

FABIO G. ANGELINI *

138

DALLA NEUTRALITÀ ALLA CIRCOLARITÀ TRA DIRITTO DELL'ECONOMIA E COSTITUZIONE

*Spunti per un ripensamento del paradigma economico-costituzionale
nel contesto dell'economia digitale e post pandemico*

ABSTRACT: This work is part of the debate on the delicate relationship between the market economy and democracy, centered on the attempt to identify which of these can be considered an independent variable with respect to the other in the current socio-economic context and in the light of the challenges posed by digitization. The work focuses in particular on the circularity between economic law and the constitution, where the protection of competition, understood in normative and not merely utilitarian terms, would be aimed at preserving their function of ordering criteria of the exchange processes that take place in the private sphere, also conforming to their rules those that take place in the public sphere in order to determine a balance between the political order, the economic order and the social order. The thesis on which the article revolves is based on the idea according to which a regulatory approach to the protection of competition, based on the recognition of the circularity between economic law and the constitution, represents an essential condition so that, in the current socio-economic context, liberal democracy and digital capitalism can coexist while preserving a free society.

KEYWORDS: Economic Law; Constitutionalism; Competition Law; Digital Economy; Ordoliberalism; Public Choice; Democracy; Free Market; Open Society.

SOMMARIO: 1. La circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione; 2. La costituzione economica come decisione di sistema: il principio concorrenziale nell'interpretazione ordoliberales; 2.1. Il contributo della Scuola di Friburgo; 2.2. L'ordine economico concorrenziale e il ruolo del diritto; 2.3. Gli echi della prospettiva ordoliberales nel dibattito giuspubblicistico tedesco sulla *Wirtschaftsverfassung*; 3. Uno sguardo critico alla tesi della neutralità della costituzione economica con riferimento all'ordinamento italiano; 3.1. La presunta "neutralità" della costituzione economica italiana e la sua insufficienza; 3.2. La funzione procedurale della costituzione economica contro le "rendite politiche" che impediscono il corretto sviluppo del modello economico-sociale; 4. La ricerca del fondamento costituzionale della tutela giuridica della concorrenza; 5. La necessità di un nuovo paradigma economico-costituzionale per la sopravvivenza delle democrazie liberali nel contesto dell'economia digitale e post pandemico: spunti preliminari.

* Fabio Giuseppe Angelini è professore straordinario, abilitato alle funzioni di professore di II fascia, di Diritto amministrativo e di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università Internazionale Uninettuno di Roma.

fabio.angelini@uninettunouniversity.net

1. La circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione

La presente riflessione si inserisce nel solco del dibattito sul delicato rapporto tra economia di mercato e democrazia¹, incentrato sul tentativo – talvolta del tutto vano – di individuare quale tra queste possa essere considerata una variabile indipendente rispetto all'altra nel contesto socio-economico attuale e alla luce delle sfide poste dalla digitalizzazione².

La questione rinvia implicitamente al tentativo di comprendere se sia il mercato (che valorizza e distribuisce la proprietà privata, che permette l'esercizio della libera iniziativa economica e il gioco spontaneo (?) della domanda e dell'offerta) a creare le condizioni per l'articolazione pluralistica della società su cui si fonda una democrazia; o, piuttosto, se sia la democrazia (che realizzando le condizioni politico-giuridiche che tutelano i diritti di proprietà e le libertà degli individui, che fissano i limiti all'esercizio del potere politico-amministrativo e allo stesso potere privato nell'ambito degli scambi volontari che si realizzano sulla sfera privata, e che garantiscono la certezza del diritto) a permettere al mercato di operare al meglio per la produzione del benessere materiale.

Alla luce dell'esperienza storica è forse possibile rilevare come in realtà il mercato – quale espressione della cosiddetta democrazia economica – rappresenti un elemento necessario ma non sufficiente dell'ordinamento democratico liberale, il quale esige certamente regole, istituzioni, procedure e valori che non si risolvono però esclusivamente nella tutela della proprietà privata dei mezzi di produzione, nella promozione della libertà economica, nella tutela della concorrenza e della stabilità finanziaria. Sebbene questi ultimi ne rappresentino un elemento nient'affatto trascurabile.

È vero, però, che il mercato realizza la democrazia economica e quest'ultima, a sua volta, costituisce il più solido fondamento della libertà dei cittadini e, grazie ad essa, della democrazia politica. Come è stato evidenziato da Mises «non appena la libertà economica che l'economia di mercato concede ai suoi membri è rimossa, tutte le libertà politiche e le carte dei diritti diventano inganno [...] La libertà di stampa, per esempio, è puro inganno se l'autorità controlla tutti gli uffici-stampa e le cartiere. E così sono tutti gli altri diritti dell'uomo».

¹ Per una panoramica generale si rinvia a De Mucci, 2014 e, in particolare, ai contributi di Simona Falocco e Rosamaria Bitetti; Per una panoramica sul rapporto democrazia e potere economico nella prospettiva del diritto costituzionale v., *ex multis*, Benvenuti, 2018 alla cui ampia bibliografia si rinvia.

² Sulle sfide poste dalla digitalizzazione al costituzionalismo si v. Frosini, 2015; Raffiotta, 2022; nonché, con particolare riferimento alla libertà di espressione si v. Pitruzzella, Pollicino, Quintarelli, 2017 e Raffiotta, 2017. Sull'evoluzione verso una "Bubble Democracy" v. Palano, 2020.

Se, come acutamente rilevato da Giuliano Amato, non è un caso che il diritto della concorrenza non sia stato inventato dagli studiosi del diritto commerciale, né dagli economisti (che pure contribuirono a fornirgli un retroterra culturale e, con il passare del tempo, a orientarne l'applicazione sul terreno dell'economia del benessere attraverso il ricorso a complessi modelli matematici) (Id., 1998:8), altrettanto sembra potersi dire in relazione al diritto dell'economia, il cui fondamento - in un ordinamento che si sviluppi in funzione del riconoscimento delle posizioni di libertà dei singoli tanto rispetto al potere politico quanto a quello economico - non può che radicarsi nella costituzione, con i cui principi e limiti, l'ordine economico, come pure quello politico e quello sociale, sono necessariamente chiamati a raccordarsi.

La consapevolezza dell'intima connessione tra diritto dell'economia e struttura costituzionale, e il conseguente ruolo assunto in particolare dal diritto della concorrenza, ha trovato nella Scuola di Friburgo una fortissima radice politico-culturale. Quest'ultima tentò infatti di fornire una risposta a un problema centrale dell'ordinamento democratico: come si limita il potere privato che nasce dall'impresa come espressione di una fondamentale libertà dell'individuo, essendo però da un lato privo di legittimazione e, dall'altro, capace di attentare non solo alla libertà economica degli altri individui ma anche di influenzare il processi decisionali pubblici in ragione della sua forza prevaricatrice e delle sempre possibili collusioni tra potere economico e potere politico?

L'ordinamento giuridico riconosce le libertà fondamentali, garantendo il loro libero esercizio e la loro tutela effettiva. Tuttavia, un ordinamento delle libertà è tale nella misura in cui l'esercizio di tali libertà è garantito a tutti i soggetti dell'ordinamento in modo che non possa mai diventare coercizione e imposizione sugli altri (Benvenuti, 1965:25). Si pone perciò da un lato il problema del coordinamento di tali sfere libertà (che si esprimono nelle forme della sovranità della persona) e, dall'altro, quello della legittimazione stessa del potere privato il cui esercizio - differentemente dal potere pubblico - non può eccedere certi confini producendo effetti su altri soggetti dell'ordinamento senza il consenso di questi ultimi.

Il potere pubblico è invece attribuito, con riferimento alla sfera pubblica, a soggetti dell'ordinamento aventi determinate caratteristiche ed elementi di legittimazione proprio al fine di garantire le libertà e i diritti fondamentali della persona, proteggendo i singoli soggetti dell'ordinamento contro le aggressioni e le prevaricazioni altrui. Tale funzionalizzazione del

potere pubblico rappresenta però anche il suo confine in quanto, in un ordinamento delle libertà, come al potere privato non è consentito comprimere le libertà degli altri senza il consenso di questi ultimi, anche il potere pubblico non potrà esercitare l'autorità – che ne è un suo connotato tipico – in modo da ledere i diritti e le libertà fondamentali della persona, comprimendone la sovranità oltre quanto necessario a garantire la pacifica convivenza e la loro effettività.

Il dilemma della democrazia liberale (Amato, 1998:8-9) consiste allora, da un lato, nell'impedire che il potere privato diventi una minaccia alle libertà degli altri e, dall'altro, nell'impedire però che il potere pubblico – la cui funzione è proprio quella di evitare che ciò accada – non assumi caratteristiche e forme tali da comprimere quelle stesse libertà e diritti fondamentali che dovrebbe proteggere, determinando così la stessa fuoriuscita dell'ordinamento dal quel modello democratico-sociale che caratterizza le cosiddette democrazie stabilizzate (per usare la felice espressione con cui Paolo Biscaretti di Ruffia descriveva quei Paesi i cui ordinamenti si fondano sulle ragioni del costituzionalismo³).

Una democrazia liberale intesa quale ordinamento delle libertà si sviluppa infatti sempre entro determinati confini, il primo dei quali è rappresentato dalla sussistenza delle condizioni di legittimazione del potere privato (specie quello relativo all'esercizio della libertà economica) e, il secondo, da quella linea di demarcazione superata la quale deve ritenersi illegittimo il (legittimo) potere politico-amministrativo. Si tratta tuttavia di confini sempre contingenti, di opzioni opinabili e suscettibili di variazione a seconda del contesto culturale, economico e sociale di riferimento.

Il pendolo oscilla tra chi teme più il potere privato ed è perciò propenso a combatterlo dando più spazio a quello pubblico e chi, all'opposto, teme più l'espandersi di quest'ultimo ed è per questo disposto a tollerare maggiormente quello privato. Nell'ambito di queste due diverse opzioni e delle loro possibili gradazioni si pone la presente riflessione sulla circolarità tra diritto dell'economia e costituzione (Pitruzzella, 2019:11), laddove la tutela (economico-costituzionale) della concorrenza e della stabilità finanziaria è tesa a preservare la loro funzione di criteri ordinatori dei processi di scambio che si svolgono sulla sfera privata, conformando alle loro regole anche quelli che si realizzano sulla sfera pubblica al fine di determinare un equilibrio tra ordine politico, ordine economico e ordine sociale.

³ Biscaretti di Ruffia, 1988 evidenzia come l'azione dei pubblici poteri nell'economia sia utilizzata nel diritto costituzionale per distinguere le differenti forme di Stato e, dunque, indagare il rapporto tra autorità e libertà.

2. La costituzione economica come decisione di sistema: il principio concorrenziale nell'interpretazione ordoliberal

Il mercato non implica necessariamente la democrazia e non sempre esso, pur presupponendo il riconoscimento delle libertà individuali, risulta compatibile con il concetto di sovranità della persona a cui si è già fatto cenno. Al fine di comprendere come mercato e democrazia possano invece convivere e rafforzarsi a vicenda, nel pieno rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali degli individui, dando luogo ad un ordinamento delle libertà ispirato al principio cooperativo del *mutual gains from joint commitment to rules*⁴, è necessario che la struttura del mercato risulti orientata secondo un ordine concorrenziale, accogliendo una visione normativa (e non meramente utilitaristica) della concorrenza che, indentificando quest'ultima quale principio procedurale dell'ordinamento democratico fondato sulla libertà individuale e l'eguaglianza politica, rinvia al concetto di libertà di scelta (e, dunque, di sovranità della persona verso gli altri e verso lo Stato).

La storia insegna, infatti, che possono benissimo prosperare economie di mercato in contesti non democratici. Ciò in quanto la tutela della libertà individuale e dell'uguaglianza politica, che sono il fondamento della democrazia liberale, non rappresentano una condizione altrettanto essenziale del benessere materiale (in termini di *total welfare, consumer welfare, industrial growth, market integration,*

⁴ Il modello teorico elaborato da Buchanan applica agli scambi che avvengono nella sfera pubblica il modello del *gains from trade*. Per cui, condizione per la loro efficienza è che essi siano in grado di generare *mutual benefit from exchange* il che, nella prospettiva della *public choice*, richiede regole tali che, se rispettate da tutte le parti, siano in grado di generare tali risultati. Nella prospettiva della *constitutional political economy*, tale paradigma viene dunque esplicitato con la formula *mutual gains from joint commitment to rules*, ad evidenziare come proprio il comune rispetto delle regole sia tale da generare benefici comuni (cfr. Buchanan 1991:81 ss.) che lo spiega evidenziando l'attenzione "on the question of how people realize mutual gains by their voluntary joint commitment to rules". Nella prospettiva della *public choice*, il compito delle regole del gioco sarebbe quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Facendo cioè in modo che il benessere generato dallo scambio politico-amministrativo venga allocato in capo ai cittadini piuttosto che ai pubblici poteri, secondo la logica del "surplus" del consumatore. Il paradigma della *constitutional economics*, diversamente da quello dell'economia del benessere, guarda dunque alla massimizzazione del benessere sociale non direttamente, mediante l'assegnazione di specifici obiettivi macroeconomici, ma indirettamente, attraverso la definizione di regole dei processi decisionali pubblici in grado di favorire la cooperazione volontaria tra i cittadini e lo Stato.

innovations, ecc...)). La libertà, del resto, non è una categoria utilitaristica come è invece la ricchezza.

Vista in chiave normativa, intesa cioè quale processo competitivo che favorisce l'esercizio della libertà di scelta e l'emergere dei valori di fondo dell'ordinamento democratico-sociale, la concorrenza rappresenta invece una componente essenziale della democrazia liberale. Essa è infatti presente in molte aree dei rapporti pubblici e privati e tocca aspetti rilevanti della sfera politica, culturale ed economica.

L'inscindibilità del legame tra libertà economica e libertà politica fa sì che la prima si ponga come dimensione essenziale della seconda e, dunque, componente essenziale dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, nonché, condizione stessa di quella società libera e plurale presupposto per il corretto funzionamento dell'ordinamento democratico.

La concorrenza - e, specularmente, i vincoli di finanza pubblica nella misura in cui contribuiscono a loro alla preservazione dell'ordine concorrenziale (Angelini, 2020a:142-146) - non devono essere letti nel contesto dell'ordinamento democratico-costituzionale esclusivamente in funzione degli esiti sociali che essi sono in grado di generare. Relegare infatti la concorrenza entro la sola sfera dell'economia e del mercato, in chiave quindi meramente utilitaristica, negando la così sua multidimensionalità (quantomeno sul piano etico-culturale, giuridico-politico e giuridico-economico), rischia infatti di far perdere di vista il suo *ethos* e la sua natura di criterio ordinatore dei processi di scambio che si realizzano sul piano sociale (tanto sul mercato quanto sulla sfera pubblica) e dunque il suo legame costitutivo con la democrazia stessa e che ne giustifica la tutela giuridica. E, di conseguenza, la rilevanza della tutela della concorrenza nell'ambito dei processi politico-costituzionali e del corretto svolgersi delle dinamiche di esercizio del potere amministrativo in funzione della sovranità della persona.

Accogliendo una visione normativa ancorata ai valori della libertà e dell'uguaglianza politica e non meramente utilitaristica della concorrenza, è perciò possibile rilevare come la sua tutela giuridica affondi le sue radici non (solo e non) tanto nella ricerca dell'efficienza allocativa nei termini dell'economia del benessere, quanto nel dilemma stesso della democrazia liberale connesso alla necessità di garantire la convivenza, all'interno dell'ordinamento giuridico, delle libertà individuali e dei diritti fondamentali della persona con l'esistenza stessa del potere economico (espressione esso stesso della libertà economica) e di quello politico (la cui esistenza è in funzione delle stesse libertà e diritti fondamentali della persona).

2.1 Il contributo della Scuola di Friburgo

Questa radice politico-costituzionale affonda, nel nostro continente, le sue radici nella concezione della concorrenza elaborata dalla Scuola di Friburgo che si sviluppa a partire dall'analisi dei fallimenti dell'esperienza della Repubblica di Weimar. La prima guerra mondiale aveva infatti non solo distrutto più di una generazione ma aveva sconvolto gli equilibri della struttura economica e sociale della Germania. C'era un'economia da ricostruire nonostante le gravose condizioni imposte dai Trattati di pace e una fortissima tensione inflazionistica che non fece altro che acutizzare le tensioni sociali già in atto. In questo delicato contesto la costituzione della Repubblica di Weimar si pose come un tentativo di conciliare in un quadro unitario di pluralismo sociale le contrastanti spinte della società, laddove sul piano economico le tesi contrarie alle politiche concorrenziali risultavano nettamente prevalenti in quanto l'esistenza di cartelli tra le imprese e la cooperazione tra l'industria e lo Stato erano visti come elementi in grado di mediare i conflitti sociali favorendo forme di collaborazione tra capitale e lavoro. Sennonché tale collusione tra potere economico e potere politico produsse conseguenze ulteriormente negative tanto sul piano della perdita del valore della moneta quanto su quello sociale, generando spirali estrattive che contribuirono ai tristi avvenimenti della seconda guerra mondiale.

Le tesi elaborate dai giuristi, economisti e scienziati sociali della Scuola di Friburgo rappresentano uno dei tentativi più interessanti di porre in relazione politica ed economia secondo una prospettiva non conflittuale, nello stesso tempo però critica del *laissez-faire*. Esse, focalizzandosi sui principi costitutivi e regolativi di un ordine di mercato concorrenziale rispettoso della libertà individuale e del principio di uguaglianza, si inquadrano in una tradizione di pensiero meglio conosciuta come ordoliberalismo. Esso, differenziandosi dal liberalismo classico, si caratterizza per il tentativo di delineare una teoria generale fondata sull'idea dell'interdipendenza degli ordinamenti (Böhm, 1933); e, sotto il profilo metodologico, per l'approccio interdisciplinare fondato sull'interazione tra diritto ed economia (Masala, 2017:47) e, in particolare, sull'importanza del primo per il funzionamento del libero mercato, contro le degenerazioni del potere economico (Oswalt, 2014:175-202); nonché, per l'attenzione rivolta verso i presupposti giuridici, economici e sociologici dell'economia di mercato.

La portata innovativa di tale prospettiva teorica deve essere valutata innanzitutto tenendo conto del contesto storico nel quale

essa si colloca. La Germania degli anni trenta, a cavallo tra il primo conflitto mondiale e l'ascesa del nazismo, si caratterizzava infatti per una storica debolezza della cultura liberale in campo economico, laddove dominava invece l'idea bismarckiana di uno Stato guida necessaria dell'economia nazionale e la presenza di grandi gruppi imprenditoriali fortemente legati ad esso.

La Scuola di Friburgo diede dunque avvio ad un percorso di ripensamento del liberalismo tedesco (Goldschmidt, Wohlgemut, 2008:64) fondato, da un lato, sulla critica al *laissez-faire* e all'idea dell'ordine naturale del mercato e, dall'altro, sull'esaltazione illuministica della libertà individuale e dell'eguaglianza formale dei cittadini nei confronti del potere economico e politico (Böhm, 1957:99). Tra i maggiori esponenti della scuola friburghese è possibile annoverare oltre all'economista Walter Eucken (1891-1950) e ai giuristi Franz Böhm (1895-1977) e Hans Grossmann-Dörth (1894-1944), firmatari del manifesto dell'ordoliberalismo pubblicato nel 1936 sulla rivista *Ordnung de Wirtschaft*, anche K. Paul Hensen, Hans Otto Leonel, Friederich A. Lutz, Karl Friederich Meyer, Leonard Miksch, Bernard Pfister, Ernst-Joachim Mestmäcker, Wenard Möschel e Ulrich Immenga.

L'avvio del programma di ricerca della Scuola di Friburgo fu caratterizzato dalla contestuale ascesa della dittatura nazionalsocialista che, inevitabilmente, ne segnò la progressiva evoluzione in un programma di libertà (Eucken, 1952:370); e, sotto altro profilo, dall'influenza di autori come Carl Schmitt, con particolare riferimento, tra l'altro, all'idea della costituzione economica quale strumento per affermare il "primato del politico sull'economico" (Böhm, 1937:11) anche nel contesto di un'economia di libero mercato, e come Edmund Husserl sulla base delle cui teorie Eucken ha certamente maturato l'idea secondo cui «l'essenza del mercato non è un'essenza metafisica, un errore collettivo o un potere hegeliano che spinge dialetticamente verso l'apparenza. Piuttosto, è un ordine a base fenomenologica, vale a dire un ordine eidetico» (Goldschmidt, Rauchenschwandtner, 2004).

Oltre agli autori poc'anzi richiamati debbono poi aggiungersi anche Alexander Rüstow e Wilhem Röpke che, pur incentrando la loro riflessione sulla dimensione etica e sociale dell'ordine quale necessario completamento del quadro giuridico-economico del libero mercato, sono a pieno titolo annoverabili nell'ambito della tradizione friburghese. Essi, durante il periodo della dittatura nazionalsocialista, pur stando in esilio, non solo ebbero modo di influenzare il pensiero di Eucken e Böhm ma di coltivare importanti relazioni con studiosi internazionali, tra cui anche Luigi Einaudi, contribuendo così ad ampliare le prospettive di futuro sviluppo della teoria ordolibérale.

All'indomani della fine della seconda guerra mondiale furono proprio le idee di Eucken e Böhm, seppur con delle differenze sostanziali a rappresentare quantomeno il riferimento teorico di una serie di politiche liberali realizzate, nell'ambito della Repubblica Federale Tedesca, da Ludwig Erhard e da Alfred Müller-Armack, che presero il nome di economia sociale di mercato.

Il programma di ricerca ordoliberalo ha poi avuto un ulteriore impulso a seguito della chiamata di Friederich August von Hayek all'Università di Friburgo nel 1962. L'influenza della Scuola Austriaca e, in particolare, della filosofia sociale evoluzionistica di Hayek, segnò così un ulteriore sviluppo della teoria ordoliberalo sul fronte del riconoscimento del fatto che il quadro giuridico-istituzionale necessario per il corretto funzionamento dell'economia di mercato possa anche essere prodotto per via 'spontanea'.

Tale contributo oltre ad allontanare la tradizione ordoliberalo dal rischio di 'costruttivismo' a cui la esponeva un'eccessiva convinzione del ruolo necessario dello Stato per produrre e garantire l'ordine, ha costituito non solo il punto di contatto tra la tradizione friburghese e la Scuola Austriaca ma, nella prospettiva del presente lavoro, attraverso gli studi di Victor J. Vanberg, con la *public choice* che, integrando l'approccio ordoliberalo e precisandone i fondamenti normativi, vede nella *constitutional political economy* la sua naturale prosecuzione.

2.2 L'ordine economico concorrenziale e il ruolo del diritto

«Al giorno d'oggi ci si lamenta spesso che il diritto e l'economia politica non tengono il passo degli eventi, non forniscono alcun contributo formativo e non costituiscono più una forza intellettuale. Ignorare tali critiche vuol dire non riuscire a rendersi completamente conto della gravità della situazione, dato che è vero che in Germania queste due scienze non esercitano più alcuna influenza rilevante sulle decisioni fondamentali di natura politico-giuridica ed economica». Queste parole, tratte dal manifesto *Ordnung der Wirtschaft* di Franz Böhm, Walter Eucken e Hans Grossman-Dörth pubblicato nel 1936 ed intitolato "Il nostro compito", costituiscono l'incipit della tradizione ordoliberalo.

I tre fondatori di tale tradizione erano convinti che la crisi dell'ordine politico-economico non fosse il prodotto necessario della storia e di una rassegnata idea secondo la quale essa avrebbe ad un certo punto abbandonato l'ideale di libertà. Al contrario, per i tre fondatori della Scuola di Friburgo, la libertà assume rilevanza

civile quando si concretizza in istituzioni politiche, economiche e culturali che la rendono effettiva, praticabile, criticabile e migliorabile. Dunque, certo contingente, storicamente connotata ma, proprio per questo motivo, aperta ai tentativi riformatori. L'elaborazione teorica nel campo della politica, del diritto e dell'economia si manifesta come una sorta di perenne "battaglia per la libertà", contro l'idea che la storia sia governata dalla necessità e che compito dello scienziato sia quello di "canonizzare" il contingente, arrendersi alle presunte "forze maggiori", offrendo una valida giustificazione: evidentemente, quella che accarezza le "ragioni" del Principe.

La critica allo storicismo sfociava così nella critica alle scienze sociali così come erano praticate nella Germania a cavallo tra il diciannovesimo ed il ventesimo secolo. In particolare, sul fronte della scienza economica, Eucken denunciava l'egemonia della Scuola Storica, con il suo fardello storicistico. La critica di Eucken si rivolge dunque nei confronti di una scienza economica che si mostra rinunciataria rispetto alla possibilità di andare oltre i confini del conosciuto, che assume la situazione problematica non come il punto di partenza da sottoporre a critiche tese a cogliere le possibili ragioni del come e del perché di determinati fenomeni sociali, bensì come un dato ultimo e rivelato da giustificare. Una scienza economica, quest'ultima, che in tal modo non solo smette di essere scienza, ma rinuncia ad essere alleata delle libertà, al punto da esporla al rischio di diventare uno strumento di distruzione nelle mani di uomini che coltivano il culto della loro onnipotenza e della loro onniscienza. Uno strumento finalizzato alla progressiva demolizione di quelle istituzioni per l'edificazione delle quali, nei secoli, una moltitudine di donne e di uomini, persuasi della loro ignoranza e della loro fallibilità, perseguendo il bene proprio e dei propri cari, hanno contribuito in modo anonimo e spesso non intenzionale al loro sorgere.

La denuncia dei padri dell'ordoliberalismo si concentra dunque su questo aspetto e, conseguentemente, sul tentativo di affermare – ricorrendo ad una precisa scelta metodologica fondata sull'interdisciplinarietà tra scienza giuridica e scienza economica – il ruolo civile che gli scienziati sociali possono ricoprire in difesa della libertà individuale e, dunque, delle sue istituzioni. Non a caso, per i tre ordoliberali, «il compito più urgente per i rappresentanti del diritto e dell'economia politica [è] quello di lavorare insieme in uno sforzo volto ad assicurare che entrambe le discipline ritrovino il proprio posto nella vita della nazione» (Böhm, Eucken, Grossmann-Dörth, 1936:48) riuscendo ad inquadrare le «singole questioni economiche come parti costitutive di un tutto più grande» (Id, 1936:58) e permettendo al giurista di avvalersi «dei risultati della ricerca economica» (Id, 1936:59).

La proposta ordoliberal si risolve dunque nella ricerca di un ordine economico coerente con un ordine politico e sociale al centro dei quali è posta la persona agente (un soggetto libero, unico ed irripetibile ed ineludibilmente ignorante e fallibile) che, per essere efficace, richiede un approccio interdisciplinare. La riflessione ordoliberal sul concetto di "ordine" implica, infatti, la necessità di guardare ad esso attraverso le lenti proprie di ciascuna disciplina studiando quelli che sono i nessi tra le problematiche che investono l'economia e il diritto, così come pure la filosofia e le scienze sociali, condividendo i presupposti dell'individualismo metodologico e del primato metodologico della libertà.

Le critiche proposte da F. Böhm, W. Eucken e H. Grossmann-Dörth si traducono in una proposta teorica fondata sull'attenzione a far sì che l'assetto giuridico-istituzionale si coniughi con le logiche di funzionamento del sistema di mercato che devono, perciò, essere parte integrante del bagaglio culturale non solo degli economisti ma anche degli stessi giuristi; nonché, sul concetto di 'costituzione economica' - inteso come lo strumento attraverso cui trattare «tutte le questioni di carattere politico-giuridico e politico-economico» (Id, 1936:58) al fine di superare «l'insabibilità relativista e l'accettazione fatalista dei fatti» (*ibidem*) - da cui scaturisce una chiara proposta istituzionale.

Con tale termine i tre autori fanno riferimento ad una scelta peculiare di politica economica riguardante l'assetto fondamentale dei rapporti economici che, una volta formalizzata nel testo costituzionale, sia in grado di inquadrare l'azione dei pubblici poteri e, in definitiva, l'intero ordine sociale. Si tratta, come è stato evidenziato, del superamento del principio della rigida distinzione e della reciproca indifferenza-diffidenza tra sfera pubblica e sfera privata, tra diritto pubblico e privato, in ragione della consapevolezza delle reciproche ed irrinunciabili relazioni che, nella dinamica economica quotidiana, si verificano tra ciò che attiene all'ambito pubblico e ciò che invece è riferibile a quello privato.

La costituzione economica viene dunque a configurarsi come una consapevole, chiara e definitiva scelta politica da cui dovrebbe scaturire un coerente sistema istituzionale in grado di garantire la stabilità del modello prescelto. Su queste basi si delinea nella riflessione ordoliberal un modello di economia di mercato che vede i privati e i pubblici poteri in costante rapporto e dove, pur essendo chiaro che il processo economico deve restare estraneo alle decisioni pubbliche e rimesso all'autonomia dei privati, viene assegnato alla concorrenza la disciplina del processo economico e

allo Stato il ruolo di garante della correttezza del processo concorrenziale.

Questa visione dei rapporti tra pubblico e privato nell'ambito del sistema economico di mercato definito dalla costituzione economica fa riferimento ad un concetto di concorrenza come un complesso processo di coordinamento dei piani individuali. Un processo disciplinato da una chiara attività pubblicistica che, tuttavia, interviene sul mercato solo indirettamente, dando luogo ad un coordinamento di rilievo giuridico ed istituzionale che lo Stato stesso è chiamato a preservare mediante interventi compatibili con quelli che Eucken definirà i principi costitutivi dell'ordine di mercato.

Per Böhm, anticipando le tesi di James M. Buchanan, l'ordine giuridico-economico della concorrenza, nella misura in cui permette il coordinamento tra le libere scelte dei consumatori e delle imprese, si rivela così essere l'unico sistema compatibile con il principio democratico e con il modello parlamentare. Senonché, come si dirà meglio in seguito, Böhm arriverà successivamente a comprendere ed evidenziare come «tra la costituzione economica e la costituzione politica dello stato di diritto e della democrazia parlamentare sussiste quindi un legame costitutivo o un rapporto di interdipendenza in forza del quale i mutamenti che si verificano su un piano si riverberano necessariamente sugli altri livelli interconnessi, modificandone struttura a funzione» (Böhm, 1980:53-104).

Uno degli aspetti centrali della riflessione di Eucken è, d'altro canto, la critica nei confronti del *laissez-faire* e nella fiducia incondizionata nel funzionamento della mano invisibile affinché possa instaurarsi un efficiente ordine della concorrenza. Sulla base di tale presupposto e della connessa rilevata necessità di un ordine economico stabile, guidato da principi in grado di sviluppare la forma di mercato della concorrenza perfetta (Goldschmidt, 1952:84), l'economista tedesco, nell'opera *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, individua una serie di principi costitutivi che dovrebbero costituire la base di una costituzione economica.

Tra tali principi costitutivi vi sarebbe, in primo luogo ed in posizione preminente rispetto agli altri, quello di un efficiente sistema di prezzi di concorrenza perfetta, intesi quali indicatori di scarsità (Eucken, 1933:255). Nella prospettiva ordoliberal, dunque, la politica della concorrenza e la conformazione dell'ordine economico alle regole giuridiche sono intese come funzionali a preservare il corretto funzionamento del sistema dei prezzi che fornisce le informazioni su cui si basano i comportamenti degli attori dei processi economici.

Connessi a tale principio e funzionali ad esso, ritroviamo poi ulteriori principi costitutivi. Sul fronte della politica economica: il "primato della politica monetaria" con finalità di stabilizzazione del

valore della moneta nel quadro di una costituzione monetaria che funzioni 'automaticamente'; la "costanza della politica economica", finalizzata a garantire stabilità e instaurare un clima di fiducia; il principio "dei mercati aperti" e, dunque, assenza di limitazioni al libero fluire della domanda e dell'offerta connesse all'intervento dello Stato, alla presenza di cartelli, monopoli e altri gruppi di potere privati, teso a garantire nello stesso tempo concorrenza e interscambio con l'estero.

Sul fronte giuridico, invece: il riconoscimento della "proprietà privata" quale espressione di libertà e presupposto essenziale dei processi economici concorrenziali; il principio di "libertà contrattuale", intesa quale strumento affinché, attraverso le libere scelte degli individui, possa realizzarsi una necessaria cooperazione economica; e, infine, il principio di "responsabilità" (Id, 1933:280) che opera quale punto di contatto tra l'ordinamento economico concorrenziale e un ordinamento sociale fondato sulla libertà e sulla connessa responsabilità individuale laddove, quest'ultima, per usare le parole dello stesso Eucken, opera come una sorta di «profilassi contro la dissipazione del capitale e costringe perciò a vagliare attentamente i mercati. Inoltre essa è importante, per un ordinamento concorrenziale, in quanto ostacola l'annessione di altre imprese, la quale consegue all'aspirazione per il potere» (*ibidem*).

Il recepimento di tali principi costitutivi nell'ambito della costituzione economica ordoliberalista rappresenta, dunque, il presupposto per poter dar vita ad «ambiente entro cui proprietà privata dei mezzi di produzione e possibilità di disporre liberamente assumono una funzione politico-ordinamentale» (*ibidem*). Secondo Eucken, infatti, essi definiscono congiuntamente una complessiva e stabile decisione di politica economica e, nello stesso tempo, rappresentano gli strumenti affinché essa possa realizzarsi in concreto.

A tali principi costitutivi, l'economista tedesco associa poi una serie di principi regolativi funzionali a mantenere in efficienza l'ordine della concorrenza sul presupposto che la «stretta osservanza dei principi costitutivi non può evitare che i concreti ordinamenti concorrenziali racchiudano al proprio interno alcune forme ordinarie al sistema estranee» (*ibidem*), tali da rendere necessarie correzioni tese a salvaguardare la libertà individuale.

Il primo di tali principi regolatori è rappresentato dal "controllo sui monopoli", inteso quale strumento volto a contrastare le tendenze nocive della concorrenza, impedendo il potere nell'economia. A ciò si perverrebbe, secondo Eucken, proprio attraverso una politica economica e del diritto fortemente

concorrenziale realizzata da uno Stato 'forte', cioè libero dalle pressioni dei gruppi di interesse ed in grado di influenzare le "forme" dell'economia, ma non di dirigere direttamente il processo economico (Goldschmidt, 1952). Il secondo è invece rappresentato dalla "politica fiscale" funzionale ad una redistribuzione più armoniosa, basata su un'imposizione progressiva in misura tale da rispondere alle esigenze sociali senza, nello stesso tempo, disincentivare gli investimenti, determinando un'eccessiva tesaurizzazione del capitale. Il terzo principio regolativo è rappresentato dal calcolo economico rispetto al quale Eucken sussume effetti indesiderati sul piano dei comportamenti che non vengono considerati nel calcolo degli imprenditori o dei lavoratori ("effetti esterni"). Ultimo principio regolativo è, infine, quello concernente le "misure contro anomali comportamenti nell'offerta", tese cioè a contrastare l'offerta crescente con prezzi in diminuzione con particolare riferimento alle dinamiche del mercato del lavoro.

Tali principi costitutivi (supportati dai principi regolativi sul fronte del mantenimento delle condizioni di efficienza dell'ordine concorrenziale) rappresentano, dunque, il nucleo dell'ordine del mercato che, affinché possa correttamente funzionare, richiede che essi vengano tradotti in un ordine giuridico costituzionale funzionale a neutralizzare il potere o la sua eccessiva concentrazione (Böhm, 1960:22), realizzando così un bilanciamento tra sfera economica e sfera giuridica (Id, 1933).

Uno degli aspetti fondamentali del modo ordoliberal di intendere il fenomeno giuridico e la stessa idea di costituzione economica è, dunque, la sua qualificazione in termini essenzialmente normativi, a conferma di un modo di concepire il diritto in chiave controfattuale e di sviluppo dinamico (Id, 1937:54,56).

Secondo Böhm, infatti, la decisione fondamentale sulla vita economica della nazione dovrebbe manifestarsi come decisione costituzionale (una costituzione economica, appunto, avente carattere giuridico ed espressione del potere politico) capace di guidare l'accadere fattuale in una direzione politicamente determinata, instaurando un modello di cooperazione volontaria tra gli individui, retto dal principio di concorrenza inteso quale «formante economico e politico-costituzionale dello stato di diritto», nel quale spetta allo Stato ('forte') agire come «custode dell'ordine competitivo» (Eucken, 1933:327).

Da un lato, la creazione di un ordinamento della concorrenza è, da un punto di vista democratico, necessario perché in esso sono i consumatori, cioè il popolo, che guidano il processo economico – attraverso la formazione dei prezzi – in una votazione quotidiana; dall'altro, esso è essenziale al fine di dar vita ad un sistema economico

che non metta in pericolo, come accaduto finora, la democrazia e lo stato di diritto all'interno dell'ordine politico, ma che invece lo renda possibile .

Affinché lo Stato possa svolgere il peculiare ruolo delineato dalle teorie ordoliberali, sul presupposto che l'ordine di mercato competitivo non si auto-genera, né si preserva autonomamente, nonché, che ad un determinato ordine giuridico-economico debba necessariamente corrispondere un compatibile ordine giuridico-politico, gli esponenti della scuola friburghese ricorrono al concetto di *Ordnungspolitik*. Nella ricostruzione di Böhm, considerata da un punto di vista politico-costituzionale, l'introduzione della libertà economica individuale rappresenta il punto di partenza di un complesso progetto istituzionale volto a rifondare l'ordine economico-sociale su basi diverse da quelle delle esperienze economiche pre-moderne, da una parte, e in antitesi con il modello dell'economia di piano, dall'altro. Essa implica la realizzazione di un ordinamento economico non gerarchico, ma anarchico, che presuppone tuttavia un quadro giuridico e una pratica politica volti ad evitare che l'ordine di mercato ricada sotto il dominio arbitrario di poteri economici privati e che retroceda verso forme neo-feudali. La realizzazione della concorrenza diventa perciò lo scopo essenziale degli istituti giuridici dell'ordinamento economico moderno e la sua manutenzione il compito principale del governo (*Ordnungspolitik*).

Per quanto di interesse ai fini del presente studio, è interessante evidenziare come il paradigma elaborato da Eucken e da Böhm costituisca un riuscito tentativo di porre in relazione dialettica politica ed economia ricercando, attraverso il diritto e un approccio eminentemente normativo, le condizioni per una loro reciproca interazione e compatibilità, nel quadro di quei principi costitutivi e regolativi che costituiscono la base della costituzione economica ordoliberale (Vanberg, 2004).

Come rilevato da Vanberg, «i fondatori della Scuola di Friburgo hanno sottolineato che il mezzo principale con cui la politica economica può cercare di migliorare "l'economia" è migliorare il quadro istituzionale all'interno del quale si svolgono le attività economiche o, come lo chiamavano, la costituzione economica. Ciò che ha motivato il loro lavoro è stato l'interesse ad applicare le intuizioni teoriche del diritto e dell'economia al problema pratico «di comprendere e modellare gli strumenti giuridici per una costituzione economica», una preoccupazione che hanno visto come parte del più ampio progetto di indagine sui fondamenti costituzionali di un ordine socio-economico-politico funzionale e umano. Come nome di ciò che può valere come tale ordine, Eucken

adottò la parola latina *Ordo*, un termine con apparenti connotazioni di diritto naturale, che tuttavia può essere separato da tali connotazioni ed essere interpretato nel senso diretto di un ordine desiderabile per gli esseri umani che lo abitano».

2.3 *Gli echi della prospettiva ordoliberal e nel dibattito giuspubblicistico tedesco sulla *Wirtschaftsverfassung**

A partire dall'entrata in vigore del *Grundgesetz* e dall'analisi delle sue differenze rispetto alla Costituzione di *Weimar*, gli echi della visione normativa della concorrenza proposta dalla Scuola di Friburgo hanno inevitabilmente condizionato anche il dibattito tedesco⁵ sul concetto di *Wirtschaftsverfassung*.

La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, discostandosi dalla prospettiva ordoliberal e della Scuola di Friburgo, ha tuttavia preferito ricorrere ad una lettura neutrale della costituzione economica, negando dunque l'esistenza nell'ambito del *Grundgesetz* di un insieme di norme precettive capaci di vincolare il legislatore nelle scelte di politica economica, salvo poi – pur senza mai giungere ad affermare l'esistenza di ordine economico vivente tale da limitare la discrezionalità dei pubblici poteri in materia di politica economica – finire progressivamente per riconoscere, in funzione della tutela dei diritti fondamentali e della loro interpretazione (Saitto, 2011:32), l'esistenza di una dimensione oggettiva dell'ordine economico-costituzionale.

Nell'ambito del dibattito sul concetto di *Wirtschaftsverfassung* la tesi più vicina alla prospettiva ordoliberal e, nello stesso tempo, in contrasto con le due decisioni del *Bundesverfassungsgericht* del 1954⁶ e del 1979⁷ è senz'altro quella della *Soziale Marktwirtschaft* elaborata da Hans Carl Nipperdey (Id, 1954:3). Egli, a partire dall'interpretazione dell'art. 2, abs. 1 del *Grundgesetz*, letto in connessione con gli artt. 9 abs. 3, 12 e 14, giunge infatti a sostenere che il legislatore costituzionale avrebbe operato una precisa scelta in materia di *Wirtschaftsverfassung* in quanto l'obbligo del legislatore di preservare un'economia sociale di mercato deriverebbe proprio dal principio del libero sviluppo della personalità, in chiara contrapposizione con la tesi relativista della neutralità della costituzione.

Ciò in quanto, ai fini della sua effettività tale principio presupporrebbe da un lato la libertà di concorrenza del singolo nel mercato e, dall'altro, una protezione a livello costituzionale di

⁵ Per una ricostruzione v. Miccù, 1996.

⁶ BVerfGE 4, 7 (1954)

⁷ BVerfGE 50, 290 (1979)

un'economia sociale di mercato, laddove l'intervento pubblico nell'economia ("mercato-conforme", laddove volto ad eliminare le distorsioni della concorrenza, ovvero, "non conforme al mercato", laddove volto a rimediare ai fallimenti del mercato) troverebbe legittimazione solo alla luce (e nei limiti) del principio di sussidiarietà. Dovendosi perciò ritenere illegittime sul piano costituzionale quelle decisioni del legislatore tali da porsi in contrasto con l'ordinamento economico e sociale vivente.

Sebbene tale tesi non incontrò il favore né della dottrina né del *Bundesverfassungsgericht*, di particolare interesse è notare come la posizione della giurisprudenza costituzionale non si sia però sviluppata nel senso di riconoscere una piena libertà del legislatore nelle scelte di politica economica, incontrando comunque nell'esercizio della sua discrezionalità un limite invalicabile nei diritti fondamentali e nei vincoli che lo Stato sociale pone al legislatore stesso. Tra gli autori che meglio hanno colto, da un lato i limiti della tesi di Nipperdey sulle implicazioni dello Stato sociale e, in particolare, della tutela dei diritti sociali di prestazione e, dall'altro, la stretta connessione tra diritti fondamentali e ordine costituzionale dell'economia, contribuendo a un parziale cambio di rotta da parte del *Bundesverfassungsgericht*, v'è senz'altro Ernst Rudolf Huber il quale, nell'evidenziare la distinzione tra un uso fattuale e un uso normativo del concetto di costituzione economica, giunge a porre in luce come nel modello democratico-sociale l'ordinamento economico assuma un rilievo essenziale al punto da delineare un sistema istituzionale la cui funzione è quella di garantire a livello costituzionale il modello dell'economia mista (Id., 1956:505). Una tesi quest'ultima che, come vedremo, nel dibattito italiano ha trovato come suo principale (e per molto tempo unico) interprete Giovanni Bognetti.

Prendendo le distanze dalla Scuola di Friburgo, nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca ha dunque prevalso una visione che, pur rifiutandosi di riconoscere - come avevano fatto gli ordoliberali - l'esistenza di una decisione di sistema con riferimento al sistema economico, non giunge però a negare il fatto che molte disposizioni del *Grundgesetz* (e, in particolare, quelle sui diritti fondamentali) contengano garanzie economiche tali da richiedere una lettura coordinata in grado di delineare un sistema (R. Miccù, 1996:278).

Sul punto è interessante riportare l'analisi di Ulrich Scheuner il quale, nel negare l'esistenza di una contrapposizione tra Stato e società e tra Stato e mercato e, dunque, tra costituzione politica e costituzione economica, pone però in luce - evidenziando dunque l'insufficienza di un approccio meramente neutrale alla costituzione economica - come il rifiuto dell'uso del concetto di *Wirtschaftsverfassung* non implichi necessariamente la negazione della possibilità di rinvenire

comunque nel *Grundgesetz* una specifica scelta in materia economica, sebbene da un lato in uno Stato democratico, almeno in linea teorica, resti comunque sempre possibile il ricorso ad altri ordini economici e, dall'altro, la libertà di scelta del legislatore debba comunque intendersi vincolata non solo dalle norme sui diritti fondamentali ma dall'obbligo per i pubblici poteri di garantirne il pieno godimento (Scheuner, 1971:9-84)⁸.

3. Uno sguardo critico alla tesi della neutralità della costituzione economica con riferimento all'ordinamento italiano

3.1 La presunta "neutralità" della costituzione economica italiana e la sua insufficienza

Sebbene non siano mancate alcune voci critiche, più inclini a guardare alla costituzione economica come ad una specifica modalità di relazione tra politica ed economia intermediata dal diritto costituzionale, nel nostro Paese la nozione di costituzione economica non ha conosciuto un livello di approfondimento tale da superare un approccio meramente descrittivo o evocativo del concetto (Motzo, Piras, 1959:199), restando perciò ancorata, per lungo tempo, entro i confini di un uso puramente fattuale di tale espressione.

Pur nella varietà delle posizioni espresse dalla dottrina, con riferimento all'ordinamento italiano la nozione di costituzione economica è riferibile a quelle parti della Costituzione - e dunque alle norme del Titolo III della Parte I e, in particolare, agli articoli da 35 a 47 - che regolano i rapporti economici delineando un modello economico estremamente duttile (sebbene pur sempre riconducibile al modello dell'economia mista), a testimonianza del suo essere frutto di un compromesso tra forze politiche profondamente divise sul piano ideologico, sebbene unite dalla condivisione dei valori della resistenza.

Tali norme sono il risultato del dibattito sviluppatosi in seno all'Assemblea Costituente intorno ad una pluralità di posizioni che andavano dalle contraddizioni espresse dalla componente democristiana, fino alle opposte tesi dei liberali, dei socialisti e del partito comunista. Tale circostanza dà ragione di un approccio

⁸ Ad analoghe conclusioni, con particolare riferimento al problema dell'impatto dei vincoli europei sui diritti sociali a prestazione, sembrerebbe possibile giungere guardando al nostro sistema amministrativo, con particolare riferimento all'esercizio della discrezionalità organizzativa (Angelini, 2021). Con specifico riferimento alle trasformazioni imposte dal NGEU nella fase post pandemica in termini di vincolo della costituzione economica europea sull'indirizzo della politica economica dei governi nazionali v. Capriglione, 2020 e Id., 2021 e, più in generale, sull'indirizzo politico nazionale v. Lupo, 2022.

particolarmente prudente dei Padri costituenti che, più che condurre alla costituzionalizzazione di un determinato modello misto, si è invece concentrato sulla necessità di «fissare dei paletti, più che delle norme dettagliate e univoche, sempre con attenzione preminente alla centralità nell'ordinamento della persona e dei suoi diritti, ai fini non tanto di delimitare un sistema o un modello economico in senso stretto, quanto di contenere (o, meglio, ostacolare) scelte economiche tra loro contrapposte» (Bilancia, 2019:13).

A fronte della costituzionalizzazione di un tale modello di economia mista, è pesata però l'assenza di una riflessione profonda sui confini di tale modello sociale e, in particolare, sul legittimo operare di quelle strutture istituzionali "privatistiche" e "pubblicistiche" che avevano trovato riconoscimento nella Costituzione «con principi "procedurali" relativi al governo dell'economia come quelli in materia di politica monetaria e di politica di bilancio che emergono dagli art. 41 e 81 della Costituzione» (Bognetti, 1997:214), determinando così, sotto la spinta di una interpretazione assolutizzante dell'articolo 3, comma 2 della Costituzione, lo scivolamento verso un modello aperto o neutrale che ha finito per «"relativizzare" e "affievolire" ogni disposizione costituzionale specifica che potesse far ostacolo all'immediata attuazione dei valori "sociali" considerati preminenti, nella misura massima desiderata» (Id., 1997:219).

Il mancato riconoscimento dell'accezione normativa di costituzione economica, a fronte invece della preferenza per una concezione meramente descrittiva della nozione, in grado di preservare il carattere neutrale delle relative disposizioni giustificando un approccio oltranzista al perseguimento delle finalità sociali iscritte nella prima parte della Costituzione ha prodotto diverse conseguenze tanto sul piano del riconoscimento dei diritti sociali e delle modalità di tutela previste dall'ordinamento quanto su quello della sostenibilità della spesa pubblica e delle politiche monetarie (Angelini, 2019).

Non essendo questa la sede per una più ampia disamina sul piano storico, ciò che si intende evidenziare ai fini del presente lavoro è l'insufficienza della tesi della neutralità della costituzione economica, largamente sostenuta dalla dottrina italiana (AAVV, 1990: 11 ss. e 405 ss.) oltre che tedesca. Essa non sembra ormai poter rispondere adeguatamente alla segnalata radice costituzionale dei problemi posti dal rapporto tra economia di mercato e democrazia, anche alla luce del loro essere destinati ad acutizzarsi per effetto della transizione digitale e delle profonde trasformazioni della società che ne derivano.

La prospettiva teorica a cui si intende fare riferimento al fine di sollevare qualche critica alla tesi della neutralità della costituzione economica, a vantaggio di una visione normativa di quest'ultima, capace di radicarsi nel solco della prospettiva ordoliberal e, nello stesso tempo, dell'insegnamento di quella parte minoritaria della dottrina giuspubblicistica che già da tempo aveva lamentato l'insufficienza di tale approccio, è quella che ricomprende nel concetto di diritti fondamentali, da un lato, i diritti politici e i diritti civili, la cui effettività è condizione di legittimità sul piano formale dei processi democratici e, dall'altro, i diritti di libertà e i diritti sociali, la cui tutela risulta invece essere condizione di legittimità sostanziale delle stesse decisioni adottate nell'ambito dei processi democratici. I diritti fondamentali si pongono infatti come frammenti di sovranità di tutti e ciascun cittadino in ragione del fatto che «la 'sovranità' o 'volontà popolare' richiede, per potersi esprimere autenticamente, le garanzie non solo dei diritti politici, ma anche dei diritti di libertà e dei diritti sociali, dalla libera manifestazione del pensiero al diritto all'istruzione» (Ferrajoli, 2001:13).

Poiché «ogni violazione dei diritti fondamentali rappresenta una lesione non solo delle persone che ne sono titolari, ma anche della sovranità popolare» (*ibidem*), ne consegue che, da un lato, essi non possono che essere sottratti alla disponibilità della maggioranza parlamentare e del potere governante; e, dall'altro, che la loro soddisfazione si pone al punto di intersezione tra i diritti e i doveri costituzionali, presupponendo l'esistenza di un'amministrazione chiamata ad operare in una complessa e fitta rete di rapporti di integrazione e di convergenza tra i vari soggetti che compongono la realtà sociale.

Questa teoria dei diritti fondamentali e della loro stretta connessione con la sovranità popolare pare trovare traduzione sul piano giuspubblicistico nella visione proposta da quella parte della dottrina che, a partire dalle tesi di Feliciano Benvenuti, ha ritenuto di individuare il fondamento della sovranità nel riconoscimento giuridico delle posizioni di libertà dei singoli individui, riconoscendo in esse la fonte di giustificazione dell'intero diritto pubblico di una società statale. La realtà sociale, secondo questa concezione, si esprimerebbe in un ordinamento giuridico in ragione dell'esistenza di originarie posizioni di libertà dei singoli nei confronti della sovranità e non per il suo opposto (Benvenuti, 1965:25). Esse verrebbero dunque coordinate paritariamente tra loro (diritto privato) e con le posizioni di una autorità (diritto pubblico) mediante il sistema di norme giuridiche che compongono l'ordinamento (Benvenuti, 1996:43-44).

L'ordinamento giuridico si presenta allora come il centro di raccordo di tutte le libertà individuali (Id, 1996:54), rappresentando

quindi un sistema di coordinamento in grado di consentire l'esplicazione delle diverse libertà dei singoli risolvendo i conflitti intersoggettivi e, nello stesso tempo, perseguendo il bene comune. Un bene quest'ultimo che, in quanto di tutti e di ciascuno, diversamente dal carattere soggettivo della volontà generale della teoria rousseuviana, presenta a sua volta un fondamento oggettivo nella risposta alla necessità di dar vita ad una comunità, rispetto alla quale all'ordinamento giuridico spetterebbe il compito di riconoscere le libertà e i diritti della persona non in chiave di contrapposizione tra individui e Stato ma di coordinamento dei fini individuali, rappresentando esso stesso non un atto di volontà bensì l'orizzonte al quale ogni volontà deve conformarsi affinché risulti compatibile con le volontà altrui, secondo l'impostazione kantiana (Benvenuti, 1996:43-62; Berti, 1994:99).

La sovranità sarebbe dunque, non il fondamento, bensì il necessario complemento di una comunità di individui retta dal principio di uguaglianza, che a sua volta non rappresenterebbe un aggregato amorfo, bensì un sistema di esperienze e di coscienze individuali che contribuiscono alla differenziazione della società, nella quale accanto alla sfera del politico convivono tante altre sfere (economica, religiosa, artistica, e così via) di eguale dignità, ugualmente portatrici di un particolare tipo di bene comune.

Dal riconoscimento della libertà dei singoli come posizione giuridica – ovvero, in termini relazionali, come il posto che ad un soggetto è riconosciuto da una norma rispetto ad un altro soggetto in ordine alla possibilità di realizzare i bisogni della persona – e dalla concezione dell'ordinamento giuridico come il riflesso di una realtà sociale composta da individui liberi ed uguali, discendo, a loro volta, sia i diritti pubblici soggettivi, ossia «la posizione giuridica del soggetto che può assumere rispetto al soggetto detentore dell'autorità e, in relazione a ciò, rispetto ad ogni altro soggetto, ponendo in essere un proprio comportamento» (Benvenuti, 1996:45), sia il riconoscimento della sovranità popolare quale garanzia dell'esercizio di tali libertà (passiva, attiva collettiva e attiva individuale), che si esprime attraverso i diritti politici, il sistema delle garanzie obiettive e la partecipazione all'esercizio delle funzioni pubbliche.

Se, da un lato, per un sistema democratico risulta inevitabile il riconoscimento da un punto di vista attivo dei diritti politici come manifestazioni di quell'insieme fondato sulle libertà che si chiama sovranità e che si ritiene appartenere al popolo; dall'altro, tale sistema deve intendersi pur sempre limitato alle manifestazioni principali di una democrazia fondata sul principio rappresentativo, precludendo al cittadino ogni possibilità di intervenire

direttamente nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Poiché però ciò che conta non è solo il riconoscimento dei diritti ma la loro effettività, ovvero la possibilità per il singolo di farli effettivamente valere, solo quando in un ordinamento è riconosciuta al singolo la capacità di concorrere nella determinazione dell'ordinamento stesso, nelle sue varie manifestazioni, e nell'esercizio dei poteri spettanti in base a quell'ordinamento, lo Stato che ne deriva, pur rimanendo stato di diritto, appare come stato sociale.

Come evidenziato da Giorgio Berti, l'idea di libertà quale elemento fondativo dell'ordinamento giuridico, rinvia alla necessità di pervenire all'unificazione sociale solo attraverso «una razionale composizione o una consapevole valorizzazione delle libertà intese nella loro oggettività e quindi tradotte in valori oggettivi. Altrimenti si deve rinunciare al proposito di realizzare la costituzione mediante un ordine democratico: la democraticità vuole infatti l'identificazione degli interessi plurali e singolari, e quindi la loro composizione attraverso procedure di confronto e di transazione condotte secondo la figurazione che ciascun protagonista dà liberamente dell'interesse di cui si fa portatore» (Berti, 1994:61-80). La libertà dell'individuo - e non il potere - intesa quale punto di partenza dell'aggregazione sociale deve perciò essere visibile in ogni momento del processo aggregativo, e proprio per questo esplicitare un ruolo forte e condizionante in tale processo (*ibidem*).

La sovranità popolare e la democraticità vissuta in modo razionale (e quindi accettando e non negando l'esistenza di interessi nello stesso tempo reali e, dunque, parziali) imporrebbe dunque alla politica e all'economia la necessità di individuare forme e modalità di integrazione reciproca che risultino coerenti con il primato della libertà dell'individuo che, attraverso il diritto pubblico e la funzione discorsivo-razionale che esso svolge, è chiamata a oggettivizzarsi nella trama dell'ordinamento giuridico. Tutto ciò implica dunque un cambio di prospettiva sia rispetto al tradizionale modo di guardare al diritto pubblico, non più come quel diritto basato sull'onnipotenza del legislatore, sulla positività delle regole, sulla sudditanza della società e degli uomini al potere politico bensì come funzione della sovranità popolare (Perfetti, 2019); sia con riferimento alla ragione d'essere dell'amministrazione pubblica chiamata a soddisfare anzitutto i diritti sociali e ad esprimere l'obbligazione generale alla realizzazione delle aspirazioni collettive legittimandosi nella società, trovando dunque in essa la ragione fondamentale della propria esistenza e della propria funzionalità.

Un contributo particolarmente significativo sul fronte della comprensione di come il modello democratico-sociale delineato dalla Costituzione richieda - al fine di risultare compatibile con l'ordine

giuridico delle libertà e con la sovranità della persona quale fondamento stesso dell'ordinamento giuridico – una concezione della costituzione economica coerente con l'approccio ordoliberal è quello offerto da Giovanni Bognetti il quale ha introdotto con riferimento alla sfera pubblica il concetto di “rendite politiche” (Bognetti, 1983:15).

Esse si articolano in due macrocategorie: la prima si riferisce alle rendite interne al (sub)sistema politico, derivanti dalle operazioni funzionali al funzionamento del sistema politico-amministrativo in senso stretto (es. i costi della politica, prestazione dei servizi politici); la seconda alle rendite politiche nel (sub)sistema economico, tra cui rientrano quelle percepite dalle persone occupate in impieghi connessi con la produzione, privata o pubblica, di servizi e beni di ogni altro genere, che non sono il corrispettivo di un'effettiva produttività misurata in base alle ragioni di scambio del mercato, ma rappresentano un premio assicurato mediante la costituzione di posizioni di speciale vantaggio per l'intervento diretto o indiretto dell'autorità politica, ovvero, quelle consistenti nella percezione di elargizioni da parte dello Stato o nel godimento di servizi forniti dallo Stato per i quali il percettore e l'utente non hanno pagato o non pagano un corrispettivo o quest'ultimo non copra l'intero costo del servizio.

Secondo Bognetti, pur restando connaturale al modello democratico-sociale l'esistenza di tali rendite, in misura certamente superiore rispetto allo Stato liberale ottocentesco, sarebbe proprio l'eccesso di rendite politiche – specie della seconda categoria – a determinare distorsioni tanto sul terreno dei processi di mercato quanto su quello dei processi politico-amministrativi, creando disfunzioni tali da innescare quello che Acemoglu e Robinson hanno chiamato il «circolo vizioso delle istituzioni estrattive» (Acemoglu, Robinson, 2013) che, dando luogo ad una indebita concentrazione del potere economico e di quello politico, rallentano lo sviluppo economico e sociale generando fenomeni di impoverimento e esclusione.

L'eccesso di rendite politiche si verifica ogniqualvolta la loro presenza complessiva determini, non in via passeggera ma strutturale, uno sviluppo disordinato del sistema economico, per esempio in ragione dell'esistenza di forme di intervento pubblico tali da alternare il meccanismo di formazione dei prezzi di mercato o da falsare il gioco della concorrenza. Al fine di evitare tale eccesso di rendite politiche occorre allora che i pubblici poteri, nel correggere il mercato a fini sociali, assicurino uno sviluppo ordinato del sistema economico, garantendo l'operatività di un principio procedurale – come è appunto il principio concorrenziale

e quello connesso della stabilità dei prezzi – in grado di preservare l'equilibrio del sistema economico e, con esso, il funzionamento dei processi politico-amministrativi di un ordinamento democratico che si regga sui principi della libertà individuale e dell'eguaglianza politica.

3.2 La funzione procedurale della costituzione economica contro le "rendite politiche" che impediscono il corretto sviluppo del modello economico-sociale

Il richiamo di Bognetti alle "rendite politiche" per spiegare questa importante funzione procedurale svolta dalla costituzione economica nell'ambito dell'ordinamento democratico sembra, al contrario della tesi della neutralità, cogliere nel segno. La fondatezza di tale tesi sul piano ordinamentale la si può cogliere meglio alla luce del contributo offerto dalla teoria economica sul terreno delle decisioni collettive e delle implicazioni che istituzioni e regole hanno su di esse, che rappresenta un terreno estremamente rilevante e di sicuro interesse per gli studiosi del diritto pubblico dell'economia⁹.

In modo coerente con l'impostazione di fondo della Scuola di Friburgo, la risposta degli economisti della *public choice* e della *constitutional political economy* alla conflittualità che caratterizza il rapporto tra politica ed economia nello Stato democratico sociale, alimentando alcuni di quei preoccupanti processi di "deconsolidamento" delle democrazie occidentali a cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti, è rappresentata dall'adozione di una prospettiva essenzialmente costituzionale che invita a concentrarsi su quei «cambiamenti istituzionali in grado di generare situazioni sociali più desiderabili, come esisto delle decisioni indipendenti di individui interessati a sé» (Brennan, Buchanan, 1980).

L'indagine della *constitutional political economy* si concentra in particolare sull'idea secondo cui la libertà individuale e l'effettiva eguaglianza politica sarebbero assicurabili in maniera significativa solo se l'azione collettiva risultasse vincolata da precisi limiti costituzionali. Sull'assunto, infatti, che sia l'interesse personale a spingere il comportamento dei decisori pubblici che partecipano agli scambi che avvengono sulla sfera pubblica, la prospettiva costituzionale proposta dalla *public choice* si traduce nella necessità di costruire e disegnare istituzioni e regole capaci di far convergere il

⁹ Per una più approfondita disamina del contributo della *public choice* allo studio del diritto pubblico dell'economia con particolare riferimento alla ricerca del fondamento logico-razionale della costituzione economica europea sia consentito il rinvio a Angelini, 2020a.

perseguimento di tale interesse individuale con quello generale. In questo senso, le regole costituzionali dovrebbero quindi essere pensate ed attuate al fine di permettere ai responsabili delle scelte pubbliche, attraverso il rispetto delle stesse, di trarre benefici comuni dalla volontaria cooperazione di tutti gli attori coinvolti, secondo il paradigma del *mutual gains from joint commitment to rules* (consenso o adesione razionale) (Vanberg, 2010; Buchanan, 1989:103).

In questa prospettiva, la costituzione economica si pone dunque quale strumento per la prevenzione dei fallimenti dello Stato e, in tal modo, per la protezione dei cittadini di fronte all'invadenza della mano pubblica (Vannucci, 1996:502), contribuendo a dare corpo e sostanza al principio della sovranità popolare secondo traiettorie ulteriori e diverse rispetto a quelle concezioni che ne confinano la portata entro il perimetro della mera rappresentanza democratica (Angelini, 2020b).

Il problema della massimizzazione del benessere sociale viene affrontato dai teorici della *public choice* solo indirettamente, ovvero, non con riferimento ai risultati di politica economica conseguibili attraverso determinate decisioni pubbliche ma rispetto alla capacità delle regole costituzionali di massimizzare il benessere sociale fornendo incentivi all'adozione spontanea di comportamenti cooperativi (Brennan, Buchanan, 1980:5).

Secondo tale approccio giuseconomico, la costituzione risulterebbe dunque inquadrabile come un contratto sociale la cui funzione sarebbe quella di definire le regole degli scambi volontari che avvengono nella sfera pubblica tra cittadini e pubblici poteri (Buchanan, 1981:46). La logica dei vincoli costituzionali sarebbe quindi rinvenibile nella constatazione che qualsiasi potere che venga assegnato alle autorità politico-amministrative potrebbe essere esercitato in modo tale da risultare in contrasto con quelle finalità e modalità ritenute accettabili dai cittadini, tradotte nel testo costituzionale sotto il velo dell'ignoranza (Buchanan, 2013:105).

Un ulteriore elemento che completa la prospettiva teorica della *public choice*, cogliendo le complesse relazioni che intercorrono tra costituzione e amministrazione, è poi la distinzione concettuale tra le scelte costituzionali e quelle postcostituzionali, identificabili con le specifiche decisioni che in quel determinato contesto costituzionale vengono assunte (Buchanan, 1984:52). Ciò pone in luce innanzitutto il fatto che ogni equilibrio istituzionale determinato dall'adozione di specifiche regole costituzionali può perdere la sua convenienza sociale per effetto del mutare degli interessi, delle possibilità tecnologiche, dei mutamenti culturali e, in tal modo, provocare l'azione di forze tese a far perdere agli

individui il controllo delle scelte collettive e, quindi, la loro libertà (Vannucci, 1996:503-504).

Ciò dipende principalmente dalla tendenza di quello che Buchanan chiama lo Stato produttivo - o, in altri termini, l'apparato politico-amministrativo - a modificare continuamente la struttura di base dei diritti individuali senza però trovare adeguata opposizione negli organi giudiziari che rappresentano, invece, il cosiddetto Stato protettivo, ed a cui spetterebbe la loro tutela. È questa la ragione per la quale nella prospettiva della *public choice*, oltre all'insieme delle regole per la formazione delle decisioni pubbliche, la costituzione dovrebbe contenere regole - ispirate da un tessuto di valori e convinzioni etiche comuni - in grado di vincolare l'intervento pubblico posto in essere dall'apparato politico-amministrativo il quale, per le sue caratteristiche intrinseche, è naturalmente portato a concentrare i benefici della sua azione in favore di alcuni, diffondendone i relativi i costi sulla collettività ("rendite politiche"). La ragione di tale inclinazione del potere politico e amministrativo a generare distorsioni e inefficienze trova la sua giustificazione proprio nel criterio maggioritario adottato nell'ambito dei processi decisionali che regolano l'azione dello Stato produttivo (Buchanan, 1975:88-90).

È proprio a partire da tali riflessioni, oltre che dall'analisi sul funzionamento del sistema fiscale e sugli effetti redistributivi della spesa pubblica, che la teoria della scelta pubblica sviluppa allora l'idea di una costituzione economica quale strumento essenziali per disciplinare i processi decisionali pubblici ponendo l'attenzione sul livello di efficienza dei loro esiti (Buchanan, 1981:51-59).

Il cuore della teoria della scelta pubblica è dunque rinvenibile nello studio delle caratteristiche della costituzione economica dello Stato democratico sociale, da intendersi non più solo in termini descrittivi quale insieme dei principi e delle regole che definiscono la "vita economica" di un Paese, bensì quale sistema di incentivi e disincentivi che incidono sui comportamenti strategici dei decisori pubblici e privati, costituzionalizzando un determinato modello economico compatibile con la forma di Stato e, dunque, sul contributo della costituzione economica all'efficienza dei processi di scambio che si svolgono sulla sfera pubblica, in funzione della sovranità popolare, da intendersi nel senso della libertà di scelta e della massima soddisfazione possibile dei diritti fondamentali della persona secondo il paradigma costituzionale garantista tipico di tale forma di Stato.

Tale prospettiva può essere condensata nelle parole di Buchanan, secondo cui «per migliorare la politica è necessario migliorare o riformare le regole, la struttura all'interno della quale il gioco della politica è svolto.[...] Un gioco è descritto dalle sue regole, e un gioco migliore si fa solo cambiando le regole» (Buchanan, 1989). Se dunque

la politica dipende dalle sue regole si comprende meglio il perché l'attenzione di questi economisti si rivolge, più che nei confronti dei risultati delle politiche pubbliche, verso lo studio delle imperfezioni dei processi decisionali pubblici che influiscono sui risultati di tali politiche.

Secondo tale approccio, il ruolo delle norme costituzionali diventa allora proprio quello di migliorare le regole per la scelta delle regole del gioco, creando le condizioni affinché dal rispetto delle regole del gioco poste a presidio dell'interazione dei decisori pubblici possa essere garantita, con riferimento a ciascuno scambio che avviene nella sfera pubblica, l'efficienza.

La capacità delle regole del gioco e, a monte, di quelle per la scelta delle regole del gioco, di condurre ad un'interazione umana rispettosa della sovranità della persona nell'ambito degli scambi che interessano la sfera pubblica ha, come si è detto, implicazioni indirette sul benessere sociale. In questo senso, è proprio il suo guardare alla massimizzazione del benessere sociale tramite il filtro degli aspetti istituzionali a rappresentare il peculiare contributo dei teorici del costituzionalismo economico rispetto all'approccio classico dell'economia del benessere.

Si comprende allora il perché, nella prospettiva della prevenzione dei fallimenti dello Stato, la costituzione economica (che racchiude sia le regole a tutela del processo concorrenziale che quelle fiscali e monetarie) si ponga - in modo del tutto speculare ad altre garanzie obiettive tipiche del costituzionalismo liberale - come uno strumento di tutela degli interessi della collettività nei confronti del potere politico-amministrativo. Contro cioè, quelle deviazioni rispetto alle ragioni dell'efficienza dei processi decisionali pubblici che neppure l'esercizio della sovranità popolare attraverso il voto popolare è in grado di correggere.

Non viene quindi posta in discussione la possibilità per lo Stato di intervenire direttamente nel sistema economico, tanto in conseguenza del verificarsi di un fallimento del mercato quanto in sua assenza, posto che in linea teorica nulla vieterebbe all'economia pubblica di conseguire la medesima efficienza del mercato. Il compito che viene assegnato alla costituzione economica è invece quello di consentire il raggiungimento della massima aderenza possibile dell'intervento pubblico alle preferenze dei destinatari, rendendo possibili ed incentivando quei processi di cooperazione volontaria dai cui risultati dipende, indirettamente, il benessere sociale.

La riflessione sull'azione dei pubblici poteri sul fronte dell'efficienza allocativa e della giustizia distributiva si risolve, allora, nel problema dell'appropriatezza dei mezzi rispetto ai fini

perseguiti e, in definitiva, del sistema di incentivi e disincentivi che dovrebbe prevenire e correggere le distorsioni insite nei processi democratici. In altri termini, sulla capacità delle regole di orientare l'interazione tra gli individui verso l'adozione di strategie cooperative in grado di generare vantaggi per tutti i partecipanti e, in tal modo, di promuovere un complessivo allineamento degli interessi in gioco.

La prospettiva del costituzionalismo economico può dunque essere condensata nell'idea secondo cui l'azione collettiva, che si svolge attraverso le forme e con le modalità tipiche della democrazia rappresentativa, affinché la libertà individuale e l'effettiva eguaglianza politica possano essere tutelate in modo stabile e duraturo, contribuendo così alla stabilizzazione democratica, richiede precisi limiti costituzionali sul fronte della tutela del processo concorrenziale e delle politiche fiscali e monetarie al fine di preservare la libertà individuale e dare effettività ai diritti fondamentali, garantendo l'efficienza dei processi decisionali pubblici e, attraverso quest'ultima, il massimo grado possibile di attuazione del paradigma costituzionale garantista.

4. La ricerca del fondamento costituzionale della tutela giuridica della concorrenza

Il riconoscimento di una funzione procedurale della costituzione economica richiederebbe, dunque, una coerente visione della relazione tra tutela giuridica della concorrenza e disciplina costituzionale (Pitruzzella, 2019:11), capace cioè di superare la contrapposizione tra democrazia e mercato in funzione del riconoscimento della loro reciproca interdipendenza.

Tuttavia, né l'ordinamento sovranazionale né quello interno, si preoccupano di fornire una definizione normativa di "concorrenza". Ciò espone la nozione di concorrenza a diversi possibili approcci ricostruttivi sul piano filosofico e culturale (Andriychuk, 2017:10,35 ss.), prima ancora che economico e giuridico, che finiscono inevitabilmente per incidere sul tipo di ruolo che può essere riconosciuto al mercato dall'ordinamento costituzionale e, con riferimento al nostro paradigma costituzionale garantista, alla promozione della concorrenza alla luce dei limiti posti dalla tutela dei diritti fondamentali della persona.

Diversamente dalla visione normativa di cui si è detto, una visione (meramente) utilitaristica della concorrenza giustifica la sua tutela giuridica in virtù del riconoscimento della capacità delle dinamiche concorrenziali di produrre effetti positivi sul benessere collettivo in termini di efficienza allocativa (*consumer welfare* o *total welfare*), di efficienza produttiva (attitudine delle imprese di combinare fattori

produttivi in modo da contenere i costi di produzione e, dunque, tratte vantaggi competitivi) e di efficienza dinamica (capacità di innovare e migliorare continuamente la propria offerta di beni e servizi) (Libertini, 2014:30-31).

Il primo e il secondo concetto di efficienza si ricollegano, in particolare, alla teoria dei prezzi dell'economia del benessere e alla nozione di *consumer welfare* che rappresenta il paradigma tutt'ora dominante nel diritto della concorrenza. Tale approccio, sviluppato dalla Scuola di Chicago a partire dagli anni '70 del secolo scorso e caratterizzato all'applicazione di complessi modelli matematici – quale risposta a quello che Robert Bork (Id., 1978)¹⁰ definì il paradosso del diritto antitrust il quale, caricato di molteplici finalità, finiva per nuocere alla stessa concorrenza e alla capacità dell'economia di produrre beni e servizi in nel modo più efficiente possibile – individua nel benessere del consumatore¹¹ il principale obiettivo della politica della concorrenza, al punto da giungere a ritenere che persino condotte anticoncorrenziali implicanti concentrazioni di potere economico in senso monopolistico o di integrazione verticale, nella misura in cui sono in grado di condurre ad una riduzione dei prezzi e, dunque, di accrescere la sovranità del consumatore, risulterebbero compatibili con il principio concorrenziale.

Con riferimento al nostro ordinamento, una parte della dottrina ha evidenziato come tale approccio economico alla tutela giuridica della concorrenza si collochi in realtà in un preciso orizzonte politico-costituzionale «definito dalla identificazione dell'efficienza economica con il benessere collettivo, visto a sua volta come l'unico obiettivo rilevante per la politica statale» (Mainetti, 2019:56). Secondo tale tesi, l'efficienza economica (e la sovranità del consumatore), pur senza esaurire l'ambito dei diritti e interessi che la Costituzione riconosce ai cittadini e agli esseri umani in generale, rientra pienamente nella clausola dell'utilità sociale (De Cesare, 2020:55-102)¹² con l'effetto di legittimare anche sul piano del diritto

¹⁰ V. anche Posner, 1976.

¹¹ L'economia del benessere risulta fortemente influenzata dalla filosofia utilitaristica di Jeremy Bentham. La "sovranità del consumatore" si verifica laddove, per effetto del gioco concorrenziale, le imprese sono spinte a ottimizzare la propria struttura dei costi e dei profitti fino al punto in cui il costo marginale eguaglia il profitto marginale. In questa condizione di sovranità del consumatore tutto il *surplus* generato nelle contrattazioni di mercato risulta allocato nella legittima sfera del consumatore finale. In presenza dell'ottimo paretiano, la somma del surplus del consumatore e di quello del produttore rappresenta il "*total gains from trade*": ciò significa che, attraverso lo scambio, le parti hanno tratto il massimo beneficio possibile.

¹² Secondo la quale «la concorrenza può e deve trovare fondamento nell'art. 41, comma 2, Cost. perché è in questo fondamento che si ritrova la necessità che il

costituzionale una visione utilitaristica della concorrenza, senza tuttavia negare la necessità di integrare tale visione con quella sociale e politica.

Il “*more economic approach*” è stato tuttavia oggetto di condivisibili critiche¹³ incentrate sul fatto che l’applicazione di tale paradigma nell’ambito del diritto della concorrenza – contrariamente a quegli obiettivi politico-costituzionali che, secondo una concezione normativa della concorrenza, ne giustificherebbero la tutela giuridica negli ordinamenti democratici, ponendo nel contempo anche precisi limiti al processo concorrenziale in funzione della preservazione della democrazia liberale – ha in realtà prodotto un ampliamento del potere economico (*market power*), specie in relazione a quei settori interessati dallo sviluppo delle nuove tecnologie, e un contestuale incremento delle dinamiche collusive tra potere economico e potere politico che, oltre ad avere effetti negativi sul piano economico, hanno portato all’insorgere di fenomeni populistici e un generale abbassamento della qualità dei processi democratici, contribuendo alla creazione e al consolidamento di rendite pubbliche e private.

Ulteriori critiche al “*more economic approach*” possono poi essere mosse sul fronte della compatibilità di tale visione (meramente) utilitaristica della concorrenza con i Trattati UE, laddove quest’ultima non rappresenta affatto un “valore in sé”, bensì uno strumento per la promozione dei valori di cui all’art. 2 TUE (dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti umani, tutela delle minoranze, preservazione di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini), della pace e del benessere dei suoi popoli (art. 3, par. 1, TUE)¹⁴; così come quella della necessità, non solo di riconciliare il perseguimento dell’utilità sociale in termini di efficienza allocativa con l’efficienza dinamica¹⁵ e con altri valori sociali e politici, ma di ricostruire il rapporto tra diritto della concorrenza e Costituzione secondo quella segnalata visione

legislatore, nel rispetto del diritto europeo, ne orienti la disciplina verso la realizzazione del benessere sociale, fine riconosciuto esplicitamente anche nel Trattato di Lisbona, ma soprattutto principio fondamentale dell’ordinamento nazionale. In quest’ottica, nuovi e diversi ambiti di riflessione ci si aprono, primo fra tutti un ripensamento della concorrenza come mero concetto di derivazione europea, per riacquistare la portata anzitutto costituzionale».

¹³ Baker, 2019.

¹⁴ M. Ramajoli, 2022:297-299; Libertini, 2014:2; Andriychuk, 2017:273 ss.

¹⁵ Rileva Libertini, 2014:41 «il bene giuridico “concorrenza” si può tradurre più nel concetto di efficienza dinamica dei mercati, integrato dalla tutela della effettiva libertà di scelta del consumatore, che non nel concetto di consumer welfare, inteso come entità analiticamente misurabile sul piano statico».

circolare (Pitruzzella, 2019:11) – coerente con l'impostazione ordoliberalista della tutela della concorrenza ed ancorata perciò ad una concezione normativa (piuttosto che utilitaristica) di quest'ultima – capace di collocare la sua tutela giuridica oltre che sul terreno dell'utilità sociale su quello della sovranità della persona riconoscendo il suo contributo – quale principio procedurale della democrazia (ovvero criterio ordinatore degli scambi che avvengono sulla sfera privata e su quella pubblica) – alla preservazione dei valori democratici (libertà individuale e eguaglianza politica), della società aperta e pluralistica e dell'ordinamento costituzionale come ordine giuridico delle libertà, nonché alla costruzione dell'unità politica e della coesione sociale attraverso la razionale composizione o consapevole valorizzazione delle libertà individuali che si realizza attraverso procedure di confronto e di transazione condotte secondo la figurazione che ciascun protagonista dà liberamente dell'interesse di cui si fa portatore (Berti, 1994:68-69).

Ciò che rileva è che tale approccio differisce notevolmente dalla concezione normativa della concorrenza che guarda ad essa quale elemento costitutivo dell'ordinamento democratico e non solo in funzione degli esiti sociali che i processi concorrenziali sono in grado di raggiungere. Tale approccio si concentra infatti sulla capacità di promuovere coesione sociale sulla base di una specifica politica della concorrenza e perciò, diversamente dalla visione utilitaristica, sembra in grado di neutralizzare quella carica potenzialmente autodistruttiva e disaggregante insita nella dinamica competitiva (Amato, 1998:9) e che, sul piano dell'ordinamento costituzionale, rende sovente necessario guardare al processo concorrenziale con sospetto, obbligando il legislatore a contrapporre ad esso ulteriori limiti di natura politica e sociale al fine di renderlo compatibile con il complesso dei valori e degli interessi costituzionalmente protetti.

La concezione utilitaristica della concorrenza non coglie l'interdipendenza tra ordine economico e ordine politico finendo così per escludere una componente essenziale della dimensione politico-costituzionale della tutela della concorrenza quale strumento in grado di preservare la struttura pluralistica del mercato, più che di conseguire esiti sociali corrispondenti all'ottimo paretiano, concorrendo al buon funzionamento della democrazia mantenendo la coesione sociale (Libertini, 2015) e una struttura libera e plurale della società (Bognetti, 1995:39-41; Andriychuk, 2017), entrambi presupposti dell'ordinamento democratico.

Senonché, una visione normativa della concorrenza, salva qualche rara eccezione¹⁶, sembra purtroppo non aver avuto

¹⁶ Amato, 1998; Bognetti, 1995; Id., 1983.

particolare seguito nel dibattito politico-costituzionale, laddove l'approccio prevalente della dottrina e della giurisprudenza si è incentrato esclusivamente sugli esiti sociali del processo concorrenziale¹⁷, guardando perciò alla tutela giuridica della concorrenza rinvenibile nell'art. 41 Cost., da un lato, quale necessaria preconditione per l'esercizio della libertà di iniziativa economica, intesa cioè nel senso di libertà di accedere e rimanere sul mercato (dimensione soggettiva) (Galgano, 1982:1 ss.; Oppo, 1990:65-68; Irti, 1998); e, dall'altro, quale necessaria conseguenza di tale dimensione soggettiva, come una specifica struttura del mercato nella quale nessuno degli operatori è in grado di influenzarne le dinamiche (dimensione oggettiva)(Ghidini, 1978:88; Pace, 1993:329-330).

La scarsa attenzione alla dimensione politico-costituzionale della concorrenza quale criterio ordinatore dei processi di scambio che si svolgono sulla sfera privata e, nello stesso tempo, vincolo per quelli che si svolgono sulla sfera pubblica, è dipesa dal fatto che, diversamente da quanto avvenuto in Germania ad opera, come si è detto, della Scuola di Friburgo, nel nostro Paese i primi ad affrontare il problema della concorrenza da un punto di vista giuridico furono gli studiosi di diritto commerciale per i quali la radice del diritto della concorrenza era infatti rinvenibile nell'affermazione della generale libertà d'iniziativa economica, funzionale alla necessità di perimetrare all'interno dell'ordinamento giuridico uno spazio di autonomia nel campo dei rapporti di produzione e di scambio, il cui funzionamento è rimesso allo spontaneo meccanismo di organizzazione della società civile. Il contenuto della tutela giuridica della concorrenza è risultato così limitato alla mera tutela della libertà di accesso al mercato e, sotto altro profilo, al dovere di non ostacolare il pieno spiegarsi del processo concorrenziale – salvi i limiti posti dall'ordinamento in relazione alla struttura dell'impresa e alla sua attività, alla proprietà intellettuale e industriale e alla concorrenza sleale – inteso quale mero fatto in grado di generare progresso economico quale suo esito naturale.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, l'interpretazione degli artt. 41 e 42 offerta dai commercialisti è rimasta ancorata ad una visione della tutela della libera iniziativa economica e della proprietà privata quali preconditioni del mercato concorrenziale, sebbene nello stesso tempo tali articoli non abbiano affatto escluso la possibilità che il regime concorrenziale possa venire del tutto pregiudicato dalla presenza di forme di monopoli legali come quelli previsti dall'art. 43,

¹⁷ v. Corte Cost., 10 giugno 1969, n. 97 secondo cui «fra questi limiti viene qui in evidenza quello connesso all'utilità sociale, alle cui esigenze deve essere subordinata la concorrenza, che indubbiamente il vicende sistema costituzionale non considera di per sé idonea a realizzare o a rispettare gli interessi della società».

ovvero, di un numero elevato di imprese pubbliche operanti sul mercato.

Con riferimento alla disciplina codicistica della concorrenza sleale (art. 2598 c.c.) è interessante notare come l'elaborazione della dottrina commercialistica si sia via via evoluta verso una lettura del richiamo all'utilità sociale dell'art. 41, comma 2 capace di oggettivare la tutela della concorrenza quale interesse non solo degli operatori di mercato ma interesse generale e, dunque, principio di ordine pubblico economico con la conseguenza di ritenere che la stessa disciplina civilistica della concorrenza sleale si presti ad una tutela del mercato funzionale al perseguimento dell'utilità sociale. Laddove la concorrenza, quale contenuto implicito della libertà di iniziativa economica, nella prospettiva dell'interesse generale sarebbe perciò da ritenersi essa stessa disciplina degli operatori economici (Franceschelli, 1974).

Il riconoscimento invece della rilevanza politico-costituzionale della disciplina della concorrenza da parte della letteratura giuspubblicistica, fatta salva l'isolata voce di Bognetti, si è sviluppata solo dopo l'approvazione della l. 287/1990 quale conseguenza del processo di integrazione europea. Tale dottrina, pur concordando sul fatto che il tema della concorrenza sia stato sostanzialmente assente nel dibattito sulla Costituzione, presenta tuttavia posizioni differenti in ordine alle cause di tale disinteresse, ritenendo imputabile tale atteggiamento all'assenza di un esplicito riferimento al mercato e, dunque, alla concorrenza nella Costituzione, dovuto ad una certa diffidenza da parte dell'Assemblea Costituente («quello che ne esce è una Costituzione economica, che si muove - come qualcuno ha scritto - tra neocorporativismo e larvato dirigismo e nella quale trionfa il mito del piccolo produttore autonomo, che si autoregola piuttosto attraverso la comunità dei produttori associati che non sul mercato; in un clima - come alti hanno notato - nel quale fra efficienza e giustizia sociale il privilegio va, almeno come simpatia sentimentale, alla giustizia sociale»¹⁸), ovvero, all'interpretazione prevalente che avrebbe omesso un'interpretazione più liberale della Costituzione secondo cui, pur essendo del tutto legittimo l'intervento pubblico, si sarebbero invece potuti (e dovuti) evincere all'interno del testo costituzionale quei principi procedurali necessari per definire i «confini invalicabili di ordine quantitativo a quel pur legittimo interventismo» (Bognetti, 1997:84 ss.; 1983:1-12).

La letteratura giuspubblicistica, in assenza di un esplicito richiamo costituzionale alla concorrenza e di una piena consapevolezza in ordine alla funzione politico-costituzionale che

¹⁸ G. Amato, 1997:301-302.

quest'ultima svolge nell'ordinamento democratico, – quando non ha sostenuto la totale estraneità della concorrenza al nostro assetto costituzionale¹⁹ e dunque la sua derivazione esclusivamente eurounitaria – continua tuttavia in larga parte a ravvisare il fondamento costituzionale della tutela della concorrenza nel limite posto alla libertà di iniziativa economica dall'utilità sociale (comma 2) e nella possibilità di indirizzarla e coordinarla a fini sociali (comma 3). Lamentando, talvolta, una presunta incompatibilità tra la nuova costituzione economica emergente alla luce del processo di integrazione europea (Chessa, 2016:117) e il nostro paradigma costituzionale garantista, in ragione del fatto che la costituzione economica europea avrebbe assolutizzato il ruolo del mercato e della concorrenza ponendosi, in tal modo, in contraddizione con gli obiettivi sociali che invece caratterizzano la costituzione economica nazionale, segnando un contrasto difficilmente sanabile.

Sulla scorta di quell'impostazione teorica che ricostruisce l'ordinamento democratico come ordine giuridico delle libertà, una diversa lettura in chiave normativa del principio concorrenziale – in linea con la prospettiva ordoliberal delineata nelle pagine precedenti – sembra possibile alla luce del suo ancoraggio al principio della sovranità popolare di cui all'art. 1, laddove la sovranità della persona si esprime all'interno del complesso intreccio di diritti e doveri costituzionali espressione dell'art. 2 Cost. sempre in funzione della realizzazione dell'unità politica e della coesione sociale nelle forme e nei modi dell'art. 3 Cost.

In questa prospettiva, la tutela della concorrenza perde dunque quel carattere autodistruttivo e disaggregante rinvenibile nella sua concezione utilitaristica in virtù del riconoscimento della sua parzialità e, dunque, della necessità di un potere pubblico (“forte”, cioè impermeabile ai tentativi di collusione tra potere economico e potere politico, ed “efficiente”, secondo il paradigma della *public choice* del “*mutual gains from joint commitment to rules*”) chiamato a intervenire nell'economia e nella società non in chiave dirigista o costruttivista, bensì al fine di preservare nel tempo l'operatività del principio procedurale concorrenziale, da un lato, applicando la sussidiarietà orizzontale e, dall'altro, preservando il pluralismo economico e sociale quale condizione affinché, nell'ordinamento democratico-sociale, le libere scelte individuali possano raccordarsi in

¹⁹ Altra autorevole dottrina (Cassese, 2000) ha invece evidenziato come proprio il richiamo all'utilità sociale e alla possibilità di sottomettere la libera iniziativa economica al perseguimento dei fini sociali starebbero a dimostrare il fatto che la tutela della concorrenza fosse in realtà qualcosa del tutto estraneo al nostro assetto costituzionale essendo stata quest'ultima recepita nel nostro ordinamento solo per effetto dello svuotamento della Costituzione economica nazionale ad opera della Costituzione economica europea.

funzione di quel progetto di trasformazione economico-sociale delineato dai costituenti (Luciani, 2011), preservando il corretto funzionamento dell'ordinamento stesso.

5. La necessità di un nuovo paradigma economico-costituzionale per la sopravvivenza delle democrazie liberali nel contesto dell'economia digitale e post pandemico: spunti preliminari

La crescente reciproca interdipendenza della politica dall'economia (e viceversa), riscontrabile in modo significativo nello Stato di democrazia pluralista, sembra dare ragione della notevole importanza assunta dalla costituzione economica negli ordinamenti democratici occidentali e, come si è cercato di argomentare nelle pagine precedenti, della conseguente necessità di rinnovare il paradigma economico-costituzionale delle democrazie liberali abbandonando la tesi della neutralità a favore di una visione normativa della costituzione economica.

In linea con le teorie ordoliberali, secondo tale diverso paradigma il contenuto della costituzione economica non sarebbe perciò più da intendersi in termini meramente descrittivi bensì, alla luce della riconosciuta interdipendenza tra ordine giuridico e ordine economico, quale vincolo rispetto al modo di relazionarsi del politico e dell'economico (Saitto, 2020:397). E, dunque, quale decisione politica fondamentale concernente la definizione delle regole procedurali e dei confini del modello sociale all'interno dei quali la forma di Stato può ancora dirsi democratica.

Se si guarda al concetto di costituzione economica non solo come l'ordinamento giuridico dell'economia esistente in un dato momento storico bensì, secondo un'accezione normativa, come «l'ordinamento dell'economia mediante il diritto costituzionale» (Miccu, 1966:255), diventa allora possibile cogliere come nella forma di Stato democratico siano rinvenibili costituzioni economiche che presentano elementi di stampo più marcatamente neoliberali, come nel caso degli Stati Uniti d'America, altri di tipo socialdemocratico, come nel caso dei Paesi scandinavi e, infine, costituzioni economiche incentrate sul modello dell'economia sociale di mercato, come nel caso dell'Unione Europea. E soprattutto che, pur con accenti differenti, ciò che accomuna tali esperienze è l'operatività a livello ordinamentale di freni costituzionali che sono chiamati ad operare principalmente come principi "procedurali" relativi sia agli scambi di mercato, attraverso la tutela della concorrenza, che al governo dell'economia in materia di politica di bilancio e politica monetaria, la cui funzione è quella di vincolare l'esercizio del potere economico e del potere politico all'interno di una proceduralità discorsivo-razionale capace di

limitare le concentrazioni di potere economico (pubblico e privato), riducendo le disfunzioni provocate dalla sempre possibile collusione tra potere economico e potere politico e dalla tentazione di ricorrere all'illusione fiscale, ancorando l'azione del potere governante – a seconda dei casi, in chiave più neoliberale o socialdemocratica, ma sempre – entro i confini del modello dello Stato democratico sociale.

L'importanza di tali freni di natura costituzionale e la loro capacità di innescare quelle dinamiche istituzionali dalle quali dipende l'attuazione in concreto del paradigma garantista dello Stato democratico sociale sono elementi centrali per comprendere come sui fenomeni di "deconsolidamento" delle democrazie abbiano inciso, da un lato, i forti condizionamenti a cui tale forma di Stato è esposta in ragione del funzionamento del sistema economico globale e, dall'altro, l'assenza di una sufficiente consapevolezza circa l'interdipendenza tra ordine economico e ordine giuridico-politico e, dunque, sulla funzione politico-costituzionale del diritto della concorrenza e della finanza pubblica.

Guardare al problema del "deconsolidamento" delle democrazie occidentali dal punto di vista dell'interazione tra ordine giuridico-politico e ordine economico significa allora necessariamente intendere il diritto come parte integrante dell'economia piuttosto che come un elemento ad essa estraneo. Qualcosa in più, dunque, che una mera cornice normativa: un'infrastruttura necessaria per il corretto funzionamento del sistema economico e dei processi di scambio che interessano, tanto sulla sfera pubblica quanto su quella privata, gli attori dei processi politici, economici e sociali. In questa prospettiva il diritto, e in particolare il diritto pubblico, si configura quale elemento costitutivo delle modalità di interazione tra gli individui, della struttura politico-amministrativa e del mercato nei cui ambiti esse si sviluppano.

L'esigenza di un tale ripensamento del paradigma economico-costituzionale delle democrazie liberali appare ancor più urgente alla luce dell'evoluzione tecnologica del capitalismo, laddove si assiste ad una sempre maggiore concentrazione del potere economico in capo ai "giganti della rete". L'economia digitale, caratterizzata dal potere delle piattaforme in grado di sfruttare le economie di scala, gli "effetti di rete", il "lock-in" e il dei "big data", ritenuti il nuovo petrolio, pone infatti nuove e importanti sfide rispetto al dilemma della democrazia liberale, tali da interrogarsi sull'esigenza di un costituzionalismo economico in grado di preservare i processi democratici contro lo strapotere economico esercitato dalle "tech companies", sempre più in grado, da un lato, di modificare i comportamenti degli individui (Zuboff, 2019) e, dall'altro, di condizionare a loro vantaggio gli esisti

dei processi di decisione politica, alimentando un circolo vizioso destinato a rafforzarne progressivamente il relativo potere.

Se, come evidenziato da Damiano Palano, stiamo entrando nell'età della *Bubble Democracy* (Id, 2020) non si può allora non prestare attenzione a come la transizione digitale incida altresì sulla libertà di informazione e come le trasformazioni dettate da internet abbiano ricadute rilevanti sul funzionamento della democrazia (Pitruzzella, 2017:88). Basti pensare come al rafforzamento del potere dei "giganti della rete" facciano da contraltare non solo le debolezze degli Stati già emerse per effetto della globalizzazione (Cassese, 2002), ma l'incepparsi stesso dei meccanismi della rappresentanza politica (vittima della crisi dei partiti, dell'eccesso di polarizzazione politica e dell'aggravarsi delle disuguaglianze) e, con essa, l'incapacità ormai cronica di perseguire politiche di respiro largo. Problemi questi che, a causa delle bolle autoreferenziali, delle *fake news* e degli *hate speech*, l'ambiente digitale è senz'altro in grado di ingigantire, alimentare e radicalizzare, prestandosi a strumentalizzazioni tali da minare la genuinità dei processi democratici.

Un approccio normativo alla costituzione economica, fondato sul riconoscimento della circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione, sembra perciò rappresentare al giorno d'oggi una condizione essenziale affinché democrazia liberale e capitalismo digitale possano convivere preservando una società libera, scongiurando cioè il pericolo che le eccezionali trasformazioni a cui stiamo assistendo diventino l'occasione per un auspicato ritorno dello Stato ma con contorni più autoritari e meno democratici e, nello stesso tempo, ancora più esposti che in passato al rischio di collusione con il potere economico. In questo senso, la tutela costituzionale della concorrenza, intesa in senso normativo, appare allora l'unico antidoto per coniugare l'esigenza di uno Stato forte con quella di poter «contare sulle responsabilità di cui è intrisa, e capace, la società nel suo insieme, con le sue istituzioni territoriali, le sue autonomie private, le sue aggregazioni di interessi collettivi e sociali» (Amato, 2022:98). E, dunque, su una democrazia governante e non solo governata.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. (1990), *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Atti del Convegno, Milano 6-7 maggio 1988, Milano.
- Acemoglu, Robinson (2013), *Perché le nazioni falliscono. Alle origini di potenza, prosperità e povertà*, Milano.
- Amato G. (1997), *Il mercato nella Costituzione*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, *La Costituzione economica*. Atti del Convegno, Ferrara 11-12 ottobre 1991, Milano, 1997, oggi in *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, p. 301-302.
- Amato G. (1998), *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna.
- Amato G. (2022), *Bentornato Stato, ma*, Bologna.
- Andriychuk O. (2011), *Rediscovering the spirit of competition: on normative value of the competitive process*, EUI Working Papers, Law 2011/01, <http://hdl.handle.net/1814/15705>.
- Andriychuk O. (2017), *The Normative Foundations of European Competition Law. Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*, Newcastle University Law School, UK, Edward Elgard.
- Angelini F.G. (2019), *Stato e diritti sociali: la necessità di un nuovo approccio*, in *Politica.eu*, n. 2.
- Angelini F.G. (2020a), *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europeo*, Napoli.
- Angelini F.G. (2020b), *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, Milano-Padova.
- Ascarelli T. (1954), *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, p. 873 ss.
- Baker J.B. (2019), *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, Cambridge.
- Benvenuti F. (1965), *L'ordinamento repubblicano*, Venezia.
- Benvenuti F. (1996), *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova.
- Benvenuti M. (2018), *Democrazia e potere economico*, Relazione per il XXXII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, in *Rivista AIC*, n. 3.
- Berti G. (1994), *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova.

- Bilancia P. (2019), *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *Federalismi*, n. 5.
- Biscaretti di Ruffia P. (1988), *Introduzione al diritto costituzionale comparato: le forme di Stato e le forme di governo, le Costituzioni moderne*, Milano.
- Bognetti G. (1983), *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano.
- Bognetti G. (1995), *La Costituzione economica italiana*, Milano.
- Bognetti G. (1997), *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Atti del convegno dell'Associazione dei Costituzionalisti, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Milano, p. 69-153
- Böhm F. (1933), *Wettbewerb und Monopolkampf Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin, IX.
- Böhm F. (1937), *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart und Berlin.
- Böhm F. (1957), *Die Forschungs-und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts. (Das Recht der Ordnung der Wirtschaft)*, in *Aus der Geschichte de Rechts-und Staats-wissenschaften zu Freiburg i. Br.*, H.J. Wolff (a cura di), Friburgo.
- Böhm F. (1960), *Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, Karlsruhe.
- Böhm F. (1980), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, in E.J. Mestmaker (a cura di), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden.
- Böhm F. (1980), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, in E.J. Mestmaker (a cura di), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden.
- Böhm F. (1993), *Wettbewerb und Monopolkampf Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin, 1933, IX
- Böhm F., Eucken W., Grossmann-Dorth H. (1936), *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, in F. Forte - F. Felice (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, , Soveria Mannelli, 2010, p. 47 ss.
- Bork R. (1976), *The Antitrust Paradox*, New York, 1978;
- Brennan G., Buchanan J.M.(1980), *The Power to Tax*, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. 9 (The Power to Tax), Liberty Fund.
- Buchanan J.M. (1975), *Constitutional Contract: The Theory of Law*, *The Collected Works of James M. Buchanan*, vol. 7 (The Limits of Liberty), Liberty Fund.

- Buchanan J.M. (1981), *Constitutional Restriction on the Power of Government*, The Collected Works of James M. Buchanan, Vol. 16 (Choice, Contract and Constitutions), Liberty Fund.
- Buchanan J.M. (1984), *Politics without Romance*, in Collected Works of James M. Buchanan, vol. 1 (Logical Foundations of Constitutional Liberty), Liberty Fund.
- Buchanan J.M. (1989), *Democrazia costituzionale, libertà individuale ed eguaglianza politica*, in Stato, mercato e libertà, Bologna.
- Buchanan J.M. (1991), *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, The University of Michigan Press.
- Buchanan J.M. (2006), *Economia positiva, economia del benessere ed economia politica*, in Stato, mercato e libertà, Bologna.
- Buchanan J.M. (2013), *Meglio che arare*, in Moneta e Credito, volume 6, n. 261, 2013, p. 105
- Capriglione F. (2020), *Covid-19. Incertezze domestiche e speranze europee*, in Rivista trimestrale di Diritto dell'economia, p. 631 ss.
- Capriglione F. (2021), *Il sistema finanziario verso una transizione sostenibile*, in Rivista trimestrale di Diritto dell'economia, p. 241 ss.
- Cassese S. (2002), *La crisi dello Stato*, Roma-Bari.
- Cassese S. (2020), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari.
- Chessa O. (2016), *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli
- cultura giuspubblicistica tedesca*, in Quad. Plur., 1996, spec. 250 ss.
- De Cesare I (2020), *Concorrenza e utilità sociale*, in Federalismi, n. 8, p. 55-102.
- De Mucci R. (2014), *Economia di mercato e democrazia. Un rapporto controverso*, Soveria Mannelli.
- Eucken W. (1948), *Das ordnungspolitische Problem (1948)*, trad. it., Il problema della politica dell'ordinamento, in F. Forte - F. Felice (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Soveria Mannelli, 2012, p. 25-66;
- Eucken W. (1952), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952)*, Tübingen, 2004.
- Eucken W. (2001), *The Constitution of Markets. Essays in Political Economy*, London and New York.
- Eucken W., *Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952)*, in E. Eucken (a cura di), Tubinga, 2004, p. 370.
- Felice F. (2008), *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli.
- Ferrajoli L. (2007), *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. 2, Roma-Milano.
- Franceschelli R. (1974), *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano.
- Frosini T.E. (2015), *Tecnologie e libertà costituzionali*, Napoli
- Galgano F. (1982), *Rapporti economici*, in Commentario della Costituzione, C. Branca (a cura di), sub. Art. 41, Bologna-Roma, p. 1 ss.

- Ghidini G. (1978), *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Milano, 1978, p. 88;
- Goldschmidt N., Rauchenschwandtner H. (2018), *The Philosophy of Social Market Economy: Michel Foucault's Analysis of Ordoliberalism*, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik 07/4, <http://hdl.handle.net/10419/4374>.
- Goldschmidt N., Wohlgemuth M. (2008), *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*, Tubinga, 2008, trad. it., *Nascita ed eredità della tradizione friburghese dell'economia dell'ordine*, F. Forte e F. Felice (a cura di), Soveria Mannelli, 2010, p. 64
- Goldschmidt N. (1952), *La politica dell'ordine della concorrenza. I principi costitutivi*, in Nils Goldsmith, Michael Wohlgemuth (a cura di), *Grundtexte zur Friburger Tradition der Ordnungsökonomik*, Walter Eucken Institut, Mohr Siebeck, Tubinga 2008¹
- Huber E.R. (1956), *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, in DÖV, Hefte.
- Irti N. (1998), *L'ordine giuridico del mercato*, Bari.
- Libertini M. (2014), *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano
- Libertini M. (2015), *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e Mercato*, n. 1.
- Lolli A. (2008), *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli.
- Luciani M. (2011), *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Diritto e Società*, pp. 636-719
- Lupo N. (2022), *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi*, n. 1.
- Mainetti M. (2019), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. Aines, G. Pitruzzella, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, p. 56 ss.
- Masala A. (2017), *Stato, società e libertà. Dal liberalismo al neoliberismo*, Soveria Mannelli.
- Miccù R. (1996), «*Economia e Costituzione*»: una lettura della
- Motzo G., Piras A. (1959), *Espropriazione e "pubblica utilità"*, in *Giur. cost.*, p. 151 ss.
- Nipperdey H.C. (1954), *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, in *Juristische Studiengesellschaft*, Karlsruhe.
- Oppo G. (1990), *L'iniziativa economica*, in *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Atti del Convegno, 6-7 maggio 1988, Milano, p. 65-68.
- Oswalt W. (2014), *Il liberalismo egualitario contro la concentrazione del potere economico: l'ordoliberalismo di Walter Eucken*, in *i-lex*, 21, 2014, pp. 175-202.
- Pace A. (1993), *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Politica del diritto*, n. 2, p. 329-330.

- Palano D. (2020), *Bubble Democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Brescia.
- Perfetti L.R. (2019), *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, v. 65, n. 1, p. 43-70.
- Pitruzzella G. (2019), *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. Aines, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari.
- Pitruzzella G., Pollicino O., Quintarelli S. (2017), *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Milano.
- Posner R.A. (1976), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Shughart, W.F. II.
- Raffiotta E.C. (2017), *Libertà economiche e internet*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Alpa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Milano, p. 412 ss.
- Raffiotta E.C. (2022), *La crisi dello stato tra economia, tecnologia e soggetti economici "sovrani"*, in *Power and Democracy*, v. 4, n. 2, p. 75-102.
- Ramajoli M. (2022), *Concorrenza (Tutela della)*, in *Enc. Dir., Funzioni Amministrative*, Milano, p. 297-299.
- Saitto F. (2011), *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in *Ianus*, n. 5.
- Scheuner U. (1971), *Einführung in Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, Athenäum, Frankfurt.
- Vanberg V.J. (2006), *L'école de Fribourg: Walter Eucken e l'ordoliberalisme*, in AA.VV., *Historie du libéralisme ed Europe*, a cura di P. Nemo, J. Petitot, PUF, Parigi, p. 911-936.
- Vanberg V.J. (2007), *Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics*, in *Public Choice and the Challenges of Democracy*, Edward Elgard.
- Vanberg V.J. (2010), *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, n. 4.
- Vannucci A. (1996), *Scambio politico ed economia soggettivista*, Soveria Mannelli.
- Voight S. (1997), *Positive constitutional economics: A survey*, in *Public Choice*, 90, p. 11 ss.
- Zuboff S. (2019), *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, Public Affairs.