo storicismo si limitava a registrare la nascita e lo sviluppo dei fattori suscettibili di influire sull'economia, ma non mirava a modificarne il corso. Il compito dello Stato, secondo l'impostazione storicistica, era infatti quello di interferire il meno possibile con il funzionamento dei meccanismi del mercato: tale teoria, pertanto, non si prefiggeva ideali da perseguire e, alla prova dei fatti, risultava inadeguata rispetto all'elaborazione di un sistema economico utile per la società.

Al contrario, l'ordoliberalismo mirava all'affermazione di un sistema economico caratterizzato da una profonda impronta moralistica e sociale. L'essenza dell'impostazione della Scuola di Friburgo era rappresentato dall'individuo e dall'eti-

---

<sup>9</sup> Abitualmente si ravvisa l'origine dell'interpretazione liberista tipica del diritto statunitense nella c.d. Scuola di Chicago ed in particolare nel pensiero di Coase e di Posner (economista il primo, giurista il secondo: v. rispettivamente COASE, *Law and Economics at Chicago*, in *Journal of Law and Economics*, 1993, p. 239 ss.; POSNER, *Antitrust Law: an Economic Perspective*, Chicago, 1976). Nella specie il principio cardine del pensiero degli studiosi appartenenti a tale Scuola, è riassumibile nell'idea della massimizzazione del benessere generale (*wealth maximization*). In tale ambito i consumatori rappresenterebbero gli utenti tipici dei traffici commerciali, rispetto ai quali deve venire commisurato il livello di soddisfazione. Secondo la Scuola di Chicago, la massimizzazione del benessere dei consumatori avviene attraverso la libera negoziazione e la stipulazione dei contratti, nei quali le parti si accordano in vista del reciproco interesse. In questa prospettiva, lo Stato dovrebbe intervenire solo nella misura in cui il mercato non riesca, a causa dell'esistenza di ostacoli, a consentire la libera fissazione dei prezzi e, per effetto di questo, il raggiungimento dello scopo della piena soddisfazione degli utenti finali (V. ESPOSITO, *Richard Posner: giudice, giurista, giurista, giurista, filosofo del diritto e "pragmatista"*, in POZZONI (a cura di), *Le varietà dei pragmatismi*, Villasanta, 2012, pp. 275-276; GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, vol. III, *Analisi economica del diritto*, 2ª ed., Torino, 2017, p. 16 ss.).

<sup>10</sup> Nella specie si tratta dell'annuario. Il titolo completo è: *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*. La rivista è stata fondata nel 1948 ed è tuttora in vita.

ca delle relazioni economiche. L'ordoliberalismo propugnava infatti la creazione di un sistema economico nel quale il benessere dell'individuo rivestiva una posizione centrale.

Abitualmente si identifica la nascita dell'ordoliberalismo con il manifesto del 1936 nel quale tre studiosi (Böhm, Eucken, Grossman-Dorth) ipotizzarono la fondazione di un sistema economico caratterizzato dai seguenti elementi<sup>11</sup>. Innanzitutto l'ordinamento economico deve essere disciplinato da regole rigide, preferibilmente di rango costituzionale, di modo che queste non siano agevolmente modificabili sulla base delle esigenze politiche e degli umori dell'elettorato (la c.d. "costituzione economica").

Tali regole formano un sistema eminentemente liberista, caratterizzato dalla prevalenza della libertà individuale. Il presupposto della libertà è il riconoscimento della proprietà personale. Il luogo nel quale le libertà individuali possono esplicarsi pienamente è il mercato: l'ordoliberalismo presuppone, infatti, il rigetto di qualunque impostazione economica statalistica.

Il mercato, tuttavia, non può essere abbandonato a se stesso, perché questo determinerebbe la prevalenza delle forze oligopoliste sulle classi economicamente più deboli. Lo Stato deve quindi intervenire apprestando delle regole idonee per garantire che le relazioni economiche si svolgano in maniera ordinata.

I compiti dello Stato sono essenzialmente catalogabili in tre diverse tipologie. Innanzitutto esso deve evitare la formazione di cartelli. Il ruolo dello Stato consiste quindi nel lasciare gli operatori liberi di svolgere le transazioni economiche, ma nell'intervenire per evitare che taluni abusino della libertà individuale loro riconosciuta dall'ordinamento, dando vita alla creazione di strutture monopolistiche. La disciplina della concorrenza è conseguentemente concepita come un "divieto" alle imprese di creare strutture anticompetitive che avrebbero l'effetto di precludere un'equa formazione dei prezzi e che, a lungo andare, si ritorcerebbero contro le classi meno avvantaggiate. Dal punto di vista dell'impostazione ordoliberale, la disciplina della concorrenza assolve, pertanto, essa stessa ad una funzione sociale<sup>12</sup>.

Naturalmente il contraltare della libertà è la "responsabilità" individuale, ivi incluso il rischio di incorrere nel fallimento per l'ipotesi in cui l'investimento prescelto non produca i frutti sperati. In altri termini, la base del sistema economico ordoliberale è rappresentata dalla responsabilità per le proprie azioni<sup>13</sup>.

Lo Stato, oltre a vietare i monopoli, deve poi intervenire nel mercato per creare delle strutture sociali efficienti in modo da tutelare i lavoratori contro il potere della

---

<sup>11</sup> BÖHM, EUCKEN, HGROSSMAN-DORTH, *Unsere Aufgabe*, in BÖHM (a cura di), *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart-Berlin, 1937, p. VII ss. e, in traduzione italiana, *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, riprodotto in FORTE, FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole*, Catanzaro, 2016, p. 3 ss.

<sup>12</sup> MÜLLER-ARMACK, *Soziale Marktwirtschaft*, in MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, 2. Aufl., Stuttgart, 1976 (spec. nel cap. II).

<sup>13</sup> Su questo punto BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, p. 75 ss.



parte datoriale e prevedere l'introduzione di un sistema di assicurazioni sociali che possano garantire l'individuo negli accadimenti della vita: e ciò proprio perché i fallimenti delle imprese sono eventi che possono accadere nel sistema ideato dalla Scuola friburghese.

Il terzo compito affidato allo Stato consiste, infine, nel mantenere i prezzi stabili, in modo da creare un ambiente favorevole al commercio, nel quale non vi siano incertezze, non dipendenti dalla propria volontà, circa il futuro<sup>14</sup>.

La traduzione dalla teoria alla pratica non fu immediata. I fondatori della Scuola di Friburgo, furono infatti osteggiati in vario modo dal nazismo<sup>15</sup>. L'impostazione ordoliberal e quella nazista contrastavano, infatti, sul ruolo da attribuire all'individuo e sulla necessità di evitare la creazione dei monopoli, che nell'ideologia nazista erano visti come strumento di affermazione della nazione. Fu così che, per la realizzazione delle idee ordoliberali, si dovette attendere la fine della Seconda guerra mondiale. L'attuazione pratica di tali obiettivi fu eminentemente merito di due politici che ricoprirono diverse cariche pubbliche nell'immediato dopoguerra. Costoro furono Erhard (che divenne ministro delle finanze nel 1949 nel governo Adenauer e, a propria volta cancelliere, nel 1963) e Müller-Armack (al quale si fa risalire il merito di avere utilizzato in un suo scritto il termine "economia sociale di mercato"<sup>16</sup>), i quali promossero una serie di riforme che contribuirono a plasmare la politica economica tedesca in termini ordoliberali<sup>17</sup>. Si ritiene infatti correntemente che il sistema ideato dall'ordoliberalismo sia responsabile del prorompente sviluppo economico tedesco (sovente considerato un vero e proprio *Wirtschaftswunder*) nei primi anni cinquanta del secolo scorso<sup>18</sup>. Anche se in realtà è risaputo che lo sviluppo economico della Germania, in tale lasso di tempo, era dovuto anche ad una serie di altri fattori, che non sono tuttavia tutti di stretta discendenza ordoliberalale. Detti fattori si possono compendiare nell'elevata produttività dell'industria tedesca, nel mantenimento di un livello salariale contenuto (seppure adeguato al tenore di vita della popolazione) e nel miglioramento del debito estero tedesco, a seguito del-

---

<sup>14</sup> Sui principi dell'ordoliberalismo, sinteticamente riportati nel testo, v. EUCKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 2, 1949, pp. 1 ss., spec. 32-62; ID., *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 1990, p. 254 ss.

<sup>15</sup> Al punto che alcuni esponenti della Scuola di Friburgo furono oggetto di persecuzioni; altri (tra i quali, Rüstow) dovettero emigrare all'estero (v. DREXL, *La Constitution économique européenne, l'actualité du modèle ordo-liberal*, in *Revue internationale du droit économique*, 2011, pp. 419 ss., 430, nota 33; F. FORTE, *Introduzione*, in FORTE, FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole*, cit., p. XXIX ss.).

<sup>16</sup> Si tratta del lavoro citato nella nota 8. Certamente il merito di Müller-Armack è stato di diffondere tale definizione nella letteratura economica. Sembra tuttavia che talune tracce dell'espressione si trovino anche in autori precedenti, tra i quali in particolare Harold Rasch (v. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Catanzaro, 2008, p. 47, il quale, tuttavia, non cita i lavori di Rasch nei quali si troverebbe l'espressione in questione).

<sup>17</sup> GOLDSCHMITT, WOHLGEMUTH, *Nascita ed eredità della tradizione friburghese dell'economia ordinamentale*, riprodotto in FORTE, FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole*, cit., p. 21 ss.

<sup>18</sup> HANS, MICKLITZ, *La constitution économique européenne revisitée. Introduction*, in *Revue internationale du droit économique*, 2011, pp. 411 ss., 412.

la cancellazione di gran parte di esso realizzata con l'accordo di Londra del 1953<sup>19</sup>.

Per quanto concerne l'ordinamento dell'Unione europea, il termine economia sociale di mercato non era presente nella versione originaria del Trattato CEE: esso compare per la prima volta nel progetto di Costituzione europea del 2004. Successivamente, dopo il fallimento referendario del Trattato costituzionale, l'espressione è stata inserita nel progetto di Trattato di Lisbona<sup>20</sup>, a quanto è dato sapere, proprio per l'intervento della delegazione tedesca. D'altro canto è noto come la stessa negoziazione del Trattato di Lisbona sia stata eminentemente opera della Cancelleria tedesca, la quale – a seguito del fallimento del Trattato costituzionale – avviò una serie di negoziati bilaterali con i partner europei per giungere ad una revisione complessiva dell'ordinamento sovranazionale.

Al di là dell'introduzione formale dell'espressione “economia sociale di mercato” nel Trattato, che è, appunto, avvenuta solo nel 2007, è comunque risaputo che la stessa configurazione del mercato interno è chiaramente frutto di una precisa scelta in senso ordoliberal da parte dei redattori del Trattato di Roma. Sintomatici di tale impostazione sono la disciplina della concorrenza attraverso regole rigide, dirette eminentemente ad istituire divieti allorché le strutture monopolistiche divengono di dimensioni così rilevanti da incidere negativamente sul funzionamento del mercato; così come discendono dall'impostazione friburghese l'impostazione liberista che caratterizza il funzionamento del mercato interno e l'istituzione di una banca centrale autonoma rispetto alle influenze del potere politico, alla quale è stato attribuito il compito di mantenere la stabilità dei prezzi come strumento di sicurezza economica e come garanzia di redditività degli investimenti<sup>21</sup>.

Frutto della concezione ordoliberal sono poi anche taluni degli sviluppi successivi del diritto dell'Unione europea, tra i quali si può verosimilmente annoverare anche la scelta, contenuta nel *Fiscal Compact*<sup>22</sup>, di inserire a livello costituzionale la regola del pareggio di bilancio<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> YOUNG, *German Ordoliberalism as Agenda Setter for the Euro Crisis: Myth Trumps Reality*, in *Journal of Contemporary European Studies*, 2014, p. 276 ss.; STOREY, *The Myth of Ordoliberalism*, consultabile on-line al sito [www.erc-europeanunions.eu](http://www.erc-europeanunions.eu), p. 8.

<sup>20</sup> Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007. Il testo è pubblicato in *GUUE*, C 306, 17 dicembre 2007, p. 1 ss. La versione consolidata è pubblicata in *GUUE*, C 115, 9 maggio 2008. Il Trattato è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

<sup>21</sup> Sull'influenza dei principi ordoliberali sulla conformazione dei Trattati istitutivi delle Comunità europee v. BASEDOW, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, Tübingen, 1992, p. 26 ss.; GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1994, p. 25 ss.; DREXL, *La Constitution économique européenne*, cit., p. 440.

<sup>22</sup> Il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'unione economica e monetaria, c.d. “Fiscal Compact”, è stato firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012. Per l'Italia v. la l. 23 luglio 2012, n. 114, Ratifica ed esecuzione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012, in *GU*, 28 luglio 2012, n. 175 – Suppl. ord. n. 160. V. *infra*, cap. VIII, par. 9.

<sup>23</sup> GORDILLO PÉREZ, CANEDO ARRILLAGA, *La Constitución económica de la Unión europea. Bases*

Quindi, l'impostazione originaria del Trattato istitutivo discende per una parte rilevante, ancor prima della modifica formale del testo dell'art. 3, par. 3, TUE, operata con il Trattato di Lisbona, dalle teorie elaborate dalla Scuola di Friburgo.

Altra cosa, tuttavia, è capire se realmente il sistema europeo risponda tuttora ad una concezione ordoliberal, intendendo con tale accezione anche oggi un sistema economico liberista, ma che risulti al tempo stesso controllato e disciplinato da un legislatore che interviene in funzione protettiva del mercato e con uno scopo redistributivo delle risorse a favore delle classi disagiate; ovvero se lo stesso non sia piuttosto frutto delle scelte operate dal mercato, che come tali possono, in talune circostanze, anche assumere un carattere di prevalenza rispetto alle esigenze sociali.

In tale bilanciamento entra verosimilmente in gioco l'altro elemento dell'espressione contenuta nell'art. 3, par. 3, TUE, menzionato all'inizio del paragrafo ("*fortemente competitiva*").

Al riguardo, conviene esaminare, nei paragrafi successivi quelle che, nella prassi comunitaria, sembrano costituire le più evidenti partizioni dall'idea originaria di un sistema economico equilibrato, nel quale lo Stato riveste comunque il ruolo di garante; e poi valutare in che modo esse abbiano influito sulla configurazione attuale della costituzione economica europea<sup>24</sup>.

#### **4. La progressiva liberalizzazione dei capitali e la conseguente privatizzazione dei meccanismi di controllo**

Nella concezione ordoliberal era essenzialmente lo Stato che controllava il libero esplicarsi delle forze operanti sul mercato e che, all'occorrenza, interveniva per correggerne i difetti. Nel sistema attuale, al contrario, si ha quasi l'impressione che è il mercato che ha il potere di controllare se stesso.

Il processo che ha condotto a questo assetto è verosimilmente iniziato con la liberalizzazione dei movimenti dei capitali, che a livello europeo è stata attuata con la direttiva 88/361/CEE, la quale sancì il principio secondo cui «Gli Stati membri sopprimono le restrizioni ai movimenti di capitali effettuati tra le persone residenti negli Stati membri»<sup>25</sup>. In conseguenza di ciò la liberalizzazione dei movimenti di capitali non fu più ancorata al finanziamento dei beni e servizi nel mercato comune, ma rappresentava un principio assoluto, che si applicava nei rapporti tra gli Stati membri e tra questi e i paesi terzi.

Sul piano internazionale, nel medesimo lasso temporale, la libera circolazione dei capitali veniva progressivamente liberalizzata grazie all'azione di altre organiz-

---

*de un modelo en constante evolución*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013, p. 174 (consultabile al sito <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>).

<sup>24</sup> Nel presente scritto diamo ovviamente per presupposta la nozione di "costituzione" come ricostruita dalla Corte di giustizia e sovente utilizzata, nella giurisprudenza europea, con riferimento a determinati caratteri propri dei Trattati istitutivi (v. CURTI GIALDINO, *Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 16/2018, pp. 1 ss., spec. 11 ss.).

<sup>25</sup> Art. 1, direttiva 1988/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato, in *GU*, L 178, 8 luglio 1988, pp. 5-18. Sulla libera circolazione dei capitali v., *infra*, cap. IV.

zazioni economiche regionali<sup>26</sup>. In questo contesto, l'Accordo sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi commerciali, che costituisce uno degli allegati all'Accordo OMC del 1994, si limitò, su questo specifico punto, a prendere atto di una liberalizzazione già realizzata nei fatti<sup>27</sup>.

Per effetto di tale liberalizzazione i capitali tendono a spostarsi verso gli Stati che offrono una tassazione più favorevole o che consentono la maggiore remunerazione del denaro investito<sup>28</sup>. A patto, ovviamente, che tale remunerazione del capitale non risulti eccessivamente rischiosa: in questo caso, gli investitori sono soliti richiedere un corrispettivo supplementare che consiste nella maggiore remunerazione per il c.d. rischio paese (ovvero per il rischio che uno Stato dichiari *default* e imponga dei tagli alle proprie obbligazioni sovrane). Alla luce di questa considerazione è agevole affermare che la supposta razionalità dei mercati, della quale si discute abitualmente nella letteratura economica, non è data tanto dalla scelta collettiva di un gruppo di risparmiatori, quanto piuttosto dalla sommatoria di una serie di scelte oculate degli investitori dotati delle maggiori capacità di spesa.

Lo stesso Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è concepito sul presupposto che siano i mercati ad essere responsabili del controllo delle politiche economiche nazionali, avendo inserito nel Trattato istitutivo la clausola di divieto di *bail-out*<sup>29</sup>. In altri termini, gli Stati, per effetto dei condizionamenti sovranazionali quali il vincolo di bilancio e a causa della volontaria sottoposizione a meccanismi di controllo privatistici, hanno sostanzialmente accettato una sostanziale riduzione di sovranità sulle proprie politiche economiche<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> AVESANI, *Integration in World Capital Market*, in FAINI, GRILLI (eds.), *Multilateralism and Regionalism after the Uruguay Round*, London, 1997, p. 161 ss., secondo il quale tale fenomeno è in parte anche dovuto al fatto che ormai i sistemi di pagamento internazionali rendevano estremamente difficile per gli Stati esercitare un pieno controllo sui movimenti di capitali.

<sup>27</sup> V. art. 1 dell'Accordo TRIM (*Trade Related Investment Measures*): «I membri si asterranno dall'applicare delle TRIM che siano incompatibili con le disposizioni dell'articolo III o dell'articolo XI del GATT 1994». L'Italia ha dato attuazione al complesso degli Accordi che compongono il sistema OMC con la l. 29 dicembre 1994, n. 747, in *GU*, serie gen., 10 gennaio 1995, n. 7.

<sup>28</sup> L'osservazione, come è noto, è dovuta a GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011.

<sup>29</sup> Anche detta clausola di “non-salvataggio”, consistente nel divieto per la Banca centrale europea e per le banche centrali nazionali di concedere prestiti o facilitazioni creditizie agli Stati membri e alle amministrazioni pubbliche, sia il divieto di accollo da parte dell'Unione ovvero di altri Stati membri dei debiti altrui (rispettivamente, artt. 125 e 123 TFUE; per l'interpretazione della Corte di dette clausole v. *infra*, cap. VIII). D'altronde, a tale ingerenza dei mercati assistiamo anche nel nostro paese, laddove a fronte della presentazione di una legge di stabilità che prevede un aumento della spesa corrente di circa un punto percentuale rispetto alle previsioni, i mercati hanno richiesto un maggiore tasso di interesse. Con la conseguenza che il c.d. *spread* (ovvero il divario tra il tasso di interesse che scontano i Buoni del tesoro italiani e i titoli di Stato tedeschi) ha di nuovo ripreso ad aumentare fino a raggiungere livelli di difficile sostenibilità (giovedì 31 ottobre 2018, lo *spread* sui titoli decennali, alla conclusione della giornata di contrattazioni, oscillava intorno a quota 300, corrispondente all'incirca ad un tasso di interesse di circa il 2,8 per cento in più dei titoli del tesoro tedeschi).

<sup>30</sup> Sul tema esiste ormai un'estesa letteratura. V. da ultimo DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *federalismi.it*, n. 21/2018, p. 3 ss.

Quindi, il meccanismo di controllo delle politiche economiche nazionali, prima ancora dell'esame che viene condotto dalla Commissione europea sul progetto di legge di bilancio nell'ambito del c.d. semestre europeo (v. *infra*, cap. VIII, par. 8), è affidato al mercato ovvero ai principali investitori finanziari. Costoro tendono poi ad orientare le proprie scelte in virtù di una valutazione del rischio paese effettuata dalle c.d. agenzie di *rating* ovvero di quelle società private autorizzate a svolgere tali valutazioni prognostiche dalla SEC (*Securities and Exchange Commission*) statunitense.

Trattandosi di società private, le agenzie di *rating* non sono insensibili agli interessi degli investitori: anzi, vi è generalmente una certa commistione tra le une e gli altri; o perlomeno sussiste un'indubbia comunanza di interessi, dal momento che, a partire dagli anni settanta del secolo scorso, le stesse agenzie sono finanziate dai medesimi enti che si rivolgono al mercato per ottenere finanziamenti. La credibilità delle agenzie di *rating*, nonostante taluni indubbi errori nel corso della gestione passata<sup>31</sup>, è quindi essenzialmente determinata dal mercato stesso e dal fatto che dette agenzie utilizzano dei meccanismi e dei principi economici apprezzati e condivisi dagli stessi operatori<sup>32</sup>.

La risposta dell'Unione europea, rispetto al predominio statunitense nella valutazione del rischio sovrano, è stata in realtà, alquanto debole. Ormai risalente è la direttiva 2006/43, la quale prevedeva, sulla scorta dell'accordo di Basilea all'epoca vigente, un determinato metodo di valutazione del *rating*. Tale direttiva finì forse per produrre addirittura un effetto opposto a quello ipotizzato dai redattori, perché essa attribuì una sorta di investitura normativa all'analisi già correntemente seguita dalle principali agenzie di *rating* ed ebbe conseguentemente l'effetto di scoraggiare gli istituti finanziari a sviluppare propri autonomi metodi di valutazione del rischio<sup>33</sup>.

Rispetto a tale assetto, scarso impatto ha assunto il reg. n. 462/2013, il quale si è di fatto limitato a prevedere che le agenzie di *rating* rendano chiari e trasparenti i criteri utilizzati nella formulazione del *rating* sovrano.

La proposta di riforma più rivoluzionaria presentata a livello europeo si è invece arenata dopo che la stessa Commissione ha valutato negativamente l'opportunità del-

---

<sup>31</sup> È ad esempio noto che, poco prima del fallimento, la banca d'affari statunitense Lehman Brothers, aveva ricevuto una valutazione stabile (che oscillava, a seconda dell'agenzia, da "A" ad "A+"): v. l'editoriale *Lehman e le altre. Quando il rating sbaglia*, in *Lettera 43*, consultabile al sito <https://www.lettera43.it/articoli/economia/2011/11/28/lehman-e-le-altre-quando-il-rating-sbaglia/168037/>.

<sup>32</sup> Altra questione è quella della responsabilità delle agenzie di *rating* per avere effettuato e diffuso valutazioni errate. Nell'ordinamento italiano, la richiesta risarcitoria degli investitori è evidentemente di natura extracontrattuale. Per l'accoglimento della domanda, l'attore deve quindi dimostrare l'esistenza dei presupposti di cui all'art. 2043 c.c. (v. in giurisprudenza, Trib. Roma, sentenza 9 novembre 2015, n. 13654, reperibile on-line sul sito *Ilcaso.it*; in dottrina v. PARMEGIANI, *Some Rating Failures and Several Regulatory Weaknesses: the US and EU Perspectives*, in PRINCIPE (a cura di), *Le agenzie di rating*, Milano, 2014, p. 75 ss.; PICCIAU, *Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario e responsabilità delle agenzie di rating*, Milano, 2018).

<sup>33</sup> Così PERNAZZA, *Il rating del debito sovrano: profili giuridici*, in MAURO, PERNAZZA (a cura di), *Il debito sovrano tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello Stato*, Napoli, 2014, pp. 87 ss., 114-115.

la sua adozione normativa. Detta proposta consisteva nell'istituzione di un'agenzia europea di *rating*, che nelle intenzioni dei proponenti sarebbe dovuta essere un'agenzia pubblica, istituita dall'Unione europea, che avrebbe dovuto pubblicare delle valutazioni senza subire i condizionamenti degli investitori privati.

Detta proposta è stata invero apertamente rigettata dalla stessa Commissione. La ragione di tale rifiuto è essenzialmente pratica. Il successo di un'agenzia dipende infatti dalla sua credibilità sul mercato: e questa è tanto maggiore nella misura in cui i criteri di valutazione sono gli stessi seguiti dagli investitori per orientare le proprie scelte. In questo contesto, secondo la Commissione, scarso successo sarebbe stato tributato ad un ente di valutazione avulso dai meccanismi di mercato, il quale avrebbe prodotto soltanto l'effetto di duplicare le informazioni esistenti, producendo di fatto uno scarso impatto sui meccanismi di scelta degli investitori<sup>34</sup>. Insomma: la stessa Commissione decide di affidare i meccanismi di controllo sulle politiche economiche a delle istituzioni private e di non sovrapporsi in alcun modo alle valutazioni svolte da siffatte entità.

Il fenomeno del controllo privato, in luogo di quello pubblico, è poi incrementato – almeno in via di fatto – dalla circostanza che spesso gli stessi controllori provengono da strutture private, alle quali poi sovente tornano una volta esaurito il loro mandato istituzionale<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'opportunità di sviluppare una valutazione europea del merito di credito per il debito sovrano* (COM/2015/0515 final), par. V.3: «(u)na valutazione europea del merito di credito avrebbe un impatto ridotto sugli sforzi volti a ridurre l'affidamento ai rating del debito sovrano poiché è molto probabile che si limiterebbe a duplicare le informazioni esistenti. Inoltre, se non gestita correttamente, potrebbe comportare il rischio di generare un eccessivo affidamento a una nuova fonte di informazioni alternativa qualora gli investitori si affidassero esclusivamente ad essa. Dalle interviste condotte con investitori selezionati è emerso altresì che una valutazione europea del merito di credito non migliorerebbe in modo sostanziale il livello delle informazioni a disposizione degli investitori istituzionali, i quali dispongono già di informazioni sufficienti fornite da fonti pubbliche e private. Tali informazioni sono state ulteriormente migliorate grazie al nuovo regime di sorveglianza fiscale e macroeconomica degli Stati membri nel contesto del semestre europeo. Per gli investitori più piccoli, che beneficiano anch'essi di tale sistema di sorveglianza, uno strumento di valutazione europea del merito di credito apporterebbe alcuni vantaggi perché ridurrebbe le attività di ricerca; d'altro canto, però, le capacità intrinseche di questi investitori di gestire un simile strumento informativo sono limitate. Infine, una valutazione europea del merito di credito sarebbe in concorrenza con gli attuali fornitori privati di informazioni, comprese le agenzie di rating del credito. Tenendo conto di tutti i fattori rilevanti, si può concludere che in questo momento una valutazione europea del merito di credito del debito sovrano non appare né proporzionata né opportuna, ove la si analizzi alla luce delle esigenze degli investitori e dell'obiettivo di rimediare all'eccessivo affidamento ai rating esterni».

<sup>35</sup> Si tratta, insomma, del fenomeno, noto nel mondo anglosassone, con l'appellativo – chiaramente spregiativo – di *revolving doors*. Tale fenomeno vede, allo stato, coinvolta certamente la Banca centrale europea, che pure è l'istituzione competente per svolgere i controlli sugli istituti di credito nell'eurozona nell'ambito della c.d. unione bancaria, dal momento che sia l'attuale presidente, Draghi, sia il portoghese Luis de Guindos Jurado, che sarà il prossimo vicepresidente della BCE, annoverano nel proprio curriculum un periodo di lavoro ai vertici delle grandi banche d'affari (Mario Draghi è stato in Goldman Sachs nel 2005; Luis de Guindos Jurado, ex ministro portoghese dell'economia, ha lavorato, dal 2006 al 2008, presso la sezione europea della Lehman Brothers). V., al riguardo, le

Insomma: una commistione tra politica, finanza e meccanismi di controllo, che non è formalmente vietata; ma che, verosimilmente, non corrisponde alla visione rigorosa tipica dell'ordoliberalismo, nella quale era lo Stato che svolgeva la funzione di controllore del mercato, pur rimanendo indipendente rispetto ad esso.

Tale evoluzione verso un modello privatistico di controllo è probabilmente una conseguenza della finanziarizzazione del sistema economico attuale. In altri termini, a prescindere dalla supposta parzialità dei meccanismi di controllo (la dimostrazione dei quali è compito della letteratura economica, più che di quella giuridica), è la necessità stessa di apprestare degli strumenti efficienti per orientare il capitale verso determinati investimenti che sembra costituire l'elemento che ha maggiormente modificato gli equilibri che caratterizzavano il sistema ordoliberales. Come vedremo nei paragrafi che seguono anche le ulteriori "deroghe" verificatesi nella pratica, rispetto all'impostazione perseguita dagli esponenti della Scuola di Friburgo, sembrano determinate da tale nuovo assetto delle relazioni economiche.

## 5. I fondi salva Stati e l'attenuazione del principio di responsabilità

Un ulteriore aspetto rispetto al quale i principi ordoliberali sono stati evidentemente superati per rispondere alle esigenze empiriche del mondo contemporaneo è rappresentato dal ricorso ai meccanismi di aiuto economico.

Come è noto sono stati istituiti a livello europeo diversi meccanismi di aiuto. Questi sono stati attuati progressivamente a partire dal 2010, allorché ci si avvide che non si sarebbe potuti uscire dalla crisi economica senza fornire assistenza finanziaria agli Stati membri della zona euro che erano maggiormente esposti sul mercato obbligazionario. In tale ambito devono essere ricordati innanzitutto i fondi istituiti a favore della Grecia, attraverso due accordi internazionali, con i quali taluni Stati membri intervenivano, su un piano strettamente bilaterale, fornendo aiuto economico al governo ellenico; al contempo, la Grecia si impegnava a porre in essere una serie di riforme strutturali<sup>36</sup>. A tale misura seguirono, a stretto giro, l'adozione di un regolamento<sup>37</sup>, con il quale venne costituito un fondo di garanzia, dalla limitata capacità finanziaria (circa ottanta miliardi), denominato Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (EFSM – *European Financial Stability Mechanism*) e la costituzione di una società di diritto privato, con sede in Lussemburgo

---

osservazioni di GUAZZAROTTI, *Sovranità popolare e vincolo finanziario. Potere pubblico e potere privato nel governo degli Stati europei*, in *Dir. cost.*, n. 2/2018, pp. 85 ss., 110 ss.

<sup>36</sup> Si trattava dell'*Intercréditor Agreement*, concluso il 7 maggio 2010 tra i paesi all'epoca partecipanti alla moneta unica e la Repubblica ellenica e del *Loan Facility Agreement*, firmato l'8 maggio 2010, tra quest'ultima e la Commissione. V. VITERBO, CISOTTA, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'Euro e le risposte dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 961 ss.; EDITORIAL COMMENT, *The Greek Sovereign Debt Crisis: Approaching the Final Act?*, in *Common Market Law Rev.*, 2011, p. 1769 ss.

<sup>37</sup> Reg. n. 407/2010 del Consiglio dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo di stabilizzazione finanziaria, in *GUUE*, L 118, 12 maggio 2010, p. 1 ss.

(denominata EFSF – *European Financial Stability Facility*), il cui capitale venne contestualmente sottoscritto da tutti i paesi della zona euro.

Tali strumenti erano di natura temporanea, essendo destinati a venire meno il 30 giugno 2013. La limitazione temporale era dovuta alla stessa base giuridica impiegata per la loro costituzione. Il fondamento del regolamento europeo era infatti costituito dall'art. 122, par. 2, TFUE, il quale prevede solo la possibilità di interventi strettamente circoscritti: le misure devono pertanto essere regressive, nel senso che esse devono ridursi con il superamento dell'emergenza.

Al contempo, i governi dei paesi membri avviarono una discussione per la creazione di un meccanismo a carattere permanente per fornire assistenza finanziaria nelle ipotesi in cui uno Stato membro dell'eurozona si fosse in futuro trovato in una situazione tale da rischiare di portare un collasso dell'intera moneta unica. Fu così che si addivenne alla costituzione del Meccanismo europeo di stabilità (MES), che venne istituito con un accordo internazionale firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012<sup>38</sup>.

Anche in questo caso, l'erogazione dell'aiuto è subordinata ad una pluralità di condizioni. Innanzitutto può essere richiesta solo dallo Stato che sia in regola con i pagamenti dei contributi e che abbia ratificato e dato attuazione ad un altro Trattato internazionale, il menzionato *Fiscal Compact*, il quale stabilisce obblighi particolarmente stringenti in termini di bilancio. In secondo luogo, l'erogazione stessa è soggetta ad una "stretta condizionalità": l'aiuto è infatti subordinato all'adozione di un programma di riforme macroeconomiche da parte dello Stato ricevente. Dette condizioni devono poi essere precisate in un accordo che verrà negoziato tra lo Stato stesso e l'organizzazione internazionale.

Nel momento in cui verrà completata la c.d. Unione bancaria, il MES potrà poi anche ricapitalizzare direttamente gli istituti di credito. Questo consentirà di procedere al salvataggio delle istituzioni finanziarie di rilevanti dimensioni (tradizionalmente identificate con la perifrasi "*too big to fail*"), senza aggravare ulteriormente i bilanci statali con l'importo dei relativi salvataggi.

A detta rapida panoramica sui fondi salva Stati costituiti dai paesi membri dell'Eurozona deve infine aggiungersi l'azione della BCE, la quale è intervenuta, con vari programmi di assistenza, comprando obbligazioni sul mercato secondario (ovvero quello che segue al primo acquisto dopo l'emissione del titolo). Tali sono il programma OMT – lanciato nel 2012 e mai concretamente posto in essere<sup>39</sup> – ed il QE (*Quantitative Easing*)<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità tra il Regno del Belgio, la Repubblica Federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, il Granducato di Lussemburgo, Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca e la Repubblica di Finlandia. Per l'Italia v. la l. 23 luglio 2012, n. 116, Ratifica ed esecuzione del Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità (MES), con allegati, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012, in *GU*, 28 luglio 2012, n. 175 – Suppl. ord. n. 160.

<sup>39</sup> Oggetto della nota sentenza della Corte di giustizia, 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, in *ECLI:EU:C:2015:400* (esaminata *infra*, cap. VIII, par. 6).

<sup>40</sup> Sul quale v., *infra*, cap. VIII, note 49-50 e testo relativo.



Tali meccanismi di aiuto sono stati verosimilmente dettati non tanto dall'esigenza di aiutare gli Stati membri coinvolti da crisi economiche a non uscire dall'Euro, quanto piuttosto dall'esigenza di mantenere la stabilità finanziaria dell'eurozona; ovvero dalla necessità di evitare una serie di fallimenti bancari degli istituti finanziari che avevano acquistato obbligazioni degli stati membri dell'eurozona che pagavano gli interessi più alti, quali la Grecia, la Spagna, il Portogallo e l'Irlanda<sup>41</sup>, che avrebbero verosimilmente indotto degli effetti di contagio nell'intero comparto finanziario della zona euro.

È infatti risaputo, anche se mancano al riguardo dati ufficiali, che la maggior parte dei soldi erogati a titolo di prestito condizionato ai paesi membri in difficoltà, sono stati poi utilizzati per risanare una parte del debito contratto da tali Stati attraverso la vendita delle proprie obbligazioni. Il che implica che una percentuale rilevante di questo denaro sia stato indirettamente attribuito agli istituti di credito che avevano acquistato titoli del debito pubblico di alcuni paesi della zona euro.

Se così è, questi meccanismi hanno determinato il venir meno di un principio cardine dell'ordoliberalismo e dell'economia sociale di mercato, che è quello della responsabilità individuale per le proprie azioni. Il principio di responsabilità implica necessariamente che, se si effettua un investimento eccessivamente rischioso o che, alla prova dei fatti, non garantisce la restituzione del capitale, il soggetto che l'ha effettuato deve subirne le conseguenze. Invece ciò che è concretamente avvenuto nel corso di questi anni nel funzionamento del mercato finanziario europeo ha determinato un "allentamento" del principio di responsabilità. Sulla base della disamina svolta, è agevole rilevare come anche questa seconda deroga ad uno dei principi cardine della c.d. economia sociale di mercato sia avvenuta a favore del funzionamento del sistema finanziario internazionale. Questa impressione risulta d'altro canto rafforzata anche dall'analisi di taluni avvenimenti che hanno caratterizzato l'erogazione degli aiuti di Stato nel corso degli ultimi anni.

## 6. L'applicazione flessibile delle regole in materia di aiuti di Stato

Un altro aspetto che caratterizzava l'ordoliberalismo era l'applicazione rigorosa delle regole ed in particolare di quelle poste a salvaguardia della concorrenza: esse dovevano garantire il regolare svolgimento delle contrattazioni sul mercato, in modo da evitare la creazione di monopoli ed assicurare la corretta formazione dei prezzi, al di fuori di rendite capitalistiche<sup>42</sup>.

Sulla base di una analisi fattuale sembrerebbe tuttavia emergere la circostanza

---

<sup>41</sup> V. le riflessioni di GUAZZAROTTI, *Sovranità popolare e vincolo finanziario*, cit., p. 100 ss.

<sup>42</sup> L'applicazione rigorosa delle regole era una caratteristica di tutta l'impostazione ordolibérale. In questo ambito la discrezionalità dei governanti era sostanzialmente bandita e solo talune eccezioni giustificavano la possibilità di svolgere una valutazione casistica (v. WHITE, *Between Rules and Discretion. Thoughts on Ordo-liberalism*, consultabile on-line, al sito <http://www.lse.ac.uk/european-institute/Assets/Documents/LEQS-Discussion-Papers/LEQSPaper126.pdf>).

che l'applicazione delle regole di concorrenza non sia sempre stata così rigorosa come ci si potrebbe aspettare sulla base di un'impostazione ordoliberal. Questo si è verificato con certezza nel settore degli aiuti di Stato.

È infatti sostanzialmente certo che la c.d. "costituzione economica europea" sia stata apertamente violata in relazione alle regole sugli aiuti di Stato. Ciò che è avvenuto, in particolare, al momento dell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato nei confronti degli istituti bancari a seguito della crisi finanziaria internazionale.

Nella specie, la Commissione europea, con una serie di comunicazioni, a partire dal 2008, ha stabilito le condizioni per esaminare gli aiuti di Stato erogati a favore degli istituti finanziari.

Il punto è che il Trattato non prevede una base giuridica adeguata per derogare alle disposizioni sugli aiuti di Stato, in presenza di una diffusa crisi economica internazionale. Nella specie l'art. 107, par. 3, lett. b), consente la possibilità di esentare dall'applicazione del divieto gli aiuti concepiti per porre rimedio ad un *grave turbamento dell'economia di uno Stato membro*. Detta previsione è stata per lungo tempo in gran parte inattuata. La Commissione vi ha, invece, fatto ampiamente ricorso dopo lo scoppio della crisi finanziaria. In particolare, secondo la Commissione, la crisi era determinata eminentemente dal funzionamento del sistema creditizio, con la conseguenza che era in tale ambito che doveva essere affrontata.

In un breve lasso di tempo, la Commissione ha adottato ben sette comunicazioni, che prevedevano la possibilità per gli Stati di attuare talune misure di sostegno, via via più penetranti, a favore degli istituti di credito<sup>43</sup>. Dette misure prevedevano la possibilità di concedere agli istituti di credito delle aperture di credito a tassi di interesse agevolati ovvero di separare le attività dalle passività e di porre in vendita soltanto le prime (c.d. *good bank*), fino ad arrivare, in ipotesi di perdurante stato di crisi, alla nazionalizzazione dell'istituto bancario.

Sulla base della disamina di detti atti di *soft law*, sembra che la Commissione abbia interpretato in maniera estremamente estensiva il requisito previsto dalla lett. b), terzo comma, dell'art. 107 TFUE. L'esecutivo sembra infatti propenso ad interpretare i presupposti per l'attivazione di detti aiuti come non strettamente limitato all'economia di un solo Stato membro («grave turbamento dell'economia di uno Stato membro»), ma come passibile di impiego anche nelle ipotesi di crisi generalizzata all'intero mercato interno o comunque ad una parte sostanziale di esso<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Per sinteticità espositiva menzioniamo solo la prima e l'ultima comunicazione: questa scelta è anche determinata dal fatto che, in molti casi, si tratta di mere proroghe temporali (l'elenco completo di tutte le comunicazioni può comunque essere letto nella nota n. 1 della comunicazione del 2013, menzionata in questa nota): Comunicazione sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale, in *GU*, C 270, 25 ottobre 2008, p. 8 ss.; Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria ("La comunicazione sul settore bancario"), in *GU*, C 216, 30 luglio 2013, p. 1 ss.

<sup>44</sup> Nella prassi della Commissione non si ravvisa una differenza rilevante tra le lett. b) e c), dell'art. 107, par. 3, TFUE: mentre la prima disposizione presuppone la sussistenza di un "grave turbamento dell'economia di uno Stato membro", la seconda può essere impiegata per "agevolare lo svi-

Si tratta, verosimilmente, di un'interpretazione evolutiva della disposizione patiziale, determinata dalla progressiva integrazione dei mercati e dalla circostanza che, almeno nell'area dei paesi che adottano la moneta unica, sia difficile ipotizzare situazioni di crisi economica del settore creditizio che rimangano rigorosamente circoscritte al territorio statale.

Insomma, volendo assumere talune conclusioni provvisorie, si può affermare la c.d. costituzione economica europea attualmente non è caratterizzata da un assetto rigido. Al contrario esso è la mera enunciazione di una serie di principi, che risultano evidentemente suscettibili di interpretazione flessibile alla luce delle circostanze fattuali ovvero delle esigenze economiche concrete.

## 7. Le conseguenze di questo approccio sul rapporto tra diritti sociali e libertà economiche nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Notoriamente il Trattato CEE si differenziava dall'impostazione ordoliberalista sul punto della scarsa attenzione dedicata alla sfera sociale. È infatti risaputo come i Trattati istitutivi delle Comunità europee fossero strutturalmente caratterizzati da una prevalenza delle esigenze del mercato e delle imprese rispetto a quelle sociali<sup>45</sup>. Non si trattò, d'altro canto, di una scelta casuale dei redattori dei trattati comunitari. L'idea di fondo dei padri fondatori era infatti di armonizzare le regole sul funzionamento del mercato, ivi inclusi i requisiti di fondo per l'esercizio delle libertà economiche; ma di lasciare le esigenze di protezione sociale, in presenza di profonde disomogeneità normative tra i paesi allora membri della Comunità economica europea, alla sensibilità dei singoli legislatori nazionali<sup>46</sup>.

Questa situazione iniziale, caratterizzata da una sostanziale disattenzione del diritto europeo verso le tematiche sociali, è stata invero parzialmente corretta, almeno sul piano strettamente legislativo, nel corso degli anni. Nella specie, l'intento del le-

---

luppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse". Solo la seconda di queste norme consentirebbe pertanto di subordinare l'erogazione dell'aiuto a determinate condizioni. La Corte tuttavia non esclude che la Commissione possa subordinare l'erogazione dell'aiuto a determinate condizioni in entrambe le ipotesi. In altri termini, l'esistenza di una situazione di grave turbamento dell'economia non rappresenterebbe una condizione sufficiente per rendere l'aiuto automaticamente compatibile con il Trattato (v. Trib. UE, 17 luglio 2014, causa T-457/2009, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:683, punto 184).

<sup>45</sup> V. in questo senso DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, pp. 301-303, nel testo e nella nota 87, secondo il quale, la subordinazione dei diritti sociali alle libertà economiche emergeva anche dalla formulazione degli scopi della Comunità contenuta nell'abrogato art. 2 e nel Preambolo del TCEE, nonché dal raffronto tra i mezzi utilizzabili dalle istituzioni comunitarie all'interno, con quelli che viceversa contraddistinguevano l'azione delle medesime in taluni rapporti esterni (ed in particolare con i paesi d'oltremare: cfr. artt. 3, lett. k) e 131 TCEE).

<sup>46</sup> V. PADOA SCHIOPPA, *La costituzione economica europea*, in *Il federalista*, 2002, p. 198 ss., spec. par. 4; TOSATO, *Appunti in tema di economia sociale di mercato*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesouro*, vol. III, Napoli, 2014, pp. 2509 ss., 2511.