

## Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di “parte debole”.

Francesco Denozza(\*)

### SOMMARIO

1. Fallimenti del mercato e disciplina dei contratti.
2. Fallimenti del mercato, “debolezza” della parte e problemi di giustizia.
3. Quale rapporto tra “debolezza” e giustizia?
4. Il corretto funzionamento del mercato implica l’esistenza di meccanismi che garantiscono la giustizia degli scambi e che non operano nelle situazioni qualificabili come *market failures*?
5. La “volontarietà” come meccanismo presunto idoneo ad assicurare la giustizia degli scambi che si svolgono sul mercato e che verrebbe meno nei casi di suo fallimento.
6. I fattori di involontarietà degli scambi presenti in caso di *market failure* non sono qualitativamente diversi da quelli che operano su mercati pur correttamente funzionanti.

\* \* \*

#### 1. Fallimenti del mercato e disciplina dei contratti.

Le nozioni di market failure e di “contraente debole” giocano un ruolo fondamentale nella spiegazione della recente evoluzione della disciplina del contratto, e in particolare delle regole speciali (rispetto ai rimedi tradizionali connessi ai vizi della volontà) relative al divieto di inserimento di clausole abusive, e agli obblighi di informazione, introdotti nella disciplina di alcune situazioni contrattuali.

Molti ritengono che la protezione del contraente debole è, o dovrebbe essere, la finalità perseguita da tutte queste discipline speciali<sup>1</sup>. Altri usano la nozione di market failure per tipizzare le

\* Professore ordinario di diritto commerciale, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza.

<sup>1</sup> Alla protezione della parte debole fa riferimento la Corte di Giustizia, 27 giugno 2000 (*Océano*) C-244/98, par 25, (“... the consumer is in a weak position vis-à vis the seller or supplier...”). V. anche 26 ottobre 2006 (*Mostaza Claro*), C-168/05, par. 25; 6 ottobre 2009 (*Aturcom Telecomunicaciones*), C- 40/08 par. 29; 14 giugno 2012 (*Banco de España*), C-618/10, par 39; Opinion Avv. Gen. Kokott (*Aziz*) 8 novembre 2012, C-415-11, par. 39. Nella dottrina europea v. soprattutto E. HONDIUS, *The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis*, 27 *J. Consum. Pol.*, 2004, 24; ID., *The Innovative Nature of Consumer Law*, 35 *J. Consum. Pol.*, 2012, 165–173, 168; M. MELI, *Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party*, 2 *Eur. Rev. Contract L.*, 2006, 159 e V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law*, in *Eur. Rev. Contract L.*, 2009, 304, che costruisce sostanzialmente sulla nozione di parte debole una intera categoria concettuale, quella dei contratti asimmetrici. V. anche H-W. MICKLITZ, *The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, 27 *J. Consum. Pol.* 2004, 339–356; O. LANDO, *Liberal, Social and Ethical Justice in European Contract Law*, 43 *CML Rev.*, 2006, 817–833; H. ROESLER, *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law*, 18 *Eur. Rev. Priv. L.*, 2010, 729; R. GOKSOR, *Jurisprudence on Protection of Weaker Parties in European Contracts Law From a Swedish and Nordic Perspective*, <http://www.kentlaw.edu/jicl/articles/spring2006/GOKSOR.pdf>. Descrive la tendenza senza aderirvi, M. MAUGERI, *The Rules Applicable when Standard Contract Terms are avoided and Contracts with Inequality of Bargaining Power: Construction of a Unitary Model of Invalidity or a Plurality of Models?*, in *Standard Contract Terms in Europe: a Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Hugh Collins (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 177, 185. Per una critica della tendenza a sacrificare la libertà contrattuale alla protezione della parte debole cfr. T. HARTLIEF, *Freedom and Protection in Contemporary Contract Law*, 27 *J. Consum. Pol.*, 2004, 253; G. WAGNER, *Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights*, 3 *Erasmus L. Rev.*, 2010, 1, 47. In una prospettiva più generale E. VOYIAKIS, *Contract Law and Reasons of Social Justice*, 25 *Can. J. L. & Jurisprudence*, 2012, 393.

situazioni che giustificano l'intervento del legislatore<sup>2</sup>. La c.d. asimmetria informativa è oramai un punto di riferimento imprescindibile di tutte le discussioni sugli obblighi di informazione precontrattuale, mentre la presenza di posizioni di potere di tipo monopolistico è un riferimento inevitabile (sia pure, talvolta, in competizione con la stessa asimmetria informativa<sup>3</sup>) nelle discussioni in tema di clausole e comportamenti abusivi. Meno trattabile dal punto di vista giuridico si è rivelata l'altra grande categoria di fallimenti del mercato (forse la più importante di tutte), quella delle c.d. esternalità<sup>4</sup> (resta comunque il fatto che la giustificazione prima di ogni limitazione dell'autonomia contrattuale è proprio il rischio di esternalità: molti problemi specifici, anche tra quelli rientranti nelle materie cui si è pocanzi accennato, possono infatti essere impostati sostanzialmente in termini di esternalità<sup>5</sup>).

Una certa connessione tra i fenomeni di market failure e il riferimento alla nozione di "parte debole" è evidente. Debole può essere qualificata la vittima di una asimmetria informativa, debole può essere considerata la parte, costretta o ingannata, che accetta clausole per lei inique, debole può essere considerato il soggetto discriminato da un'impresa dominante, ecc.

Quale sia l'esatto rapporto tra le due prospettive (quella in termini di protezione della parte debole e quella in termini di market failure) non è però chiarissimo, né sul piano del criterio di identificazione dell'insieme di situazioni che richiedono un intervento (i due insiemi coincidono o sono diversi?) né su quello della descrizione delle finalità dell'intervento (dove sono concepite in genere come spiegazioni alternative<sup>6</sup>, anche se nulla logicamente impedisce di intrecciarle<sup>7</sup>).

---

<sup>2</sup> S. GRUNDMANN, *The Structure of the European Contract Law*, 9 *Eur. Rev. Priv. L.*, 2001, 505; ID., *Information, party autonomy and economic agents in European contract law*, 39 *CML Rev.*, 2002, 269-293; V. anche H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, 14 *Oxford J. Legal Stud.*, 1994, 229. Il riferimento alle market failures è caratteristico di tutto l'approccio di analisi economica tradizionale, cfr. M.G. FAURE, H.A. LUTH, *Behavioral Economics in Unfair Contract Terms*, 34 *J. Consum. Pol.*, 2011, 337.

<sup>3</sup> Alcuni ritengono che il controllo sulle clausole abusive possa essere meglio giustificato da problemi di informazione che non dalla presenza di posizioni di potere di mercato (H.B. SCHAEFER, P. LEYENS, *Judicial Control of Standard Terms and European Private Law - A Law & Economics Perspective on the Draft Common Frame of Reference for a European Private Law* (December 8, 2009). Disponibile a SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1520457>). Nota che "The rationale of the rules on standard terms is justified at times by the consumer's inability to understand the content of the terms... and at other times by the differing market power of the parties" M. MAUGERI, *Is the DCFR ready to be adopted as an Optional Instrument?* 7 *Eur. Rev. Contract L.*, 2011, 219.

<sup>4</sup> Analogo rilievo in S. GRUNDMANN, (nt. 2). Oltre che dai problemi di privity cui fa riferimento Grundmann, il fenomeno forse dipende anche dalla difficoltà di costringere i componenti di questo insieme di fallimenti del mercato in rigide categorie giuridiche. Le esternalità, infatti, sono di tanti diversi tipi e diffuse in tante differenti situazioni, da rendere molto difficile la costruzione di nette e generali distinzioni tra esternalità irrilevanti, o comunque sopportabili, ed esternalità cui è necessario porre rimedio.

<sup>5</sup> Ad esempio, l'imprenditore che inganna i suoi clienti, oltre ad eventualmente approfittare della già menzionata asimmetria informativa, induce in costoro un atteggiamento di diffidenza che potrà riflettersi anche sugli altri imprenditori con cui essi entreranno in contatto. L'inganno dei consumatori, operato da uno, rileva come atto che crea esternalità negative in capo ad altri, che non sono parte del rapporto in cui l'inganno è stato perpetrato, e che non hanno perciò alcun controllo su questo costo. Abbiamo così un doppio fenomeno di fallimento del mercato: una transazione che a causa dell'asimmetria informativa e del conseguente inganno non massimizza il benessere complessivo (come invece avrebbe potuto fare in assenza della market failure) e un effetto esterno negativo, consistente nella maggiore diffidenza che il consumatore nutrirà nei confronti di tutte le imprese che abbiano caratteristiche simili a quella che lo ha deluso.

<sup>6</sup> La finalità di impedire lo sfruttamento di una parte debole viene considerata diversa dalla finalità di correggere una situazione di market failure, insoddisfacente sul piano della massimizzazione del benessere complessivo. V. ad es. M. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive* (June 8, 2009), 18 *Eur. Rev. Priv. L.*, 2010, 57; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/06. Disponibile a SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1416126>. Per una netta contrapposizione tra le due prospettive (protezione della parte debole/ ripristino della funzionalità del mercato) v. C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 718; C. CASTRONOVO, *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o*

Altrettanto incerte sono le finalità che si assumono perseguite: si tratta di obiettivi di sola efficienza, di sola giustizia, di efficienza in un caso (riferimento alle market failures) e di giustizia nell'altro (protezione della parte debole)?

La mia opinione è che tra le nozioni di market failure e di parte debole esiste, sul piano empirico, uno stretto collegamento. Personalmente sono anzi convinto di una tesi ancora più radicale, e cioè che la nozione di parte debole correntemente utilizzata è empiricamente dipendente dalla nozione di market failure, nel senso che l'esistenza di una parte qualificabile come debole è in pratica riscontrabile solo in situazioni di fallimento del mercato. Non sono qui in grado di dimostrare questa tesi, anche a causa del fatto che in genere non sono esattamente definite né la nozione di parte debole<sup>8</sup> (assunta come un concetto quasi intuitivo) né, ancor meno, quella di mercato funzionante. Mi sembra comunque che la nozione di parte debole solitamente evocata non sia in grado di trovare riscontri in un mercato perfettamente funzionante<sup>9</sup>. A ciò si aggiunga che, almeno con riferimento ai casi qui assunti come paradigmatici (obblighi di informazione e divieto di clausole abusive), la debolezza viene concepita come effetto del potere creato dalle peculiari situazioni in cui i due contraenti vengono a trovarsi, e non come manifestazione delle strutture di potere inscritte nell'insieme dei rapporti sociali (tra cui, quindi, lo stesso mercato funzionante). Infine: per qualificare come debole una parte in situazioni non connesse a fallimenti del mercato bisognerebbe avere o una definizione di debolezza precedente e indipendente da ogni collegamento con il mercato (ad es., debolezza intellettuale o emotiva), o un criterio per distinguere, tra le varie situazioni che può creare un mercato funzionante, quelle in cui si produce "debolezza" da quelle in cui non si produce. Nulla di tutto ciò mi sembra presente negli attuali riferimenti alla opportunità di proteggere le parti deboli.

In ogni caso, nel presente lavoro criticherò le tesi che intendono la debolezza come il prodotto di specifiche circostanze non presenti su un mercato correttamente funzionante e, quindi, in sostanza, come una conseguenza della presenza di market failure. La possibilità di estendere le critiche che saranno qui sviluppate anche a tesi che utilizzano altre nozioni di debolezza, dipende ovviamente dalle caratteristiche della nozione di debolezza da ciascuna adottata.

Sosterrò (par.2) che l'eventuale *quid pluris* (rispetto alla semplice constatazione della market failure) aggiunto dal riferimento alla debolezza di una delle parti, può essere (in astratto) cercato solo

---

*incompatibilità?*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 278 e nota 10. In generale sulla distinzione tra le due prospettive, M. MAUGERI, (nt. 1), 177.

<sup>7</sup> Nulla impedisce di ragionare nel senso che il fallimento del mercato pone una parte in situazione di debolezza e che il fallimento deve essere corretto proprio per questa ragione. La possibilità che "the law may be concerned about unfairness resulting from market failure" è espressamente considerata ad es. da H. COLLINS, (nt. 2), 246.

<sup>8</sup> Chi non si limita a richiamare generalissime categorie (lavoratori, consumatori, assicurati, ecc.) e procede a qualche concretizzazione, indica in genere come fattori di debolezza situazioni facilmente classificabili proprio tra le market failures (v. ad es. M. MELI, (nt. 1), 160).

<sup>9</sup> Come è noto, esiste un serrato dibattito sulla possibilità di porre questioni di giustizia, e di protezione dei deboli, in una situazione di mercato perfettamente funzionante. Sorprendentemente il dubbio affligge, pur in prospettive ovviamente diverse, sia il pensiero di tradizione liberale, sia quello di tradizione marxista. Per il primo basti richiamare la nota tesi di D. GAUTHIER, *Morals By Agreement*, Oxford University Press, New York, 1986, cap. IV, secondo cui il mercato sarebbe una "morally free zone". Per il secondo basti ricordare la tesi, da molti sostenuta, secondo cui Marx ritenesse non sensata una valutazione morale del capitalismo, v. S. LUKES, *Marxism and Morality*, Oxford University Press, New York 1985; A. WOOD, *Karl Marx - The Arguments of the Philosophers*, Routledge, London-New York, 2009.

nell'ambito di considerazioni di giustizia. La protezione di una parte più debole non può essere giustificata da ragioni di efficienza.

Mi porrò poi il problema di quali possano essere le ragioni di giustizia in grado di giustificare il fatto che in situazioni di market failure il legislatore intervenga imponendo (e/o l'interprete proponendo) regole specialmente volte a proteggere le parti più deboli (parr. 3, 4 e 5). Concluderò nel senso che non esistono ragioni di giustizia che possano giustificare una particolare protezione delle parti deboli in situazioni di market failure. Le ingiustizie che si verificano nei casi di market failures non sono infatti diverse da quelle che ciascuno può subire su un mercato perfettamente funzionante (par. 6). La questione centrale perciò non è se le parti siano deboli o forti, ma se i risultati prodotti dal mercato, anche perfettamente funzionante, siano giusti o ingiusti (par. 7).

## *2. Fallimenti del mercato, "debolezza" della parte e problemi di giustizia.*

All'analisi delle precise ragioni che possono potenzialmente motivare la necessità di un intervento legislativo non viene dedicata in genere particolare attenzione. L'esistenza di una market failure, o la presenza di una parte debole, vengono presentati come motivi auto-evidenti non bisognosi di ulteriore illustrazione. Si pone allora il problema di chiarire se i due fenomeni in questioni evocano questioni di efficienza o di giustizia.

Per chi opera con il concetto di market failure è facile stabilire un legame con questioni di efficienza. L'efficienza, intesa come massimizzazione del benessere complessivo, è uno dei pregi fondamentali rivendicati al mercato dai suoi sostenitori e il fatto che chi ha a cuore le sorti dell'economia di mercato debba preoccuparsi delle cadute di efficienza provocate da malfunzionamenti dei mercati concretamente esistenti, può sembrare una conclusione così ovvia da non avere bisogno di alcuna giustificazione particolare<sup>10</sup>.

Qualche incertezza può invece suscitare il riferimento alla parte debole. Sul piano retorico è evidente che l'uso di questo appellativo ha l'ovvia capacità di allontanarci da freddi calcoli di efficienza e di trascinarci in un mondo di empatia nei confronti dei soggetti protetti, sollecitando riflessioni, vagamente attinenti a temi di giustizia, in ordine alla opportunità che i deboli siano protetti e i prepotenti puniti<sup>11</sup>. Resta comunque una certa ambiguità, soprattutto in quelle formulazioni in cui la parità di forza delle parti è presentata come una caratteristica del mercato ideale e dove potrebbe sorgere il dubbio che l'intervento a favore della parte debole sia concepito come strumento per ripristinare un mercato perfettamente funzionante come obiettivo valido in sé, a prescindere da ogni ulteriore considerazione di giustizia (e quindi non con l'intento di intervenire sugli esiti del gioco, ma col solo fine di creare un campo da gioco appropriato<sup>12</sup>).

<sup>10</sup> Personalmente sono convinto che il ragionamento in termini di efficienza avrebbe bisogno di qualche sviluppo più raffinato della semplice constatazione per cui ci sono inefficienze e bisogna perciò in qualche modo rimediare. Come ho anticipato non è però questo il tipo di problemi di cui intendo occuparmi in questo lavoro di questo lavoro.

<sup>11</sup> Spesso il legame tra valorizzazione della debolezza e questioni di giustizia è dato per scontato, v. ad es. E. VOYIAKIS, *Contract Law and Reasons of Social Justice*, 25 *Can. J. L. & Jurisprudence*, 2012, 393; O. BAR-GILL, O. BEN-SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, 50 *CML Rev.*, 2013, 109.

<sup>12</sup> Lo slogan è quello del "level playing field" (v. ad es. O. BEN-SHAHAR, *A Bargaining Power Theory of Gap-Filling*, July 2008, in <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>). Il riferimento al livellamento del terreno di gioco e ai pretesi scambi tra uguali che si svolgerebbero, o dovrebbero svolgersi, nei mercati funzionanti, sembra alimentare meccanicistici ragionamenti (del tipo: visto che c'è un debole, bisogna rinforzarlo) apparentemente inconsapevoli dell'antico monito (G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*<sup>9</sup>, vol. I, Breitkopf und Haertel, Leipzig, 1881, 21) per cui il diritto può tentare di sottomettere le disuguaglianze, ma non può eliminarle.

Non mi sembra perciò inutile una pur breve trattazione del tema se la protezione dei soggetti deboli possa giustificare interventi correttivi di situazioni di market failure, a prescindere da considerazioni di giustizia, e al solo fine di ripristinare un corretto funzionamento dei meccanismi di mercato.

La tesi che intendo sostenere è che in una prospettiva di ripristino dei meccanismi di mercato, la finalità di proteggere soggetti deboli non può di per sé giustificare interventi correttivi del funzionamento dei mercati reali. Chi usa come categoria ordinante, o anche solo come categoria di riferimento, quella del soggetto debole, dovrebbe essere perciò consapevole che sta facendo ragionamenti che devono trovare i loro naturali sviluppi in considerazioni di giustizia, e non possono invece appellarsi semplicemente all'obiettivo di ripristinare il funzionamento del mercato efficiente, e alla presunta necessità che gli scambi si svolgano tra soggetti di pari forza.

Una compiuta trattazione del tema richiederebbe in realtà una miglior definizione sia della nozione di "soggetto debole", sia di quella di mercato correttamente funzionante. Senza entrare in dettagli che qui risulterebbero troppo complicati, credo tuttavia di potere accreditare la mia tesi limitandomi a qualche semplice osservazione.

Cominciamo dalle figure principali, quelle del consumatore (e del risparmiatore) debole.

Con riferimento al consumatore e al risparmiatore deboli la prospettiva dell'efficienza potrebbe suggerire che la possibilità di approfittare di clienti deboli altera i naturali equilibri del mercato. Consumatori e risparmiatori verrebbero qui in considerazione nella loro funzione di selettori delle imprese più efficienti<sup>13</sup>. Funzione fondamentale che essi sono supposti svolgere in un mercato ben funzionante. In questa prospettiva, l'argomento centrale rileva che consumatori deboli potrebbero premiare imprese imbroglione e inefficienti, sottraendo così quote di mercato ad imprese più oneste ed efficienti, con danno per tutti, e relativa diminuzione del (potenziale) benessere complessivo (inefficienza). Allo stesso modo, risparmiatori deboli potrebbero indirizzare risorse (i loro risparmi) non verso le imprese che sono in grado di utilizzarli con miglior profitto, ma verso imprese la cui abilità consiste nell'offrire di sé una immagine migliore di quella corrispondente alla loro effettiva realtà.

La conclusione generale sarebbe nel senso della presenza sul mercato di soggetti supposti non in grado di svolgere in modo appropriato la funzione che spetterebbe loro di svolgere (quella di selezionare le imprese più efficienti). Di qui la possibilità di elaborare motivazioni di efficienza in favore di un intervento che possa rinforzare la posizione di questi soggetti e metterli in grado di svolgere appropriatamente la funzione che ad essi spetta nel mercato.

Non intendo entrare nel merito di questo argomento<sup>14</sup>. Mi limito ad osservare, per quello che qui interessa, che in questa prospettiva (rimozione di un fattore di distorsione del mercato) la debolezza non si configura come fattore di per sé decisivo ai fini della giustificazione di un intervento correttivo del legislatore. In una prospettiva di efficienza occorre infatti procedere sempre ad un calcolo dei benefici che possono essere ricavati dall'eventuale intervento legislativo e confrontarli con i costi

---

<sup>13</sup> Come rileva S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, 29, il soggetto debole verrebbe in questa prospettiva in rilievo non come un fine, ma come un mezzo, come un "agente della razionalità del mercato". V. anche G. SMORTO, *Efficiency and Justice in European Contract Law*, 6 *Eur. Rev. Priv. L.*, 2008, 927.

<sup>14</sup> Ci si potrebbe chiedere cosa accadrebbe se tutte le preferenze dei consumatori venissero distorte in ugual misura e in uguale direzione. Ad es.: tutti i consumatori vengono artificialmente convinti a pagare 10 quello che in assenza della distorsione sarebbero stati disposti a pagare solo 9. Forse in questo caso non si verificherebbe sempre una perdita di efficienza, ma un semplice effetto distributivo a favore delle imprese.

dell'intervento stesso<sup>15</sup>. Nel nostro caso, possiamo immaginare che ogni intervento di questo tipo porti con sé come minimo costi di compliance (che, per certe imprese e certe situazioni, possono essere anche molto elevati si pensi, ad es., al rispetto di tutti gli obblighi, anche procedurali, imposti dalla regolazione Mifid) costi di errore nell'applicazione della disciplina (con conseguente disincentivazione di prassi innocue o addirittura efficienti) e rischi di risultati contro-intuitivi<sup>16</sup>.

Senza entrare in troppi dettagli, il punto centrale che intendo sottolineare, è che in una prospettiva di efficienza il problema diventa prettamente quantitativo e riguarda non le singole posizioni, ma l'intero mercato e il suo funzionamento complessivo. In questa prospettiva, prima di intervenire (e per giustificare l'intervento correttivo) occorre anzitutto stabilire l'entità del potenziale danno da fallimento del mercato. Nel nostro caso si tratterebbe perciò di stabilire almeno quanti siano i soggetti deboli, quale livello possa raggiungere l'inganno e quanta diminuzione di efficienza possa comportare la conseguente distorsione del mercato.

In altre parole, mentre la debolezza del singolo consumatore o risparmiatore, può essere di per sé rilevante in una prospettiva di giustizia, non ha di per sé rilevanza da un punto di vista di efficienza, dove occorre invece dimostrare che il vantaggio che si può ottenere dal rafforzamento della posizione del singolo (debole) consumatore, è tale da giustificare i costi che possono essere connessi al rafforzamento. In una prospettiva di efficienza la debolezza non rileva perciò di per sé, ma solo quando si dimostri che sia così diffusa da provocare un danno complessivo di entità tale da giustificare i costi che la sua rimozione comporta.

Che si tratti non della protezione dei deboli in sé, ma di calcoli costi- benefici, risulta ancora più chiaro se si osserva il fenomeno da maggiore distanza e si considera che esisterebbe in realtà una alternativa radicale: quella consistente nell'eliminare le "debolezze" spingendo la realtà verso modelli di concorrenza perfetta dove forza e debolezza (apparentemente) spariscono. Il che evidentemente non viene fatto perché questo cammino costerebbe troppo alle imprese in termini di perdita di efficienza. Non la prospettiva della debolezza traina perciò il ragionamento, ma quella dei costi- benefici, in cui un ruolo preponderante è svolto non dalla "debolezza", ma dai costi delle imprese (supposti indicatori di efficienza).

Ancora più complesso si rivelerebbe il tentativo di esaurire in considerazioni di efficienza il tema della protezione dell'impresa debole<sup>17</sup>. In un mercato ben funzionante il fatto che le imprese più deboli non sopravvivano e vengano espulse non è una calamità cui occorre rassegnarsi, ma è al contrario uno dei maggiori pregi del sistema<sup>18</sup>. In una prospettiva di efficienza bisognerebbe allora

---

<sup>15</sup> Questa è l'ovvia impostazione di ogni discorso in termini di efficienza. Cfr. M.G. FAURE, H.A. LUTH, (nt. 2), 348.

<sup>16</sup> Esiste infatti la possibilità che i destinatari degli obblighi riversino il peso economico derivante dall'adempiamento degli stessi, sulle controparti contrattuali. Si tratta di un classico argomento dell'analisi economica del diritto. V. in generale R. CRASWEL, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 *Stan. L. Rev.*, 1991, 361; con riferimento al tema specifico della tutela dei consumatori nel diritto europeo, cfr. O. BAR-GIL, O. BEN-SHARHAR, (nt. 11), 110.

<sup>17</sup> Sul problema dell'estensione alle imprese più o meno piccole di tutta o parte della protezione assicurata ai consumatori, v. M. HESSELINK, (nt. 6); J. KLIJNSMA, *SMEs in European Contract Law: A Rawlsian Perspective* (September 17, 2010). Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2010/05. Disponibile a SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1678622> o su <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1678622>.

<sup>18</sup> Alcuni (ad es. J. KLIJNSMA, cit. alla nota precedente, 27) sembrano ritenere che basti dimostrare che una piccola impresa può trovarsi nella stessa situazione di un consumatore per poter sostenere che deve essere applicato loro lo stesso trattamento. Ciò potrà essere forse sufficiente in una prospettiva di giustizia. In una prospettiva di efficienza bisogna tenere conto della diversità delle funzioni che imprese (anche piccole) e consumatori svolgono sul mercato.

costruire una nozione di impresa debole diversa da quella delle imprese deboli che ogni giorno vengono fisiologicamente cacciate dal mercato. Bisognerebbe scindere, per così dire, la nozione di debolezza da quella di inefficienza, e ammettere che un'impresa può essere efficiente e tuttavia debole.

Ciò peraltro non sarebbe ancora sufficiente a giustificare (costosi) interventi. Bisognerebbe in più dimostrare- il che sembra davvero problematico- che l'impresa debole espulsa sarebbe sostituita da un'altra impresa meno efficiente. Altrimenti non c'è ragione per preferire la sopravvivenza dell'impresa (debole) già presente, all'ingresso di una nuova impresa altrettanto (e magari più) efficiente di quella espulsa<sup>19</sup>.

Si potrebbe anche pensare che la possibilità per l'impresa forte di approfittare di una impresa efficiente, ma debole, alteri gli incentivi alla costituzione e all'ingresso sul mercato di imprese, pur efficienti, che sarebbero però scoraggiate dalla prospettiva di venirsi a trovare in situazioni in cui potrebbero essere sfruttate da imprese più forti. Anche qui però la riflessione sarebbe insufficiente. Bisognerebbe spiegare perché non dovrebbe operare in queste circostanze un semplice meccanismo di riequilibrio mercantile. Se le imprese che entrano in un certo mercato corrono il rischio di essere penalizzate nonostante la loro efficienza e se per questa ragione un numero minore di imprese si rivela disponibile ad entrare su questo mercato, la domanda dei servizi offerti da ciascuna delle imprese presenti aumenterà, e con essa il prezzo dei servizi stessi, il che richiamerà l'ingresso di nuove imprese fino al ristabilimento dell'equilibrio.

Senza entrare in ulteriori dettagli a me sembra che dalle riflessioni che precedono emerga una conclusione ai nostri fini sufficiente. La conclusione è che non esistono ragioni di efficienza che possano imporre di sopportare in ogni caso i costi connessi alla protezione dei deboli. Ammesso – il che mi sembra molto dubbio – che quella di “debolezza” possa essere un'utile categoria concettuale anche in una prospettiva di efficienza, resta il fatto che non sembrano esistere ragioni di efficienza che possano giustificare una generalizzata protezione dei deboli in tutte le circostanze e a qualsiasi costo. Al contrario, occorrerebbe sempre dimostrare che la debolezza incide concretamente sull'efficienza in maniera negativa e per un ammontare superiore ai costi necessari alla rimozione della debolezza. Il che alla fine vuol dire che l'elemento decisivo è l'esito di questa analisi costi-benefici, e non la debolezza in sé considerata.

Vorrei sottolineare, infine, che ciò non implica che non vi siano ragioni per interventi a protezione di consumatori, imprese, più o meno, piccole, o altri soggetti. Significa solo che asimmetrie e debolezze non sono fattori di per sé idonei a giustificare, dal punto di vista dell'efficienza, simili interventi.

### *3. Quale rapporto tra “debolezza” e giustizia?*

Ricondotta la valutazione di debolezza al tema della giustizia, occorre ora chiarire quali sono le questioni di giustizia precisamente evocate dal riferimento alla debolezza di una parte. Non intendo qui

---

<sup>19</sup> A meno di pensare che la sostituzione di un'impresa con l'altra porti sempre con sé un certo danno sociale dovuto agli inevitabili costi inerenti alla creazione di una nuova organizzazione; si aprirebbe però qui un discorso alquanto complesso relativo alla natura del mercato che si pensa di assumere come riferimento: nel mercato neo-classico le imprese sono delle scatole nere che il mercato riempie di una serie di risorse e di diritti contrattuali, ragion per cui l'effetto della chiusura di una impresa è semplicemente la liberazione di risorse che tornano sul mercato in modo che un'altra impresa possa contrattualmente assicurarsele a condizioni accettabili.

entrare nel dibattito (che comporterebbe, tra l'altro, pesanti oneri definitivi) relativo alla distinzione tra giustizia commutativa e giustizia distributiva<sup>20</sup>. Mi limito a qualche circoscritta precisazione.

Ogni interazione può essere sottoposta a due tipi di giudizio. Uno osserva le caratteristiche dell'interazione isolatamente considerata e valuta, per esempio, se esista parità (in qualsiasi modo definita) tra prestazione e controprestazione. L'altro inquadra l'interazione nell'ambito di uno schema di appropriata assegnazione di benefici e sacrifici tra i membri di una certa comunità<sup>21</sup>, e valuta se esista corrispondenza tra ciò che ciascuno dà o ottiene e certe sue qualità considerate rilevanti dal punto di vista di un ordinamento generale<sup>22</sup>.

Posti di fronte al problema della giustizia di uno scambio si tratta pertanto di decidere preliminarmente se si intende valutarlo dal punto di vista della sua idoneità a realizzare una qualche forma di armonia tra le parti, o se si intende valutarlo dal punto di vista della sua capacità di far pervenire alle parti quello che a ciascuna di esse spetta in base alle rilevanti qualità possedute. La seconda valutazione suppone ovviamente il riferimento ad un sistema che attribuisce rilevanza a qualità che le parti possiedono prima e a prescindere dalla interazione considerata.

Ciò premesso, mi sembra che le tesi che attribuiscono rilevanza alla debolezza di una parte si collochino piuttosto nella prima che non nella seconda prospettiva<sup>23</sup>. Anzitutto, la debolezza è valutata con esclusivo riferimento allo scambio di cui si discute, con l'ovvia conseguenza per cui il soggetto protetto potrebbe essere per molti profili altri (rispetto alla sua posizione in quello specifico scambio) molto più forte del soggetto nei cui confronti è protetto<sup>24</sup>. Inoltre, la sostenuta rilevanza della debolezza non è in genere supportata dal riferimento ad un ordine che stabilisca in via generale cosa spetta ai forti e cosa spetta ai deboli<sup>25</sup>. La debolezza del soggetto non rileva come una qualità apprezzabile nell'ambito di un sistema che definisce la giusta ripartizione sociale di pesi e vantaggi, ma solo come una causa di anomalia dello scambio.

La giustificazione dell'intervento a tutela della parte debole non dipende perciò da una valutazione della debolezza come qualità rilevante all'interno di uno schema distributivo, ma da una

---

<sup>20</sup> La distinzione risale come è ben noto ad ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1130 b, 1131, 1132. Sulla storia delle riflessioni su questa (alquanto tormentata) distinzione v. I. ENGLARD, *Corrective & Distributive Justice - From Aristotle to Modern Times*, Oxford University Press, New York, 2009. Una interessante trattazione della distinzione e della sua rilevanza sul piano giuridico, in P. BENSON, *The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice*, 77 *Iowa L. Rev.*, 1992, 515.

<sup>21</sup> Di "appropriate apportionment of benefits and detriments among the members of any community" parla M. KRAMER, *Conceptual Analysis and Distributive Justice*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 15/2013. Disponibile a SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2277549> o su <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2277549>, 3, che ritiene di sintetizzare in questo modo la nozione di giustizia distributiva presente nel pensiero di Rawls.

<sup>22</sup> Per esempio un obbligo di imposta, o uno scambio, possono essere valutati sia dal punto di vista della parità tra somme versate e vantaggi ricevuti in cambio, sia dal punto di vista della corrispondenza tra quanto ottenuto da ciascuno e certe sue qualità, come, ad es., la capacità contributiva nel caso delle imposte o il migliore acume negli affari nel caso dello scambio.

<sup>23</sup> Esclude giustamente che l'abituale riferimento alla debolezza di una parte possa avere valenza distributiva, M. MELI, (nt. 1), 165 ("...everything is rooted in an idea of contractual justice that has nothing to do with distributive justice goals").

<sup>24</sup> V. ad es. M. HESSELINK, *Five Political Ideas of European Contract Law* (February 12, 2011), 7 *Eur. Rev. Contract L.*, 2011, 295-313; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2011/05. Disponibile a SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1760457>, 7.

<sup>25</sup> Per questa ragione l'accostamento che talora viene fatto tra protezione della parte debole e criteri distributivi (v. ad es. E. ROTT-PIETRZYCK, *Commercial Agency Contract and Freedom of Contract*, in *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, 17; v. anche W. KERBER, *European System of Private Laws: An Economic Perspective*, in F. CAFAGGI, H. MUIR WATT (eds.), *The Making of European Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008. Disponibile a SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1083084>, 13) non è corretta. Nega radicalmente ogni legame con obiettivi di giustizia distributiva, M. MELI, *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti*, in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2007, 167, 173 s.

valutazione della debolezza come fattore idoneo a pregiudicare la giustizia dell'esito dello scambio. Quest'ultimo tema, quello della giustizia dello scambio (che si svolga tra forti e forti, tra forti e deboli, tra deboli e deboli), diventa perciò quello centrale. La debolezza rileva solo in via dipendente, in quanto incida su scambi altrimenti idonei a produrre risultati giusti.

Occorre chiedersi allora da quale punto di vista generale possono essere considerati giusti scambi cui non partecipano parti deboli e su quale piano – sostanziale e/o procedurale – si manifesti la capacità della debolezza di far sì che uno scambio possa invece produrre risultati ingiusti.

Si tratta di questioni imbarazzanti sia perché evocano un quesito più generale alquanto complicato (e cioè se la - presunta- giustizia degli scambi che si svolgono in un mercato correttamente funzionante sia una giustizia sostanziale o procedurale), sia perché alcuni degli interventi a protezione delle parti deboli (in particolare quelli relativi alle clausole abusive) sembrano presupporre valutazioni che sembrano inerire sia alla procedura (la posizione delle parti, il modo in cui si è giunti alla conclusione del contratto) sia alla sostanza dell'accordo<sup>26</sup>.

Semplificando il discorso, a me sembra che il rilievo attribuito alla presenza di parti deboli indirizzi necessariamente verso considerazioni di giustizia procedurale, e più precisamente di giustizia procedurale pura. Sia la giustizia sostanziale, che quella procedurale perfetta e quella procedurale imperfetta, presuppongono la disponibilità di un criterio indipendente (dal modo in cui lo scambio si è svolto) in base al quale stabilire se l'esito è giusto o ingiusto<sup>27</sup>. Se si adotta una di queste prospettive, la debolezza di una delle parti (e delle circostanze che la determinano) non rilevarebbe di per sé, ma al massimo come possibile indice dell'esistenza di un fatto che potrebbe essere accertato anche in maniera diversa, e che potrebbe comunque verificarsi anche in assenza di squilibri nella forza contrattuale. Il riferimento alla debolezza perderebbe tutta la sua capacità ordinante. Da una parte, l'ingiustizia del singolo scambio potrebbe essere accertata anche in casi di efficiente funzionamento del mercato, dall'altra parte, la presenza di una parte debole non esonererebbe dall'onere di dimostrare che lo scambio ha prodotto in concreto un risultato intrinsecamente ingiusto.

D'altro canto, il fatto che i riferimenti alla parte debole non siano in genere accompagnati da una definizione di scambio giusto, e tanto meno da uno schema teorico in grado di supportare quel controllo generalizzato sulla giustizia di tutti gli scambi che sarebbe coerente con un'impostazione di giustizia sostanziale, induce perciò a ritenere che l'argomento debba essere inquadrato in un contesto di giustizia procedurale pura.

Questa è, come è noto, la prospettiva in cui si considerano giusti tutti i risultati raggiunti nel rispetto di una procedura giusta (ad es., gli esiti, quali essi siano, di una lotteria "giusta" o, nel nostro caso, della contrattazione tra due soggetti di pari forza)<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> L'art. 3.1. della direttiva definisce come "unfair term" quello che, tra altro, "...causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract...". Anche ai fini dell'applicazione della dottrina dell'unconscionability è ritenuto da molti indispensabile che esista "gross discrepancy between the comparative values of the consideration and the promise", così P. BENSON, *The Unity of Contract Law*, in P. BENSON (ed.), *The Theory of Contract Law - New Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, 118, a 185 (dove anche un affascinante inquadramento dei problemi della giustizia contrattuale in un contesto teorico di ispirazione hegeliana). Sul legame tra unconscionability e debolezza di una delle parti v. ad es., tra i più recenti, J. PHILLIPS, *Protecting those in a disadvantageous negotiating position: unconscionable bargains as unifying doctrine*, 45 *Wake Forest L. Rev.*, 2010, 837.

<sup>27</sup> Su queste nozioni v. J. RAWLS, *A Theory of Justice - Original Edition*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1971, 84 ss.

<sup>28</sup> Il caso più semplice di possibile giustizia procedurale pura è, come è noto, quello della lotteria (l'esempio è usato da J. RAWLS, (nt. 27), 86). Il risultato è giusto, chiunque sia il vincitore, se sono state rispettate le regole del gioco e nessuno ha imbrogliato. Sia chiaro che anche in questa prospettiva le considerazioni sostanziali non spariscono. Esse non sono sufficienti a identificare un risultato univoco (chi debba essere il vincitore della lotteria) ma contano, come è ovvio, al fine

Il fatto che la valutazione degli esiti dello scambio sia, come si è ricordato, talora necessaria per integrare il giudizio di ingiustizia, può essere conciliato con una impostazione in termini di giustizia procedurale pura, assumendo l'esistenza di difficoltà empiriche nell'accertamento della effettiva violazione della procedura. La valutazione degli esiti può apparire allora come necessaria al fine di verificare o l'esistenza dell'apparente anomalia (certi esiti dello scambio possono essere tali da far ritenere che la parte che sembrava debole in realtà non lo era) o la sua effettiva incidenza.

Alla luce della precedente discussione, la tesi che si tratta di discutere può essere allora presentata nella maniera seguente: a) nel mercato correttamente funzionante opera una procedura il cui rispetto implica la giustizia degli esiti degli scambi che vi si svolgono; b) la debolezza di una delle parti può compromettere il funzionamento di questa procedura e rendere gli esiti degli scambi ingiusti; c) la valutazione degli esiti degli scambi in cui è intervenuta una parte apparentemente debole non ha però valore autonomo ai fini di stabilirne la giustizia, ma rileva solo sul piano fattuale, come indizio dell'esistenza (o dell'inesistenza) dell'anomalia e della sua effettiva incidenza sulla procedura.

*4. Il corretto funzionamento del mercato implica l'esistenza di meccanismi che garantiscono la giustizia degli scambi e che non operano nella situazioni qualificabili come market failures?*

A questo punto una piena valutazione della tesi enunciata, e dei tre enunciati in cui articola, richiederebbe la preliminare valutazione dell'esattezza dell'enunciato sub a (un mercato correttamente funzionante garantisce la giustizia – procedurale- degli scambi che in esso si svolgono). Con il che si porrebbero interrogativi di grandissima portata: quello relativo a cosa debba intendersi per mercato che funziona in maniera soddisfacente, quello relativo alla precisazione del contenuto delle regole che lo caratterizzano, quello relativo ai criteri in base ai quali si potrebbe sostenere la giustizia degli esiti che si producono rispettando le regole in questione.

Poiché siamo partiti dal tema delle market failures, e dalla connessa debolezza di un contraente, possiamo alleggerire il compito enorme di affrontare tutti questi interrogativi e limitarci a chiederci se questi fenomeni siano caratterizzabili come ipotesi in cui viene meno il funzionamento di qualche meccanismo, che, in caso di mercato funzionante, è invece presente, e che sia apprezzabile in base a considerazioni di giustizia. Si tratta cioè di ipotizzare che qui (presenza di contraenti deboli) non opera un meccanismo che nei mercati efficienti garantisce il verificarsi di scambi giusti. La tesi dovrebbe quindi essere: a) esiste un criterio per valutare come giuste certe regole procedurali che presiedono allo svolgimento degli scambi e definiamo come giusti tutti gli scambi che si svolgono nel rispetto di queste regole, b) il mercato efficiente attiva dei meccanismi che garantiscono il rispetto di questo criterio e perciò consideriamo giusti tutti gli scambi che in esso si svolgono; c) questi meccanismi vengono però meno in presenza di parti deboli, con la conseguenza che non possiamo più accettare come giusti gli scambi che si svolgono in queste condizioni.

A questo punto anticipo per comodità del lettore la conclusione cui intendo pervenire. L'elaborata tesi da ultimo ipotizzata, che parte dal criterio di valutazione delle procedure e arriva a stabilire che le procedure di mercato funzionante rispettano un criterio di giustizia mentre quelle in cui c'è una parte debole possono non rispettarlo, è inaccettabile per la ragione che i fenomeni che si verificano in caso di market failures e di presenza di parti deboli, non sono qualitativamente diversi, in

---

della valutazione della giustizia delle regole procedurali (si tratta per esempio di attribuire valore sostanziale all'imparzialità, il che consente di considerare giusta una procedura in cui il vincitore è scelto in base ad un meccanismo imparziale).

una prospettiva di giustizia, da quelli che si verificano su qualsiasi mercato, anche correttamente funzionante.

5. *La “volontarietà” come meccanismo presunto idoneo ad assicurare la giustizia degli scambi che si svolgono sul mercato e che verrebbe meno nei casi di suo fallimento.*

I meccanismi apprezzabili in una prospettiva di giustizia che sarebbero presenti in un mercato funzionante, e che verrebbero meno in caso di fallimenti, possono essere ricondotti a tre categorie<sup>29</sup>. Il primo attiene all'assenza di costrizioni connesse al potere di mercato della controparte (la concorrenza è troppo debole). Il secondo attiene alla consapevolezza della scelta (le asimmetrie informative). Il terzo attiene alla protezione dei terzi che non sono parti dello scambio (le esternalità).

Non è difficile constatare che questi tre meccanismi sono tutti riconducibili al denominatore comune della volontarietà. Il che ci conduce non per caso al centro delle considerazioni che vengono solitamente utilizzate per argomentare in favore della giustizia degli esiti di mercato<sup>30</sup>.

La tesi formulata pocanzi in astratto può essere ora concretizzata. Il criterio di giustizia è la volontarietà: è ingiusto l'atto di *ego* che modifica la posizione di *alter* a prescindere o addirittura contro la volontà di quest'ultimo. Nel mercato correttamente funzionante sono presenti meccanismi che assicurano il rispetto di questa regola procedurale e i risultati delle singole interazioni sono perciò giusti. In presenza di fallimenti, e di debolezza di uno dei contraenti, la volontarietà (e con essa la giustizia dello scambio) non è più garantita<sup>31</sup>.

Il quesito diventa allora se il mercato assicuri normalmente la volontarietà delle posizioni che l'individuo viene a ricoprire mentre in caso di fallimento la volontarietà viene meno<sup>32</sup>.

6. *I fattori di involontarietà degli scambi presenti in caso di market failure non sono qualitativamente diversi da quelli che operano su mercati pur correttamente funzionanti.*

Sono in grado adesso di riformulare la mia tesi in modo più concreto. Il mercato non assicura in generale la volontarietà nell'assunzione delle posizioni individuali e gli stessi fenomeni di “involontarietà” che si assumono come caratteristici delle principali situazioni di market failure si verificano ugualmente anche là dove non ci sono fallimenti.

Cominciamo dagli effetti indiretti degli scambi, le c.d. esternalità. Il mercato, pur correttamente funzionante, è in realtà una fabbrica gigantesca di effetti indiretti su soggetti che non partecipano agli

---

<sup>29</sup> “Market failure is seen mainly in three situations: (i) cases in which competition is too weak; (ii) (certain) information asymmetries; and (iii) external effects, i.e. situations in which costs are not carried by those taking decisions and benefiting from them”, così S. GRUNDMANN, (nt. 2), 505.

<sup>30</sup> Per un esame critico di queste tesi A. BUCHANAN, *Ethics, Efficiency, and the Market*, Oxford University Press, New York, 1985; S. OLSARETTI, *Liberty, Desert and the Market - A philosophical Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; J. O'NEIL, *The Market - Ethics, knowledge and politics*, Routledge, London-New York, 1998.

<sup>31</sup> E' facile constatare qui la già segnalata relatività della distinzione tra giustizia commutativa e giustizia distributiva: la volontarietà può essere valutata come un fattore che rende giusti i singoli scambi quale che sia, per il resto, il contesto in cui avvengono, e si tratta allora di una prospettiva di giustizia commutativa; essa può essere valutata però anche come il meccanismo che fa sì che ognuno ottenga quello che si merita in base a quello che fa e alle scelte che compie, e la prospettiva diventa allora di giustizia distributiva.

<sup>32</sup> La tutela del contraente debole in tale prospettiva perseguirebbe, come è stato sinteticamente osservato, l'obiettivo di ripristinare “il diritto all'autodeterminazione sostanziale del contraente debole” così B. LURGER, *Il futuro del diritto europeo dei contratti. Tra libertà contrattuale, giustizia sociale e razionalità del mercato*, in A. SOMMA (a cura di), (nt. 25), 150.

scambi da cui gli effetti derivano, e che vedono perciò modificata la propria situazione da eventi indipendenti dalla loro volontà e su cui non hanno alcun controllo. Questo è un effetto del meccanismo stesso con cui si formano i prezzi di mercato e cioè della legge della domanda e dell'offerta. Per limitarci al fenomeno più facile da cogliere, è evidente che il fatto che altri consumatori abbiano o non abbiano i miei stessi gusti incide sulla domanda del bene che mi interessa e sul suo prezzo, in un senso che può essere per me casualmente (a seconda delle circostanze) negativo (facendo crescere il prezzo sia in caso di domanda eccessiva, che fa direttamente aumentare il prezzo, sia in caso di domanda insufficiente, che impedisce economie di scala) o positivo (i reciproci dei fenomeni indicati).

Questo dato evidente è in genere oscurato dalla distinzione, canonica presso gli economisti, tra esternalità pecuniarie ed esternalità non pecuniarie<sup>33</sup>. Per esternalità non pecuniarie si intendono quelle in cui l'atto di un soggetto incide direttamente sull'utilità di un altro soggetto (è il caso, ad es, di un atto di inquinamento, valutato dal punto di vista della sua idoneità a diminuire direttamente l'utilità che il soggetto vittima dell'inquinamento trae dal bene inquinato). I fenomeni del tipo di quelli descritti pocanzi con riferimento al movimento dei prezzi, appartengono invece alla categoria delle esternalità pecuniarie, definite come quelle in cui l'effetto sull'utilità altrui si produce in conseguenza di una modifica dei prezzi relativi di mercato. In quest'ultimo caso non si ha alcuna distruzione diretta di alcun valore altrui. Il peggioramento (o il miglioramento) della situazione dei terzi è conseguenza della modificazione di qualche parametro di mercato<sup>34</sup>.

E' evidente che per quanto possa essere eventualmente utile ad altri fini<sup>35</sup>, questa distinzione tra esternalità pecuniarie e non pecuniarie, non ha alcuna legittimità dal punto di vista dell'apprezzamento della volontarietà nell'acquisizione delle posizioni in cui ciascun partecipante al mercato viene a trovarsi<sup>36</sup>. Qui il punto decisivo è che la presenza di esternalità (pecuniarie o non pecuniarie che siano), caratteristica ineliminabile anche dei mercati ottimamente funzionanti, rende la possibilità che l'atto di un soggetto modifichi la situazione di un altro soggetto non consenziente, non una anomalia, ma una caratteristica inerente al normale funzionamento del sistema. La volontarietà nell'assunzione delle diverse posizioni non può essere perciò considerata come una caratteristica qualificante del sistema stesso<sup>37</sup>.

Per difendere la volontarietà bisogna allora risalire a una presunta scelta originaria. L'argomento recita che chi entra nel mercato accetta volontariamente i rischi connessi al funzionamento del

<sup>33</sup> E.J. MISHAN, *The Postwar Literature on Externalities: An Interpretative Essay*, 9 *J. Econ. Lit.*, 1971, 1-28.

<sup>34</sup> Per fare un esempio, là dove esista un mercato su cui la possibilità di inquinare è comprata e venduta, l'invenzione di una tecnica meno inquinante produce una esternalità di tipo non pecuniario – in questo caso positiva – in quanto la sua adozione diminuisca fisicamente l'inquinamento; essa produce però anche esternalità di tipo pecuniario, in quanto modifichi i prezzi delle diverse tecniche a disposizione.

<sup>35</sup> Gli economisti tendono a considerare irrilevanti le esternalità pecuniarie sul presupposto che esse hanno effetti esclusivamente distributivi e non incidono sul benessere complessivo.

<sup>36</sup> "But why should only non-pecuniary externalities be of moral concern? For pecuniary externalities can totally transform people's lives." Così D. HAUSMAN, *When Jack and Jill Make a Deal*, 9 *Soc. Phil. & Pol'y*, 1992, 95. Disponibile a <http://philosophy.wisc.edu/hausman/papers/jack-and-jill.htm#23return>. Lo stesso R. POSNER, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1995, 24, nota l'arbitrarietà dell'esclusione dalla nozione di danno delle esternalità pecuniarie e mentali (quelle che derivano da invidia, antipatia, ecc.). V. anche p. 305 dove viene giustamente notato che "Each of us is harmed every day by the actions of unknown others and harms unknown others by our own actions, if only through the operation of competition in economic and other marketplaces".

<sup>37</sup> V. su questa conclusione e sul ragionamento che la sostiene, S. OLSARETTI, *Liberty, Desert and the Market - A philosophical Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 112.

medesimo. Il soggetto che si presenta sul mercato accetta, non diversamente dal partecipante ad una lotteria, le regole del gioco. Gli esiti qualunque essi siano, possono essere considerati da questo punto di vista come volontariamente accettati.

Questa replica è ridicolmente irrealistica. Quante persone nate, cresciute ed educate in una società mercantile hanno l'effettiva possibilità di uscirne, e mettersi a produrre da soli tutto quello di cui hanno bisogno?<sup>38</sup> Per di più la replica annacqua la nozione di volontarietà sino a renderla impalpabile. In un discorso in cui il fatto di essere salito su una nave consente di qualificare come volontaria la morte per annegamento, è evidente che la nozione di volontarietà perde ogni contenuto minimamente significativo.

Veniamo ora al secondo fattore di volontarietà che sarebbe presente nei mercati funzionanti e assente invece in quelli afflitti da market failures, e cioè al possesso delle informazioni necessarie a rendere le scelte dei soggetti effettivamente volontarie.

Il tema evoca complesse questioni di carattere teorico generale<sup>39</sup>, che non posso affrontare qui. Mi limito perciò a rilevare che nessun mercato esistente fornisce all'agente tutte le informazioni che potrebbero essere per lui rilevanti e il cui possesso potrebbe rendere la sua scelta pienamente volontaria (nel senso che nessun'altra informazione avrebbe potuto indurlo a fare scelte diverse). In generale questa è una conseguenza della c.d. incompletezza dei mercati. Cioè della inesistenza di mercati in grado di fornire all'agente informazioni su tutte le incerte eventualità che potrebbero in futuro verificarsi e la cui conoscenza sarebbe indispensabile per rendere la scelta dell'agente pienamente volontaria<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> V. ancora S. OLSARETTI, (nt. 37), 120.

<sup>39</sup>Il punto è se esista la possibilità di definire una quantità di informazioni il cui possesso garantisce la volontarietà della scelta, volontarietà che non sarebbe invece garantita in caso di ignoranza di alcune di esse. La possibilità di definire questa quantità necessaria è essenziale. Solo se si definisce una simile quantità si può costruire una teoria per cui gli scambi che si svolgono su un mercato funzionante sono volontari, in quanto tutti possiedono la quantità di informazioni necessaria, mentre quelli che si svolgono in condizione di market failure non lo sono perché alcuni soggetti non possiedono le informazioni in questione.

A me sembra in verità che questa possibilità non esista. La quantità di informazioni di cui l'agente ha bisogno dipende dalle preferenze che intende soddisfare. Posto però che uno degli assiomi del corretto funzionamento del mercato è che tutte le preferenze sono assunte come ugualmente valide, e che non esiste perciò alcun criterio per valutare positivamente o negativamente le preferenze di un consumatore (esse sono notoriamente assunte come un dato esogeno che non può e non deve essere messo in discussione) ne deriva l'impossibilità di stabilire dall'esterno quali sono le informazioni che ciascun consumatore deve tenere presenti (ciò equivarrebbe a stabilire autoritativamente quali preferenze sono accettabili e quali non lo sono). Stante che lo stesso consumatore non è in grado di stabilire la rilevanza di informazioni che ignora, l'insieme delle informazioni potenzialmente rilevanti è sostanzialmente infinito. L'agnosticismo sul merito delle preferenze comporta l'impossibilità di escludere a priori che la somministrazione di una nuova unità di informazione comporti una modifica delle preferenze al momento esistenti. Una preferenza potrà così considerarsi formata correttamente solo nella praticamente irrealizzabile situazione in cui non esista alcuna ulteriore unità di informazione che possa essere aggiunta a quelle già possedute dal soggetto.

Come tutti sanno, da questa impasse il legislatore e gli interpreti escono di solito con un colpo di forza teorico, e cioè con il riferimento al consumatore, risparmiatore, ecc. "medio" o "ragionevole". Il che è un modo come un altro per dire che non sono prese in considerazione tutte le preferenze, ma solo quelle reputate medie o ragionevoli. Con il che i fondamenti delle teorie della sovranità del consumatore e delle preferenze rilevate sono palesemente rinnegati.

<sup>40</sup> Come è noto, i mercati per garantire agli agenti piena informazione, dovrebbero essere "completi". Ciò significa che dovrebbe esistere un mercato per ogni contingenza futura ipotizzabile ("The most complete assumptions of competitive general equilibrium theory require that all future and contingent prices exist and be known. In fact, of course, not all these markets exist" così K. ARROW, *Rationality of Self and Others in an Economic System*, 59 *J. Bus.*, 1986, 385). Ad es., se si considera il mercato di un prodotto agricolo non basta che esista un mercato concorrenziale relativo alla vendita del prodotto stesso, ma dovrebbero esistere mercati per ogni momento futuro, e per ogni evento che momento per momento può influire sul prezzo del bene, quindi un mercato per il momento x preceduto da bel tempo, uno per il momento x preceduto da mal

Ad un livello meno teorico e più pratico basta evocare esempi banali come la normale mancanza di conoscenza dei consumatori sul modo in cui sono fabbricate le merci che acquistano (e la teorizzata irrilevanza giuridica di tale conoscenza!<sup>41</sup>) o, ancora più semplicemente, l'ignoranza sulle prospettive di sviluppo di un certo prodotto, sulla possibile evoluzione tecnologica, sul cambio dei modelli, ecc. In questa situazione, appare del tutto arbitrario il considerare innocua, dal punto di vista della volontarietà, la mancanza di certe, pur molto rilevanti, informazioni che il mercato abitualmente non fornisce – e che non si ritiene che debba essere obbligato a fornire – e considerare invece la mancanza di altre come potenzialmente in grado di pregiudicare la volontarietà. Non mi risulta che sia mai stata elaborata alcuna adeguata teoria in grado di giustificare queste distinzioni.

Più complicata la questione relativa alla volontarietà osservata dal punto di vista dell'assenza di meccanismi di costrizione. Sorgono qui notevoli incertezze su quale sia il modello di mercato in relazione al quale si possa affermare che lì non operano costrizioni, che sarebbero invece presenti in caso di market failure e di debolezza di uno dei contraenti. Il fatto è che non esiste un solo modello di mercato e di homo oeconomicus, ma almeno due, tra di loro, per di più, tendenzialmente contrapposti<sup>42</sup>. Uno è quello che corrisponde ai mercati statici, e tendenti all'equilibrio, di tipo neo-classico, dove il soggetto si presenta come un abile decifratore dei segnali provenienti dal mercato e come un organizzatore della propria azione massimizzante. Qui il soggetto è sostanzialmente passivo, nel senso che egli aggiusta le proprie preferenze e destina le proprie risorse nella maniera che gli consente di ottenere il massimo di soddisfazione possibile nella situazione data. Nell'altro modello, quello che corrisponde ai mercati di tipo schumpeteriano o "austriaco", il punto di riferimento è invece un soggetto attivo, il cui modello ideale è l'imprenditore, inteso come colui che è in grado di scorgere e sfruttare le possibilità di innovare (Schumpeter) o di approfittare dei disequilibri presenti nel mercato che altri non sono in grado di individuare (Hayek, Kirzner). I modi di operare del soggetto su questi

---

tempo, oppure da guerra, da carestia, da invasione di cavallette, ecc.; analogamente per il momento y, per il momento z, e così via. ecc.). Solo in questa situazione l'agente è in grado di ponderare il futuro e di prendere decisioni completamente informate e perciò completamente volontarie. È evidente per chiunque che mercati in questo senso "completi" non esistono da nessuna parte, e che perciò neppure le scelte che sono compiute sui mercati funzionanti esistenti possono essere considerate pienamente informate e del tutto volontarie.

<sup>41</sup> Alludo ovviamente alla nota tesi relativa alla distinzione tra prodotto e processo, su cui v., criticamente, D. KYSAR, *Preferences for processes: the process/product distinction and the Regulation of Consumer Choice*, 118 *Harv. L. Rev.*, 2004-2005, 526. Come casi emblematici della problematica segnalata nel testo possiamo ricordare la "saga del tonno" (sui cui ultimi sviluppi v. G. SHAFFER, *The WTO Tuna-Dolphin II Case: United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, November 16, 2012, 107 *Am. J. Int'l L.*, 2013, 192; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 12-62. Disponibile a SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2176863>) o il tema della etichettatura dei prodotti alimentari geneticamente modificati (su cui per una prima informazione v. FEDERICI, *Genetically Modified Food and Informed Consumer Choice: Comparing U.S. and E.U. Labeling Laws*, 35 *Brook. J. Int'l L.*, 2010, 515).

<sup>42</sup> Gli economisti riconoscono talvolta l'esistenza della contrapposizione illustrata nel testo, ma la concepiscono non come una contraddizione reale (e cioè come l'effettiva esistenza di due esigenze contraddittorie presenti nei sistemi economici capitalistici) ma come una manifestazione di dissenso scientifico tra chi ritiene che la realtà sia meglio descritta (e meglio studiata) da chi adotta l'uno o invece da chi adotta l'altro dei due diversi punti di vista. Cfr. O. WILLIAMSON, *The theory of the firm as governance structure: from choice to contract*, in 16 *J. Econ. Perspect.*, 3, 2002, 171 ss.; ID., *The Lens of Contract: Private Ordering*, 92 *Am. Econ. Rev.*, 2002, 438 ss.; ID., *The Lens of Contract: Applications to Economic Development and Reform*, April 17, 2002, [http://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PNACP770.pdf](http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACP770.pdf). V. anche M. KOHN, *Value and Exchange*, in 24 *Cato Journal*, 2004, 303 ss. e il ricco dibattito su tale lavoro in 20 *Rev. Austrian Econ.*, 2007, introdotto dal saggio di R.E. WAGNER, *Value and exchange: Two windows for economic theorizing*, *ivi*, 97 ss. e le repliche dello stesso M. KOHN, *The exchange paradigm: Where to now?*, *ivi*, 201 ss.

due tipi di mercato sono così diversi da poter essere descritti con i due diversi appellativi di agire “parametrico”, il primo, e agire “strategico”, il secondo<sup>43</sup>.

Dal punto di vista della presenza di posizioni di potere, e delle costrizioni che ne possono derivare, questa distinzione comporta che nei sistemi capitalistici il potere oscilla continuamente tra fenomeni di spersonalizzazione, in cui sembra che nessun individuo ha individualmente potere, e che tutti, e che tutti siamo sottoposti, dalle leggi dell’equilibrio concorrenziale, ad un potere incontrollabile e impersonale (il “potere” scoperto e in maniera insuperabile analizzato da Marx) e fenomeni di personalizzazione (i monopoli, le enormi concentrazioni di ricchezza, il potere dei managers che tanto preoccupava Berle & Means, o, sul piano del mercato nel suo complesso Mason e Bain<sup>44</sup>, e i loro contemporanei, ecc.). La mia tesi è che questa oscillazione riflette il fatto che entrambi gli elementi svolgono una positiva funzione ed entrambi sono, pur nella loro contraddittorietà, necessari.

In ogni caso, limitandoci al punto di vista della volontarietà, non è dubbio che sul mercato convivono entrambi i fenomeni descritti. A quale si pensa quando si assume che la debolezza di un soggetto pregiudica la normale volontarietà dello scambio?

A me sembra che nessuno dei due modelli consenta questa assunzione. Nel modello statico, il soggetto ha solo la possibilità di adattare le sue scelte ai parametri di mercato e di accettare o rifiutare le offerte che il mercato gli presenta. Da questo punto di vista la volontarietà delle sue scelte non è diversa da quella che caratterizza le scelte che vengono compiute in tante situazioni di market failure (come nel caso tipico dei contratti predisposti da uno dei contraenti che l’altra parte può accettare ma anche rifiutare). Ovviamente si può obiettare che in condizioni di market failure siano presenti sul mercato alternative meno numerose e meno convenienti di quelle che potrebbe offrire un mercato concorrenziale. Questo rilievo, valutato dal punto di vista della volontarietà delle scelte (e non da quello della loro incidenza sul benessere dell’agente) non è però sufficiente. Almeno sino a quando sia definita una soglia al di sotto della quale le alternative comunque presenti non si considerano più in grado di garantire la volontarietà. Non senza rilevare che se il problema è la scarsa concorrenzialità, il rimedio dovrebbe essere quello di rendere i mercati più concorrenziali, non quello di tentare di aumentare la “volontarietà” delle singole scelte.

Veniamo al modello dinamico. Qui la possibilità di agire strategicamente, espande la nozione di volontarietà e finisce per attribuirle un ruolo sicuramente centrale. Va però osservato che questo contesto (quello dell’agire strategico) non è sicuramente il regno degli scambi tra pari. Qui è al contrario normale e naturale che i due contraenti dispongano di differenti potenziali di minaccia e che tali potenziali di minaccia giuochino un ruolo decisivo. Si tratta dei potenziali di minaccia che derivano dalla differente collocazione dei trattanti rispetto al punto di non accordo, e che in definitiva si collegano ai diversi ruoli che i diversi soggetti ricoprono nella divisione del lavoro (che è poi la base

---

<sup>43</sup> Nella teoria della decisione si intende per strategica quella che l’agente assume quando deve tenere conto della sua interazione con le decisioni di altri che non siano assunte come note (ad es. in base a rilevazioni statistiche) al decisore (cfr. H. GINTIS, *The Bounds of Reason*, Princeton University Press, Princeton, 2009, 1). La decisione diventa parametrica quando l’agente può fare riferimento ad una serie di parametri (es., i prezzi di un mercato in equilibrio) che gli consentono di non assumere informazioni sulle decisioni altrui. In generale cfr. ad es. F. FISCHER, G.J. MILLER E M. SIDNEY (eds.), *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*, CRC Press, 2007, 176.

<sup>44</sup> Cfr. E. MASON, *Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise*, 29 *Am. Econ. Rev.*, 1939, 61 ss.; J. BAIN, *Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries*, 44 *Am. Econ. Rev.*, 1954, 15 ss., ID., *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1956.

pratica della centralità degli scambi: se ciascuno producesse tutto quello di cui ha bisogno ben poco spazio resterebbe al mercato<sup>45</sup>).

In questa prospettiva il mercato non presuppone e non riproduce l'uguaglianza. Anche un mercato in cui si immaginasse di rendere uguali i punti di partenza finirebbe inevitabilmente per produrre, in maniera più o meno casuale, un accumulo progressivo di disuguaglianze<sup>46</sup>. Quanto al potenziale di minaccia, che come si è notato gioca un ruolo fondamentale in ogni contrattazione strategica, si può rilevare che la possibilità di far valere potenziali di minaccia non è l'effetto della presenza di condizioni patologiche, ma è parte integrante di qualsiasi meccanismo di contrattazione reale, ivi comprese le contrattazioni che si svolgono su un mercato decentemente funzionante. Il potenziale di minaccia nasce infatti, come si è detto, dalla differente collocazione dei potenziali contraenti rispetto al punto di non accordo. Differente collocazione che dipende a sua volta, come pure si è detto, dalla collocazione sociale, e dalle diverse preferenze, dei soggetti in questione. Nel famoso esempio (terreno di esercizio di celebri filosofi<sup>47</sup>) del trombettista e del pianista vicini di casa che devono dividere il tempo in cui ciascuno può suonare, il potenziale di minaccia non nasce dal fatto che uno dei due è un monopolista o si trova in una posizione dominante, ma nasce dalla diversa intensità delle preferenze che ciascuno ha rispetto ai vari possibili esiti della contrattazione (suona sempre uno solo, suonano sempre tutti e due, si dividono il tempo in parti uguali, se lo dividono in parti disuguali, costruiscono un muro insonorizzato, ecc.). Per escludere qualsiasi potenziale di minaccia, e ripristinare così una piena volontarietà degli esiti (intesa come la volontarietà che determina un esito indipendente dal fatto che ci trovi di fronte ad un soggetto più o meno potente) bisognerebbe immaginare un mondo in cui le contrattazioni siano depurate non solo dagli effetti della disuguaglianza delle risorse materiali a disposizione dei contraenti, ma anche di tutti gli altri arbitrari fattori che possono incidere sul loro esito. Il che sicuramente ci conduce non al mercato, ideale o reale che sia, ma se mai alle rarefatte condizioni che esistono solo là dove operi il velo di ignoranza utilizzato da Rawls, o qualche altro analogo artificio.

## 6. Conclusioni.

Se è vero che nelle situazioni di market failure si verificano fenomeni che dal punto di vista della volontarietà, e della conseguente giustizia dello scambio, sono analoghi a quelli che si verificano su qualsiasi mercato, la conclusione è che questioni di giustizia non possono di per sé motivare interventi di correzione dei fallimenti del mercato in nome della tutela di parti deboli e/o della presunta uguaglianza tra le parti che dovrebbe caratterizzare scambi giusti. Questo non vuol dire che le questioni di giustizia diventino irrilevanti. Significa però che tali questioni devono essere valutate all'interno di un contesto politico, all'interno cioè del contesto che autorizza la correzione di una ingiustizia ma non

---

<sup>45</sup> L'intuizione dello stretto legame tra mercato e divisione del lavoro risale ad A. Smith e alla sua ben nota tesi per cui la divisione del lavoro è limitata solo dall'estensione del mercato (cfr. G. STIGLER, *The division of labor is limited by the extent of the market*, in *The Organization of Industry*, The University of Chicago Press, Chicago, 1968, 129 ss.). Superfluo ricordare le grandiose elaborazioni operate sull'argomento da Marx.

<sup>46</sup> Mi sembra che in un senso simile a quello esposto nel testo possa essere interpretata l'opinione espressa da J. RAWLS, *The Basic Structure as Subject*, 14 *Am. Phil. Q.*, 1977, 159, là dove (p. 160) parlando del mercato nota che "...the conditions necessary for background justice can be undermined, even though nobody acts unfairly or is aware of how the conjunction of contingencies affects the opportunities of others. There are no feasible rules that it is practicable to impose on economic agents that can prevent these undesirable consequences. These consequences are often so far in the future, or so indirect, that the attempt to forestall them by restrictive rules that apply to individuals would be an excessive if not impossible burden".

<sup>47</sup> B. BARRY, *Teorie della giustizia*, Il Saggiatore, Milano, 1996.

quella di un'altra. Può ben darsi che in situazioni di fallimento del mercato ci si allontani da un ideale di giustizia (inteso qui come attribuzione ad ognuno delle posizioni che ha deciso volontariamente di assumere) ancora di più di quanto già non ci si allontani in un mercato correttamente funzionante. L'eventuale intervento non può però essere motivato esclusivamente con l'appello alla giustizia. Occorre invece spiegare quale scelta politica sorregge la volontà di rimediare ad una particolare ingiustizia, in un mondo in cui ingiustizie qualitativamente analoghe sono invece tollerate. Qui il discorso in termini di giustizia esaurisce inevitabilmente le sue possibilità esplicative.

Con il che, vorrei in fine chiarire, non significa che si entra nel regno di un opinabile politico, che sfugge totalmente alle competenze del giurista. Significa invece che il quadro diventa più ampio e che chi vuole sostenere l'opportunità di intervenire in favore dei soggetti che considera "deboli" non può affidarsi a facili formulette del tipo "è giusto solo lo scambio tra uguali", ma deve invece acconciarsi al più impegnativo compito di spiegare cosa pensa del mercato in generale, e di chiarire se valuta come giusti o come ingiusti i risultati che il suo funzionamento, anche correttissimo, produce. Deve cioè chiarire se valuta anche i risultati prodotti da un mercato funzionante in base ad un criterio di giustizia, e quale.

## Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa

Mario Libertini (\*)

### SOMMARIO

1. Premessa.
2. La riemersione della *Corporate Social Responsibility* nella teoria dell'impresa negli Stati Uniti, a temperamento dell'affermazione delle teorie finanziarie dell'impresa.
3. Le diverse giustificazioni della CSR e il crescente consenso su tale teoria.
4. Le posizioni critiche sulla teoria della CSR nel dibattito americano.
5. L'accoglienza ricevuta dalla teoria nell'ambiente europeo ed italiano. L'atteggiamento prevalentemente negativo dei giuristi italiani.
6. La responsabilità sociale dell'impresa come problema di diritto positivo. Diverse forme di riconoscimento e tendenziale crescita delle stesse. La legge 180/2011 sullo "statuto delle imprese".
7. La costituzione economica europea dopo il Trattato di Lisbona: la libertà d'impresa nell'art. 16 della Carta dei Diritti e il principio della "economia sociale di mercato altamente competitiva".
8. Una difesa della dottrina dell'economia sociale di mercato.
9. Mancanza di una corrispondenza necessaria fra economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa, ma possibile (e tendenziale) confluenza ideale delle due linee di pensiero.
10. Conclusioni.

\* \* \*

#### 1. Premessa.

Questo intervento sarà diviso in due parti: (i) nella prima (più lunga) si tenterà di esporre una sintesi dello stato attuale del dibattito sulla "responsabilità sociale dell'impresa", che oggi prosegue vivacemente in diverse sedi, politiche e scientifiche; questa parte riprende, con qualche aggiornamento e approfondimento, uno scritto da me pubblicato nel 2009; (ii) nella seconda parte si cercherà di verificare se e in quale misura la teoria della responsabilità sociale d'impresa è fatta propria, o è almeno compatibile, con i principi dettati dal Trattato di Lisbona.

2. *La riemersione della Corporate Social Responsibility nella teoria dell'impresa negli Stati Uniti, a temperamento dell'affermazione delle teorie finanziarie dell'impresa.*

L'attuale dibattito in materia di *Corporate Social Responsibility* ha una matrice prettamente statunitense: è nato come un capitolo importante all'interno della *Corporate Law* (cioè, potrebbe dirsi, del "diritto delle grandi imprese"), con scarsa attenzione verso i contributi che, sugli stessi temi, potevano essere forniti dalla storia delle istituzioni e del pensiero politico ed economico europeo.

In questa sede preferisco evitare un allargamento della prospettiva e concentrare l'attenzione sui punti salienti della teoria americana della CSR.

Nella storia delle dottrine di *Corporate Law* da lungo tempo si sono abbandonate le prospettive formali, incentrate sull'idea di proprietà dell'impresa o su quella di personalità della *corporation*, e si è studiata quest'ultima come forma di organizzazione giuridica dell'impresa, intesa come formazione sociale ed economica (dove la generalizzata definizione del tema come "*corporate governance*", cioè teoria del governo dell'impresa: prospettiva evidentemente più ampia di quella definibile in termini di "diritto societario").

In questa prospettiva, l'idea che i comportamenti delle imprese siano di norma ispirati non solo a criteri di massimizzazione del profitto, ma anche a criteri di responsabilità sociale, nel senso della esigenza di costruire – al di là del rispetto dei doveri elementari di legge - un clima di fiducia reciproca (all'interno dell'impresa e nei rapporti esterni alla stessa), e la considerazione di questa fiducia come capitale collettivo, è radicata nella cultura economica e giuridica statunitense<sup>1</sup>.

La prima, grande stagione del filone di studi ispirato a questo ordine di idee si caratterizzò con l'affermazione delle teorie manageriali dell'impresa, emblematicamente rappresentate dal libro di Berle e Means del 1932. In esse la grande impresa è vista essenzialmente come organismo produttivo stabile, caratterizzato da un patrimonio di conoscenze proprio, da una gerarchia interna, dalla necessità di una direzione strategica volta a mantenere e rafforzare la propria posizione nei mercati. In questa prospettiva, è visto come centrale il ruolo dei manager ed appare inevitabile che essi godano di ampia autonomia nei confronti degli investitori, proprietari formali dell'impresa<sup>2</sup>. Questa autonomia deve essere esercitata dai manager stessi, proprio per esigenze di mantenimento del ruolo sociale complessivamente svolto dalla grande impresa, tenendo conto non solo degli interessi immediati degli azionisti, ma di tutta la gamma di interessi terzi che gravitano entro e attorno all'impresa stessa<sup>3</sup>. Per questa conclusione le teorie "manageriali" americane sono state di solito classificate come teorie "istituzionalistiche" dell'impresa, in analogia con le teorie europee così chiamate (e pur aventi diversa matrice culturale).

A questa fase di "*managerial capitalism*" è seguita – com'è noto – la fase dello "*investor capitalism*". Come sfondo ideale di questo cambiamento sta l'affermazione neoliberistica, dagli anni Settanta in poi del sec. XX (e, in questo quadro, la notissima affermazione di M. Friedman per cui "*the Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*"). Sul piano della teoria giuridica dell'impresa, lo stesso periodo ha visto l'affermazione dell'analisi economica del diritto e, in questa prospettiva, della versione

---

\* Professore ordinario di diritto commerciale e diritto industriale, Sapienza Università di Roma, Facoltà di Giurisprudenza.

<sup>1</sup> Come punto di partenza del dibattito in materia viene spesso indicato J.M. CLARK, *The Changing Basis of Economic Responsibility*, in 24 *J. Polit. Econ.*, 1916, 209 ss., che a sua volta sottolinea come l'idea della responsabilità sociale dell'impresa abbia ampie radici nella cultura dei secoli precedenti e sia stata solo apparentemente superata dalla rivoluzione liberista.

<sup>2</sup> Per una brillante sintesi della teoria (risalente ad un periodo in cui non si era ancora evidenziato il ruolo attivo degli investitori istituzionali) v., per esempio, A.A. BERLE, *The Impact of the Corporation on Classical Economic Theory*, in 79 *Q.J. Econ.*, 1965, 25 ss.

<sup>3</sup> Su questa linea di pensiero v. soprattutto E.M. DODD jr., *For Whom are Corporate Managers Trustees?*, in 45 *Harv. L. Rev.*, 1932, 1145 ss., il quale sostenne una memorabile discussione proprio con lo stesso A. Berle, a sua volta incline ad affermare una responsabilità giuridica dei *managers* esclusivamente verso gli azionisti, pur riconoscendo una realtà di fatto in cui i *managers* operavano come titolari di una funzione sociale più ampia (per questa ricostruzione del significato della discussione v. J.L. WEINER, *The Berle-Dodd Dialogue on the Concept of Corporation*, in 64 *Colum. L. Rev.*, 1964, 1458 ss.).

pancontrattualistica post-Coase della teoria dell'impresa (*nexus of contracts theory*), tendenzialmente volta a riconoscere la centralità dell'interesse degli investitori<sup>4</sup>.

Nella concreta esperienza, si realizzava peraltro una progressiva crescita dei mercati finanziari e della conseguente pressione degli investitori istituzionali sulle *performance* fornite dai manager<sup>5</sup>. Contemporaneamente si sfaldava l'idea dell'impresa come comunità di lavoro organizzata, incentrata su una certa capacità produttiva condivisa da una pluralità di persone. Si è invece rapidamente affermata una concezione dell'impresa come "centrale di investimento", cioè come centro autonomo di programmazione finanziaria della valorizzazione del capitale investito, dotato di grande autonomia nella scelta degli strumenti produttivi, ritenuti ormai facilmente reperibili sui mercati mondiali, con possibilità di decentramento un tempo impensabili. La metafora della trasformazione dalla piramide alla rete (di moda in questi anni, e non solo per designare le trasformazioni dell'impresa, ma anche quelle dell'intero ordinamento giuridico) ha accompagnato questo fenomeno, certamente reale anche se non uniforme, né generalizzato<sup>6</sup>.

Questa idea dell'impresa come organismo caratterizzato dalla centralità del momento finanziario, con la produzione e il *marketing* tendenzialmente concepiti come variabili dipendenti, ha come esito quello di assolutizzare lo *shareholder value* come finalità propria dell'impresa, lasciando ad altri contesti della vita sociale e pubblica il compito di soddisfare esigenze di equità sociale.

Corollario di questa concezione dell'impresa è l'esaltazione dei mercati finanziari come strumenti di selezione dei migliori investimenti e dei migliori manager: l'esistenza di un vivace "mercato del controllo" è vista come lo strumento migliore per spingere gli amministratori alla massima efficienza<sup>7</sup>. Conseguenza "normativa" di questa concezione è il c.d. *short-termism*: i manager godono di amplissima autonomia, ma sono pungolati dal vincolo delle relazioni trimestrali e dalla necessità di presentare risultati positivi ai mercati finanziari.

La teoria contemporanea della CSR nasce, a cominciare dagli anni Ottanta del sec. XX, come reazione all'affermarsi di quella *mainstream theory*, che sopra abbiamo cercato di descrivere. In larga parte,

---

<sup>4</sup> Questa linea di pensiero è particolarmente nota, ai giuristi italiani, per via della traduzione del libro di Easterbrook e Fischel (1991). Su una linea contrattualistica estrema, volta ad assolutizzare gli interessi degli investitori come i soli essenziali per la sopravvivenza dell'impresa, v., successivamente, I. MAILLAND, *Distributive Justice in Firms: Do the Rules of Corporate Governance Matter?*, in 11 *Bus. Ethics Q.*, 2001, 129 ss. Non sono mancate neanche le dottrine che hanno difeso il primato dello *shareholder value* anche sotto il profilo etico (A.M. MARCOUX, *A Fiduciary Argument Against Stakeholder Theory*, in 13 *Bus. Ethics Q.*, 2003, 1 ss., il quale sostiene l'audace tesi secondo cui gli interessi degli azionisti sarebbero quelli più deboli e bisognosi di protezione, fra i tanti interessi che vengono toccati dallo svolgimento dell'attività dell'impresa).

Fra le tante affermazioni della teoria dello *shareholder value* v. anche, per esempio, V. LAZONICK, M. O'SULLIVAN, *Maximizing Shareholder Value: A New Ideology for Corporate Governance*, in 29 *Economy and Society*, 2000, 13 ss.

<sup>5</sup> Questa svolta, che porta ad attribuire centralità ai mercati finanziari nella teoria dell'impresa, fu definita "epocale", e brillantemente descritta, fra i primi, da P.G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 795 ss.

<sup>6</sup> Nella metafora dell'impresa-rete si incontra la descrizione di due fenomeni diversi: da un lato la trasformazione della grande impresa c.d. fordista, caratterizzata da crescenti scelte di decentramento produttivo e da organizzazioni di gruppo sempre più complesse; dall'altro la tendenza alla giuridicizzazione dei rapporti di cooperazione fra PMI per programmi comuni di affermazione nei mercati; rapporti un tempo lasciati alla consuetudinaria costruzione e trasmissione di cultura industriale nei distretti produttivi. Cfr., per un'indagine sul campo, F. CAFAGGI, P. IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>7</sup> Un'appassionata illustrazione delle virtù di questo modello di capitalismo finanziario è in G. RAJAN, L. ZINGALES, *Salvare il capitalismo dai capitalisti*, Einaudi, Torino, 2004.

la teoria riprende temi che erano stati largamente presenti nel dibattito precedente (la celeberrima affermazione di M. Friedman sulla responsabilità sociale dell'impresa di massimizzare i profitti nasce proprio in reazione alle diffuse affermazioni precedenti in senso contrario), ed erano stati solo parzialmente oscurati dall'affermazione delle teorie neoliberiste<sup>8</sup>. La nuova teoria della CSR utilizza anche gli apporti delle critiche sociogiuridiche alla unilateralità e inadeguatezza delle ricostruzioni dell'impresa con metodo EAL, che hanno visto quest'ultima in funzione esclusiva dell'efficienza dei mercati finanziari<sup>9</sup>. Un profilo relativamente nuovo è stato tuttavia – come si vedrà meglio più avanti – quello legato alla proposizione di argomenti di tipo efficientistico (in qualche modo rivolti a contrastare la teoria neoliberistica sul suo stesso piano di discorso), oltre che quello legato all'elaborazione del nuovo concetto di *stakeholder* (i.e. portatori di interessi, diversi da quelli degli investitori, ma stabilmente connessi alle sorti dell'impresa).

Con sorpresa di qualche osservatore<sup>10</sup>, dagli anni Ottanta a tutt'oggi si è assistito ad una prepotente e continua crescita di consensi in ordine alla teoria della *Corporate Social Responsibility*, tendente, essenzialmente, ad attribuire all'impresa compiti di cura diretta di interessi diversi da quelli degli *shareholder*; interessi ormai comunemente definiti come interessi di *stakeholder* (lavoratori, consumatori, imprese fornitrici e collegate, comunità locali etc.)<sup>11</sup>. Nello stesso torno di tempo (in

<sup>8</sup> Nella letteratura angloamericana il ruolo di iniziatore della teoria moderna della CSR (come teoria ("normativa", e come tale distinta dalle teorie manageriali "descrittive", allora dominanti) viene attribuito a H.R. BOWEN, *Social Responsibilities of Businessmen*, Harper & Row, New York, 1953 (che non conosco direttamente).

Una accurata rassegna critica delle teorie statunitensi sulla responsabilità sociale dell'impresa, a partire da Bowen e fino ad oggi, è in A.B. CARROLL, *A History of Corporate Social Responsibility. Concepts and Practices*, in *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2008. In questa ricostruzione, il merito di avere per primo teorizzato la possibilità di convertire le scelte di responsabilità sociale in opportunità aziendali è attribuito a P. Drucker (1984).

<sup>9</sup> Per una buona sintesi del processo culturale che ha portato all'affermazione delle teorie finanziarie dell'impresa e per una critica delle stesse in una prospettiva sociogiuridica, v. G.F. DAVIS, *New Directions in Corporate Governance*, in *31 Annu. Rev. Sociol.*, 2005, 143 ss.

<sup>10</sup> Mi riferisco a tutti coloro che hanno condiviso le tesi del noto (e importante) saggio di H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The End of History of Corporate Law*, in *89 Geo. L.J.*, 2001, 439 ss., che propone la teoria dello *shareholder value* come superamento e sintesi delle teorie precedenti (manageriali, di difesa degli *stakeholder*, etc.).

<sup>11</sup> Nell'ambito della nozione generale di *stakeholder* sono comunemente (e correttamente distinte) almeno tre diverse categorie di portatori di interessi:

- soggetti che hanno realizzato investimenti propri – e ne corrono i relativi rischi – per entrare in contatto con l'impresa (per esempio: subfornitori, lavoratori che hanno acquisito una preparazione professionale *ad hoc*, consumatori che si sono vincolati per un certo periodo di tempo all'uso di un certo prodotto, etc.);
- soggetti che, pur non avendo realizzato investimenti propri e funzionali all'attività dell'impresa principale, subiscono esternalità positive o negative a seconda delle scelte gestionali che l'impresa principale realizza;
- soggetti che hanno solo un interesse indiretto, che può essere anche solo di ordine morale, in relazione alle scelte gestionali dell'impresa.

Malgrado l'importanza di queste distinzioni, nel discorso svolto nel testo non se ne terrà conto, perché si ritiene che esse non incidono sul livello generale del discorso stesso, ma debbano essere prese in considerazione solo in una fase più avanzata di costruzione di regole di CSR, di cui non ci si occupa in questa sede.

Per un'analisi approfondita delle diverse categorie tipiche di *stakeholder* (con distinzioni neanche richiamate nella breve sintesi sopra riportata), v. R.K. MITCHELL, B.A. AGLE, D.J. WOOD, *Verso una teoria dell'identificazione e della rilevanza degli stakeholder: definizione del principio di chi e cosa veramente conta*, in [E.R. FREEMAN, G. RUSCONI, M. DORIGATTI \(a cura di\), Teoria degli stakeholder](#), Franco Angeli, Milano, 2007, 108 ss.; nonché R. PHILLIPS, *La legittimità degli stakeholder*, ivi, 167 ss.

Un filone di ricerca di grande interesse, a cui si può solo fugacemente accennare in questa sede, è quello che analizza i conflitti di interesse fra *stakeholder* e il peso che *stakeholder* dotati di forte potere negoziale nei confronti dell'impresa possono avere nelle scelte gestionali, dando luogo ad inefficienze a danno degli altri *stakeholder* e degli azionisti. V. in proposito L. VILANOVA, *Neither Shareholder nor Stakeholder Management. What Happens When Firms are Run for their Short-term Salient Stakeholder?*, in *25 Eur. Manage. J.*, 2007, 146 ss.

particolare con il rapporto Brundtland, 1987) è maturata la teoria generale dello “sviluppo sostenibile”, che afferma l’idea della possibilità di una relazione cooperativa fra impresa e ambiente<sup>12</sup>.

La contraddizione fra i due filoni di pensiero che hanno convissuto ed hanno avuto parallelo successo nell’ultimo quarto di secolo, sembra a prima vista evidente. Così come è accaduto per il parallelo successo della teoria dell’impresa come centrale di investimento e della teoria dell’impresa come centro di gestione accentrata di risorse immateriali (conoscenza)<sup>13</sup>.

Il fatto che queste differenti teorie abbiano convissuto e continuino a convivere non può, peraltro, stupire più che tanto: fa parte dell’esperienza postmoderna di pensiero debole, che caratterizza oggi anche il campo della politica e del diritto<sup>14</sup>.

Bisogna peraltro riconoscere che, in molte espressioni della teoria della CSR, c’è un aspetto che attenua la contraddizione e spiega il successo notevole della teoria stessa, in tempi di accentuato neoliberismo: il filo rosso che dà una certa coerenza ideologica al ragionamento di tanti fautori della teoria sta proprio nella fiducia nell’autoregolazione dei mercati. Sarebbe proprio questa capacità di autoregolazione che porterebbe le imprese a farsi interpreti razionali e lungimiranti dei propri stessi interessi di lungo periodo<sup>15</sup> e a predisporre a tal fine codici di condotta, ritenuti per definizione più efficienti di qualsiasi regolazione amministrativa. Il mercato stesso creerebbe in tal modo un bilanciamento agli eccessi dell’affermazione della teoria dello *shareholder value*<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. A. VERCELLI, *Sviluppo sostenibile*, in L. SACCONI (a cura di), *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo dell’impresa*, Bancaria, Roma, 2005, 57 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità dell’impresa per l’ambiente*, in *La responsabilità dell’impresa - Per i trent’anni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006, 199 ss.

<sup>13</sup> P. ZUMBANSEN, *The Evolution of Corporation. Organization, Finance, Knowledge And Corporate Social Responsibility*, in CLPE - *Comparative Research in Law & Political Economy*, 06/2009, propone una classificazione delle tre teorie dell’impresa (manageriale / finanziaria / immateriale [gestione di conoscenza]) in termini di successione temporale. In realtà, non mi sembra che possa dirsi che l’ultima concezione abbia sostituito la seconda, bensì che le due abbiano convissuto.

Personalmente, ho accolto la concezione dell’impresa come centro di gestione accentrata di risorse immateriali, per ricavarne conseguenze di diritto positivo (M. LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *A.I.D.A.*, 2005, 50 ss.; ID., *Le informazioni aziendali segrete come oggetto di diritti di proprietà industriale*, in *Riv. ital. scienze giur.*, 2011, 137 ss.). Ritengo tuttavia che questa concezione descriva un tipo ideale, costruito (anche) sulla base di giudizi di valore, e non costituisca una perfetta descrizione avalutativa dell’attuale realtà socioeconomica di tutte le imprese, e tanto meno una perfetta descrizione delle idee correnti in tema di teoria dell’impresa.

<sup>14</sup> Fenomeno da ultimo denunciato in modo accorato e suggestivo, ma senza una *pars construens*, da N. IRTI, *La tenaglia. Difesa dell’ideologia politica*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

<sup>15</sup> Per la verità, si tratta di un’idea antica, cara al vecchio socialismo umanitario. La si ritrova spesso, per esempio, negli scritti di Cesare Vivante. Cfr. C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni*, in *Arch. giur.*, 1887, 504 (“Una cura assidua punge la società moderna, quella di temperare i grandi egoismi del capitale a beneficio di coloro che lo fanno fruttare... Questo diritto nuovo, che attende ancora la sua legislazione, comincia ad attuarsi spontaneamente nell’opificio per solo impulso della speculazione... L’imprenditore intende che è meglio rinunciare a una parte del proprio guadagno per farla ricadere in tanta benedizione sulla casa dell’operaio, piuttosto che perderlo del tutto cogli scioperi e coi tumulti che arrestano ogni lavoro. Così il tornaconto ben inteso attua le aspirazioni più nobili della morale”). Analogamente C. VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di commercio*, in *La Riforma sociale*, 1899, 33.

<sup>16</sup> Per una accurata descrizione di questo orientamento e riferimenti bibliografici v. J. MOON, D. VOGEL, *Corporate Social Responsibility, Government and Society*, in *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, (nt. 8), 303 ss. (ma con accenti critici).

In Italia questo orientamento si ritrova, per esempio, in L. SACCONI, *Introduzione. CSR: contesto, definizione e mappa per orientarsi*, in *Guida critica*, (nt. 12), 11 ss.

Nella teoria americana della CSR c’è anche chi arriva a contrastare l’idea che i principi della CSR siano tradotti in norme giuridiche perché ciò indebolirebbe l’impegno morale delle imprese ad operare autonomamente secondo tali principi (D. LEA, *The Imperfect Nature of Corporate Responsibilities to Stakeholders*, in *14 Bus. Ethics Q.*, 2004, 201 ss.).

C'è anzi tutto un filone della teoria della CSR che tende a legittimare la stessa come strumento per reagire a “fallimenti dello Stato” (assunti come inevitabili) e quindi ad attribuire alle imprese una funzione di supplenza in compiti di equilibrio sociale, che gli Stati contemporanei, in un mondo globalizzato, non sarebbero più in grado di svolgere efficacemente.

Questo filone teorico ci porterebbe – anticipando quanto si segnalerà meglio più avanti – in rotta di collisione con la teoria dell'economia sociale di mercato (che invece pone il suo accento sulla necessità di uno Stato efficiente, in grado di supplire attivamente ai fallimenti del mercato).

Bisogna però subito dire che non sarebbe corretto ridurre la teoria della CSR a questo orientamento tendente ad inquadrarla in una visione panmercaticistica del sistema economico. Da ciò, ed anche in conseguenza della tendenziale “ibridazione” dei modelli di governo dell'impresa, che ha segnato gli anni di svolta tra il XX e il XXI secolo<sup>17</sup>, la crescente attenzione che la teoria della CSR ha avuto anche in contesto europeo.

### 3. *Le diverse giustificazioni della CSR e il crescente consenso su tale teoria.*

Passando dal piano filosofico-politico generale a quello più propriamente economico-aziendale, la contraddizione fra i due orientamenti di fondo non solo permane ma si accentua.

Per cercare di approfondirne i possibili esiti, giova osservare che, mentre la teoria dell'impresa come “centrale di investimento” può dirsi ben radicata nell'esperienza e nei diversi contesti normativi, la teoria della CSR non ha un fondamento razionale altrettanto sicuro, e oscilla fra esortazioni etiche, affermazioni efficientistiche, e proposte di politica legislativa.

In un importante articolo del 2006 (di cui non avevo tenuto conto nel mio precedente scritto in argomento), M.E. Porter e M.K. Kramer<sup>18</sup> classificano le ragioni giustificatrici avanzate dai fautori della CSR in quattro diverse categorie:

- (i) le ragioni puramente etiche<sup>19</sup>;

<sup>17</sup> Cfr. R.V. AGUILERA, G. JACKSON, *The Cross-National Diversity of Corporate Governance: Dimensions and Determinants*, in 28 *Acad. Manage. Rev.*, 2003, 447 ss.

La tesi della “convergenza” e “ibridazione” dei sistemi di governo dell'impresa ha preso maggiore spazio, nell'ultimo decennio, rispetto alle opinioni che rivendicavano una maggiore solidità della tradizione europea rispetto all'influenza americana (v., per esempio, M. RHODES, B. van APELDOORN, *Capital unbound? The transformation of European corporate governance*, in 5 *J. European Public Policy*, 1998, 406 ss.). Per una equilibrata sintesi del dibattito in materia v. M.F. GUILLÉN, M.A. O'SULLIVAN, *The changing international corporate governance landscape*, in *The INSEAD - Wharton Alliance on Globalizing: Strategies for Building Successful Global Businesses*, H. GATIGNON, J.R. KIMBERLY (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 23 ss.

<sup>18</sup> M.E. PORTER, M.K. KRAMER, *Strategy & Society. The Link between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, in *Harv. Bus. Rev.*, December 2006, 1 ss.

<sup>19</sup> Per qualche riferimento v. gli aa. citati in M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 22 (nt. 42).

In questo filone possono collocarsi gli insegnamenti della dottrina sociale della Chiesa. Per un'espressa adesione alla teoria della CSR (pur con l'avvertenza che “le impostazioni etiche che guidano oggi il dibattito sulla responsabilità sociale dell'impresa non sono tutte accettabili”) v. l'enciclica *Caritas in veritate* di Benedetto XVI (29 giugno 2009), § 40.

- (ii) il principio dello sviluppo sostenibile, inteso come principio fondante dell'attività di tutti i soggetti, pubblici e privati;
- (iii) le teorie contrattualistiche (in senso lato)<sup>20</sup>, per cui l'impresa non potrebbe normalmente svolgere la sua attività senza una “*social licence to operate*”, cioè senza un accordo, espresso o tacito, con tutte le realtà coinvolte nell'attività dell'impresa stessa (in questa categoria si inquadrano la *team production theory* e alcune varianti della *nexus of contracts theory*);
- (iv) le teorie dell'investimento reputazionale, secondo cui adottare criteri di CSR rafforzerebbe la reputazione dell'impresa e quindi la sua capacità di fare profitti nel lungo periodo.

Gli aa. criticano tutte queste giustificazioni<sup>21</sup>, come inidonee a fondare una regola di comportamento vincolante per le imprese, e denunciano il rischio che l'affermarsi di tali giustificazioni porti solo ad un miscuglio di iniziative scoordinate e di facciata<sup>22</sup>. Questi rilievi non conducono però al risultato di rifiutare l'intera dottrina come infondata, bensì al tentativo di dare alla stessa un migliore fondamento razionale, che viene ancorato alla nota teoria dei vantaggi competitivi di Porter e costruito in termini di accoglimento della CSR come elemento centrale della strategia d'impresa.

Questo articolo, pur criticando le giustificazioni correnti dei fautori della CSR, e pur implicitamente ammettendo che la CSR non può essere, o comunque non è necessariamente, una strategia utilizzabile da qualsiasi impresa, è in ogni caso indicativo di una situazione di egemonia culturale che la teoria ha in qualche modo raggiunto negli Stati Uniti, con inevitabili effetti riflessi sul resto del mondo.

In un recente volume in argomento<sup>23</sup> si legge che “*the world is reaching a turning point at which the inevitability of CSR overtakes the remaining oppositions to it*”. A sostegno di questa affermazione vi è una mole

<sup>20</sup> Sostenute in Italia, in primo luogo, da L. Sacconi (per riferimenti v. il mio articolo sopra citato, nt. 44).

<sup>21</sup> Naturalmente, nella sterminata letteratura sulla CSR non mancano classificazioni diverse delle teorie in materia. Fra le altre, merita di essere ricordata E. GARRIGA, D. MELÉ, *Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory*, in T. CLARKE, M. DE LA RAMA (eds.), *The Fundamentals of Corporate Governance*, Vol. 4, SAGE Pub., London, 2008, 269 ss., che distinguono fra:

- (i) teorie strumentali [sostanzialmente corrispondenti alla categoria (iv) della classificazione riportata nel testo];
- (ii) teorie politiche (che muovono dal riconoscimento dell'inevitabile ruolo politico delle grandi imprese nella società contemporanea e dalla conseguente responsabilità politica connessa a questo ruolo; questa categoria non trova corrispondenza nella classificazione riportata nel testo);
- (iii) teorie integrative [sostanzialmente corrispondenti alla categoria (iii) della classificazione riportata nel testo];
- (iv) teorie etiche [sostanzialmente corrispondenti alla categoria (i) della classificazione riportata nel testo].

Nel testo ho preferito dare evidenza alla classificazione di Porter/Kramer, sia perché questa mette in luce il ruolo svolto dalla tematica ambientale nell'affermarsi delle teorie contemporanee della CSR (ruolo fondamentale, come rilevano gli stessi T. CLARKE, M. de la RAMA, *Fundamentals of Corporate Governance* [saggio introduttivo del volume in cui è pubblicato lo scritto di Garriga-Melé]), sia perché l'idea della grande impresa come “attore politico” sembra legata ad una retorica neocorporativa, che fu di moda qualche decennio fa, ma che non sembra più attuale (cfr. P. ZUMBANSEN, [nt. 13], 7), sia perché tale idea non corrisponde, sul piano normativo, al ruolo che alle imprese sembra giusto affidare in una prospettiva di economia sociale di mercato (v. *infra*, §§ 8, 9).

<sup>22</sup> “*A hodgepodge of uncoordinated CSR and philanthropic activities disconnected from the company's strategy that neither make any meaningful social impact nor strengthen the firm's long-term competitiveness. Internally, CSR practices and initiatives are often isolated from operating units and even separated from corporate philanthropy. Externally, the company's social impact becomes diffused among numerous unrelated efforts, each responding to a different stakeholder group or corporate pressure point*”.

<sup>23</sup> B. HERRIGAN, *Corporate Social Responsibility in the 21st Century. Debates, Models and Practices Across Government, Law and Business*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2010, 341.

imponente di dati: dalle riforme legislative recenti (su cui dovremo tornare), al moltiplicarsi degli strumenti di *soft law* (in particolare, iniziative di diverse organizzazioni internazionali, fra cui va ricordato, in particolare, il progetto U.N. *Global Compact*, avviato nel 2000 e oggi coinvolgente più di 6000 imprese, di 135 paesi diversi<sup>24</sup>), alla crescente attenzione ai profili di CSR nell'informazione societaria fornita al pubblico dalle società quotate, allo sviluppo dei *Socially Responsible Funds* e delle *Socially Responsible Lists*, al fatto che, almeno nell'esperienza americana, il ruolo degli azionisti attivisti sembra sempre più orientato a rafforzare, che non a frenare, i comportamenti socialmente responsabili delle imprese. Infine, un capitolo a parte è costituito dall'enorme crescita della pubblicità commerciale "socialmente responsabile", e in particolare di quella "ecologica" (un tipo di pubblicità che, secondo diverse ricerche demoscopiche, ha un forte impatto sulle scelte dei consumatori)<sup>25</sup>.

Il fenomeno è innegabile, e negli Stati Uniti ha dato luogo ad una sorta di legittimazione accademica della teoria della CSR. Sono state così avviate dispute scolastiche sulla terminologia: c'è chi (R. Edward Freeman) propone di rendere più preciso il significato dell'acronimo, parlando di *Corporate Stakeholder Responsibility* (anziché *C. Social R.*), e chi propone il termine, ancor più vago e suggestivo, di "*Creative Capitalism*" (pare che l'invenzione terminologica sia dovuta a Bill Gates in persona). Si pubblicano anche ricerche, un po' pedanti (anche se utili, in vista di una possibile crescita della rilevanza giuridica del fenomeno), sulla misurazione del grado di CSR imputabile ad un'impresa<sup>26</sup>.

Si può dire, in sintesi, che oggi una qualche forma impegno in termini di CSR è diventata, praticamente, un punto fermo nelle regole di governo delle grandi imprese, in tutto il mondo capitalistico; sicché il dibattito in materia dovrebbe vertere non tanto sul "*se*" quanto sul "*come*" questo impegno possa essere efficacemente realizzato<sup>27</sup>.

Più complesso, e meno studiato, è il problema del rapporto fra principi di CSR e piccole e medie imprese. Ad una forte corrente ideologica, che assume una "naturale" sensibilità sociale delle piccole imprese<sup>28</sup> (in quanto legate al territorio, caratterizzate da rapporti di fiducia personale fra imprenditore e lavoratori etc.), si contrappone un filone di pensiero che vede le piccole imprese, in

---

Si deve precisare che l'a. citato è australiano e che l'Australia ha una tradizione di forte radicamento della teoria della CSR (cfr. D. KIMBER, P. LIPTON, *Corporate Governance and Business Ethics in the Asia-Pacific Region*, in 44 *Business & Society*, 2005, 178 ss.).

<sup>24</sup> Dati risultanti (dicembre 2011) dal sito internet ufficiale ([www.unglobalcompact.org](http://www.unglobalcompact.org)).

<sup>25</sup> La diffusione di questo tipo di messaggi pubblicitari ha fatto sorgere anche un problema peculiare, relativo agli standard da applicare ad essi. Alla tesi di chi propone l'applicazione di standard elastici, al fine di favorire comunque l'affermazione delle idee di CSR nel senso comune, si contrappone la tesi – prevalente, e a mio avviso preferibile – di chi ritiene che, proprio in relazione all'impatto persuasivo di questa pubblicità e all'esigenza di "prendere sul serio" la CSR, si debbano adottare standard di particolare rigore nel valutare la veridicità e la correttezza dei messaggi di questo tipo. In tal senso, con ampi riferimenti alla casistica americana, v. J.E. KERR, *The Creative Capitalism Spectrum: Evaluating Corporate Social Responsibility Through a Legal Lens*, in 81 *Temp. L. Rev.*, 2008, 831 ss. V. anche M. LIBERTINI, *La comunicazione ambientale e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 331 ss.; nonché *infra*, nt. 37.

<sup>26</sup> Ampie informazioni e proposte, sul punto, in J.E. KERR, (nt. 25).

<sup>27</sup> In tal senso v. l'importante saggio di A. GILL, *Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda*, in 26 *Berkeley J. Int'l L.*, 2008, 452 ss., con ricche indicazioni bibliografiche.

<sup>28</sup> Cfr. F. PEZZANI, *Le imprese minori. Le funzioni nel sistema economico e tipicità della loro gestione*, Giuffrè, Milano, 1985; ID., *La competizione collaborativa. Ricostruire il capitale sociale ed economico*, Università Bocconi Editore, Milano, 2011; R. MARX, *Il capitale. Una critica cristiana alle ragioni del mercato* [2008], trad. it., Rizzoli, Milano, 2009.

Una conferma empirica di questa tesi (però condotta su un campione, molto limitato di p.m.i. toscane) può leggersi in F. QUADRELLI, *La responsabilità sociale d'impresa come insieme di pratiche. Alcune considerazioni su evidenze empiriche*, in *Soc. lav.*, n. 124 suppl./2011, 69 ss.

quanto operanti in mercati sempre più aperti, come astrette da una logica della necessità, e quindi impossibilità a proporsi impegni di responsabilità sociale, invece possibili nella grande dimensione produttiva. Vi è anche una tesi intermedia<sup>29</sup>, secondo cui il rapporto fra gestione dell'impresa e CSR potrebbe essere definito, tendenzialmente, con una curva ad "U": alto livello di responsabilità sociale per le piccole imprese operanti in mercati statici, riduzione della responsabilità sociale nelle fasi di crescita dell'impresa verso più ampie dimensioni, riespansione della responsabilità sociale quando l'impresa ha raggiunto una dimensione veramente grande.

A parte una intuitiva propensione favorevole verso quest'ultima tesi (che comunque richiederebbe approfondite verifiche), resta da dire che il problema del rapporto fra CSR e piccole e medie imprese rimane ancora quasi tutto da esplorare.

Resta però, innegabile, la percezione di un'acquisizione ormai radicata del tema nelle teorie e nelle prassi contemporanee del governo dell'impresa, e conseguentemente dell'impossibilità di affrontare il tema della CSR da una prospettiva "esterna", come finora ha tendenzialmente fatto la dottrina giuridica italiana.

#### 4. *Le posizioni critiche sulla teoria della CSR nel dibattito americano.*

A questo punto, prima di accogliere la conclusione della "inevitabilità della CSR"<sup>30</sup> si deve riflettere sulle ragioni degli oppositori.

Sempre rimanendo fermi al dibattito di matrice americana, può dirsi che le voci critiche principali sono costituite, in primo luogo, dai fautori dell'ortodossia capitalistica, secondo cui l'affermarsi di principi di CSR rischia di ridurre l'efficienza imprenditoriale e così, indirettamente, lo stesso benessere complessivo. Queste voci sono però sempre meno frequenti e meno convincenti<sup>31</sup>: è agevole infatti osservare che una gestione aziendale che, senza perdere di vista la finalità lucrativa, riesca a ridurre le esternalità negative – qual è, in ultima analisi, quella auspicata dai fautori della CSR - non può che incrementare il benessere collettivo (e quindi l'efficienza allocativa a livello globale).

La critica più forte alla teoria della CSR, come viene da più parti riconosciuto, è quella formulata da D. Vogel<sup>32</sup> e – soprattutto (per la diffusione mediatica) – da R. Reich<sup>33</sup>: questa critica non esprime alcuna contrarietà di principio alla CSR, ma rileva una contraddizione insuperabile nell'affermazione contemporanea di una sempre maggiore tutela della concorrenza fra imprese, da un lato, e di una

<sup>29</sup> Cfr. K. UDAYASANKAR, *Corporate Social Responsibility and Firm Size*, in 83 *J. Bus. Ethics*, 2007, 167 ss.

<sup>30</sup> E. FREEMAN, *The future of CSR* (relazione al congresso sul tema, presso la Humboldt - Universität Berlin, ottobre 2012; già preannunciata in *abstract* in rete) sostiene che si dovrebbe ormai seriamente pensare a cessare di parlare della CSR come di una particolare dottrina, essendo la stessa tendenzialmente assimilata nella cultura d'impresa prevalente.

<sup>31</sup> Un filone di pensiero significativo sottolinea però – non senza ragione – una sproporzione fra l'enorme sforzo dottrinale e interdisciplinare di ricerca e discussione, creatosi intorno alla CSR, e la modestia dei risultati ottenuti, in termini normativi (in senso tecnico e giuridico) nell'effettiva gestione delle imprese (v., per esempio, J. HENDRY, *Missing the Target: Normative Stakeholder Theory and the Corporate Governance Debate*, in 11 *Bus. Ethics Q.*, 2001, 159 ss.

<sup>32</sup> D. VOGEL, *The Market for Virtue: The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, The Brookings Institute, Washington, D.C., 2005.

<sup>33</sup> R.B. REICH, *Supercapitalismo* [2007], trad. it., Fazi, Roma, 2008, con prefazione di G. Rossi.

sempre maggiore responsabilità sociale delle stesse, dall'altro. Il rafforzamento della concorrenza pone sempre più l'impresa nella "logica della necessità" (di cui parlava tanti anni fa K. Marx): se un'impresa rinuncia ad un'occasione di profitto, giuridicamente consentita, per ragioni di responsabilità sociale, questa stessa occasione sarà colta da un'impresa concorrente, che così acquisterà un vantaggio competitivo, che potrà poi sfruttare su altri terreni, migliorando ulteriormente la propria posizione nel mercato, a danno del concorrente socialmente responsabile<sup>34</sup>.

Sul punto Reich ha scritto incisivamente: *“Da anni ormai vado sostenendo che la responsabilità sociale e la redditività nel lungo termine convergono. Questo perché un'azienda che rispetta e valorizza i suoi dipendenti, la comunità in cui opera e l'ambiente alla fine ottiene il rispetto e la gratitudine dei suoi dipendenti, della comunità e dell'intera società, che si traducono poi in maggiori profitti. Ma non sono mai riuscito a dimostrare questa teoria o a trovare uno studio che la confermi [enfasi aggiunta]. Dal punto di vista della grande azienda moderna, però, il lungo termine potrebbe risultare irrilevante. Sotto il supercapitalismo, il 'lungo termine' è il valore attuale dei guadagni futuri. Non c'è misura migliore di questo del valore delle azioni”*<sup>35</sup>.

In questa prospettiva, la teoria della CSR appare destinata a rimanere una teoria insincera, suscettibile di segnare marginalmente l'attività delle imprese, ma impossibilitata – checché ne dica M. Porter – a diventare nucleo strategico dell'attività delle imprese stesse. Piuttosto, l'enfasi posta sull'obiettivo di rendere le imprese “più socialmente responsabili” costituisce – secondo i critici – un diversivo ideologico per distogliere l'attenzione dalla dominanza riconosciuta ai mercati finanziari<sup>36</sup> e soprattutto – secondo una linea di pensiero accentuata proprio da Reich, e a mio avviso molto importante - dalla crisi della democrazia e degli apparati pubblici, che hanno pur sempre, in via primaria, il compito di tutelare quegli interessi sociali che la teoria della CSR vorrebbe affidare alla cura diretta e volontaria delle imprese.

Il problema fondamentale oggi, secondo R., è che le istituzioni democratiche e gli apparati pubblici appaiono sempre più permeabili alle *lobby* e sempre meno efficaci nella loro azione. Gli sforzi profusi nella costruzione della teoria della CSR dovrebbero essere, dunque, concentrati piuttosto nel combattere quello che R. chiama il declino delle democrazie, lasciando poi che le imprese continuino a svolgere la loro attività in modo efficiente, nell'interesse dei consumatori e degli investitori.

Non sono mancate verifiche empiriche di questa tesi critica sulla CSR<sup>37</sup>, in relazione a recenti disastri ecologici e alla crisi finanziaria iniziata nel 2008.

<sup>34</sup> Cfr. F. GOBBO, P.V. RAMETTA, *Etica, mercato e regolazione*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Laterza, Bari-Roma, 2008, 203 ss., che concludono la loro attenta analisi sottolineando come “in assenza di un intervento regolatorio, i difetti informativi del mercato tendano a premiare le realtà produttive contraddistinte da un'etica poco onerosa”.

Per S. SCOTTI CAMUZZI, *Finanza etica ed etica della finanza. La “Responsabilità sociale dell'impresa” nel settore della finanza*, in *Jus*, 2005, 108, è un “evidente assurdo... affermare che l'inserimento delle preoccupazioni morali... nella strategia dell'impresa ne aumenta la competitività”.

<sup>35</sup> R.B. REICH, (nt. 33), 200.

<sup>36</sup> Cfr. J. ROBERTS, *Corporate Governance and the Ethics of Narcissus*, in 11 *Bus. Ethics Q.*, 2001, 109 ss.

<sup>37</sup> V., in particolare, M.A. CHERRY, J.F. SNEIRSON, *Beyond Profit: Rethinking Corporate Social Responsibility and Greenwashing After the BP Oil Disaster*, in 85 *Tul. L. Rev.*, 2011, 983 ss., che compiono un'ampia analisi delle strategie di *marketing* della BP (per anni incentrate, con successo, sulla propaganda “verde” e sullo slogan “Beyond Petroleum” e la serie di danni ambientali imputabili a questa società (serie culminata, nel 2010, con il disastro dell'esplosione della piattaforma petrolifera “Deepwater Horizon” e il conseguente gravissimo inquinamento del Golfo del Messico).

Nel dibattito della dottrina di lingua inglese, le tesi di Reich non hanno ricevuto – per quanto a mia conoscenza - una vera e propria confutazione. La recente riflessione critica di B. Horrigan<sup>38</sup> si limita a notare che R. riduce eccessivamente gli spazi di discrezionalità che sussistono nella gestione delle imprese, nonché a contestare la tradizionale e fondamentale idea liberale della netta distinzione di ruoli fra pubblico e privato (che è molto forte, nella riflessione di R.), per sostituirla con una visione latamente cooperativa, che sarebbe la sola adatta ad affrontare i problemi che si presentano in un mondo globalizzato<sup>39</sup>.

Da queste obiezioni si avrebbe il desiderio di dissentire, ma bisogna pur riconoscere che il loro peso è accresciuto dal dato fattuale, cioè dalla mole di opinioni, proposte, risoluzioni ufficiali, esperienze aziendali, che in vario modo supporta le obiezioni stesse.

5. *L'accoglienza ricevuta dalla teoria nell'ambiente europeo ed italiano. L'atteggiamento prevalentemente negativo dei giuristi italiani.*

Credo che valga perciò la pena di approfondire il tema della CSR, affrontando il profilo della sua traduzione in termini di diritto positivo.

Prima di fare ciò, mi sembra però opportuno aprire una parentesi per richiamare le reazioni che la teoria americana recente della CSR ha avuto in ambito europeo ed italiano.

La reazione europea è stata non entusiastica, almeno in un primo tempo<sup>40</sup>. C'era una differenza di fondo, derivante dall'ispirazione panprivatistica della teoria della CSR e dalla conseguente svalutazione del ruolo dell'intervento pubblico nella vita economica. La tradizione culturale europea si era nutrita di fiducia (eccessiva, ma questo è un altro discorso) nell'intervento pubblico e di forte protezione sindacale dei lavoratori<sup>41</sup> e, tradizionalmente, non aveva ridotto i problemi di *corporate governance* a problemi di *agency* nei rapporti fra investitori ed amministratori e di buon funzionamento dei mercati finanziari<sup>42</sup>.

D'altra parte, le differenze fra Stati Uniti ed Europa, in termini di modelli di *corporate governance* (che, secondo la schematizzazione corrente, caratterizzano l'Europa in termini di minore peso dei mercati finanziari, di controllo proprietario stabile delle imprese, di forte protezione sindacale dei lavoratori), facevano apparire meno urgente e non troppo realistico un approccio, come quello della

<sup>38</sup> B. HERRIGAN, (nt. 23), 120 ss.

<sup>39</sup> Una conclusione simile è espressa da P. ZUMBANSEN, (nt. 13).

<sup>40</sup> Oltre agli aa. italiani *infra* citati, v. W. DAUBLER, *Corporate Social Responsibility: A Way to Make Deregulation More Acceptable?*, in R. BLANPAIN, F. HENDRICKX (eds.), *Labour Law Between Change and Tradition: Liber Amicorum Antoine Jacobs (Bulletin of Comparative Labour Relations, 78)*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, 49 ss., per il quale la dottrina della CSR “*is, before all, a means of propaganda*”.

<sup>41</sup> Una certa freddezza nei confronti della teoria della CSR, e dei documenti europei che l'hanno accolta, è particolarmente presente nella dottrina giuslavoristica. V., per esempio, R. SALOMONE, *La responsabilità sociale d'impresa: riflessioni a margine di una strategia europea sullo sviluppo sostenibile*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, 379 ss. Per altre indicazioni v. M. LIBERTINI, (nt. 19), 27 ss.

<sup>42</sup> Cfr. per esempio, J. WIELAND, *Corporate Governance, Values Management and Standards: A European Perspective*, in *44 Business & Society*, 2005, 74 ss.

teoria della CSR, fondato su un'esigenza di controllo della discrezionalità gestionale degli amministratori<sup>43</sup>.

Non stupisce, pertanto, che l'attenzione verso la teoria della CSR sia stata importata, in Europa, con qualche anno di ritardo, e di pari passo proprio con l'affermazione delle teorie finanziarie dell'impresa, ed anche come contrappeso verso le stesse. E' interessante notare che il fenomeno si è presentato in forma di dipendenza culturale dagli Stati Uniti, senza un impegno di riflessione sulla potenziale continuità con le vecchie teorie istituzionalistiche dell'impresa, di matrice europea.

In ogni caso, ciò che in ultima analisi rendeva non difficile la recezione della teoria della CSR in Europa era la consonanza nei contenuti normativi della teoria, che andava dal rispetto degli interessi dei lavoratori e dei consumatori fino all'inclusione dei temi ambientali (principio dello sviluppo sostenibile) nei principi di governo dell'impresa.

Ciò ha fatto sì che la teoria della CSR venisse, a un certo punto, guardata con attenzione dalla Commissione Europea ed inserita nell'agenda dei temi da sviluppare; lo stesso è progressivamente avvenuto nei diversi ordinamenti nazionali.

In tale contesto, la reazione italiana è stata, per anni, relativamente più fredda che in altri paesi. In Italia il retroterra culturale era costituito dalla contrapposizione storica fra teorie istituzionalistiche e teorie contrattualistiche della società e dal dominio netto, da mezzo secolo a questa parte, di queste ultime, nell'ambito della dottrina giuridica<sup>44</sup>. Su questa base, mentre le teorie della società come "centrale di investimento" hanno trovato terreno fertile, la teoria della CSR ha trovato grandi accoglienze e sviluppi solo tra gli economisti aziendali (presso i quali le teorie istituzionali dell'impresa non sono mai entrate in crisi)<sup>45</sup> e tra diversi osservatori non giuristi. Nell'ambito della cultura giuridica, la teoria della CSR ha invece ricevuto un'accoglienza negativa. E' stata sostanzialmente ignorata dalla riforma del 2003 (a differenza di quanto avveniva, pochissimi anni dopo, nella riforma del *Companies Act* inglese) ed è stata rifiutata dalla dottrina. Nel dibattito dottrinale, alcune posizioni si possono direttamente collegare alla critica di Reich: così può dirsi per la posizione di G. Rossi (che ha meritoriamente introdotto in Italia il pensiero di questo autore), per quella di chi scrive (pur con un tentativo di ampliamento della prospettiva storica ed una maggiore enfasi sul profilo della crisi degli

<sup>43</sup> Nella letteratura sul tema si trovano anche posizioni che accentuano troppo una pretesa contrapposizione fra una tradizione europea di governo delle imprese più responsabile socialmente ed una prassi americana, propensa ad esaltare gli egoismi dei soggetti coinvolti, e di recente tradottasi nell'enorme e ingiustificato aumento dei compensi degli amministratori (v., per esempio, T. CLARKE, *A Critique of the Anglo-American Model of Corporate Governance*, in *CLPE - Comparative Research in Law & Political Economy*, 15/2009, 1 ss.). Sul punto v. anche la nt. seguente.

<sup>44</sup> Per un accurato riesame della discussione, in una prospettiva economico-aziendale (prospettiva nella quale le teorie istituzionalistiche sono rimaste prevalenti, anche dopo la fine del periodo fascista), v. A. LAI, *Paradigmi interpretativi dell'impresa contemporanea. Teorie istituzionali e logiche contrattuali*, Angeli, Milano, 2004. Nella dottrina giuridica il punto di chiusura del dibattito (con il prevalere "definitivo" delle teorie contrattualistiche, a cui si accenna nel testo) è costituito da P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964.

Nella dottrina giuridica recente, una rivalutazione delle teorie istituzionalistiche (con particolare riguardo al pensiero di L. Mossa) è in A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, 649 ss.

<sup>45</sup> Oltre alla bibliografia citata nel mio scritto di cui alle note precedenti, v., da ultimo, U. COMITE, *Etica d'impresa e decisioni del governo aziendale: il cambiamento nella conduzione del business*, in C. MARTINEZ SICLUNA Y SEPULVEDA (a cura di), *L'etica d'impresa*, Cedam, Padova, 2011, 205 ss.; nonché F. PEZZANI, (nt. 28); L. CASELLI, *Responsabilità sociale: elemento costitutivo dell'essere e fare impresa*, in *Soc. lav.*, 2008, 71 ss. ("Non si può competere con successo senza legittimazione sociale"); ID., *Economia globale e cittadinanza. La responsabilità sociale dell'impresa*, in [www.benecomune.net](http://www.benecomune.net), 11 settembre 2009; F. PERRINI, A. TENCATI, *Corporate Social Responsibility. Un nuovo approccio strategico alla gestione d'impresa*, Egea, Milano, 2008.

apparati pubblici) e, da ultimo, per quella, più *tranchant*, di M. Stella Richter<sup>46</sup>. Ma obiezioni consimili sono state formulate autonomamente da altri autori, come S. Scotti Camuzzi e, a più riprese, F. Denozza<sup>47</sup> (nonché da un insigne sociologo come L. Gallino<sup>48</sup>).

Il formarsi di un tale orientamento, sostanzialmente omogeneo, trova probabilmente le proprie radici nella forza ideale del contrattualismo societario italiano, segnato soprattutto dall'insegnamento di T. Ascarelli, sviluppato in primo luogo da G. Auletta e poi consolidato, mezzo secolo fa, dal contributo di P.G. Jaeger.

A mio avviso, la rigidità del contrattualismo societario italiano (per certi aspetti sorprendente, in una cultura che non è stata mai caratterizzata da eccessi di liberismo) si spiega come reazione all'adesione entusiastica che buona parte della cultura giuridica del tempo fascista aveva prestato all'idea di un inquadramento del diritto dell'impresa nell'ordinamento corporativo<sup>49</sup> e alla relativa legittimazione delle teorie istituzionalistiche dell'impresa. Il collegamento ideale, che per qualche tempo di era determinato fra teorie istituzionalistiche dell'impresa e corporativismo fascista, portò, nel periodo successivo, a una sorta di *damnatio memoriae*, che coinvolse tutte le idee sopra ricordate.

Così, nella prima stagione di seria discussione politico-legislativa sul tema della riforma del diritto azionario in Italia, svoltasi negli anni Sessanta, si affermò la tesi della "neutralità politica" del diritto societario, che cristallizzava il diritto societario nella prospettiva della tutela degli interessi degli investitori e dei creditori in genere, mentre, nelle posizioni "progressiste" di allora, la tutela di interessi generali era affidata all'azione di uno Stato-programmatore (che non realizzò mai questa sua funzione, ma anche questo è un altro discorso), senza entrare negli strumenti propri del diritto societario<sup>50</sup>.

Non è fuori luogo però ricordare che un giurista colto e sensibile come Giuseppe Auletta, in un suo noto contributo<sup>51</sup>, metteva in guardia contro le versioni formalistiche del contrattualismo, che portavano a legittimare, come espressione di libertà contrattuale, qualsiasi volontà espressa dai gruppi di comando interno. Osservava allora Auletta: "*non vi è dubbio che la vita delle imprese sociali, in particolare quella delle grandissime imprese, investa un interesse generale essenziale, quello del massimo possibile di effettivo impiego delle risorse potenziali per il massimo possibile di produzione e, quindi, di tenore di vita. Si tratta di considerare se un simile interesse possa essere soddisfatto solo quando il perseguimento dello stesso costituisce lo scopo istituzionale dell'impresa e quindi solo in quanto ci si proponga il suo raggiungimento diretto ovvero possa essere perseguito anche indirettamente attraverso l'attività di imprese il cui scopo istituzionale è, invece, come per le società di diritto privato, il perseguimento del lucro*".

<sup>46</sup> M. STELLA RICHTER jr., *A proposito di interesse sociale e governo dell'impresa in Europa*, in *Capitalismo prossimo venturo - Etica Regole Prassi*, Università Bocconi Editore, Milano, 2010, 454 ss.

<sup>47</sup> Da ultimo in F. DENOZZA, *L'interesse sociale fra "coordinamento" e "cooperazione"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders - In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2010, 9 ss.

<sup>48</sup> Cfr. L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Einaudi, Torino, 2005.

<sup>49</sup> Cfr., per esempio, P. GRECO, *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 334 ss.; E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio*, Ist. Sup. Scienze Econ. e Comm., Firenze, 1933.

<sup>50</sup> Il dibattito di allora è riassunto, per esempio, da P. ABBADESSA, *Rassegna di dottrina italiana e straniera*, in *Riv. soc.*, 1971, 1057 ss. (ove la prima posizione – quella della "neutralità politica" – è riferita a G. Ferri, e la seconda – subordinazione dell'impresa capitalistica alla programmazione democratica statale – a G. Cottino e F. Forte).

<sup>51</sup> G. AULETTA, *L'ordinamento delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1961, 1 ss.

La risposta che Auletta dava era nel secondo senso, sulla base della già ricordata concezione, prettamente liberale, della diversità e complementarità dei ruoli fra pubblico e privato, e del timore (a quel tempo non del tutto infondato) che una concezione istituzionale dell'impresa potesse fungere da veicolo per il passaggio ad un'economia (ancor) più dirigistica e corporativa. Nello stesso tempo, Auletta prendeva però le distanze dal liberismo puro ed auspicava una riforma del diritto societario in cui fossero rafforzate le norme imperative poste a tutela non solo dei creditori ma anche di altri interessi socialmente meritevoli e, soprattutto, fossero rafforzati gli strumenti di controllo interno del potere dei gruppi di comando.

A distanza di tanti anni, può dirsi che, su quest'ultimo punto, il tempo ha dato ragione a queste tesi ed ha portato a riconoscere che un sistema bilanciato di poteri e contropoteri interni è essenziale per l'efficienza della gestione dell'impresa.

Sull'altro punto, l'esperienza maturata è più incerta: il grande tema della separazione e complementarità dei ruoli fra pubblico e privato appare oggi più sfumato e tendenzialmente sostituito da visioni di cooperazione e convergenza nel perseguimento dei medesimi fini. Il grande sviluppo del dibattito sulla CSR, intesa come risultato della convergenza di spinte diverse, fra cui si inseriscono le scelte autonome dell'impresa, si inserisce in tale contesto.

Perciò – pur facendo forza sulle preferenze personali, che indurrebbero a riaffermare il tema della diversità di compiti fra pubblico e privato - sarebbe oggi precipitoso chiudere qui il discorso, denunciando l'intero dibattito sulla CSR come declamatorio e come diversivo ideologico.

Non solo, ma credo che debbano essere prese sul serio le considerazioni di chi afferma che proprio il processo di globalizzazione rende più urgente superare una visione puramente liberistica del ruolo delle imprese<sup>52</sup>.

E' dunque di grande interesse chiedersi in che modo il lavoro, che da anni si compie in materia di CRS, si sia già tradotto, o possa tradursi, in termini di diritto positivo.

---

<sup>52</sup> Cfr. A.G. SCHERER, G. PALAZZO, *Globalization and Corporate Social Responsibility*, in *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, (nt. 8), 413 ss.; P.H. WERHANE, *Corporate Responsibility: Corporate Social Responsibility or Corporate Moral Responsibility? The difference it makes in global settings*, in *Politeia*, 2009, 129 ss.

Il tema è ripreso nell'enciclica *Caritas in veritate* di Benedetto XVI (29 giugno 2009), ove si legge (§ 37): "Forse un tempo era pensabile affidare dapprima all'economia la produzione di ricchezza per assegnare poi alla politica il compito di distribuirla. Oggi tutto ciò risulta più difficile, dato che le attività economiche non sono costrette entro limiti territoriali, mentre l'autorità dei governi continua ad essere soprattutto locale. Per questo, i canoni della giustizia devono essere rispettati sin dall'inizio, mentre si svolge il processo economico, e non già dopo o lateralmente. Inoltre, occorre che nel mercato si aprano spazi per attività economiche realizzate da soggetti che liberamente scelgono di informare il proprio agire a principi diversi da quelli del puro profitto, senza per ciò stesso rinunciare a produrre valore economico".

Il tema, che l'enciclica affronta in prospettiva normativa, si intreccia con il dato empirico riguardante l'effettivo comportamento delle imprese transnazionali in un'economia globalizzata. La maggior parte degli osservatori notano una progressiva omogeneizzazione culturale e quindi l'adozione di standard gestionali e di cultura d'impresa sempre più simili (con relativo progresso dei temi della CSR); altri ritengono che questo fenomeno sia solo di facciata e che i caratteri nazionali rimangano dominanti. Il dibattito è riassunto in C. MARQUIS, M.W. TOFFEL, *The Globalization of Corporate Environmental Disclosure: Accountability or Greenwashing?*, Harvard Business School Working Paper, 11-115 (2011), ove anche una interessante ricerca empirica in argomento.

6. *La responsabilità sociale dell'impresa come problema di diritto positivo. Diverse forme di riconoscimento e tendenziale crescita delle stesse. La legge 180/2011 sullo "statuto delle imprese".*

Sul piano delle norme di diritto positivo, gli ordinamenti attuali sono stati classificati (B. Horrigan), per quanto riguarda la CSR, in diverse categorie:

- a) ordinamenti che non contengono norme che autorizzino gli amministratori a prendersi cura di interessi diversi da quelli degli azionisti (probabilmente ancora la maggioranza);
- b) ordinamenti che contengono norme che autorizzano (ma non obbligano) espressamente gli amministratori a prendersi cura di interessi diversi da quelli degli azionisti (così le *Corporate Constituency and Anti-takeover laws* di una ventina di stati americani);
- c) ordinamenti che contengono norme di *soft law* che pongono il dovere per gli amministratori di prendersi cura degli interessi degli *stakeholder* (per es. il codice tedesco di *corporate governance* del 2009<sup>53</sup>; in modo più sfumato, le stesse raccomandazioni della Commissione Europea degli anni 2001-2002, confermate a più riprese nel corso dell'ultimo decennio<sup>54</sup> e da ultimo rafforzate con la Comunicazione del 25 ottobre 2011<sup>55</sup>);
- d) ordinamenti che contengono norme regolamentari che pongono il dovere per gli amministratori di prendersi cura degli interessi degli *stakeholder* (per es. i principi di governo delle società quotate dettati nel 2002 dall'autorità di regolazione della Nuova Zelanda);
- e) ordinamenti in cui il dovere per gli amministratori di prendersi cura degli interessi degli *stakeholder* è stato affermato in precedenti vincolanti della Corte Suprema (Canada);
- f) ordinamenti in cui il dovere per gli amministratori di prendersi cura degli interessi degli *stakeholder* è stato affermato in norme di legge espressa (Art. 172 *Companies Act* inglese)<sup>56</sup>.

Ciò che più colpisce, in un panorama apparentemente così differenziato, è però la convergenza di tutti gli ordinamenti verso una soluzione sostanzialmente comune, che è quella per cui la cura degli interessi degli *stakeholders* rientra nella discrezionalità gestionale degli amministratori e non può essere

<sup>53</sup> Fino al 1965 l'*Aktiengesetz* tedesco imponeva all'organo amministrativo il dovere di curarsi non solo dell'interesse degli azionisti, ma anche di quello dei dipendenti dell'impresa, oltre che del bene comune. Questi riferimenti furono allora eliminati, anche se, ambiguamente, l'intenzione dichiarata del legislatore fu nel senso che quelle indicazioni fossero superflue (cfr. W. DÄUBLER, [nt. 40], 50 s., il quale peraltro nota che, in tutto il periodo di vigenza della norma di legge tedesca che imponeva *ante litteram* una C.S.R., nessuna azione di responsabilità fu intentata contro amministratori di società da parte di *stakeholder*).

<sup>54</sup> Per una completa informazione sul punto v. A. DI PASCALE, *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2011; D. RUSSO, *La promozione della responsabilità sociale d'impresa nell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2011, 477 ss. (ambidue però anteriori alla pubblicazione dell'ultima comunicazione della Commissione).

<sup>55</sup> V. *Communication de la Commission - Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Bruxelles, 25.10.2011 - COM(2011)681.

La nuova Comunicazione contiene un programma di iniziative più incisivo, da parte della Commissione, comprendente incentivi per le pratiche virtuose in materia di CSR, norme più severe sulle pratiche commerciali scorrette in materia di pubblicità "verde", la proposizione di codici di condotta - tipo, un sistema di monitoraggio delle iniziative nazionali in materia, etc.

<sup>56</sup> A questa categoria può sostanzialmente ascriversi anche la Sec. 181 del *Corporations Act* australiano del 2001, in base alla quale "*A director or other officer of a corporation must exercise their powers and discharge their duties: (a) in good faith in the best interests of the corporation; and (b) for a proper purpose*" (disposizione scritta in chiaro stile istituzionalistico).

censurata da quegli azionisti che pretenderebbero di avere, nell'immediato, dividendi più elevati<sup>57</sup>; ma, contemporaneamente, nessun ordinamento (neanche quello inglese) riconosce azioni dirette di *stakeholders* nei confronti della società o degli amministratori, per ottenere rimedi invalidativi o risarcitori a tutela dei propri interessi<sup>58</sup>.

Così, negli ordinamenti per i quali gli amministratori devono curare esclusivamente gli interessi degli azionisti, è giurisprudenza prevalente – indipendentemente dall'esplicito riconoscimento normativo di una *business judgment rule* – che gli amministratori possano legittimamente privilegiare gli interessi di lungo periodo degli azionisti rispetto all'interesse alla massimizzazione immediata degli utili distribuibili e, in tale prospettiva di lungo termine, dare spazio alla tutela di interessi di *stakeholders* (soluzione che, a mio avviso, può pianamente riproporsi anche per il diritto italiano)<sup>59</sup>.

All'estremo opposto, la norma espressa dell'art. 172 del *Companies Act* inglese, che a prima vista suona come un'affermazione molto forte della doverosità dell'applicazione di criteri di CSR, è poi costruita come norma che fonda un dovere degli amministratori verso la società e non verso terzi, e che dev'essere interpretata – secondo la stessa guida applicativa ufficiale della legge – alla luce di un criterio di *enlightened shareholder value*, cioè di priorità degli interessi di lungo periodo degli investitori rispetto alla profittabilità immediata dell'impresa. Se a ciò si aggiunge che l'ordinamento di *common law* non contiene una clausola generale di responsabilità civile (che, in ordinamenti come il nostro, renderebbe invece dirompente una disposizione come quella dell'art. 172 del *Company Law*), si spiega agevolmente come la riforma di cui si tratta non abbia fatto nascere finora – a quanto sembra – alcun contenzioso.

Questa tendenziale convergenza degli ordinamenti verso una soluzione che fa rientrare la tutela degli interessi degli *stakeholders* nella discrezionalità degli amministratori non deve indurre a negare il valore di queste diverse esperienze.

Esiste oggi una tensione irrisolta, in ordine ai criteri di corretta gestione societaria e imprenditoriale, fra criteri di *short-termism* e criteri volti a privilegiare la stabilità dell'impresa nel tempo. La maggior parte degli ordinamenti non sceglie fra questi due criteri o si limita a riconoscere la discrezionalità degli amministratori in materia o a raccomandare criteri di *long-termism*. L'ordinamento inglese ha fatto invece una scelta espressa e vincolante a favore di questo secondo tipo di criteri.

---

<sup>57</sup> Il punto può sembrare non così sicuro proprio per ciò che riguarda l'esperienza statunitense. Quivi è celeberrimo il caso *Dodge v. Ford* (1919), in cui il diritto agli utili dell'azionista fu riconosciuto in modo apparentemente incondizionato; vi sono altri casi, come *Revlon v. Mac Andrews* (1986), in cui è affermato incondizionatamente il rispetto del principio dello *shareholder value*. Tuttavia, questi casi possono essere anche letti in chiave di repressione dell'abuso dei poteri di maggioranza a danno degli azionisti di minoranza, piuttosto che come affermazione di assoluto rispetto dello *shareholder value* (cfr. L.M. FAIRFAX, *The Rethoric of Corporate Law: The Impact of Stakeholder Rethoric in Corporate Norms*, in 31 *J. Corp. L.*, 2006, 675 ss.).

Esistono però numerosi altri casi [per es. *Smith v. Barlow* (1953); *Sblensky v. Wrigley* (1968)] in cui la discrezionalità degli amministratori viene riconosciuta, con il risultato di legittimare scelte gestionali ispirate a principi di CSR. E' questa, anzi, una tra le più significative ricadute della *business judgment rule*.

Per un'ampia rassegna critica (e citazioni complete dei casi) v. L.M. FAIRFAX (*supra*). Nello stesso senso v. anche l'ampia indagine di J.E. KERR, *Sustainability Meets Profitability: The Convenient Truth of How the Business Judgment Rule Protects a Board's Decision to Engage in Social Entrepreneurship*, 29 *Cardozo L. Rev.*, 2007, 623 ss., nonché R. MARENS, A. WICKS, *Getting Real: Stakeholder Theory Managerial Practice, and the General Irrelevance of Fiduciary Duties Owed to Shareholders*, in 9 *Bus. Ethics Q.*, 1999, 273 ss.

<sup>58</sup> V. B. HERRIGAN, (nt. 23); e già R. MARENS, A. WICKS, (nt. 57).

<sup>59</sup> Cfr. M. LIBERTINI, (nt. 19), 26. La soluzione è, comunque, correntemente affermata. V. per es. F. DENOZZA, (nt. 47), nonché C. ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici ed autodisciplina*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 159 ss.

Col tempo si vedrà in quale misura queste norme incideranno sui concreti programmi gestionali delle grandi imprese e potranno anche dare luogo a contenziosi.

Quello che però può sin d'ora affermarsi è che l'affermazione di norme di questo tipo, volte a definire i criteri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nel senso della priorità dei criteri di lungo termine, dovrebbe essere auspicata da tutti coloro che hanno a cuore la stabilità e l'efficienza del sistema delle imprese.

Quanto detto può valere anche per il diritto italiano vigente, anche se la teoria della *CSR* non è stata affatto presa in considerazione dalla riforma del diritto societario del 2003<sup>60</sup>.

Tuttavia, anche in Italia il quadro normativo è cambiato di recente, con l'approvazione della l. 11 novembre 2011, n. 180 (c.d. statuto delle imprese). La nuova legge sancisce, tra le proprie finalità (art. 1, comma 5), quella di “*promuovere l'inclusione delle problematiche sociali e delle tematiche ambientali nello svolgimento delle attività delle imprese e nei loro rapporti con le parti sociali*”: si tratta di una proclamazione – netta, anche se generica – di recepimento della teoria della *CSR*. Inoltre, all'art. 2, comma 1, lett. *p*, sancisce il “principio” (*sic*) di “*riconoscimento e valorizzazione degli statuti delle imprese ispirati a principi di equità, solidarietà e socialità*”.

Al di là della ridondanza e dell'enfasi, ne risulta confermato che, oggi, “l'inclusione delle problematiche sociali *etc.*”, nonché di “principi di equità, solidarietà e socialità” nelle strategie d'impresa è non solo legittima, ma anche raccomandata dalle norme italiane vigenti, ancorché non possa ancora configurarsi un vero e proprio dovere giuridico di adottare tali criteri di comportamento (il compito dell'ordinamento statale è, per ora, solamente “promozionale”).

Si è così realizzato, silenziosamente (in una materia che avrebbe invece meritato un ampio dibattito pubblico), un cambiamento di rotta rispetto ai principi ispiratori della riforma del 2003, che

---

<sup>60</sup> Ciò non impedisce, a mio avviso, che gli amministratori possano legittimamente interpretare l'interesse della società come interesse di lungo periodo e adottare deliberazioni atte a tutelare gli interessi di *stakeholder*, pur senza sacrificare mai totalmente la profittabilità dell'impresa.

Continuo a ritenere tuttavia – come è ribadito nel testo - che gli incentivi spontanei del mercato dovrebbero essere rafforzati da incentivi legali (per es. premi fiscali alle imprese che siano in grado di presentare i migliori bilanci sociali od ambientali), per potere suscitare un forte ed efficace impegno delle imprese nella politica ambientale.

Per una impostazione diversa v. F. DENOZZA, *Responsabilità sociale d'impresa e “contratto sociale”. Una critica*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi – Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Università Bocconi Editore, Milano, 2010, 269 ss., secondo cui “*la tesi per cui gli amministratori dovrebbero tener conto di un interesse (alla ottimizzazione della collaborazione con tutti gli stakeholder) comune anche ai soci non è in astratto assolutamente incompatibile né con le norme del nostro ordinamento, né con le caratteristiche fondamentali di tutti gli ordinamenti principali*”; tuttavia, secondo D., “*il verosimile risultato dell'accoglimento della tesi in esame sarebbe.. un enorme allargamento dei poteri discrezionali degli amministratori senza alcuna garanzia che tali accresciuti poteri vengano utilizzati per proteggere gli stakeholder*”; D. propone invece, *de iure condendo*, l'introduzione di un principio generale di correttezza, che imponga agli amministratori un “*divieto generalizzato di abuso delle situazioni di fallimento del mercato*”.

Questa opinione di D. non mi convince, né nella tesi secondo cui un riconoscimento di maggiore discrezionalità in capo agli amministratori favorirebbe l'esercizio incontrollato dei relativi poteri (la discrezionalità è uno strumento giuridico atto a favorire il controllo giurisdizionale del potere, non a renderne l'esercizio incontrollabile), né nella parte in cui propone un principio di divieto di abuso dei fallimenti del mercato (obiettivamente assai difficile da tradurre in regole operative). In ogni caso, non si vede perché debba essere rifiutata in modo assoluto l'ipotesi che le imprese possano farsi concorrenza “virtuosa” anche sul terreno delle migliori pratiche sociali ed ambientali e che le norme giuridiche possano creare incentivi per rendere più incisiva ed efficace questa modalità competitiva.

erano chiaramente ancorati alla teoria dello *shareholder value*, anche se il legislatore non aveva tradotto tale teoria in disposizioni imperative<sup>61</sup>.

Peraltro, un punto in cui la legge 180/2011 è andata ancora più avanti nel senso dell'adesione a principi di CSR, con una disposizione che, probabilmente, rappresenta un *unicum* nel panorama comparatistico: questa si trova nell'art. 4, comma 2, che dispone che “Le associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale sono legittimate a impugnare gli atti amministrativi lesivi di interessi diffusi”. Questa disposizione non si riferisce agli interessi collettivi della categoria rappresentata (che sono oggetto della diversa disposizione del 1° comma dello stesso articolo), ma ai veri e propri interessi “diffusi”, che non possono essere intesi altrimenti che come interessi di *stakeholder*. Si ha dunque l'introduzione di un inedito strumento di sostituzione processuale, che dovrebbe – nelle intenzioni del legislatore – suscitare una virtuosa competizione fra imprese nel farsi paladine di interessi collettivi delle comunità di *stakeholder*.

L'esperienza ci dirà se queste innovazioni legislative porteranno con sé risultati concreti (finora non mi pare che se ne sia visto alcuno). Non credo, comunque, che l'innovazione legislativa possa rafforzare quei tentativi, che già sono stati in qualche modo formulati<sup>62</sup>, di utilizzare la teoria della CSR come criterio interpretativo con riferimento all'applicazione delle norme sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale d'impresa: rispetto a tali problemi credo che le soluzioni estensive, circa l'ambito della responsabilità imputabile alle imprese alla stregua del diritto vigente, possano linearmente essere confermate sulla base dell'interpretazione delle norme specifiche, nonché delle clausole generali, alla stregua del principio di solidarietà e senza bisogno di far capo alla teoria della CSR, che tipicamente – allo stato attuale del diritto positivo - postula una scelta *autonoma* dell'impresa, nell'ambito del genericamente lecito, e non la violazione di doveri, contrattuali od extracontrattuali, già fondati su norme vigenti.

In questa prospettiva, la scelta più interessante può essere quella di valorizzare i principi generali di solidarietà al fine di rafforzare il rilievo giuridico dei codici autodisciplinari adottati autonomamente dalle imprese<sup>63</sup>.

Inoltre, a mio avviso, l'innovazione legislativa non fa venir meno (ed anzi in certo senso rafforza) il rilievo secondo cui l'attuazione dei principi della CSR avrà tanta più consistenza quanto più sarà accompagnata da norme di incentivazione (per es. vantaggi fiscali legati alla qualità del bilancio ambientale e/o del bilancio sociale dell'impresa)<sup>64</sup> e non affidata alla mera volontarietà (come avviene invece nella versione ideologica prevalente della CSR)<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Una anticipazione, nella legislazione speciale in materia di sicurezza del lavoro, si era già avuta con il d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106 (su cui v. A. SITZIA, D. SEGA, *Le “dimensioni” della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 673 ss.).

<sup>62</sup> Cfr., in particolare, A. ADDANTE, *Rapporti di impresa e responsabilità sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 229 ss.

<sup>63</sup> V. soprattutto S. ROSSI, *Luci ed ombre dei codici etici d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 23 ss. Più di recente, ma con trattazione alquanto superficiale, E. BELLISARIO, *La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata*, Cedam, Padova, 2012.

<sup>64</sup> Allo stato, gli incentivi previsti dalle norme vigenti sono affidati, oltre che all'autonoma scelta delle imprese interessate (per es. Ecolabel, certificazione EMAS), ad eventuali scelte autonome amministrative di enti pubblici: per es. l'art. 26 della Direttiva 2004/18/CE in materia di appalti pubblici, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere nei bandi condizioni di gara relative a requisiti sociali od ambientali (v. D. RUSSO, [nt. 54], che auspica il rafforzamento di tale linea di intervento normativo; nella stessa linea di pensiero v., in una prospettiva comparatistica più ampia, T. CLARKE, *The materiality*

Questi auspici non sono evidentemente fondati su sentimenti anticapitalistici e non richiedono neanche la necessità di aderire a determinate concezioni etiche dell'impresa; anche se si deve riconoscere che l'eventuale ed auspicata affermazione di criteri di *long-termism* metterebbe in luce contraddizioni del sistema attuale e imporrebbe di superarle progressivamente.

In conclusione, credo che l'atteggiamento più convincente, nei confronti della teoria della CSR, non sia quello dello scetticismo assoluto, ma quello che ne riconosce gli aspetti positivi, come teoria che impone di guardare all'impresa come struttura destinata a durare nel tempo, e come teoria che può essere pienamente realizzata solo se sostenuta da adeguati incentivi di carattere normativo.

*7. La costituzione economica europea dopo il Trattato di Lisbona: la libertà d'impresa nell'art. 16 della Carta dei Diritti e il principio della "economia sociale di mercato altamente competitiva".*

A questo punto, resta da chiedersi se e in che misura la teoria della CSR sia penetrata nelle norme del Trattato di Lisbona, con ciò creando qualche "vincolo derivante dal diritto comunitario", come tale rilevante ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

A tale proposito non può fornire spunti significativi l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (che, ai sensi dell'art. 6 del T.U.E., ha "lo stesso valore giuridico dei Trattati"), per il quale "è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali". Questa formula del "riconoscimento (condizionato) della libertà d'impresa", che riecheggia sinteticamente il tono dell'art. 41 Cost., non ci dice nulla sul tipo di impresa che l'Unione europea vuole tutelare; ci dice però, chiaramente, che la libertà d'impresa è comunque una libertà regolata (ciò che pochi hanno ricordato, nel superficiale dibattito sulla riforma dell'art. 41 animatosi per qualche tempo, a cominciare dalla primavera del 2010, per iniziativa del Governo allora in carica). Inoltre, l'art. 16 della C.D.F.U.E. tutela chiaramente l'impresa come formazione sociale, e non pone l'impresa come oggetto di un diritto fondamentale della persona (basta confrontare il dato testuale dell'art. 16 con quello di altre disposizioni, a cominciare dallo stesso art. 17, riguardante il diritto di proprietà).

Il fatto che la libertà d'impresa sia riconosciuta, nel Trattato di Lisbona come nell'art. 41 Cost., come una libertà non tutelata come diritto fondamentale della persona, e sia necessariamente circondata da limiti e regolazioni, nonché destinata a cedere nel bilanciamento con valori costituzionali di rango superiore, non significa però che, nei principi della costituzione economica in vigore, vi sia già un implicito riconoscimento della dottrina della responsabilità sociale d'impresa<sup>66</sup>: l'art. 41 Cost. afferma –

---

*of sustainability*, in D. DUNPHY, S. BENN [eds.], *Corporate Governance and Sustainability: Challenges for Theory and Practice*, Routledge, New York, 2007, 219 ss.; nonché J. MOON, D. VOGEL, [nt. 16]).

<sup>65</sup> Sul punto, oltre agli scritti citati nella nt. precedente, v. D. MCBARNET, *Corporate Social Responsibility beyond Law, through Law, for Law*, Univ. of Edinburgh School of Law, Working Paper Series, 2009/03, ove un'equilibrata rassegna critica della problematica (dall'insufficienza di una concezione meramente volontaristica della CSR, agli strumenti di autonoma affermazione dei relativi principi – fra cui particolarmente interessante la propagazione per via negoziale, mediante l'imposizione dell'adesione a certi codici di condotta a fornitori e clienti – fino alle carenze derivanti dalla mancanza di strumenti di regolazione e controllo sovranazionali).

<sup>66</sup> Questa opinione (che, a mio avviso, è frutto di un equivoco) è stata invece sostenuta da diversi aa.; v. oltre a quelli (Buonocore, Antonucci, Perulli, Mazzoni), citati nella nt. 53 del mio precedente scritto (nt. 19), A. SITZIA, D. SEGA, (nt. 61), ove ulteriori indicazioni di dottrina giuslavoristica orientata nello stesso senso.

secondo un'attendibile interpretazione del comma 2° - la cedevolezza della libertà d'impresa in caso di conflitti con diritti fondamentali della persona umana, ma ciò è ben lungi dall'imporre all'impresa di perseguire scelte "socialmente responsabili" in situazioni in cui essa possa discrezionalmente indirizzare la sua attività in un senso o in un altro. Per il resto l'art. 41 della Costituzione e l'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E. rimettono al legislatore nazionale la determinazione dei limiti e dei vincoli a cui l'impresa è sottoposta e non impongono al legislatore determinate scelte in direzione della R.S.I.

Più significativa può essere, a mio avviso, la riflessione sul nuovo art. 3 del Trattato dell'Unione Europea, che sancisce espressamente che obiettivo fondamentale dell'Unione è quello di realizzare uno "*sviluppo sostenibile basato su.. un'economia sociale di mercato altamente competitiva*".

Se si tiene ferma l'idea che i testi normativi debbano essere presi sul serio, tanto più quando contengano disposizioni di principio, deve anche riconoscersi che la formula usata nel Trattato non può essere considerata come una semplice declamazione o come una mera dichiarazione di sensibilità verso vaghe esigenze "sociali". Il termine "economia sociale di mercato" (ESM) ha una propria, forte identità, nella storia delle dottrine politiche in Europa (ed è divenuto anche dottrina ufficiale, nella formazione e nello sviluppo della Repubblica Federale Tedesca). Si deve dunque riconoscere che il legislatore europeo abbia voluto "costituzionalizzare" almeno i punti fondamentali di tale dottrina<sup>67</sup>.

Si deve allora subito riconoscere che il modello ideale di ESM non è codificato in alcun "testo sacro", ma rappresenta un filone di pensiero, storicamente ben definito, ma anche, come tutti i fenomeni culturali, in qualche modo mutevole nel tempo.

La ricostruzione del significato di ESM, che qui può essere riproposta, è dunque, in qualche misura, frutto di elaborazione personale; anche se confido che possa essere giudicata fedele al significato storicamente definito della dottrina.

In questa prospettiva, credo che la teoria dell'ESM possa essere sintetizzata in quattro punti fondamentali<sup>68</sup>:

- (i) l'idea, che sta alla base del pensiero ordoliberal e dalla dottrina dell'ESM, è quella per cui l'economia di mercato, caratterizzata dalla concorrenza fra imprese, selezionate dalla libera scelta dei consumatori, costituisce il sistema migliore che l'umanità abbia mai sperimentato, sulla via del benessere economico e della libertà delle persone; tuttavia, l'economia di mercato concorrenziale, presenta – secondo l'ESM – due limiti strutturali e funzionali [v. i successivi punti (ii) e (iii)];

---

Nel senso del testo, invece, R. PESSI, *La responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 10 s.

<sup>67</sup> Per una più ampia riflessione su questo assunto cfr. M. LIBERTINI, *A "Highly Competitive Social Market Economy" as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Conc. e mercato*, 2011, 491 ss.

Nello stesso senso, ma nell'ambito di una riflessione di carattere politico-economico e non giuridico, A. QUADRIO CURZIO, *Economia sociale di mercato. Un modello per l'Europa e per l'Italia*, in *Genius Loci*, 26 settembre 2011.

<sup>68</sup> Anche se in questo scritto i riferimenti bibliografici alla teoria della ESM sono piuttosto ridotti, mi sembra opportuno segnalare due libri italiani recenti, che contengono le informazioni essenziali sulla dottrina richiamata: F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010. Per altre indicazioni bibliografiche v. lo scritto sopra citato (nt. 67).

(ii) questa idea di base è, tuttavia, immediatamente corretta da un'altra idea (che distacca la teoria dell'ESM dalle filosofie liberistiche estreme): la concorrenza fra imprese è un meccanismo che tende ad essere autodistruttivo, nel senso che i meccanismi di mercato, lasciati alle libere negoziazioni, tendono ad irrigidire le posizioni acquisite, mediante la creazione di cartelli e monopoli: nel momento in cui la concorrenza si irrigidisce ed il potere di mercato si rafforza con le sue alleanze sociali, la macchina meravigliosa del mercato perde la sua funzione essenziale di progresso ed anche la sua legittimazione democratica; da qui la necessità che il potere pubblico riesca a porre in essere una efficace politica antitrust, volta a garantire il buon funzionamento dei mercati nel tempo e il controllo del potere economico privato;

(iii) la terza idea fondamentale dell'ESM è quella per cui il mercato è lo strumento principale per assicurare alle persone i beni e i servizi di cui sentono effettivamente il bisogno; tuttavia, esso non è in grado di assicurare alle persone tutti i beni di cui esse hanno bisogno per una elevata qualità della vita: alcuni di questi beni (compresi in un elenco che può andare dall'aria pulita alla sicurezza materiale e sociale, o magari anche alla sanità e all'istruzione di base, e che non potrà essere mai definito in modo tassativo) dovranno essere pur sempre assicurati dal potere pubblico, in forma di beni o di servizi pubblici, perché il mercato non è in grado di produrli sotto forma di merce acquistabile individualmente da tutti a prezzo equo;

(iv) la quarta idea fondamentale riguarda il ruolo dello Stato (*rectius*, oggi: del potere pubblico istituzionale): l'ESM postula l'esistenza di un potere pubblico forte ed efficiente, e non condizionato dagli interessi privati organizzati, anzi da essi indipendente e neutrale; in altri termini, l'ESM postula sì un ruolo forte dello Stato, ma un ruolo completamente diverso da quello degli Stati dirigistici: compito dello Stato non è quello di proteggere e di guidare questa o quella impresa (anzi deve astenersi del tutto dal fare ciò), bensì quello di far funzionare bene i mercati e di garantire un alto livello di offerta di beni e di servizi pubblici, secondo un criterio di sussidiarietà orizzontale.

Con una formula riassuntiva potrebbe dirsi che, mentre il dirigismo protegge le imprese ma non i mercati, l'ESM protegge i mercati ma non le imprese.

E' giusto segnalare che il tratto originale dell'ESM non sta tanto nei punti (i) e (iii): in linea di principio questi sono comuni a tutte le varianti del pensiero liberale (escluse le frange fanatiche anarcoliberali) e – in tale contesto – l'ESM si caratterizza solo per un'ispirazione tendenzialmente favorevole ad ammettere con una certa larghezza il ruolo suppletivo dello Stato, in una prospettiva di sussidiarietà "orizzontale" rispetto al mercato (per esempio: nessuna difficoltà a concepire come servizi pubblici essenziali anche la sanità e l'istruzione)<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Ciò non giustifica certamente il giudizio sprezzante e superficiale di M. BOLDRIN, *Ma l'Economia Sociale di Mercato, cos'è?*, in *L'imprenditore*, novembre 2008 (reperibile in <http://it.scribd.com/doc/19478842/MBoldrin-articolo>), che, con elevato stile accademico, qualifica l'ESM con la parola *bullshit* e sostiene che essa non presenterebbe alcunché di originale rispetto al liberalismo classico e sarebbe solo una "foglia di fico" per giustificare spartizioni arbitrarie di risorse e protezioni da parte del potere politico.

Il tratto di maggiore originalità sta invece nei punti (ii) e (iv): la macchina meravigliosa del mercato può funzionare bene solo attraverso un insieme di regole che devono essere pensate, costruite e imposte dal potere politico. Il mercato efficiente non è *locus naturalis*, ma dev'essere piuttosto concepito come un luogo artificiale, le cui regole di buon funzionamento devono essere fissate da un potere politico responsabile (si tratta di un'idea che, attraverso l'elaborazione di Natalino Irti, è ben nota ai giuristi italiani<sup>70</sup>, ma che, nel pensiero ordoliberal, ha forse una valenza politica più netta).

Questo fondamentale assunto porta con sé l'esigenza – già sopra ricordata - che il decisore politico-amministrativo non sia condizionato da gruppi d'interesse precostituiti. Perciò l'ESM teorizza la presenza di uno Stato forte ma non dirigista: uno Stato che tuteli i mercati (i.e. il buon funzionamento dei mercati) e non le imprese esistenti in quanto tali, senza interferire nelle scelte di investimento delle imprese e senza entrare in competizione con le imprese private (l'impresa pubblica si giustifica, nella prospettiva dell'ESM, solo in presenza di monopoli naturali)<sup>71</sup>.

Questa fondamentale esigenza di un potere decisionale pubblico non condizionato dai poteri privati ha un duplice risvolto: uno è di teoria della democrazia rappresentativa (e su questo l'ESM non ha espresso proposte particolarmente significative); l'altro, che riguarda il profilo della divisione dei poteri, ha invece avuto più precise formulazioni ed è anche divenuto un elemento portante della tradizione “tecnocratica” europea. L'idea di fondo è quella per cui il potere politico che stabilisce le regole deve limitarsi a fissare i principi fondamentali, senza immergere le proprie decisioni nei conflitti di interesse quotidiani, che pongono forti rischi di condizionamento (di “cattura”, per usare un termine che è stato coniato in ben altri contesti culturali).

Da qui l'idea per cui i soggetti a cui deve essere attribuito il potere di regolare i mercati, affinché funzionino bene, devono essere soggetti il più possibile non condizionati dal gioco elettorale e dal gioco degli interessi quotidiani. Ciò vale per la Magistratura come per la Banca centrale, come anche per le Autorità speciali chiamate a controllare o regolare il funzionamento dei mercati. In tal modo si può assicurare la competenza tecnica dei decisori e l'efficienza della loro azione<sup>72</sup>.

#### 8. Una difesa della dottrina dell'economia sociale di mercato.

Chi scrive ritiene che la teoria dell'ESM fornisca una ideologia chiara, forte ed eticamente fondata, su cui – anche a seguito dell'espresso riconoscimento ad essa dato dal Trattato di Lisbona – sarebbe doveroso impegnarsi, come giuristi, in un approfondito lavoro critico e costruttivo.

<sup>70</sup> Che alla tesi di Irti prestano costante adesione, salvo poi a dimenticarsene quando mostrano timore reverenziale verso la teoria dell'analisi economica del diritto, che è fondata su quell'idea di “ordine spontaneo del mercato”, che nel libro di I. è stata efficacemente criticata in linea di principio.

<sup>71</sup> In questo senso la teoria dell'ESM è molto distante dalle posizioni socialdemocratiche storiche, che attribuivano comunque allo Stato una funzione di guida politica dell'economia, così pure da dottrine, come il “socialismo liberale” di C. Rosselli (1930), che proponevano comunque un'economia di mercato pervasivamente regolata ed autoregolata.

<sup>72</sup> Per la verità, nel patrimonio di idee dell'ordoliberalismo e dell'ESM vi è anche quella per cui le istituzioni pubbliche, per potere realizzare efficacemente i loro obiettivi, devono essere a loro volta condizionate da una società civile partecipativa e fornita di solidi valori comuni. Accade così di vedere sottolineata – a lato del valore dell'indipendenza di alcune pubbliche autorità - l'esigenza di indipendenza (dagli interessi delle imprese) di “istituzioni” non autoritative, come le Università o l'editoria giornalistica (v. in particolare Röpke). Naturalmente non è questa la sede adatta per commentare queste idee.

In effetti, ciò che sta avvenendo attorno a noi non sembra affatto riflettere questo scenario.

Da un lato, riemergono, dall'osservazione della crisi e dall'osservazione della crescita economica di paesi ad economia dirigistica (in primo luogo, ovviamente, la Cina) rivalutazioni dell'efficienza dei sistemi di "capitalismo di Stato"<sup>73</sup>; ciò che, peraltro, è sempre stato per le fasi di crescita originaria dei sistemi economici, ma non può riproporsi come modello per le situazioni di capitalismo maturo.

Dall'altro, e più significativamente, la teoria dell'ESM appare a molti più un retaggio del passato che un'ideologia valida per il futuro. In Germania (cioè nella patria della dottrina dell'ESM), c'è chi parla di "crisi di fiducia"<sup>74</sup>, o anche di "fine" dell'ESM<sup>75</sup>.

Le ragioni delle critiche stanno, in primo luogo, in una sensazione di inadeguatezza della dottrina dell'ESM (in quanto costruita avendo in mente la presenza di Stati nazionali sovrani) ad affrontare i problemi che nascono in un mondo globalizzato<sup>76</sup>; e, in secondo luogo, da una sensazione di inadeguatezza della dottrina a realizzare effettivamente i suoi scopi dichiarati. Inoltre, alcuni rimproverano alla teoria una pretesa contraddittorietà, o comunque elevata vaghezza, dei suoi contenuti: ciò che la renderebbe sostanzialmente priva di valore<sup>77</sup>.

Queste critiche mi lasciano molto perplesso, per le seguenti ragioni:

- I) La dottrina dell'ESM, come tutte le dottrine, se riguardate al livello dell'indicazione di principi, presenta ampi profili di indeterminatezza (qual è il tipo di concorrenza che dev'essere protetto dalle autorità antitrust? Quali sono i servizi essenziali ai quali lo Stato deve provvedere, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale? e via discorrendo); ma questa non è una buona ragione di critica, perché potrebbe valere per qualsiasi testo costituzionale; e penso che nessuno, al giorno d'oggi, voglia proporre l'abolizione del – o prendere poco sul serio il - livello costituzionale dell'ordinamento.
- II) La realizzazione parziale o insufficiente degli scopi dichiarati non è una buona critica, finché non si dimostra che il modello di società e di economia, che la dottrina propone,

<sup>73</sup> Cfr. I. BREMMER, *The End of the Free Market. Who Wins the War Between States and Corporations?*, Portfolio, New York, 2010. Probabilmente in questo ordine di idee possono collocarsi anche le opinioni dell'ex ministro italiano dell'economia, G. Tremonti, nei suoi noti interventi degli ultimi anni.

<sup>74</sup> S. P. MÜLLER, *Vertrauenskrise der sozialen Marktwirtschaft - Herausforderung für Wirtschaft und Politik*, in ZRP, 2008, 221, il quale indica come principale ragione dell'attuale "crisi di fiducia" dell'ESM in Germania gli scandali finanziari degli ultimi anni, e in particolare il fatto che essa non abbia impedito i comportamenti scorretti ed i compensi eccessivi degli amministratori delle grandi società.

Tuttavia, deviazioni di fatto (peraltro, auspicabilmente emendabili nel tempo) non possono costituire valide ragioni per criticare la dottrina in quanto tale.

<sup>75</sup> S. W. MÜNCHAU, *Das Ende der Sozialen Marktwirtschaft*, Hanser, München, 2006; P. KOSLOWSKI, *Das Ende der Sozialen Marktwirtschaft*, ICER Working Paper Series, n. 39/2006.

<sup>76</sup> V., oltre agli aa. sopra citati, anche H. KÖRNER, *Wurzeln der Sozialen Marktwirtschaft*, in M. VON HAUFF (ed.), *Die Zukunftsfähigkeit of Sozialen Marktwirtschaft*, Metropolis, Marburg, 2007, 30 ss.

Questa linea di pensiero è da tempo presente ed è stata rappresentata, per esempio, da N. LUHMANN, *Capitalisme et Utopie*, in *Archives de philosophie du droit*, 1997, 483 ss., che criticava la teoria come utopistica sintesi di capitalismo e di socialismo (il che, peraltro, non rappresenta neanche correttamente il contenuto della dottrina).

<sup>77</sup> R. PTAK, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft*, Leske-Budrich, Opladen, 2004.

Sulla stessa linea A. SOMMA, *L'economia sociale di mercato. Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, in *Biblioteca della libertà*, n. 195/2009, 1 ss. (per il quale l'ESM è un'ideologia definitivamente superata, legata al necorporativismo cattolico).

è ingiusto o inefficiente o irrealizzabile (utopistico, in senso deteriore); questa dimostrazione, a mia conoscenza, non è stata data. Ne consegue che l'adesione valutativa al modello dovrebbe spingere ad impegnarsi nell'opera di costruzione degli strumenti giuridici ed istituzionali adeguati per realizzarlo.

- III) L'insufficienza della dimensione statale a realizzare tutti gli scopi che si vorrebbero perseguiti dall'azione pubblica in un mondo globalizzato è una realtà innegabile, ma ciò fornisce solo una ragione per spostare l'esigenza di un'efficace azione pubblica ad un livello più elevato (Unione Europea, O.N.U., comunità internazionale), sempre in coerenza con il principio di sussidiarietà. Non c'è alcuna valida ragione logica a fondamento della diffusa opinione secondo cui, in un mondo globalizzato, l'ordine giuridico globale può venire solo dalle consuetudini e, in primo luogo, dagli accordi fra privati.
- IV) Le critiche alla dottrina dell'ESM non si accompagnano ad alcuna proposta di una ideologia politica (e politico-economica) migliore<sup>78</sup>. Il liberismo assoluto, che sembrava dominante alcuni anni fa, ha fatto riscoprire i suoi limiti (che erano stati irresponsabilmente dimenticati per un quarto di secolo) con la crisi finanziaria iniziata nel 2008 e ancora in corso. Da ogni parte si è riproposta la necessità di interventi pubblici correttivi e di un'efficace regolazione, quanto meno dei mercati finanziari (si è assistito anche alla sensazionale, onesta conversione di R. Posner<sup>79</sup>). Manca però un'ideologia politico-economica idonea ad inquadrare queste esperienze. L'unica alternativa che vedo alla dottrina dell'ESM è l'attuale, dilagante "pensiero debole"<sup>80</sup>. Qualcuno potrà guardare con favore (e fede) alla possibile formazione di un nuovo "ordine spontaneo". A me sembra una prospettiva assai pericolosa.

La verità è che la dottrina dell'ESM, da nessuno criticata nel merito come portatrice di soluzioni ingiuste o inefficienti, mette a nudo un nervo scoperto della società occidentale contemporanea: quello del deterioramento della qualità della rappresentanza politica e, più in generale, quello delle disfunzioni crescenti all'interno dei sistemi democratici e degli apparati amministrativi.

L'ESM postula invece uno Stato di dimensioni ridotte, ma forte ed efficiente, ed un'amministrazione tecnicamente preparata e indipendente. La costruzione di queste precondizioni richiederebbe un profondo ripensamento delle regole di selezione del ceto dirigente politico ed amministrativo, con drastiche alterazioni degli equilibri relazionali e delle prassi relazionali attuali.

<sup>78</sup> Non considero neanche, in questa sede, le sporadiche critiche "da sinistra", cioè di stampo socialista, che ancora capita di incontrare (v., per esempio, R. COSTANZO GATTI, *L'economia sociale di mercato e la schizofrenia di Tremonti*, 9 giugno 2010, in [www.socialismoesinistra.it](http://www.socialismoesinistra.it)). Merita soltanto segnalare (v., per confronto, *infra*, nt. 81) l'ingiusta critica alla pretesa indifferenza, da parte della teoria dell'ESM, del valore di principio della "eguaglianza dei punti di partenza".

<sup>79</sup> Cfr. R. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista* [2010], trad. it., Università Bocconi Editore, Milano, 2010.

<sup>80</sup> Salvo a considerare, come provocatoriamente rileva N. IRTI, (nt. 14), le ideologie di matrice religiosa.

Non si deve poi fare confusione con l'uso frequente, ma anche incontrollato e non corretto, del termine "economia sociale di mercato", da parte di vari esponenti politici (come sottolinea giustamente M. PENNETTA, *Economia sociale di mercato. Il caso italiano*, 5 settembre 2008, in [www.fulminiesette.it](http://www.fulminiesette.it), il quale nota anche che la politica di pervasivo intervento statale dell'Italia della seconda metà del XX sec. non può affatto qualificarsi in termini di ESM).

Perciò la teoria dell'ESM appare inattuale e si preferisce “vivere alla giornata” (i.e. mantenere in vita, nello svolgimento dell'azione pubblica e nel governo dell'economia, tante regole consuetudinarie non trasparenti).

Perciò ritengo preferibile, per contro, valorizzare la dottrina dell'ESM, fino a quando non sarà sostituita da una più convincente.

Perciò ritengo preferibile prendere sul serio il “*Manifesto di Jena per il rinnovamento dell'economia sociale di mercato*” della Fondazione Adenauer<sup>81</sup>, piuttosto che gli annunci di fine dell'ESM e le teorie distruttive intorno ad essa. E ciò non perché il Manifesto sia necessariamente valido e condivisibile in tutti i suoi contenuti, ma perché presenta un programma articolato in un discorso razionale, fondato su valori condivisi, e consente di sviluppare critiche e integrazioni con argomenti altrettanto razionali e con espliciti giudizi di valore.

*9. Mancanza di una corrispondenza necessaria fra economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa, ma possibile (e tendenziale) confluenza ideale delle due linee di pensiero.*

Se si accetta la ricostruzione della dottrina dell'ESM esposta nel § 7, deve giungersi alla conclusione che essa non pone un preciso vincolo, a carico delle imprese, di perseguire obiettivi socialmente responsabili. La socialità del sistema dev'essere piuttosto garantita dall'azione regolatoria e, all'occorrenza, suppletiva dello Stato, mentre il compito essenziale delle imprese è quello di farsi lealmente concorrenza nel rispetto delle leggi.

In altri termini, potrebbe confermarsi che, nel Trattato di Lisbona, non c'è una scelta espressa a favore di un certo tipo di impresa, né di una qualche forma di responsabilità d'impresa. Per contro, il riferimento alla dottrina dell'ESM potrebbe leggersi piuttosto nella direzione della diversità e complementarità di ruoli fra pubblico e privato.

Questa conclusione però dev'essere subito ridimensionata dalla circostanza che la disposizione di principio dell'art. 3 del Trattato UE richiama la dottrina dell'ESM come base per la realizzazione di uno “sviluppo sostenibile”, così richiamando un principio di tutela ambientale che, per quanto ormai da tempo inglobato nella dottrina dell'ESM, è sorto in un contesto culturale diverso, costituente anche terreno di coltura della teoria della responsabilità sociale d'impresa.

---

<sup>81</sup> V. *60 Years Social Market Economy - Jena Manifesto for the Renewal of the Social Market Economy*, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Sankt Augustin/Berlin, 2008.

E' opportuno citare i punti principali del “Manifesto” (più precisamente i titoli dei singoli paragrafi):

1. L'immagine dell'uomo nell'Economia Sociale di Mercato ha radici nella tradizione cristiana occidentale.
2. La libera concorrenza, garantita da un ordinamento del mercato, crea prosperità per tutti.
3. Le politiche statali redistributive non sono parte dell'economia sociale di mercato.
4. Maggiore libertà nel mercato del lavoro crea più posti di lavoro e più opportunità per tutti.
5. Occorre valorizzare tutti i talenti potenziali ed offrire a tutti il massimo delle opportunità.
6. Lo Stato deve sostenere i genitori nell'esercitare i loro diritti e doveri di educazione dei figli.
7. Una politica finanziaria basata sulla stabilità dei conti pubblici è socialmente utile.
8. La globalizzazione rappresenta un necessario punto di riferimento per le politiche regolatorie nazionali.
9. La conservazione degli ambienti naturali rappresenta un obiettivo autentico dell'economia sociale di mercato.
10. L'esigenza fondamentale è quella di liberare i cittadini dalla dipendenza sociale.

D'altra parte, non può dimenticarsi che il pensiero ordoliberal, che sta alla radice della dottrina dell'ESM, è stato costruito da autori generalmente molto sensibili ai profili etico-religiosi e costantemente volti a sottolineare l'insufficienza delle regole giuridiche a realizzare una "buona società" senza il sostegno di una cultura condivisa, permeata da principi di solidarietà sociale (nella storia del pensiero politico italiano, le affinità con il pensiero ordoliberal possono trovarsi non tanto nel filone di pensiero liberalsocialista, quanto piuttosto in Luigi Einaudi).

La conclusione a cui può giungersi è dunque che le disposizioni di principio del Trattato di Lisbona, se da un lato non impongono nell'immediato alle imprese europee di perseguire obiettivi di CSR, per altro verso certamente non sono ostili a che le imprese si muovano in questa direzione (come è del resto auspicato e programmato nelle sopra citate prese di posizione della Commissione europea).

Se poi si condivide l'idea che la traduzione normativa del dibattito sulla CSR si traduce essenzialmente nell'affermazione di principi di *long-termism* nella gestione delle imprese, può ragionevolmente auspicarsi e prevedersi che, se il movimento di pensiero a favore della CSR continuerà a svilupparsi come è avvenuto negli ultimi decenni, si potrà assistere nei prossimi anni ad uno sviluppo di normativa europea secondaria volta a sostenere più decisamente il lungo termine come criterio di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

#### 10. Conclusioni.

Quanto detto non deve però fare smarrire il peso relativo dei diversi temi, sui quali si è tentato di riflettere in queste note. Tenterei di riassumere tali temi nelle seguenti conclusioni:

- a) il problema più grave del nostro tempo è costituito dalla crisi di rappresentatività e di efficienza dei sistemi politici democratici e dal progressivo decadimento delle pubbliche amministrazioni (e non dall'esistenza di regole cattive o inefficienti di governo delle imprese);
- b) la dottrina dell'economia sociale di mercato – che postula mercati concorrenziali efficienti e poteri pubblici altrettanto efficienti, e indipendenti dai poteri privati - costituisce una valida base per costruire in modo giusto ed efficiente il rapporto fra azione pubblica e sistema delle imprese nel mondo contemporaneo; inoltre, questa scelta corrisponde alle indicazioni di principio contenute nei Trattati dell'Unione Europea;
- c) l'idea che la responsabilità sociale delle imprese possa supplire alle carenze crescenti dell'azione pubblica costituisce un gravissimo errore;
- d) l'affermazione di criteri di gestione socialmente responsabili da parte delle imprese è comunque auspicabile, come strumento complementare per il raggiungimento di obiettivi di giustizia sociale e per la tutela di valori condivisi;

e) l'affermazione di criteri di gestione socialmente responsabili da parte delle imprese sarà tanto più efficace quanto più sarà sostenuta da adeguati incentivi di carattere normativo ed istituzionale<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Si deve avvertire che lo scritto qui presentato è stato licenziato per la stampa a fine 2012.

Successivamente, il tema della responsabilità sociale d'impresa si è ulteriormente sviluppato sul piano istituzionale, sia a livello nazionale (v. il *Piano d'azione nazionale sulla responsabilità sociale d'impresa 2012/2014*, adottato congiuntamente dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e dal Ministero dello Sviluppo economico) sia a livello europeo (v. la *Risoluzione del Parlamento europeo sulla responsabilità sociale delle imprese: comportamento commerciale trasparente e responsabile e crescita sostenibile*, del 28 gennaio 2013).

Anche sul piano dottrinale il dibattito continua ad essere molto vivace (anche se non molto costruttivo). Per limitarsi alla produzione italiana, nel corso del presente anno sono state pubblicate alcune insignificanti monografie che tentano di descrivere la rilevanza della CSR a livello di diritto positivo; nel dibattito politico generale può essere segnalato (ma non in positivo) S. ZAMAGNI, *Impresa responsabile e mercato civile*, Il Mulino, Bologna, 2013, che – nel tentativo di teorizzare una pretesa realtà avanzante di imprese “civilmente” (e non solo “socialmente”) responsabili - mi sembra fornire un esempio spinto di *wishful thinking*.

## **Crisi, economia di mercato e modelli alternativi: provocazioni per il giurista.**

Sabino Fortunato(\*)

Marzo 2013

### SOMMARIO

1. Crisi e ricerca di modelli alternativi all'economia di mercato.
2. I presupposti antropologici e le condizioni dell'economia di mercato: utilitarismo, comportamentismo e consequenzialismo.
3. Critiche tradizionali e critiche recenti.
4. L'economia della felicità.
5. L'economia della decrescita.
6. L'economia del dono.
7. Qualche riflessione per il giurista.

\* \* \*

#### 1. *Crisi e ricerca di modelli alternativi all'economia di mercato.*

La crisi finanziaria che si è sviluppata fra il 2007 e il 2008, travolgendo inizialmente numerosi e importanti istituti creditizi e finanziari, si è rapidamente trasmessa all'economia reale per poi colpire anche il debito degli Stati sovrani innescando in vaste aree del globo una spirale recessiva, di cui si fa fatica a cogliere la fase terminale<sup>1</sup>.

Se è pur vero che la crisi ha dimensioni globali, è altresì evidente che essa accentua le debolezze istituzionali e strutturali di alcune regioni e di alcuni Paesi, in particolare le carenze di "governance" efficace ed efficiente dell'Unione Europea e nel suo ambito degli Stati, come l'Italia, che non hanno saputo affrontare per tempo le necessarie riforme strutturali e il riammodernamento del tessuto industriale attraverso adeguate politiche innovative.

Ma la crisi ha posto anche un interrogativo più radicale, sul quale è opportuna la riflessione non solo di economisti e sociologi (che si sono mostrati più sensibili alle trasformazioni epocali che si accompagnano normalmente ai processi di crisi profonda della società e dell'economia), ma altresì di giuristi (che in verità appaiono, sotto il segnalato profilo, meno propensi a spostarsi da un mero lavoro interpretativo-esegetico ad un più ampio lavoro ricostruttivo delle molteplici "razionalità" che percorrono il sistema).

E l'interrogativo di fondo investe la sostenibilità stessa del modello di economia di mercato che ha caratterizzato negli ultimi decenni, dopo il crollo delle economie socialiste centralizzate, in maniera pressoché generalizzata lo sviluppo delle società non solo occidentali: la crisi che ha colpito finanza e sistema produttivo deve considerarsi crisi del sistema capitalistico in sé o si tratta di crisi congiunturale

---

\* Professore ordinario di diritto commerciale, Università di Roma Tre, Facoltà di Giurisprudenza.

<sup>1</sup> Sulle cause prossime e remote della crisi vedi, fra i tanti, S. ZAMAGNI, *La lezione e il monito di una crisi annunciata*, *Working Paper* n. 56, novembre 2008.

dovuta ad abusi delle regole di mercato e ad avidità di alcuni operatori? assistiamo insomma ad una “crisi di civiltà” o ad alcune “mele marce” e a singoli “fallimenti di mercato”, cui è possibile porre rimedio pur sempre nell’ambito del sistema capitalistico complessivo?

Nella seconda metà del Novecento si sono venute elaborando teorie e modelli che si pongono come alternativi al modello classico dell’economia di mercato. E questi modelli vengono oggi invocati come possibili strumenti tesi a favorire l’uscita dalla crisi del capitalismo e a promuovere uno sviluppo sostenibile e rapporti sociali più equi.

Ci si intende riferire in particolare a tre filoni di studi che aspirano a porsi come vere e proprie teorie scientifiche, supportate da analisi e sperimentazioni: a) *l’economia della felicità*, che ha preso avvio nella metà degli anni Settanta del secolo scorso da approfondimenti psicologici e sociologici assurti agli onori di riconoscimenti importanti da parte della comunità scientifica; b) *la teoria della decrescita* (felice o conviviale), che vede fra i suoi maggiori esponenti il filosofo Serge Latouche; e c) *l’economia del dono*, che trae spunto da un noto “Saggio sul dono” del sociologo e antropologo Marcel Mauss, scritto fra il 1923 e il 1925, e che trova in Alain Caillé e nel *Movimento Anti-Utilitarista nelle Scienze Sociali*, nato nel 1981 (con la relativa rivista), le espressioni più significative di questa teoria, peraltro fortemente evocata nell’Enciclica di Benedetto XVI *Caritas in Veritate*.

Ma prima di soffermarci sui modelli alternativi, è opportuno delineare in termini sintetici i contenuti e i presupposti su cui si fonda il modello dell’economia di mercato.

## 2. *I presupposti antropologici e le condizioni dell’economia di mercato: utilitarismo, comportamentismo e consequenzialismo.*

Secondo una nota definizione fornita da Ludwig von Mises, “l’economia di mercato è il sistema sociale della divisione del lavoro e della proprietà privata dei mezzi di produzione. Ognuno agisce per proprio conto; ma le azioni di ognuno tendono tanto alla soddisfazione dei bisogni degli altri che dei propri. Agendo, ognuno serve i suoi concittadini. D’altra parte, ognuno è servito dai suoi concittadini. Ognuno è in sé stesso mezzo e fine; fine ultimo per sé stesso e mezzo per gli altri nei loro tentativi di raggiungere i propri fini”<sup>2</sup>.

In sostanza *l’economia di mercato* si traduce nello “scambio di equivalenti”, secondo un meccanismo che vede una pluralità indefinita di operatori che offrono e domandano beni e servizi senza imposizioni esterne, determinando così il “prezzo” di mercato dello scambio. L’esito più favorevole di tale meccanismo si apprezza in termini di “giustizia retributiva” (scambio di equivalenti), ma esso trascura in quanto tali le questioni di “giustizia distributiva” nella società, partendo dalla teorizzazione di un *homo oeconomicus* come individuo razionale la cui azione è mossa dal principio di *massimizzazione dell’interesse personale*. L’equilibrio collettivo e sociale non è che la conseguenza di questa razionalità individuale: la “mano invisibile” del mercato rende gli scambi “efficienti” e consente di raggiungere il miglior risultato possibile.

D’altro canto è a tutti ben presente l’icastica descrizione che ne fa Adam Smith, unanimemente riconosciuto come il padre dell’economia moderna: “Non è certo dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo il nostro pranzo, ma dal fatto che essi hanno cura del proprio

<sup>2</sup> L. VON MISES, *L’azione umana*, in L. VON MISES, F. VON HAYECK, *Il realismo politico*, Giuffrè, Milano, 1989, 199.

interesse. Noi non ci rivolgiamo alla loro umanità, bensì al loro egoismo, e con loro non parliamo mai dei nostri bisogni, bensì dei loro vantaggi»<sup>3</sup>.

Secondo molti pensatori questo modello economico pone capo ad una forma di utilitarismo individuale (o personale) e di comportamentismo psicologico.

Il principio di massimizzazione dell'interesse personale coinciderebbe con il principio di massimizzazione dell'utilità individuale (si pensi alla scuola dell'utilità marginale<sup>4</sup>), intesa come piacere o assenza di dolore suscettibile di calcolo e dunque di quantificazione. L'utilitarismo nella versione originaria (Jeremy Bentham) non disconosce la felicità o benessere sociale, ma ne fa una nozione di tipo aggregativo, concepita come sommatoria delle felicità o utilità individuali, per cui la "giustizia" coincide con "il massimo della felicità per il massimo numero di persone". Si tratta anche di una forma di consequenzialismo, di una teoria dell'azione morale orientata alle conseguenze: un'azione è moralmente giusta non per l'intenzione che la muove, ma per l'utilità che produce. E in definitiva molte regole vengono oggi costruite sulla base di una analisi costi-benefici che è applicazione dei principi utilitaristici<sup>5</sup>.

Nel contempo, sul piano della costruzione del modello ideale di "agente economico", l'economia di mercato sembra fondarsi su istanze fortemente semplificatrici, in cui il soggetto è guidato da un principio di razionalità delle decisioni inteso come "capacità di risolvere problemi di massimo vincolato" (senza tener conto di un modello di "mente" più articolato, che integri motivazioni, credenze, desideri e scopi dell'agente), e sul presupposto del comportamentismo psicologico, secondo cui i processi decisionali possono analizzarsi non in sé, in quanto non osservabili, ma tenendo conto dei comportamenti come fatti osservabili<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> A. SMITH, *Indagine sulla natura e sulle cause della ricchezza delle nazioni*, 1776, trad. it., Isedi, Milano, 1973, 18. Ovviamente v'è chi osserva che in Smith "convivono le concezioni tanto dell'individualismo economico, più accentuato nella *Wealth of Nations*, quanto del sistema sociale sviluppato nella *Theory of Moral Sentiment* in cui gioca un ruolo centrale il "prudent man" capace di esercitare il proprio *self-love* in una maniera giudiziosa, simpatetica con le esigenze altrui e non indifferente all'approvazione dei propri simili" (M. LA ROSA, R. RIZZA, P. ZURLA, *Lavoro e società industriale*, FrancoAngeli, Milano, 2006, 23). D'altro canto l'economia classica, di cui Smith - insieme con Ricardo e Mill - è fra i maggiori esponenti, pur costituendo il fondamento del paradigma oggi dominante e noto come "economia neoclassica", non coincide con esso. Cfr. quanto precisato nella nota che segue.

<sup>4</sup> Il "marginalismo" (o "marginal revolution") caratterizza il paradigma dell'economia neoclassica a fronte dell'economia classica. Le sue origini vengono solitamente ricondotte all'opera di tre autori della seconda metà dell'Ottocento: l'inglese W.S. Jevons con la sua *Theory of Political Economy* (1871); l'austriaco C. Menger con i *Principles of Economics* (1871); e il francese L. Walras con *Elements of Pure Economics* (1874-1877). Ma la sua diffusione internazionale è dovuta soprattutto ai *Principles of Economics* (1890) di A. Marshall, divenendo nel Novecento il paradigma dominante fra gli economisti "ortodossi" con gli sviluppi impressi sul piano microeconomico da Sraffa, Chamberlin e Robinson e su quello della teoria generale dell'equilibrio da Pareto, Hayek, Hicks e Arrow e Debreu. Sul piano macroeconomico si parla anche di "sintesi neoclassica" di cui è esponente, fra gli altri, Samuelson, richiamandosi ai principi dell'economia keynesiana.

L'economia classica si differenzia da quella neoclassica per i problemi relativi al presupposto soggettivo delle scelte economiche e alla teoria del valore: la prima si fonda sul comportamento di "categorie" o classi sociali e incorpora una teoria del valore che lo fa coincidere con i "costi di produzione" del bene o servizio (dove la teoria ricardiana del valore/lavoro e gli sviluppi marxiani del plusvalore), con la relativa distribuzione del valore assunto dal prodotto alle categorie che ne hanno consentito la realizzazione (la rendita al proprietario terriero, il salario al lavoratore dipendente, il profitto al capitalista imprenditore/investitore); la seconda si fonda sull'*individualismo metodologico*, per cui il processo decisionale che porta alla scelta economica fa capo ai singoli individui, assunti come egualmente dotati della medesima razionalità coincidente con il fine della massimizzazione del proprio interesse, e su una teoria del valore fondata sulla "utilità" del bene o servizio per il consumatore/fruitoro, e più precisamente sulla *utilità marginale* che è in grado di apportare l'ultima unità del bene/servizio consumata o fruita. Donde la nozione di marginalismo.

<sup>5</sup> Naturalmente nel tempo si sono sviluppate varie forme di utilitarismo: dall'utilitarismo individuale all'utilitarismo sociale; dall'utilitarismo dell'atto all'utilitarismo della regola. Fra i tanti, si rinvia a C.A. VIANO, *L'utilitarismo*, in C.A. VIANO, E. LECALDANO (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Bollati-Boringhieri, Torino, 1990.

<sup>6</sup> Cfr. R. PATALANO, *La mente economica*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 4 s. e 38 s. Il comportamentismo nasce negli Stati Uniti ad opera di J.B. Watson che reagisce, dapprima con il Manifesto 1913 e poi con i lavori *Psychology from standpoint of a*

La nascita dell'economia classica e di mercato si inserisce così in pieno nel contesto maturo del razionalismo illuministico settecentesco, che peraltro si era espresso in termini di "felicità pubblica" nei disegni riformatori dei primi illuministi italiani (da Genovesi a Palmieri a Muratori e a Pietro Verri), per trasformarsi poi in "felicità individuale" nelle realizzazioni politico-costituzionali della Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America: "Noi consideriamo verità di per sé evidenti, che tutti gli uomini sono stati creati uguali e che il Creatore li ha dotati di alcuni diritti inalienabili, tra i quali la vita, la libertà ed il *perseguimento della felicità*".

Nella seconda metà dell'Ottocento e per tutto il Novecento, il paradigma neoclassico e il positivismo accentuano l'individualismo metodologico e i modelli matematizzati e astratti fondati sulla legge della domanda e dell'offerta e sulla ricerca di equilibri parziali o generali.

### 3. *Critiche tradizionali e critiche recenti.*

Il modello di sviluppo rappresentato dall'economia di mercato è stato ben presto assoggettato a critiche e correzioni.

Critiche tradizionali hanno sottolineato che un mercato efficiente (che come si è già detto non produce necessariamente equità distributiva) presuppone la realizzazione di condizioni ideali difficilmente riscontrabili nella realtà operativa. In particolare esso implica: a) concorrenza perfetta (piena ed effettiva) con libertà di accesso ai singoli mercati; b) trasparenza informativa; c) assenza di esternalità, cioè di costi che si trasferiscono sui terzi (costi ambientali, costi sociali, etc.). Il modello ideale non si dà mai allo stato puro nella pratica quotidiana: necessita di continue correzioni e subisce "fallimenti" soprattutto nella produzione dei "beni pubblici" anche a causa del fenomeno del "free rider", su cui l'economia di mercato non è in grado di operare.

Critiche più recenti, fondate su analisi sociologiche e di psicologia cognitiva e sperimentale, hanno contestato il fondamento antropologico dell'economia di mercato: sul piano individuale (microeconomico) – si è osservato – i processi decisionali effettivi dell'uomo non corrispondono al modello astratto dell'*homo oeconomicus*, le motivazioni dell'agire umano sono più complesse e meno "razionali" rispetto al modello costruito dall'economia classica o anche neo-classica, e di tanto anche la teoria economica dovrebbe tener conto (nel 2002 lo psicologo cognitivo Daniel Kahneman e l'economista sperimentale Vernon Smith furono insigniti del premio Nobel per l'Economia, proprio per i loro studi che mettevano in discussione la razionalità dell'*homo oeconomicus* della teoria neoclassica)<sup>7</sup>; sul piano comunitario (macroeconomico) il principio di "accumulazione capitalistica" ovvero della crescita continua/illimitata non solo è di per sé erroneo ed insostenibile ma si rivela a lungo termine

---

*behaviourist* del 1919 e *Behaviourism* del 1930, alle correnti di pensiero che privilegiavano l'introspezione come strumento di indagine psichica, spostando l'attenzione a fenomeni oggettivamente osservabili, quali il comportamento umano.

<sup>7</sup> Vedi R. PATALANO, (nt. 6), 4, la quale, inserendosi nel filone della "economia cognitiva" che a fronte del comportamentismo è tornata allo studio dei processi decisionali della mente, sottolinea come l'economia tradizionale si sia evoluta guidata da esigenze di semplificazione facendo riferimento ad un "unico soggetto ideal-tipico e anonimo", laddove gli economisti cognitivi ritengono che "le differenze intersoggettive siano significative per l'analisi e possano essere rappresentate, senza privare la teoria del suo carattere di oggettività". Cfr. anche, per una critica antropologica, A. CAILLÉ, *Critica dell'uomo economico. Per una teoria anti-utilitarista dell'azione*, Il melangolo, Genova, 2009, con un significativo saggio introduttivo di Francesco Fistetti.

distruttivo, poiché si scontra con il limite biofisico delle risorse naturali e con i relativi costi ambientali, nonché con il limite sociale in quanto provoca pericolose ineguaglianze e dissolve i legami sociali<sup>8</sup>.

Di qui la ricerca di strade alternative.

#### 4. *L'economia della felicità.*

*L'economia della felicità* parte da una duplice constatazione.

Le economie di mercato, nel presupposto proprio alla “psicologia comportamentale” che la felicità individuale – in quanto “stato d’animo soggettivo” – è grandezza non misurabile, tendono a calcolare lo sviluppo del benessere aggregato di una comunità attraverso indici che ne rilevano la ricchezza o la redditività materiale. E in proposito si utilizza diffusamente il PIL (GDP in inglese), che però è da molti criticato come idoneo misuratore dello sviluppo complessivo di una società.

In secondo luogo si assiste ad uno strano paradosso, già rilevato nel 1974 da Easterlin (economista dell’Università della California Meridionale), secondo cui, pur essendo cresciuti in misura considerevole dal dopoguerra in poi i livelli della ricchezza e del reddito individuali nei Paesi occidentali, la *felicità percepita* dalle persone non è aumentata di pari grado ed il rapporto fra reddito e felicità presenta un andamento a curva di U rovesciata.

A proposito della fallacia del PIL (come osserva Giorgio Nebbia<sup>9</sup>), si può ricordare quanto ebbe ad affermare Robert Kennedy l’8 marzo 1968 nel corso della campagna elettorale: “Troppo e troppo a lungo nel nostro paese abbiamo fatto coincidere i valori della nostra società con la pura e semplice accumulazione delle cose materiali. Il nostro prodotto interno lordo è oggi (1968) di 800 miliardi di dollari, ma se dovessimo misurare il valore del nostro paese dal PIL ci accorgeremmo che esso comprende l’inquinamento dell’aria e la pubblicità delle sigarette e le ambulanze per sgombrare le nostre strade dai morti e feriti per incidenti stradali. Comprende il costo delle serrature di sicurezza delle nostre case e quello delle prigioni per coloro che la violano. Comprende la distruzione delle nostre foreste e la perdita del paesaggio distrutto dall’edilizia selvaggia. Aumenta con la produzione di napalm, missili e testate nucleari e dei veicoli blindati della polizia per fermare le rivolte nelle nostre strade. Comprende le armi e i coltelli e i programmi televisivi che esaltano la violenza per vendere giocattoli per i nostri figli. Il prodotto interno lordo non tiene conto della salute dei nostri figli, della qualità della loro istruzione, della gioia dei loro giochi. Non comprende la bellezza della poesia o la solidità dei valori familiari; non tiene conto della giustizia dei nostri tribunali e della integrità dei pubblici funzionari. Non misura la nostra arguzia né il nostro coraggio, né la nostra conoscenza e la solidarietà verso il prossimo. Esso misura tutto, all’infuori di quello che rende la vita meritevole di essere vissuta. E ciò è vero sia per l’America sia per tutti i paesi del mondo”.

E sempre Giorgio Nebbia ci rammenta che “indicatori del benessere e dello sviluppo – qualunque cosa significhino queste parole – diversi dal PIL sono stati proposti molte volte negli anni

---

<sup>8</sup> Cfr. Z. BAUMANN, *Capitalismo parassitario*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 4: “Il capitalismo, per dirla crudamente, è un sistema *parassitario*. Come tutti i parassiti, può prosperare per un certo periodo quando trova un organismo ancora non sfruttato del quale nutrirsi. Ma non può farlo senza danneggiare l’ospite, distruggendo quindi, prima o poi, le condizioni della sua prosperità o addirittura della sua sopravvivenza”.

<sup>9</sup> G. NEBBIA, *La fallacia del PIL*, in *Villaggio Globale* 11, (44) (dicembre 2008) e in <http://www.fondazionemicheletti.it/nebbia/sm-3008-fallacia-del-pil-vg-44-2008/>.

passati; fra questi si possono ricordare l' "Indice di sviluppo umano", proposto dal programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo; il "Genuine progress indicator"; l'indicatore "Felicità nazionale lorda"; l'"Indice del benessere economico sostenibile" che propone di includere nel bilancio monetario il costo del degrado ambientale, il deprezzamento del capitale naturale, a dire il vero tutte grandezze di non facile misurazione in unità monetarie; il "Benessere nazionale lordo", il "Costo interno lordo", come diceva Boulding, eccetera. Un diffuso indicatore è rappresentato dalla "Impronta ecologica", un numero che corrisponde al numero di ettari di pianeta su cui "pesa" ciascuna persona o ciascun paese, partendo dal presupposto che ogni chilowattora di energia, ogni chilo di ferro o di patate, ogni metro di tessuto usati alterino l'ambiente in maniera corrispondente alla capacità di depurazione o di rifornimento di risorse di una frazione o di un multiplo di ettaro "standard" della Terra".

Non è questa la sede per l'approfondimento del tema correlato ai più idonei misuratori dello sviluppo umano<sup>10</sup>. Sta di fatto che non solo il più diffuso indice utilizzato dagli Stati è ampiamente contestato, ma è altresì contestato l'assunto di base secondo cui non è possibile misurare la "felicità" come stato d'animo individuale. Indagini condotte da psicologi cognitivi (che studiano i processi decisionali) e da neuroscienziati, attraverso metodologie basate su interviste per campioni e misurazioni dell'attività elettromagnetica del cervello, tendono a dimostrare che la felicità è grandezza oggettiva e misurabile.

Quanto al paradosso di Easterlin, anche indagini sociologiche successive tendono a confermare che la felicità non coincide con l'incremento del reddito individuale e ribadiscono che nel lungo periodo, mentre il reddito *pro capite* aumenta costantemente, la felicità rimane sostanzialmente invariata (dati provenienti da indagini Eurostat-Eurobarometro su un periodo che va dal 1975 al 1992); la soddisfazione media riportata dagli europei era, nel 1992, praticamente allo stesso livello di 20 anni prima, a fronte di un considerevole aumento del reddito *pro capite* nello stesso periodo; e risultati molto simili si ottengono anche per gli Stati Uniti. Ciò è rilevabile non solo dalle dichiarazioni soggettive ma anche dai dati statistici: malattie mentali (ansia, depressione), consumo di droghe e psicofarmaci, alcoolismo, suicidi in continuo aumento segnalano disagi crescenti nonostante incrementi reddituali, prolungamenti dell'aspettativa di vita e miglioramenti di condizioni igieniche.

Le spiegazioni offerte sono molteplici, alcune più criticabili altre parziali<sup>11</sup>. Ma i sostenitori dell'economia della felicità puntano il dito soprattutto sul deterioramento progressivo dei cd. "beni relazionali" (e ambientali), per cui la felicità (F) è rappresentata come funzione tanto del Reddito individuale (I) quanto dei beni relazionali (R) ( $F=f(I,R)$ ).

I beni relazionali rappresentano fattori esterni ed interni che condizionano la percezione della felicità individuale; se ne segnalano almeno sette: relazioni familiari, situazione economica, lavoro, comunità in cui si vive e relazioni amicali, salute, libertà personale e valori personali. E se scienza e progresso tecnologico hanno indubbiamente contribuito a migliorare taluni di questi fattori (salute, situazione economica, qualità del lavoro), altri hanno subito un deciso peggioramento (relazioni familiari, forza e sicurezza della comunità, valori solidali fondati sull'altruismo...). La conseguenza è una sorta di "vuoto etico" che viene favorito dalla crescente competizione interindividuale (cd. darwinismo sociale) e dalla smithiana mano invisibile.

<sup>10</sup> Al riguardo vedi il c.d. *Rapporto Stiglitz* o *Rapporto della Commissione Sarkozy sulla misura della performance dell'economia e del progresso sociale*, novembre 2010, in <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr>.

<sup>11</sup> Per una efficace sintesi v. A. MAGLIULO, *Economia e felicità. La teoria austriaca dei beni relazionali da Menger a Robbins*, in *Storia del pensiero economico*, 2008, 2, 5 ss.

La proposta avanzata dai sostenitori dell'economia della felicità (R. Layard, D. Kahneman, L. Bruni, S. Bartolini) invita le politiche pubbliche e le azioni private a perseguire la felicità, intesa come "bene comune" secondo il principio benthamiano della felicità collettiva massima possibile, ma partendo dal principio di equità, ovvero dalla massima kantiana secondo cui occorre trattare ogni uomo sempre come fine e mai come mezzo e quindi applicando la massima cristiana: non fare agli altri ciò che vorresti non fosse fatto a te.

In questa prospettiva occorre promuovere i fattori che producono felicità, in particolare i "beni relazionali" (senza una visione paternalistica di "bene comune"), in modo tale che il principio che ne deriva offra il criterio per: a) risolvere conflitti fra regole esistenti; b) adeguare le regole alle nuove esigenze; c) interpretare le regole vigenti. Si pensi, per esempio, alla funzione svolta dagli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana<sup>12</sup>.

### 5. *L'economia della decrescita.*

Se l'economia della felicità punta a un diverso modello di sviluppo che miri a valorizzare i beni relazionali, *l'economia della decrescita*, affermata a partire dagli anni Sessanta del Novecento ad opera in particolare del filosofo Serge Latouche, trae spunto invece proprio dalla critica radicale alla nozione di "sviluppo" e alla teoria dello "sviluppatismo", elaborata dopo la seconda guerra mondiale e abbracciata in particolare dal presidente americano Harry Truman (1949), nel presupposto di una divisione del mondo in paesi del Nord e paesi del Sud ovvero in paesi sviluppati e paesi sottosviluppati. Lo sviluppatismo, inizialmente teorizzato come politica di aiuto solidale che i paesi del Nord avrebbero dovuto fornire ai paesi del Sud per agevolarli nel perseguimento dello sviluppo economico, è stato considerato dai critici uno strumento di neo-imperialismo e una mascherata continuazione della politica di *colonizzazione* dei paesi di nuova indipendenza.

Lo sviluppatismo predica l'effetto sgocciolamento (*trickle down effect*), nel senso che, favorendo lo sviluppo dell'economia nel suo complesso, i benefici si trasmetteranno automaticamente dagli strati ricchi agli strati poveri della popolazione (ricorda molto da vicino la polemica fra esigenze redistributive e incremento della produttività, quale presupposto per consentire l'aumento salariale ai lavoratori dell'impresa).

I teorici della decrescita ritengono che questa visione dello sviluppo sia astratta, poiché lo sviluppo reale si è tradotto nella mercificazione dei rapporti umani e dei rapporti con la natura nonché nella sostanziale occidentalizzazione del mondo. Esso si nutre di almeno tre paradossi: a) il "paradosso della creazione dei bisogni", poiché la crescita economica pretende di soddisfare i bisogni fondamentali dell'umanità attraverso la creazione di tensioni psicologiche e di frustrazioni; b) il "paradosso dell'accumulazione e delle disuguaglianze", che si basa sull'idea di ingrandire la torta, piuttosto che disputarsi le fette di una piccola torta, in modo che ognuno ne abbia una fetta più grande e che tutti ne abbiano a sufficienza. Di fatto, però, l'accumulazione non è possibile senza che si accompagni ad una grande disuguaglianza dei redditi; c) il "paradosso ecologico", per cui si continua a produrre qualsiasi

---

<sup>12</sup> R. LAYARD, *Happiness: Lessons from a New Science*, Penguin Books, London, 2005 (la 2a ed. aggiornata è del 2011); trad. it. *Felicità: la nuova scienza del benessere comune*, Rizzoli, Milano, 2005. Ma v. anche D. KAHNEMAN, *Economia della felicità*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007; P. SACCO, S. ZAMAGNI, *Teoria economica e relazioni interpersonali*, Il Mulino, Bologna, 2006; L. BRUNI, S. ZAMAGNI, *Economia civile: efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004. L'economia della felicità si richiama spesso anche alla teoria dei giochi e al noto dilemma del prigioniero, per sottolineare la maggiore efficienza delle azioni cooperative a fronte di quelle competitive.

cosa, anche a prezzi elevati, senza tener conto del fatto che man mano che passa il tempo aumentano anche i costi per far fronte all'inquinamento ambientale.

La teoria della decrescita non vede con favore neppure le attenuazioni del concetto di sviluppo, che cercano di dare un volto umano allo sviluppismo, parlando allora di sviluppo sociale, di sviluppo durevole o sostenibile, poiché l'accento cade pur sempre e comunque sull'aspetto "economico"; auspica un'altra economia, una diversa razionalità, una diversa concezione di spazio e di tempo. Lo sviluppo realmente esistente è diventato il saccheggio senza limiti della natura e produce l'omologazione del pianeta, con il genocidio di tutte le culture differenti da quella occidentale.

Di qui le due proposte ricostruttive: la decrescita conviviale e l'accentuazione del localismo.

Occorre favorire la decrescita innanzitutto rinunciando all'immaginario economico, cioè alla credenza che "di più" è uguale a "meglio"; occorre uscire dall'ottica della necessità dei bisogni socialmente costruiti e mettere in discussione il dominio dell'economia sulla vita, ma soprattutto il dominio dell'economia sulle nostre teste. La decrescita ha come obiettivo quello di segnare il fondamentale abbandono del perseguimento della *crescita per la crescita*<sup>13</sup>.

È necessario rivitalizzare l'*humus* locale sia nel Nord che nel Sud del mondo, perché anche in un mondo globalizzato si vive localmente; evitare che il "glocale" serva da alibi al proseguimento della desertificazione del tessuto sociale.

In quei paesi esclusi dall'economia mondiale è riuscita a nascere un'altra economia (cosiddetta *economia informale*, anche se Latouche preferisce parlare di *società vernacolare*): i "naufraghi dello sviluppo" producono e riproducono la loro vita, al di fuori del circuito ufficiale, attraverso strategie relazionali.

## 6. L'economia del dono.

La critica che i sostenitori della decrescita muovono all'economia di mercato capitalistica è diretta, dunque, fondamentalmente al principio di accumulazione che presuppone una crescita illimitata<sup>14</sup>.

L'*economia del dono*, a sua volta, attacca un altro principio basilare dell'economia neoclassica, e cioè lo "scambio di equivalenti" su cui si fonda il prezzo di equilibrio delle relazioni mercantili. L'economia del dono è invece una forma di economia basata sul "valore d'uso" degli oggetti, sulla capacità di un bene o di un servizio di soddisfare un dato fabbisogno.

Tuttavia, anche nel "dono" – si riconosce – è presente un elemento di "reciprocità", sia a livello individuale sia a livello di comunità; e in certe culture ciò tende a farsi norma sociale.

Come si è sottolineato in apertura, questo settore di studi economici trae spunto dal "Saggio sul dono" (1925) del sociologo e antropologo francese Marcel Mauss (nipote e allievo di Durkheim), che

---

<sup>13</sup> Di qui una sorta di manifesto programmatico basato sulle sei R: "**Rivalutare** i valori nei quali crediamo e sui quali organizziamo la nostra vita; **Ristrutturare** l'apparato di produzione e i rapporti sociali in base al cambiamento dei valori; **Ridistribuire** le ricchezze e l'accesso al patrimonio culturale; **Ridurre** l'impatto sulla biosfera dei nostri modi di produrre e di consumare; **Riutilizzare** i beni d'uso; **Riciclare**". In verità Serge Latouche sostiene che è improprio parlare di "teoria della decrescita", poiché il termine non identifica "un modello pronto per l'uso", ma piuttosto "uno slogan politico con implicazioni teoriche" diretto a favorire l'abbandono dell'obiettivo della "crescita per la crescita" con le sue disastrose conseguenze (*La scommessa della decrescita*<sup>4</sup>, Milano, 2012, 11 ss.).

<sup>14</sup> E vedi anche Zygmunt Baumann con il suo *pamphlet* sul *Capitalismo parassitario*, (nt. 8), 4 s.: "Il capitalismo, per dirla crudamente, è in sostanza un sistema *parassitario*. Come tutti i parassiti, può prosperare per un certo periodo quando trova un organismo ancora non sfruttato del quale nutrirsi. Ma non può farlo senza danneggiare l'ospite, distruggendo quindi, prima o poi, le condizioni della sua prosperità o addirittura della sua sopravvivenza".

studiò alcune società indigene che basavano la loro economia per l'appunto sul dono, piuttosto che sugli scambi monetari. Il rituale del *Potlatch*<sup>15</sup>, praticato da tribù indiane collocate sulla costa nord-ovest del Canada e degli Stati Uniti e in molte altre zone del Pacifico<sup>16</sup>, si svolgeva nel corso di ricevimenti offerti da un clan o da un gruppo leader all'interno del clan ad altri clan vicini o comunque ai propri ospiti e consisteva in uno scambio spontaneo di ricchezza o di doni, che potevano avere carattere materiale (cibi secchi, zucchero, piante, etc.) o culturale (canti e danze). Il più delle volte questi rituali si svolgevano durante l'inverno, poiché nei mesi caldi si andava a caccia e si accumulavano risorse, e comunque si svolgevano in occasioni particolari come nascite, matrimoni, compleanni. Avevano una sostanziale funzione di redistribuzione della ricchezza basata sul principio della volontarietà che tuttavia creava nel donatario l'obbligazione morale del contro-dono. Esprimeva altresì nel clan o tra clan anche una relazione di potere e di gerarchia sociale, nella misura in cui la distribuzione avveniva da parte della famiglia o della tribù più potenti nei confronti di quelle più povere<sup>17</sup>.

L'analisi sociologica e antropologica del "dono" individua tre elementi che si succedono normalmente: il dare del donante, il ricevere del donatario (in quanto il bene o servizio deve essere accettato), il contraccambiare. In tal modo il dono si caratterizza per la reciprocità e per l'ambivalenza: esso si fonda su un principio di libertà, ma nel contempo crea nel donatario l'obbligo quantomeno morale del ricambiare, obbligazione che tende a trasformarsi in norma sociale. Si tratta comunque di un istituto basato sulla fiducia e, secondo alcuni, sull'amore.

Nelle società moderne l'economia del dono sembra fondare numerose attività che vanno sotto l'etichetta di "economia solidale" o di "volontariato" o di "terzo settore". La mutualità è una delle forme più tradizionali<sup>18</sup>.

Più di recente, per esempio, si sono sviluppati "centri di scambio locale" durante la crisi argentina del 1988-2001 per far fronte alla disoccupazione e favorire scambi economici non monetari. Analoghi sistemi sono le cd. "banche del tempo".

Nel settore medico i sistemi di donazione del sangue sembrano rispondere ad un principio di gratuità assoluta, con reciprocità assente o del tutto indiretta.

Altri esempi sono diffusi soprattutto nella "società dell'informazione", mediante i numerosi "free software", i programmi "open source" e le molteplici comunità di scambio di risorse musicali, librerie e documentali poste in rete.

Una particolare attenzione all'economia del dono proviene da ambienti cristiani, anche sulla spinta di alcune recenti encicliche papali. La *Centesimus annus* di Giovanni Paolo II ha sottolineato la necessità di costruire un sistema socio-istituzionale fondato su tre "soggetti": Mercato, Stato e Società civile, individuando in quest'ultima il luogo più idoneo a sviluppare una economia della gratuità e della fratellanza. Benedetto XVI nella *Caritas in veritate* ha sostenuto che l'economia del dono è una forma

<sup>15</sup> Si tratta di termine di un dialetto indiano (il *Chinook*) che significa per l'appunto "donare".

<sup>16</sup> Nelle isole della Melanesia è noto il rituale del *Kula*, fatto di doni e controdoni.

<sup>17</sup> Il che ha fatto dubitare a Derrida che si sia di fronte ad una vera espressione di gratuità (J. DERRIDA, *Donare il tempo. La moneta falsa*, Raffaello Cortina, Milano, 1996; originale del 1991).

Questi rituali furono vietati dal governo canadese nel 1884 e da quello statunitense parimenti verso la fine dell'Ottocento, su pressione dei missionari e degli agenti governativi che consideravano il potlatch "una consuetudine più cattiva che inutile", in quanto talvolta le riunioni si concludevano con una competizione esasperata che induceva alla distruzione degli stessi beni donati. Il divieto è stato abolito in Canada solo nel 1951, poiché le popolazioni indigene hanno reclamato il ripristino delle consuetudini culturali dei propri antenati.

<sup>18</sup> Interessanti sviluppi in S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006 (ed. ampliata 2009), 117 ss. con particolare riferimento al capitolo 3 dedicato a "Il dono".

concreta e profonda di democrazia economica, che può alimentare la solidarietà e la responsabilità per la giustizia e il bene comune presso vari soggetti.

### 7. *Qualche riflessione per il giurista.*

Quali riflessioni possono essere sviluppate dal giurista dopo questa breve rassegna dei cd. modelli alternativi all'economia di mercato? Le ricadute sono, in verità, molteplici e di vario significato. E' ovvio che in questa sede è possibile indicare solo alcuni spunti senza pretese di completezza o di analitica argomentazione, al fine di offrire un contributo all'avvio di un dibattito in gran parte ancora tutto da costruire. E' parimenti ovvio che molte osservazioni affondano le proprie radici nella storia recente e meno recente della nostra cultura giuridica e delle nostre istituzioni.

Vi è un primo spunto che si colloca sul piano della teoria generale. E' ormai da tempo superato il mito razionalistico e positivistico delle scienze "pure", ivi compreso il "diritto puro". La pretesa kelseniana, pur comprensibile difesa in tempi di oscurantismo politico, di liberare il diritto da ogni elemento estraneo (ideologico o sociologico), rischia di tradursi in vuoto formalismo e in un disegno di eccessiva astrazione, analogamente alla razionalità dell'*homo oeconomicus* della teoria economica neoclassica, astrazione dietro cui si celano spesso precise scelte ideologiche e antropologiche. Strumento di analisi di alcune specificità del momento giuridico (la norma come qualificazione giuridica del fatto sociale), il normativismo trascura la circostanza che la costruzione dell'ordinamento giuridico non può prescindere dai contenuti valoristici che esso intende promuovere (senza con ciò trasformarsi in Stato etico). E del resto, in questa direzione si muovono le scelte compiute dalla nostra Costituzione repubblicana, quando pone al centro del proprio disegno istituzionale la "persona", al contempo individuo e componente di formazioni sociali. La necessità di recuperare all'analisi giuridica gli apporti che provengono da altre discipline, la cui distinzione è mossa dai limiti gnoseologici della nostra capacità di comprensione, discende dalla inscindibile unitarietà vivente di individuo e società cui il diritto è applicato<sup>19</sup>.

Un secondo elemento di riflessione ripropone il dibattito costituzionale sui fondamenti del nostro diritto dell'economia: un dibattito che il sempre stimolante Natalino Irti ebbe a provocare verso la fine degli anni Novanta del secolo scorso a proposito della rilevata e supposta antinomia fra l'interventista art. 41 della nostra Costituzione e i principi di liberismo economico incorporati nel Trattato dell'Unione Europea<sup>20</sup>. E in questo caso temi costituzionali si intrecciano con temi di teoria generale, a proposito del rapporto fra diritto ed economia. Irti si oppone ai "laudatori" dell' "economia naturale", che considerano l'economia un *prius* rispetto al diritto e ne fanno discendere la "neutralità politica" e la "competenza tecnocratica" delle leggi economiche e dunque delle leggi dell'economia di mercato. Forse è eccessivo il ribaltamento che egli opera, affermando che la priorità logica va data al diritto, alla regola che governa l'economia, poiché a me sembra che i due momenti siano consustanziali.

<sup>19</sup> V'è chi in verità va anche oltre il paradigma personalistico, prendendo a riferimento dell'ordinamento giuridico l' "essere vivente", secondo una linea di sviluppo del pensiero filosofico che si assume come caratterizzante la stessa "filosofia italiana": cfr. per il discorso giuridico E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008; S. RODOTÀ, (nt. 18); e nella prospettiva più ampia R. ESPOSITO, *Pensiero vivente*, Einaudi, Torino, 2010. Quanto alla esigenza di recuperare l'interdisciplinarietà del sapere, in particolare nel settore della finanza, v. F. VELLA, *Capitalismo e finanza*, Il Mulino, Bologna, 2011, 7 ss.

<sup>20</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998; cui fece seguito AA.VV., *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1999, con i contributi, fra gli altri, di Draghi, Elia, Iudica, Libertini, Libonati, G. Rossi e Schlesinger.

Su un punto sembra doversi comunque concordare: l'ordine del mercato è necessariamente anche un ordine giuridico e dunque espressione di una opzione decisionale dell'autorità preposta all'ordinamento giuridico (sia essa il principe o il popolo sovrano). "L'economia di mercato – osserva Irti – è *uno tra i possibili contenuti della decisione politica e della scelta legislativa*. Non un contenuto *imposto* da esterne leggi di natura, ma *proposto* da uomini ad altri uomini, e da questi avversato o condiviso, accolto o rifiutato"<sup>21</sup>. E a proposito di decisione politico-legislativa, gli sembra di cogliere una irriducibile antinomia fra la nostra costituzione economica e quella dell'Unione Europea, fra la scelta dell'interventismo statale della Costituzione repubblicana del 1948 e il modello di economia di mercato fatto proprio dalle istituzioni comunitarie.

Non intendo entrare nel merito del dibattito così impostato, che ha visto già esprimersi molte ed autorevoli voci. Intendo solo segnalare che l'alternativa Stato interventista e mercato liberista appare riduttiva, rispetto alle spinte che provengono dalla crisi attuale e dai modelli alternativi che sono stati in precedenza delineati. I sostenitori dell'economia del dono aggiungono un terzo protagonista a Stato e mercato, parlando di "società civile" e di "economia civile"<sup>22</sup>. E v'è chi teorizza, anche sulla base del principio di sussidiarietà introdotto sia nei Trattati europei sia nella Costituzione italiana, un modello di poliarchia<sup>23</sup>, ove i centri di governo e di esercizio delle attività economiche si moltiplicano in funzione di una molteplicità di momenti causali (impresa pubblica, impresa privata, impresa sociale). Del resto non si può neppure dimenticare che la stessa Unione Europea, con la modifica del 2010 nel Trattato di Lisbona, fa espressamente riferimento con l'art. 3, par. 3, TUE a un modello di "economia sociale di mercato", senza peraltro rinunciare a obiettivi che possono invero apparire come la quadratura del cerchio. Si propone di perseguire "lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente"; obiettivi che ripropongono principi liberali e democratici, senza rinunciare alla regolazione dei processi necessari a raggiungerli<sup>24</sup>.

Ma questa poliarchia tende sempre più a deterritorializzarsi e a collocarsi in spazi globali e spesso virtuali, per cui le fonti normative rompono il monopolio statale e si atteggiano con una molteplice gradualità di vincolatività (e vedi le varie espressioni di *soft law* o *droit mou*) e con forme di legittimazione che trascendono la sovranità statale e territoriale (si pensi alla vicenda dei principi contabili internazionali e delle "certificazioni" private rilasciate spesso da organismi sovranazionali)<sup>25</sup>.

Un terzo versante di riflessione si colloca ovviamente sul piano della teoria dell'impresa, il cui ammodernamento è da tempo avvertito per l'angusta nozione entro cui si muove il vigente art. 2082 c.c., del tutto conforme alla nozione neoclassica di agente economico. Non v'è dubbio che la normativa è disseminata di figure imprenditoriali eterogenee, ma quella disposizione mantiene il ruolo centrale pur in un quadro articolato e ben più complesso. Analoga vicenda si ripete per il diritto societario, non fosse altro che per la valenza della società quale impresa collettiva. La tradizionale contrapposizione fra

<sup>21</sup> N. IRTI, *Diritto e mercato*, in AA.VV., (nt. 20), VII ss. (in particolare XVI).

<sup>22</sup> S. ZAMAGNI, *Economia civile e nuovo welfare*, in M. BRAY, M. GRANATA (a cura di), *L'economia sociale: una risposta alla crisi*, Solaris, Roma, 2012, 33 ss.

<sup>23</sup> F. CLEMENTI, *Costituzionalismo, sussidiarietà, poliarchia ed economia sociale*, in M. BRAY, M. GRANATA, (nt. 22), 46 ss.

<sup>24</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *A "Highly Competitive Social Market Economy" as a Founding Element of European Economic Constitution*, in *Conc. e mercato*, 2011, 491 ss.

<sup>25</sup> Anche su questi aspetti rinvio a N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006 (nuova ed. accresciuta); nonché a V. DI CATALDO, P.M. SANFILIPPO, *Le fonti private del diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2008; e, nel sottolineare il paradigma sempre più diffuso del "pluralismo sociale", al bel lavoro di A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, Milano, 2010, 187 ss. e 239 ss.

istituzionalismo e contrattualismo si è arricchita dopo la riforma di inizio millennio – com'è noto – delle istanze del neocontrattualismo, che vede nell'operazione societaria un fascio di contratti (*nexus of contracts*), ma che, allocando in capo al *management* soprattutto nella s.p.a., il potere di *governance* più significativo di quel fascio negoziale, fa scivolare la grande impresa verso la logica istituzionale dei "battelli del Reno". Certo è che su teoria dell'impresa e su teoria societaria premono i temi non solo della solidarietà mutualistica e della responsabilità sociale, ma l'esigenza di una rivisitazione che non sia appiattita sui moduli interpretativi della *law and economics* della Scuola di Chicago.

In questa ottica l'assolutizzazione dello *shareholder value* ha evidenziato i pericoli ed anche l'ipocrisia di una tutela volta alla massimizzazione del risultato di breve termine che ha finito per fare il gioco speculativo del *management*.

Da ultimo occorre segnalare che probabilmente la critica alla razionalità individualistica dell'economia di mercato non è senza riflessi sulla modernizzazione delle procedure concorsuali. L'attenzione posta alla salvaguardia degli organismi produttivi, pur attraverso la privatizzazione delle tutele dei creditori nella negoziazione delle soluzioni delle crisi, mostra che la teorica espulsione dal mercato dell'impresa marginale è più agevole da predicare nei modelli astratti che non da auspicare nella realtà sociale.

Una linea di ricerca da perseguire alla luce anche delle osservazioni sin qui sviluppate è comprendere a quale disegno di economia e di società – se ve n'è uno – risponde la recente legislazione dell'emergenza. Ma consentitemi di lasciare ad altri raccogliere questa non semplice sfida.

## Concorrenza e coesione sociale <sup>i</sup>

Mario Libertini (\*)

### SOMMARIO

1. “Concorrenza” e “coesione sociale” sono entrambi beni giuridicamente tutelati.
2. Il contemperamento fra questi due valori dev’essere cercato sul terreno della “sussidiarietà orizzontale”.
3. Difficoltà di contemperamento e opportunità di approfondimento analitico dei due termini.
4. La stratificazione di diversi orizzonti di solidarietà nella civiltà contemporanea e l’importanza della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata.
5. Gli attacchi contro il primato della sfera pubblica: l’egemonia liberistica della fine del XX secolo.
6. La società globalizzata e l’idea di indebolimento strutturale e irreversibile della sfera pubblica.
7. L’idea di irreversibile disgregazione sociale nel mondo globalizzato., Critica.
8. Possibilità di ricostruzione di un’etica pubblica liberale in un mondo globalizzato.
9. La concorrenza come bene giuridicamente tutelato: dall’idea di concorrenza come equilibrio negli scambi e garante del giusto prezzo a quella di concorrenza come processo di distruzione creatrice.
10. La legittimazione della concorrenza dinamica: sostegno dello sviluppo e del benessere, in un quadro di sovranità del consumatore. La concorrenza fra imprese è uno strumento e non un valore in sé.
11. Le critiche radicali alla concorrenza come valore: la concorrenza economica come fattore di disgregazione sociale.
12. Il problema insoluto del controllo dello sviluppo capitalistico.
13. La migliore risposta oggi presente sta nei principi costituzionali dell’ordinamento europeo: sussidiarietà (anche orizzontale) ed economia sociale di mercato.
14. Ritorno al punto centrale della necessità di ricostruzione di un potere pubblico forte e indipendente.

\* \* \*

1. *“Concorrenza” e “coesione sociale” sono entrambi beni giuridicamente tutelati.*

Una riflessione sui temi indicati nel titolo impone di muoversi, sia pure con prudenza, su un terreno storico e filosofico. Vorrei però subito aggiungere che questi temi hanno anche un diretta rilevanza di diritto positivo, nel senso che, attualmente, sia la “concorrenza” sia la “coesione sociale” sono entità espressamente tutelate dall’ordinamento.

Per quanto riguarda la concorrenza (i.e. la concorrenza fra imprese) non ci sono più dubbi sul fatto che essa sia un bene giuridicamente tutelato – anche a livello costituzionale - sia nell’ordinamento europeo sia in quello italiano<sup>1</sup>.

Ma uguale rilevanza di diritto positivo deve attribuirsi al valore della “coesione sociale”. In tal senso suona espressamente l’Art. 3 T.U.E.: “L’Unione promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà fra gli Stati membri”; ed in tal senso deve essere letto (come si tornerà a vedere più avanti), il principio generale di tutela dello “sviluppo sostenibile” (così, ancora nell’art. 3 T.U.E.: “L’Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva...”)<sup>2</sup>.

Anche nel diritto italiano si nota lo stesso fenomeno. La Repubblica tutela la concorrenza (artt. 42, 117 Cost.), ma “richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” (art. 2 Cost.). Nell’organizzazione governativa italiana abbiamo poi un Ministero per lo Sviluppo Economico e un Ministero per la Coesione territoriale; abbiamo anche un Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica. Anche nella legislazione si tende sempre più ad utilizzare come endiadi l’espressione “sviluppo economico e coesione sociale” (v., per es., art. 27, comma 2, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. con l. 22.12.2011, n. 214).

## 2. Il contemperamento fra questi due valori dev’essere cercato sul terreno della “sussidiarietà orizzontale”.

Occorre dunque riflettere sulla compatibilità e sui modi di contemperamento di questi diversi valori ed obiettivi.

Si può subito osservare che quella che, a prima vista, sembra una “quadratura del cerchio”, trova una soluzione normativa, abbastanza diffusa, in termini di complementarietà e di “sussidiarietà

---

\* Professore ordinario di diritto commerciale e diritto industriale, Sapienza Università di Roma, Facoltà di Giurisprudenza.

<sup>1</sup> Mi permetto di rinviare, sul punto, a quanto scritto in M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir. - Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, 551 ss.

Nel diritto vivente italiano, il principio di tutela della concorrenza è ormai affermato, tanto de essere declinato, nella giurisprudenza costituzionale, come principio generale di “liberalizzazione delle attività economiche”: in tal senso i principi di liberalizzazione, affermati da ultimo con il d.l. 1/2012, sono stati considerati non solo costituzionalmente legittimi, ma anche vincolanti per le Regioni e gli enti locali (cfr. Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 8; Corte cost., 27 febbraio 2013, n. 27; Corte cost., 11 marzo 2013, n. 38).

Nel diritto europeo, ove il Trattato di Lisbona ha “declassato” la tutela della concorrenza da obiettivo fondamentale a “strumento”, prevale la convinzione di sostanziale continuità rispetto al passato e quindi di permanenza del valore normativo della tutela della concorrenza (cfr., con riferimento al diritto vivente europeo, B. VAN ROMPUY, *The Impact of the Lisbon Treaty on EU Competition Law: a Review of Recent Case Law of the EU Courts*, in *CPI Antitrust Chronicle*, December 2011, 1 ss.; v. anche M. LIBERTINI, *A “highly competitive social market economy” as a founding element of European economic constitution*, in *Conc. e mercato*, 2011, 491 ss.).

<sup>2</sup> In proposito si è affermato che, con tali indicazioni di principio, “Si tenta di coniugare insieme termini a lungo considerati inconciliabili: dinamismo del mercato, coesione e solidarietà” (A. VIGNERI, *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, in C. DE VICENTIS, A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2006, con riferimento al precedente art. 16 TUE).

orizzontale”<sup>3</sup>: il diritto europeo vuole quanta più concorrenza possibile, ma garantisce anche la presenza di servizi di interesse economico generale e garantisce i diritti sociali degli individui.

Aggiungo che, a mio avviso, questa idea “di primo impatto” è anche quella giusta, nel senso che la concorrenza fra imprese non favorisce di per sé la coesione sociale, ma è necessaria per l’efficienza del sistema economico e per il benessere complessivo: perciò dev’essere tutelata, ma in un quadro di valori che la consideri come uno strumento (insieme con altri) e non come fine a se stessa.

Il problema sta piuttosto nel “come” questa complementarità fra i due valori possa realizzarsi.

E qui si deve francamente riconoscere che la coesistenza fra i due valori non è semplice, né lineare.

Sarebbe facile farsi tentare da un’idea decourbertiniana, per cui una concorrenza ben ordinata cementerebbe la solidarietà complessiva (così come si dice tradizionalmente che accada con la partecipazione in comune a competizioni sportive). Ma si tratterebbe di un’idea bugiarda: a parte la considerazione che essa non funziona bene neanche per le competizioni sportive, né per la competizione fra individui all’interno di organizzazioni stabili, ancor meno questa idea potrebbe funzionare per la concorrenza fra imprese. Questa è una gara in cui i perdenti sono normalmente destinati a scomparire; e la sconfitta delle imprese perdenti porta con sé non solo la perdita di capitali, ma anche il sacrificio degli *stakeholders* (lavoratori, in primo luogo), che su quelle imprese avevano puntato, per volontà o per necessità.

E’ vero che un’economia di mercato concorrenziale ben funzionante realizza risultati di efficienza allocativa: ma questo tipo di efficienza misura la soddisfazione degli individui in termini di beni e servizi acquistabili nei mercati - che è certo una componente fondamentale del “benessere” - ma non misura interamente il benessere collettivo (che è fatto anche della fruizione di beni pubblici), e tanto meno la felicità<sup>4</sup>; per non parlare della coesione sociale.

## 2. *Difficoltà di contemperamento e opportunità di approfondimento analitico dei due termini.*

Dunque, se la coesione sociale è un valore, l’economia di mercato concorrenziale non è l’ambiente più adatto a realizzarlo. Devono esserci altri strumenti sociali e giuridici che sostengano il valore della coesione.

---

<sup>3</sup> Questo è stato l’approccio negli interventi dottrinali che hanno affrontato il tema nei termini lessicali proposti nel titolo di questo intervento. V., oltre a Vigneri (cit. alla nota prec.), C. BUZZACCHI (a cura di), *L’Europa a rete. Il modello delle reti tra concorrenza e coesione sociale*, Giuffrè, Milano, 2011.

E’ questa anche la posizione ufficiale delle autorità europee: v., per es., J. ALMUNIA, *How competition policy contributes to competitiveness and social cohesion*, Lisbon, 14 January 2011 (EU COMM., Speech 11/17), che legge la correlazione fra i due principi in base al tradizionale assunto “*il mercato fin dove è possibile, lo stato dove è necessario*”.

<sup>4</sup> L’idea per cui, superato un certo limite, la crescita economica (misurata in ragione dei beni e servizi acquistabili nei mercati) non aumenti la felicità degli individui, è ormai divenuta luogo comune. V., per es., ad un livello di alta divulgazione giornalistica, L. DE BIASE, *Economia della felicità. Dalla blogosfera al valore del dono e oltre*, Feltrinelli, Milano, 2007). Sul punto si tornerà *infra*, § 12.

La mia tesi è che il contemperamento fra queste due istanze rimane possibile, nel senso della complementarità fra mercati concorrenziali e azione pubblica volta a garantire un livello elevato di beni pubblici e di servizi pubblici, ma non è affatto semplice e lineare; esso richiede scelte consapevoli sul terreno filosofico-politico; scelte difficili perché dovrebbero innestarsi sulla consapevolezza (di solito censurata, o mancante) delle aporie profonde del nostro sistema economico e giuridico.

Per argomentare questa tesi, ritengo opportuno muovere da un tentativo di esercizio analitico, che investirà prima il concetto di “coesione sociale” e poi quello di “concorrenza”.

\* \* \*

4. *La stratificazione di diversi orizzonti di solidarietà nella civiltà contemporanea e l'importanza della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata.*

Cominciando dunque dal primo termine, credo che “coesione sociale” possa definirsi come *riconoscimento reciproco di una comune appartenenza ad una formazione sociale, chiusa o aperta, ma comunque legata da valori e beni comuni e da vincoli di solidarietà, pur nella possibilità di differenze, anche cospicue, di ruoli e di condizioni di vita dei singoli*<sup>5</sup>.

Nelle sue grandi linee, la storia della civiltà umana (intesa come storia delle idee, prima ancora che come storia del diritto e delle istituzioni) ci mostra un processo espansivo degli orizzonti di solidarietà, che appare segnato dai seguenti passaggi idealtipici<sup>6</sup>:

- 1) coesione di branco (fondata su convivenza stabile e sul riconoscimento di gerarchie interne);
- 2) coesione tribale (fondata su vincoli di comune parentela, cioè di discendenza di sangue);
- 3) coesione comunitaria (fondata su vincoli religiosi, linguistici, di costume, di norma collegati alla residenza in un certo territorio);
- 4) coesione feudale (fondata su vincoli relazionali, su base volontaria, di fedeltà/protezione);
- 5) coesione statale/nazionale (monarchie, repubbliche e imperi, non sempre monolitici dal punto di vista religioso; patriottismo);
- 6) coesione umanitaria universalistica (cristianesimo, diritti dell'uomo; fino a un certo punto anche l'Islam);

<sup>5</sup> Il concetto di coesione sociale, che oggi ha acquisito rilevanza normativa, ha origine nella riflessione sociologica (in particolare, la prima teorizzazione viene solitamente attribuita a E. Durkheim).

Tra le definizioni ufficiali può citarsi quella del Consiglio d'Europa (Risoluzione del Consiglio dei Ministri, 31 marzo 2004), secondo cui coesione sociale “è la capacità di una società di assicurare il benessere (welfare) di tutti i suoi membri, riducendo le differenze ed evitando le polarizzazioni. Una società basata sulla coesione è una comunità di sostegno reciproco di individui liberi che perseguono obiettivi comuni dai significati democratici”.

Mentre la definizione tentata nel testo vuol essere analitico-descrittiva, quella ora ricordata è già una definizione normativa, come tale direttamente proponibile ai fini dell'interpretazione/applicazione delle norme che tutelano questa entità.

<sup>6</sup> Ovviamente sono impossibili, su questo tema, citazioni analitiche. Dico soltanto che, nella presentazione dello schema riportato nel testo, ritengo di essere debitore, soprattutto, verso F. FUKUYAMA, *The Origins of the Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Profile Books, London, 2011.

7) coesione universalistica altruistica (i.e. estesa alla protezione di soggetti deboli: solidarietà intergenerazionale, riconoscimento di diritti dell'ambiente e degli animali)<sup>7</sup>.

Quello disegnato nel precedente elenco è stato, ed è, un processo nient'affatto lineare: il passaggio ad uno stadio più avanzato non implica mai cessazione dei vincoli di solidarietà precedenti. Il passaggio ad orizzonti di solidarietà più ampi è frutto dell'azione di *élites*, talora armate talora disarmate, che non riescono tuttavia mai ad imporre in modo completo la loro visione del mondo come sostitutiva di quelle precedentemente affermatesi. L'esperienza storica mostra anche ben noti, e frequenti, fenomeni di regressione (per es., movimenti e regimi razzisti, settarismi di varie specie e indirizzo), che invertono il movimento tendenziale verso l'affermazione di forme di coesione sociale universalistica.

La storia delle forme di coesione sociale non è fatta dunque di sostituzione di orizzonti di solidarietà più ampi ad altri più ristretti, bensì di stratificazione di orizzonti differenti; da qui contrasti di fedeltà, anche nella vita individuale delle persone, e incertezze comunicative (basti pensare ai contrasti di idee sulla "legge", vista talora come strumento di affermazione dei forti sui deboli, e tal'altra come strumento di difesa dei deboli contro i forti; basti pensare alla mai compiuta traduzione piena in realtà dei principi dello stato di diritto, alla permanenza quasi-irriducibile di forme di vincoli feudali di fedeltà/protezione, del nepotismo e del clientelismo).

Nell'esperienza, che perdura da secoli, di stratificazione di orizzonti diversi di solidarietà, il problema centrale diviene quello dell'equilibrio e del temperamento fra questi diversi orizzonti. Temperamento sempre difficile, perché ad ogni prospettiva di coesione corrisponde la costruzione di diversi ordini gerarchici interni ai gruppi di riferimento, e quindi di diversi "poteri", che tendono a loro volta a mettersi in competizione fra loro per il controllo delle vite degli individui.

La civiltà occidentale conosce da millenni (almeno dall'avvento del cristianesimo) la coesistenza, con peso specifico variabile nel tempo e nello spazio, di tutte le diverse forme di coesione sociale sopra elencate (solo la settima può dirsi sorta in tempi più recenti). Molto diverse sono però state, nella concreta esperienza storica, le situazioni di prevalenza dell'una o dell'altra forma di coesione (e dei relativi poteri interni) rispetto alle altre; l'analisi sociologica di queste situazioni e dei modi di soluzioni dei conflitti è tutt'altro che definita, ed è vieppiù complicata dalla differenza esistente fra idee professate e comportamenti effettivamente praticati.

Senza alcuna pretesa di disegnare linee di progresso ininterrotto, credo comunque che possa riconoscersi, nella storia della civiltà umana, uno stacco fondamentale costituito dal passaggio da forme di coesione di prossimità (propria dei rapporti di branco/tribù/comunità locale/setta/feudo) a forme di coesione organizzata più ampia (stato, nazione, umanità, universalità). Quando questo passaggio si realizza si indebolisce il peso delle relazioni interpersonali dirette e si rafforza quello di altri elementi di coesione, già presenti, ma in modo embrionale, nelle organizzazioni di tipo tribale e microcomunitario: simboli, poteri funzionali, regole, istituzioni. Soprattutto, assume peso determinate la costituzione di

---

<sup>7</sup> Nel disegno di questo ultimo orizzonte di solidarietà sono di importanza centrale gli studi di etica ambientale (v., per es., J. PASSMORE, *La nostra responsabilità per la natura* [1974], trad. it., Feltrinelli, Milano, 1991. Nella letteratura giuridica v. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Angeli, Milano, 2008.

un'autorità centrale, distaccata dalla vita quotidiana delle persone (famiglie, mercati etc.), e riconosciuta come autorità politica.

Rispetto al plurisecolare problema della coesistenza di diversi orizzonti di solidarietà, questo passaggio si compie “definitivamente” con la formazione dello Stato moderno: l'aspirazione dello Stato al “monopolio della violenza legittima” si associa, sul piano della storia delle idee, all'affermazione del primato del valore della fedeltà allo Stato e alla legge (patriottismo, “senso dello Stato”, legalità) rispetto a qualsiasi altro vincolo.

Questo primato non nega l'esistenza, in concreto, di altre forme di coesione più semplice, ma, con una scelta culturale che segna una rivoluzione copernicana rispetto al pluralismo medievale, le relega tutte su un terreno qualitativamente diverso rispetto al primo, cioè sul terreno della vita “privata”, distinto da quello della vita “pubblica”. L'etica liberale, che si accompagna alla costruzione dello stato moderno di diritto, ha come sua struttura portante la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata e, al contempo, la collocazione di quest'ultima (comprensiva sia dei fenomeni di appartenenza a formazioni sociali minori, sia dei fenomeni di appartenenza a formazioni di dimensione più ampia o universale, come è spesso quella dell'esperienza religiosa) in uno spazio di libertà riconosciuto agli individui, di dimensioni ampie, ma comunque soggetto ad un vincolo di compatibilità con il rispetto prioritario dei doveri derivanti dalla prima<sup>8</sup>. Sul piano del costume e dei valori socialmente riconosciuti, questo fenomeno si traduce nell'affermazione di uno “spirito di cittadinanza”, che colloca il rispetto delle leggi al vertice dei doveri che ogni individuo ritiene degni di rispetto.

Nel liberalismo classico, dall'ideologia postorisorgimentale che sta alla base della costruzione dello stato unitario italiano, all'ordoliberalismo tedesco che ha ispirato la costruzione dei trattati europei, l'idea di una sfera pubblica, limitata a sua volta dal rispetto della legge ma forte, costituente garanzia e limite delle libertà individuali, è stata una struttura fondamentale dell'organizzazione civile e politica.

Questo modello, fondato sulla dicotomia pubblico/privato e sull'individuazione della libertà individuale da un lato e della sovranità statale dall'altro (nella prospettiva del primato della legge e dello Stato di diritto) come pilastri del vivere civile, ha costituito storicamente la risposta moderna al problema della coesione sociale: uno dei diversi orizzonti di solidarietà, quello politico-istituzionale, viene assolutizzato rispetto agli altri ed elevato, nella morale sociale, a “dovere civico” (“spirito di cittadinanza”); esso fornisce anche parametri di compatibilità rispetto agli altri vincoli sociali a cui gli individui possono aderire.

##### *5. Gli attacchi contro il primato della sfera pubblica: l'egemonia liberistica della fine del XX secolo.*

Questa risposta, tuttavia, non ha mai acquisito (fatte salve, forse, poche eccezioni in alcuni contesti europei) una posizione socioculturale di piena e generale accettazione da parte degli individui.

---

<sup>8</sup> Sul punto le citazioni sono superflue. Sull'“arte della separazione” come struttura fondamentale della cultura liberale (rispetto a cui la dicotomia pubblico/privato costituisce momento primario) ci si può limitare a richiamare gli scritti di M. Walzer.

Non mi riferisco solo all'inevitabile permanere di fatto, nel costume e nelle consuetudini, di forme di solidarietà premoderne. La difficoltà di conseguimento di una posizione egemonica si coglie chiaramente anche nella storia delle idee. La dicotomia pubblico/privato e la supremazia dell'etica pubblica e del diritto pubblico sono stati, da prima, contrastati dai nostalgici delle società intermedie e dei valori comunitari tradizionali, nonché del primato della religione; poi ha subito l'attacco del pensiero marxista, volto ad affermare il primato etico-politico della solidarietà di classe internazionale, contro l'ideologia statalistica "borghese". Nell'ultimo mezzo secolo l'ideologia liberale ha anche subito l'attacco delle filosofie politiche neocomunitarie<sup>9</sup> (queste ultime, peraltro, di scarso seguito in Italia<sup>10</sup>).

Tutte queste critiche sono accomunate dall'avversione all'individualismo liberale, visto da un lato come distruttivo di valori profondi della vita collettiva, dall'altro come astrazione ideologica, atta a nascondere le reali dinamiche della vita sociale.

Nell'ultimo quarto di secolo, il più penetrante attacco all'etica pubblica liberale e alla dimensione centrale del "pubblico", che in essa è stata struttura portante, è venuto però proprio "dall'interno", cioè dall'egemonia neoliberistica che ha seguito la caduta dei regimi comunisti ed ha creato un diffuso atteggiamento antistatalistico, accompagnato dalla fiducia nelle capacità di autoregolazione spontanea dei mercati. Sullo sfondo di questa ondata neoliberistica (che ha visto il liberismo economico conquistare, per la prima volta nella storia, posizioni egemoniche nella cultura politica del mondo occidentale<sup>11</sup>) sta una sorta di individualismo ontologico: l'individuo è visto come unica realtà e unico valore, la funzione della sfera pubblica dovrebbe essere solo quella di garantire l'esplicazione delle libertà individuali, la stessa coesione sociale diviene un fatto privato, normativamente irrilevante (e comunque vista come risultato dell'ordine spontaneo di coesistenza delle scelte individuali).

La crisi del 2008 (ancora in corso) ha scosso le fondamenta di questa costruzione, senza aver dato luogo, tuttavia, alla costruzione di una nuova sintesi, sul piano delle idee politiche correnti.

#### 6. *La società globalizzata e l'idea di indebolimento strutturale e irreversibile della sfera pubblica.*

Volendo avviare una *pars construens*, e quindi tentare una definizione di "coesione sociale" come bene e valore giuridicamente tutelato, non è oggi soltanto necessario compiere temerarie incursioni sul terreno della filosofia politica, ma è anche necessario muoversi su un terreno in cui l'evoluzione della storia delle idee non sembra offrirci alcun punto fermo.

<sup>9</sup> Cfr. E. CANIGLIA, A. SPREAFICO (a cura di), *Comunitarismo o liberalismo?*, Luiss University Press, Roma, 2003.

<sup>10</sup> Un collegamento con queste idee può forse vedersi nel movimento a favore dei "beni comuni" (cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari-Roma, 2011; A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Dissensi ed., Viareggio, 2011), che è tuttavia permeato da atteggiamenti anticapitalistici di radice marxista e tende a porsi come movimento di contrasto verso tutte le forme di privatizzazione di beni già in proprietà pubblica.

Per una confutazione di queste idee (meritevole di adesione, per chi segue l'orientamento di idee espresso nel testo), v. E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Bari-Roma, 2013.

<sup>11</sup> Il liberismo declamato da diversi regimi politici nel corso del XIX e (meno) del XX secolo era sempre temperato dall'esistenza di forti strumenti di protezione delle imprese nazionali da parte degli Stati sovrani (G. Amato, a suo tempo, ha coniato il termine "protezionismo liberale", per definire questo tipo di regime economico).

Con questo *caveat* mi cimento tuttavia in un percorso che si concluderà con una difesa della concezione liberale della coesione sociale fondata sul rispetto della dicotomia pubblico/privato.

Alla base del ragionamento sta un assunto valutativo, che peraltro non richiede particolari dimostrazioni, perché appartiene ai fondamenti della cultura occidentale: l'ordine politico è preferibile all'anarchia ed è necessario per l'esistenza stessa della civiltà umana<sup>12</sup>.

Una volta accettato questo primo punto, un secondo passaggio basilare sta nella scelta tra due fondamentali visoni del mondo, che pur sono presenti nella civiltà occidentale.

Da un lato c'è il mito di un'età dell'oro, perduta ma in qualche modo ricostruibile. Questo mito porta alla costruzione mentale di società ideali viventi in perfetto equilibrio e questa costruzione mentale porta con sé, almeno *in nuce*, proposte ideologico-politiche totalitarie o comunque integraliste: di solito anche al riconoscimento di capi carismatici e alla (necessaria) demonizzazione di un nemico (il distruttore di quell'ordine spontaneo perfetto, che si potrebbe costruire nel mondo e che solo oscure forze del male impediscono di inverare). Pur con rilevanti differenze strutturali (da un lato la mancanza di capi carismatici, dall'altro l'illusione di un possibile equilibrio spontaneo delle vite individuali) il liberismo economico estremistico (anarco-capitalismo) può ascrivere a questa serie di ideologie politiche integraliste e assolutizzanti.

Dall'altro lato c'è il relativismo costruttivo, che vede nell'ordine sociale e politico una costruzione artificiale, imperfetta e sempre modificabile, della civiltà umana: dalla cultura greca al liberalismo è questo il filo rosso che lega la corrente principale di idee politiche della civiltà occidentale. In questa prospettiva, la costruzione dell'ordine politico è vista come un compito fondamentale dell'uomo civilizzato, ma l'ordine politico costituito sarà sempre imperfetto e perfezionabile.

Una volta accettato questo assunto di base, si impone un percorso evolutivo che può portare in direzioni diverse: in esso si inseriscono le grandi conquiste della sovranità, del primato della legge, della divisione dei poteri, del riconoscimento dei diritti fondamentali delle persone, dei controlli di legittimità sull'esercizio del potere, etc.<sup>13</sup>. In questo quadro si inserisce poi il perenne dialogo sulla costruzione di regole costituzionali atte a migliorare l'organizzazione politica (per es., il dibattito sui diversi modelli di regole elettorali, ecc.).

A questo punto è opportuno fare un salto, e dare per accettati valori e principi che stanno alla base dei documenti costituzionali su cui si regge il nostro ordinamento (la Costituzione della Repubblica, i trattati europei, le altre norme internazionali a cui la Repubblica aderisce); lasciando invece da parte quei problemi, sempre aperti, di organizzazione costituzionale, che ci porterebbero lontano dal punto centrale del discorso.

---

<sup>12</sup> L'affermazione fatta nel testo è forse troppo ottimistica (basti leggere A. MINGARDI, *Tesi anarchiche di buon senso*, ne *Il Sole 24 Ore*, 4 agosto 2013, che recensisce, in modo sostanzialmente favorevole, un libro del filosofo americano Michael Huemer, che teorizza la preferibilità di una società anarcocapitalista).

<sup>13</sup> Mi permetto di richiamare, per qualche sviluppo di questo ragionamento, M. LIBERTINI, *Attualità dello stato sociale di diritto*, in B. MONTANARI (a cura di), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Giappichelli, Torino, 1992, 205 ss. (fermo restando che il ragionamento allora svolto dovrebbe essere proiettato oggi nella prospettiva di un ordine politico globalizzato).

Questo punto è che l'accettazione di un ordine politico così complesso come quello che caratterizza le società contemporanee, con il contorno delle sue scelte di educazione civica, richiede una condizione di recettività di base, da parte di una società civile disponibile a riconoscere quello spirito di cittadinanza, o di solidarietà ancora più allargata, che nell'ordinamento politico viene formalmente proposto come valore da rispettare.

Sorge quindi un dubbio radicale: se il tipo di ordine politico liberaldemocratico, che la civiltà occidentale ha costruito, con i suoi punti di principio e con le sue prospettive continue di riforma, possa trovare ancora accettazione e rispondenza in una società civile ormai abituata a vivere in un mondo globalizzato e (tendenzialmente) "opulento". Questo tipo di società è ancora disposta a riconoscere da un lato il valore preminente della legalità pubblicistica, dall'altro quegli orizzonti di solidarietà allargata che l'ordinamento dichiara di fare propri? o piuttosto si deve pensare che le idee divenute dominanti in un mondo globalizzato consentano di costruire forme più avanzate di coesione sociale o, al contrario, condannino i vigenti testi costituzionali che prospettano forme di solidarietà avanzate e universalistica a divenire (o rimanere) lettera morta?

#### 7. *L'idea di irreversibile disgregazione sociale nel mondo globalizzato, Critica.*

Sono numerosissime le denunce aventi ad oggetto l'individualismo e la disgregazione sociale nella società contemporanea: dalla "folla solitaria" del sociologo D. Riesman (metà del XX secolo)<sup>14</sup> alla "morte del prossimo" dello psicologo L. Zoja (2009)<sup>15</sup>. Numerosissime sono poi le descrizioni dei fenomeni di "disgregazione sociale", che caratterizzano il nostro tempo: bande giovanili, sette religiose fanatiche, "ultras" del calcio, violenza urbana in genere. Anche al di fuori dei fenomeni più gravi, è frequente (ed anche tendenzialmente fondata) l'analisi che descrive il mondo post-'68 (i.e. dopo la ventata anarchica che ha scosso i paesi occidentali nel decennio iniziato nel 1968) come un'affermazione generalizzata di "individualismo desiderante", nutrito di illusioni ma atto a minare alla radice ogni coesione sociale più allargata<sup>16</sup>.

Appare anche indebolita quella che, per lungo tempo, era stata vista come la contropinta fondamentale alla supposta disgregazione sociale contemporanea, cioè l'associazionismo e, più in generale, la tutela delle società intermedie<sup>17</sup>. Per i marxisti, poi, l'associazionismo operaio era l'embrione della futura società comunista (e per qualche aspetto lo è stato veramente). Ma l'associazionismo tradizionale – a parte il fatto che non esprime sempre e necessariamente idee di solidarietà, ma spesso riproduce strutture di separazione (nonché fenomeni di autoritarismo all'interno delle varie organizzazioni private) - è entrato in crisi, perfino negli Stati Uniti. E non solo per quanto riguarda i partiti e i sindacati di massa.

<sup>14</sup> D. RIESMAN, *La folla solitaria* [1950], trad. it., Il Mulino, Bologna, 2009.

<sup>15</sup> L. ZOJA, *La morte del prossimo*, Einaudi, Torino, 2009.

<sup>16</sup> V., per esempio, con riferimento all'esperienza italiana recente, G. AMATO, A. GRAZIOSI, *Grandi illusioni. Ragionando sull'Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013.

<sup>17</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966.

E' importante però considerare che oggi la comunicazione interpersonale è divenuta soprattutto comunicazione in rete. Molti ritengono che ciò porti ad un isolamento crescente degli individui. In realtà, credo che la rete presenti, su dimensione amplificata, anche fenomeni di portata più generale, già prima presenti, che vanno in direzioni opposte. Da un lato, ci sono fenomeni di comunicazione di gruppo tendenzialmente chiusa (anche se, bisogna aggiungere, quasi sempre pacifica). Questi fenomeni portano effettivamente alla ricostituzione di forme di coesione di prossimità, se pure su base telematica, con una carica potenziale di separazione dal resto del mondo. Dall'altro, tuttavia, ci sono fenomeni di solidarietà universalistica, fra cui spicca la formazione spontanea di banche dati che socializzano conoscenza (Wikipedia e simili) senza soddisfare interessi egoistici dei contributori. Fenomeni, questi ultimi, da cui traspare quella stessa visione del mondo relativistica e costruttiva (ma anche fiduciosa in un progresso generale frutto di una miriade di sforzi individuali), che ha fatto grande la civiltà occidentale.

Inoltre, non si può negare che la sensibilità solidaristica avanzata sia in aumento nel mondo contemporaneo: le sofferenze degli uomini e degli animali – un tempo accettate come componente ineluttabile della realtà – diventano sempre più intollerabili, nel sentire diffuso e nelle norme giuridiche vigenti. La sensibilità ambientale cresce. Le attività di volontariato e di “terzo settore” pure. Così ancora, sembra ormai irrefrenabile l'affermazione – sia pure non sempre sincera – di un'idea in controtendenza rispetto al liberismo e alla finanziarizzazione dell'economia, qual è quella della “responsabilità sociale dell'impresa”<sup>18</sup>.

In sostanza, non credo che la coesione sociale, nel tempo presente, sia minata irrimediabilmente dall'evoluzione delle idee e del costume: alcuni vincoli si indeboliscono, altri si rafforzano, ma la disponibilità a sentire come propri orizzonti di solidarietà allargata è, a mio avviso, più forte, e non più debole che in passato<sup>19</sup> (anche se poi i mezzi offerti dalla società globalizzata consentono di dare facilmente forza ed efficienza anche ai fenomeni regressivi, che abbiamo sopra ricordato).

---

<sup>18</sup> Per un quadro abbastanza aggiornato (fino a metà del 2012) delle contrastanti posizioni sul tema della responsabilità sociale d'impresa mi permetto di rinviare a M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale d'impresa*, in V. DI CATALDO, P. SANFILIPPO (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa - In memoria di Giuseppe Auletta*, Giappichelli, Torino, 2013, 9 ss.

Successivamente, il tema si è ulteriormente sviluppato sul piano istituzionale, sia a livello nazionale (v. il *Piano d'azione nazionale sulla responsabilità sociale d'impresa 2012/2014*, adottato congiuntamente dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e dal Ministero dello Sviluppo economico) sia a livello europeo (v. la *Risoluzione del Parlamento europeo sulla responsabilità sociale delle imprese: comportamento commerciale trasparente e responsabile e crescita sostenibile*, del 28 gennaio 2013).

Anche sul piano dottrinale il dibattito continua ad essere molto vivace (anche se non molto costruttivo). Per limitarsi alla produzione italiana, successivamente al mio scritto sopra segnalato sono state pubblicate alcune insignificanti monografie che tentano di descrivere la rilevanza della CSR a livello di diritto positivo; nel dibattito politico generale può essere segnalato (ma non in positivo) S. ZAMAGNI, *Impresa responsabile e mercato civile*, Il Mulino, Bologna, 2013, che – nel tentativo di teorizzare una pretesa realtà avanzante di imprese “civilmente” (e non solo “socialmente”) responsabili – mi sembra fornire un esempio spinto di *wishful thinking*.

<sup>19</sup> Come è sostenuto da tempo in un filone di studi, il cui esponente principale è R. Inglehart, i c.d. valori postmoderni, incentrati sull'autorealizzazione e sulla qualità della vita individuale, comportano anche un'esaltazione del profilo relazionale, come componente essenziale di una vita individuale soddisfacente. Ciò di per sé è compatibile con l'accettazione di un'etica civile avanzata e di orizzonti di solidarietà ampi. Occorre però che il contesto socioculturale complessivo crei aspettative e incentivi adatti alla realizzazione di questa potenzialità.

Questo spontaneo orientamento del senso comune rischia però di essere vanificato dall'indebolimento di quello che è stato il fondamento dell'ordine politico moderno, cioè il rispetto del "pubblico" (coi suoi simboli, con le sue regole, con i suoi ruoli istituzionali) e la sua distinzione/supremazia rispetto al "privato". Se questa distinzione/supremazia non rimane (*rectius*: non viene recuperata come) un punto fermo, i movimenti e le formazioni sociali appariranno come mere situazioni di fatto, fra loro equivalenti a prescindere dai valori professati (un'associazione di difesa dei diritti degli animali o di assistenza volontaria ai carcerati conterà meno di un'associazione di tifosi ultrà che tiene sotto controllo mafioso un club calcistico).

Un recupero di centralità della dimensione pubblica istituzionale riporterebbe i fenomeni sociali nella giusta (e differenziata) dimensione, fornirebbe un quadro di certezze alle persone, nell'orientare i propri comportamenti, rafforzerebbe il senso di appartenenza ad una comune dimensione civica (oggi tendenzialmente universalistica).

In altri termini, il punto critico non sta oggi – a mio avviso - nell'evoluzione negativa delle idee e del costume, in quanto tali, quanto nella debolezza crescente dell'ordine politico. Vi è oggi un progressivo peggioramento nella selezione delle *élites* politiche e nell'efficienza delle organizzazioni pubbliche<sup>20</sup>. L'evoluzione delle idee e del costume non ha portato – come spesso si ritiene – ad una crisi generale di valori di solidarietà, bensì ad uno squilibrio fra sfera pubblica e sfera privata, con un sistema di incentivi che orienta i migliori talenti individuali verso il settore privato, impoverendo quello pubblico, e con il diffondersi di sentimenti antistatalistici ed antiburocratici, che riduce a sua volta gli incentivi a bene operare di coloro che agiscono all'interno delle istituzioni pubbliche.

Penso, riprendendo in modo speculare la celebre ipotesi weberiana sulla decadenza dell'impero cinese, che, mentre in quella esperienza una prevalenza massiccia di incentivi indirizzava tutti i migliori talenti verso la carriera burocratica imperiale (il "mandarinato"), mentre non esistevano sufficienti incentivi per il formarsi di un'impresoria industriale moderna, nell'esperienza contemporanea delle democrazie occidentali si sta verificando il fenomeno opposto.

Ad aggravare la situazione sta il fatto che molti di coloro che avvertono questa crisi poi pensano di superarla proponendo ingenuamente palingenesi interne al "mondo della politica" o impossibili e antistoriche resurrezioni dei vecchi partiti di massa. Il punto cruciale della crisi delle democrazie andrebbe affrontato con i criteri propri dell'elitismo democratico (Schumpeter etc.)<sup>21</sup>. L'insoddisfazione generale verso le attuali *élites* governanti non si supera chiedendo "più democrazia", bensì puntando a un diverso sistema di regole e di incentivi per la selezione delle *élites* governanti.

Credo che il problema centrale del nostro tempo sia quello della ri-costruzione di una funzione pubblica forte e indipendente, sia nella sua componente politica sia nella sua componente amministrativa. Ciò richiede una ricostruzione (talora un restauro) di un sistema di incentivi virtuosi per gli individui, nonché di una cultura e di un'educazione civica volte a riconoscere ed esaltare il ruolo delle funzioni pubbliche istituzionali, come momenti indispensabili di equilibrio della vita sociale.

<sup>20</sup> Sul tema (immenso) mi limito a citare il recente *pamphlet* di S. ROMANO, *Morire di democrazia. Tra derive autoritarie e populismo*, Longanesi, Milano, 2013.

<sup>21</sup> In tal senso è anche la conclusione del libro di Amato e Graziosi, *supra* cit. (nt. 16).

Questa affermazione rischia di rimanere a livello di pensiero desiderante, perché le idee viaggiano sulle gambe degli uomini, e oggi non si vedono all'orizzonte movimenti culturali (e gruppi di interessi) orientati in questo senso.

Quello enunciato appare dunque oggi un obiettivo lontano (almeno in apparenza), ma rimane comunque un'aspettativa razionale, sulla quale sarebbe auspicabile un più ampio dialogo.

#### 8. *Possibilità di ricostruzione di un'etica pubblica liberale in un mondo globalizzato.*

In conclusione, direi che la “coesione sociale”, come bene giuridicamente tutelato, dovrebbe intendersi come una condizione socioculturale che ha come suo perno il rispetto della sfera pubblica e del valore della legalità e come suo contenuto il riconoscimento di doveri di solidarietà universalistica allargata, anche nella sua dimensione altruistica, sopra indicata nell'elenco di cui al § 4.

\* \* \*

#### 9. *La concorrenza come bene giuridicamente tutelato: dall'idea di concorrenza come equilibrio negli scambi e garante del giusto prezzo a quella di concorrenza come processo di distruzione creatrice.*

Mi propongo ora di fare lo stesso tentativo di esercizio analitico per quanto riguarda il termine “concorrenza”, o meglio le ideologie economiche e il riconoscimento corrente della concorrenza (fra imprese) come valore, o comunque come bene giuridicamente tutelato.

In proposito si dovrebbe muovere dal convincimento che c'è stata nella storia, e permane tuttora, una profonda differenza nel modo di intendere la nozione stessa di “concorrenza”. Sul punto ho cercato, da qualche tempo, di stimolare un dibattito<sup>22</sup>, che purtroppo non mi sembra ancora sviluppato in tutta la sua importanza.

La concezione più tradizionale (che ho chiamato “concorrenza degli antichi”), identifica la concorrenza con la libertà di scambio (o “di commercio”), cioè con la libertà individuale di comprare e vendere, e vede l'utilità sociale del regime di concorrenza (idealmente coincidente con “libertà di concorrenza”) nel contributo che tale regime dà alla formazione del “giusto prezzo” e quindi di un giusto equilibrio nel mercato. [N.B.: la teoria neoclassica della concorrenza perfetta e tutta l'analisi economica del diritto “tradizionale”<sup>23</sup> sono idealmente discendenti da questa concezione antica, anche

---

<sup>22</sup> V., in particolare, M. LIBERTINI, (nt. 1).

A livello internazionale v., per es., i saggi raccolti in J. DREXEL, W. KERBER, R. PODSZUN (eds.), *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations*, Edward Elgar, Cheltenham (U.K.), 2011.

<sup>23</sup> Uso il termine per distinguere l'approccio analitico fondato sull'ipotesi di scelte economiche compiute da individui razionali e informati, dall'approccio “post-Chicago” che ipotizza un mondo fatto di individui forniti di razionalità limitata e utilizza come strumento analitico principale la teoria dei giochi ripetuti. Sul punto v. ora la fine indagine di A. CUCINOTTA, *Mercato Regole Conoscenza. L'analisi giuridico-economica tra neoinstituzionalismo e market process*, Giuffrè, Milano, 2009 (pur sempre orientato all'interno dell'orizzonte culturale dell'EAL).

se traducono l'antica nozione di "giustizia" dei prezzi in quella, idealmente neutrale, di "efficienza allocativa"].

Questo ideale di equilibrio viene messo in crisi allorché, ad un certo punto della storia economica europea, l'obiettivo politico dominante è divenuto non più quello della difesa di un "ordine naturale delle cose" (che comprendeva anche il "giusto prezzo" concorrenziale e l'equilibrio dei mercati, ma prima ancora la stabilità sociale), bensì quello dello sviluppo economico. Dall'età mercantilistica in poi, questo obiettivo dello sviluppo è divenuto realtà politico-economica, e la concorrenza è stata sempre più concepita in un modo differente rispetto al passato: non più libero gioco di scambi fra individui, bensì competizione (dura) fra imprese, in cui il vincitore è anche il più efficiente e il più innovatore; ma la concorrenza fatta di efficienza e di innovazione è, per definizione, un processo in cui soccombe chi non riesce a "tenere il passo".

E' nato così quel gioco di "distruzione creatrice", che ha caratterizzato il capitalismo e il suo successo storico. La concorrenza non è più libero incontro di volontà di scambio, bensì gara caratterizzata da tensione continua. K. Marx, che per primo descrisse, in grandiose pagine, il funzionamento reale dell'economia capitalistica, scolpì questa situazione in alcune frasi lapidarie (che meriterebbero di essere citate più spesso): *"la logica dell'impresa è la logica della necessità"*; *"per l'imprenditore ogni giorno è il giorno del giudizio"*.

Marx, almeno in questo, aveva ragione. Non esiste alcuna tendenza all'equilibrio di lungo periodo, nell'economia capitalistica. Inoltre, la competizione fra imprese non è uno spontaneo componimento di interessi di uomini liberi che si scambiano beni e servizi, bensì una gara impietosa fra organizzazioni produttive vocate al profitto, in cui i perdenti non possono sperare in premi di consolazione, ma vengono semplicemente distrutti, cioè falliscono e scompaiono dal mercato (Proudhon, da bravo socialista utopista, definiva la concorrenza economica come una guerra in cui non si fanno prigionieri).

E' questa la concorrenza "dei moderni", cioè la concorrenza effettiva e dinamica fra imprese, che costituisce bene giuridicamente tutelato nell'ordinamento europeo e italiano (anzi, possiamo dire, praticamente in tutto il mondo).

10. *La legittimazione della concorrenza dinamica: sostegno dello sviluppo e del benessere, in un quadro di sovranità del consumatore. La concorrenza fra imprese è uno strumento e non un valore in sé.*

Riflettendo sul sistema economico che abbiamo costruito e che apprezziamo come migliore rispetto a tutti gli altri sperimentati nella storia, dobbiamo chiederci: perché consideriamo equo e degno di tutela un risultato così duro, e a prima vista anche iniquo, come l'espulsione di certe imprese dal mercato, la fine di certe produzioni (anche a scapito della nostalgia di qualche consumatore), talora la scomparsa di intere realtà territoriali (è di questi giorni lo *shock* risultante dallo spopolamento di Detroit, che era stata una delle capitali dell'industria mondiale), e che, in ogni caso, comporta anche alterazioni ambientali irreversibili?

La risposta è intuitivamente nel senso che questi risultati appaiono eticamente e politicamente giustificati solo per il fatto che essi non provengono dalla volontà di un singolo despota, e neanche da quella di un decisore politico collettivo, bensì dall'operare di una "giuria" di consumatori anonimi (e non consapevoli, al momento della loro scelta, dei risultati complessivi a cui questa scelta contribuirà); è dunque un risultato che viene intuitivamente percepito come "democratico", e come tale giustificato.

In altri termini, la legittimazione della tutela della concorrenza è pur sempre utilitaristica (in senso lato): il sacrificio di certi interessi (di produttori, ma anche di lavoratori e di consumatori) è giustificato dall'incremento del benessere collettivo; e quest'ultimo assume, a sua volta, un valore positivo sul piano dell'etica collettiva, in quanto "benessere" è la somma di bisogni delle persone soddisfatti, e pertanto maggior benessere significa maggiore quantità di persone che vedono i loro bisogni soddisfatti.

A questo punto credo che tutti possiamo convenire con l'assunto secondo cui la concorrenza non è un valore in sé, ma uno strumento che dev'essere governato<sup>24</sup>, affinché dia il massimo di benessere alle persone e non si traduca nel suo contrario. Dev'essere governato perché la libera concorrenza, affidata ai soli strumenti giusprivatistici, può svilupparsi (e normalmente si sviluppa) nella formazione di cartelli e monopoli. Ma dev'essere governato anche perché non si deve pensare che la concorrenza fra imprese, e l'offerta sul mercato di beni e servizi, possa offrire la soluzione a tutti i problemi dell'umanità.

Vi è stato un lungo periodo della storia del diritto europeo (*grosso modo* 1850/1950) in cui questa peculiarità della "concorrenza dei moderni" è stata chiaramente avvertita dalla cultura prevalente (nelle scienze sociali e nel diritto): ciò ha portato ad affermare l'idea secondo cui l'obiettivo centrale della politica economica dovesse essere non tanto la libera concorrenza fra imprese, bensì il progresso complessivo dell'economia nazionale e della direzione pubblica del processo economico (in funzione di crescita economica, ma anche di redistribuzione della ricchezza e di giustizia sociale). In questa prospettiva gli "eccessi di concorrenza" apparivano come un fattore di disgregazione sociale e di perdita di benessere economico.

In questo orientamento si collocano varie correnti del pensiero europeo dei secc. XIX e XX: dalle scuole economiche istituzionalistiche, soccombenti di fronte al trionfo dell'economia neoclassica, fino al pensiero cattolico (dal corporativismo teorizzato da G. Toniolo un secolo fa, sino alle ultime encicliche papali: ancora nella primavera del 2012 Benedetto XVI stigmatizzava, nella sua visita a Milano, la "concorrenza esasperata", che caratterizza l'attuale economia).

Questo orientamento di pensiero era, a sua volta, fortemente influenzato dall'espandersi della sfida lanciata dall'ideologia socialista marxista, che vedeva la concorrenza fra imprese come "disordine capitalistico" (o "anarchia capitalistica") e vedeva nell'associazionismo operaio il germe di una nuova società e di un nuovo Stato (di transizione verso l'obiettivo finale, che rimaneva, effettivamente, anarchico).

---

<sup>24</sup> Con ciò ci si riferisce alla "concorrenza effettiva" fra imprese, come modo di funzionamento del mercato e bene giuridicamente tutelato. Per contro, la vecchia "libertà di concorrenza", intesa come libertà professionale e libertà di iniziativa economica riconosciuta in capo agli individui, permane come "valore" e come diritto fondamentale delle persone, ma è un'altra cosa.

In tale contesto, la concorrenza fra imprese appariva fino agli anni Ottanta del secolo scorso – almeno in Italia – come un dato di fatto residuale, non meritevole di particolare protezione da parte dell’ordinamento, il cui obiettivo rimaneva quello di dirigere attivamente il processo economico per orientarlo verso risultati di benessere collettivo e di giustizia sociale.

11. *Le critiche radicali alla concorrenza come valore: la concorrenza economica come fattore di disgregazione sociale.*

Più in generale, sul piano della storia delle idee esiste anche una lunga linea di pensiero ottocentesco e del primo Novecento, che sottolinea la “immoralità” della concorrenza economica e i suoi effetti di disgregazione sociale<sup>25</sup>. Su questa linea si è innestato un piccolo filone di pensiero, oggi sopravvissuto soprattutto nell’ambito della corrente di idee ecologista (o meglio: anarco-ecologista), che collega idealmente il principio di libera concorrenza ad una pulsione di morte, che pervaderebbe la civiltà contemporanea<sup>26</sup>.

Ma queste sono correnti di pensiero assolutamente minoritarie. Il *mainstream* è completamente diverso: il principio di tutela della concorrenza si è oggi affermato, praticamente, in tutto il mondo. Determinante è stata l’emulazione dell’esperienza americana. Ma ancor più determinante è stata, al fondo, l’idea per cui la concorrenza fra imprese porta sviluppo e lo sviluppo economico porta maggior benessere alle persone e il maggior benessere comporta, in linea di massima, anche maggiore libertà per le persone<sup>27</sup> (idea che sarebbe sciocco denunciare come priva di fondamento).

Con ciò si è spesso dimenticato che la prima affermazione del principio di libertà di concorrenza era legata alla scoperta che i vizi privati potevano divenire pubbliche virtù, e quindi era strutturalmente collegata all’idea della tutela dei “vizi privati” e alla fiducia nella “mano invisibile”. Poi, com’è noto, A. Smith teorizzava che gli egoismi sarebbero stati temperati dalla naturale inclinazione all’empatia fra gli uomini. Ma questo non toglie nulla all’aporia di fondo del sistema economico che si è costruito su queste fondamenta.

In ciò vi è una ambiguità diversa, che riguarda la stessa impostazione concettuale del problema: la tutela della “concorrenza” è divenuta un principio fondamentale dell’ordinamento, ma pochi si chiedono come debba costruirsi il bene giuridico “concorrenza”, e molti hanno gli occhi rivolti al passato (e magari continuano a identificare semplicisticamente concorrenza capitalistica e libertà negoziale).

---

<sup>25</sup> Questa linea di pensiero è ripercorsa bene da J. WOLFF, *The Ethics of Competition*, in G. PARRY, A. QURESHI, H. STEINER (eds.), *The Legal and Moral Aspects of International Trade - Freedom and Trade*. Vol. 3, Routledge, New York, 1998, 82 ss., il quale conclude proprio nel senso che, in una persuasiva teoria della giustizia, il principio di concorrenza dovrebbe essere temperato dal principio di solidarietà, con misure di sostegno agli sconfitti nella lotta concorrenziale.

<sup>26</sup> P. THUREAU-DANGIN, *La concurrence et la mort*, Syros, Paris, 1995; R. KURZ, *La pulsione di morte della concorrenza. Assassini furiosi e suicidi come soggetti della crisi*, maggio 2002, in <http://ozioproduttivo.blogspot.it>; G. DOSTALER, B. MARIS, *Capitalismo e pulsione di morte* [2009], trad. it., La Lepre, Roma, 2009.

<sup>27</sup> Mi piace qui ricordare, per l’influenza che a suo tempo ha avuto, per la diffusione di queste idee in un cultura permeata da orientamenti anticapitalistici, come quella italiana, F. ALBERONI, *Consumi e società*, Il Mulino, Bologna, 1964.

### 12. *Il problema insoluto del controllo dello sviluppo capitalistico.*

In questo senso può essere illuminante una riflessione storica. L'antitrust americano è nato come disciplina penale antimonopolio e – soprattutto – come disciplina atta a difendere le piccole imprese contro la prepotenza delle grandi. Nella sua lunga storia, l'antitrust ha avuto molte evoluzioni, ma da qualche decennio vede prevalere, se pure fra molti contrasti, l'approccio economico-analitico, che pretende di fondare le proprie soluzioni su un'analisi scientifica dei fatti economici. E, soprattutto, ripropone sostanzialmente il mito della “mano invisibile”: la fiducia in un ordine spontaneo salvifico che porta al massimo benessere collettivo.

In realtà, l'analisi economica neoclassica è fondata su un'ipotesi irrealistica (un “individualismo ontologico”: l'idea di un mondo fatto da individui che calcolano razionalmente il proprio benessere decidendo se compiere o meno certi atti di scambio); l'analisi economica più sofisticata, fondata sulla teoria dei giochi, presenta complicazioni tali da renderne sconsigliabile l'impiego diretto sul piano giuridico. L'approccio economico dominante alla politica di concorrenza è, in realtà, in un'*impasse*. I giuristi non sono stati all'altezza della sfida degli economisti (o ne hanno sposato opportunisticamente le ragioni, in una prospettiva di rafforzamento dello specialismo professionale e accademico in materia).

Oggi un approccio razionale alle politiche di tutela della concorrenza deve muovere dal riconoscimento che la concorrenza va tutelata come strumento e non come valore in sé, e va tutelata proprio in quanto processo dinamico di distruzione creatrice. Ma proprio per questo la tutela della concorrenza deve incontrare dei correttivi e dei limiti. Il problema è quello di “governare lo sviluppo capitalistico”; ma l'individuazione di un modello di equilibrio, all'interno di questo sistema, è un problema insoluto. Più volte è stata usata, in proposito, una felice metafora: “afferrare Proteo”<sup>28</sup>.

Negli ultimi trent'anni Proteo è cresciuto a dismisura, e per qualche tempo è stato anche oggetto di adorazione acritica. Negli ultimi anni l'adorazione è generalmente cessata, ma continuano a mancare gli strumenti e le idee necessari per guidare i processi economici. Le vicende finanziarie degli ultimi anni e di oggi stanno a confermare questa tesi.

Per riflettere sull'importanza di quest'ultimo assunto si deve riflettere sull'aporia fondamentale delle ideologie economiche contemporanee. Queste pongono al centro della loro visione del mondo l'obiettivo dello sviluppo economico (in termini meramente quantitativi: “crescita”). La crescita economica è vista come il solo strumento possibile per migliorare le condizioni di vita di tutti (anche se si riconosce che ciò avverrà sempre in modo diseguale). E così è stato, storicamente. La tutela della concorrenza si inserisce in questa prospettiva, come uno strumento fondamentale per sostenere un permanente sviluppo economico.

Il problema è che l'obiettivo di una crescita economica permanente e illimitata è contraddittorio e insostenibile: l'economia non può espandere all'infinito tutte le sue grandezze, in un sistema finito, qual

---

<sup>28</sup> A mia conoscenza, la metafora è stata usata per la prima volta, da un gruppo di economisti (A. Boitani, C. De Vincenti, G. Rodano e aa.), nel costruire un numero monografico della “Rivista trimestrale” (n. 62-63, gennaio-giugno 1980). Poi è stata riutilizzata tante volte, in pubblicazioni successive.

è il pianeta Terra. Nel 2012 si è celebrato il quarantennale del celebre (a suo tempo: oggi è pressoché dimenticato) rapporto del M.I.T. sui “limiti dello sviluppo”. Tutte le previsioni di quel rapporto si sono rivelate – sul piano analitico - sbagliate. Ciò che rimane però inconfutabile è la premessa dell’analisi: l’impossibilità di una crescita illimitata ed eterna dell’economia, come oggi la conosciamo. Ciò significa che verrà, ad un certo momento, un punto di rottura: la quantità di popolazione, le trasformazioni energetiche, i rifiuti tossici, non potranno aumentare all’infinito. Allo stato attuale questi rischi sono sostanzialmente lasciati in eredità alle generazioni future.

Peraltro, le tesi favorevoli alla “decrecita” (Latouche *et sim.*) sono utopistiche, e in senso peggiore: non solo non hanno la minima idea di quelli che dovrebbero essere gli interessi e le organizzazioni che dovrebbero sostenere questa trasformazione radicale dell’economia e della società; ma non hanno neanche idea di come dovrebbero funzionare quella società e quell’economia stazionaria, che vengono baldanzosamente auspiccate.

Il principio (normativamente vigente, e non puramente utopistico) dello sviluppo sostenibile offre solo una soluzione parziale: esso può essere immediatamente tradotto in regole tecniche ed operative solo quando ci si riferisca all’impiego delle risorse rinnovabili (in tal senso il principio è solo una traduzione ammodernata del tradizionale principio di “uso razionale delle risorse”, presente anche nell’art. 44 Cost.; un principio che ha tradizionalmente ispirato le legislazioni forestali, venatorie, sulle acque etc.); lo stesso principio non può essere, invece, tradotto immediatamente in regole tecniche e giuridiche quando venga riferito all’impiego di risorse non rinnovabili (per es., petrolio, uranio, spazi territoriali). In quest’ultima prospettiva il principio può essere (tendenzialmente) attuato mediante scelte politiche discrezionali, relative all’impiego limitato della risorsa e alla ricerca di risorse alternative: in realtà il principio si traduce nell’esigenza di una programmazione pubblica nell’uso di queste risorse e in scelte pubbliche di politica industriale (ciò che l’ideologia liberistica, dominante negli ultimi decenni, ha ritenuto di potere porre al bando).

Il problema di “afferrare Proteo” rimane dunque teoricamente insoluto.

Quando si pensa a questo problema riaffiora alla mente Rosa Luxemburg (“socialismo o barbarie”). Ma questo slogan è improponibile, nel suo significato di un tempo, dopo il crollo inglorioso – politico e culturale – del “socialismo reale” e del pensiero marxista, che lo aveva sostenuto.

Altrettanto improponibile è la riproposizione, che qualche volta serpeggia, del “capitalismo di Stato”, come soluzione del problema. Cioè di un sistema capitalistico caratterizzato da un forte dirigismo pubblico, con relativa protezione delle imprese esistenti e stabilizzazione di assetti economici costituiti (e magari senza più antitrust, o con pochissima tutela della concorrenza). Questa idea serpeggia anche in forma di antieuropeismo, di destra o di sinistra.

Si tratta, a mio avviso, di un’idea intanto inattuabile, in un mondo già globalizzato. E comunque contrastante con un orizzonte vasto di solidarietà: il ritorno a capitalismi di stato in competizione fra loro non potrebbe che accentuare le disegualianze fra le diverse comunità nazionali.

13. *La migliore risposta oggi presente sta nei principi costituzionali dell'ordinamento europeo: sussidiarietà (anche orizzontale) ed economia sociale di mercato.*

Personalmente sono convinto che la sola, grande sfida alternativa al pensiero liberista sia già presente nelle scelte di principio (“costituzionali”) compiute nell’ordinamento europeo, ed ancora solo in parte attuate. Da un lato il principio di sussidiarietà, con la carica universalistica che in esso è presente e che ha come sbocco logicamente necessario anche la costruzione di un ordine politico globale. Dall’altro, per ciò che attiene ai rapporti fra mercato concorrenziale e potere politico, l’eredità del pensiero ordoliberal e la dottrina dell’economia sociale di mercato.

L’idea, che sta alla base della dottrina dell’ESM, è quella per cui l’economia di mercato, caratterizzata dalla concorrenza fra imprese, selezionate dalla libera scelta dei consumatori, costituisce il sistema migliore che l’umanità abbia mai sperimentato, sulla via del benessere economico e della libertà delle persone. Tuttavia, l’economia di mercato concorrenziale, presenta – secondo l’ESM – due limiti strutturali e funzionali:

(i) il primo limite è dato dal fatto che la concorrenza fra imprese è un meccanismo che tende ad essere autodistruttivo, nel senso che i meccanismi di mercato, lasciati alle libere negoziazioni, tendono ad irrigidire le posizioni acquisite, sfociando nella creazione di cartelli e monopoli: nel momento in cui la concorrenza si irrigidisce ed il potere di mercato si rafforza con le sue alleanze sociali, la macchina “meravigliosa” del mercato perde la sua funzione essenziale di progresso ed anche la sua legittimazione democratica; da qui la necessità che il potere pubblico riesca a porre in essere una efficace politica antitrust, volta a garantire il buon funzionamento dei mercati nel tempo e il controllo del potere economico privato;

(ii) il secondo limite è dato dal fatto che, pur essendo il mercato lo strumento principale per assicurare alle persone i beni e i servizi di cui esse sentono effettivamente il bisogno, tuttavia esso non è in grado di assicurare alle persone tutti i beni necessari per una elevata qualità della vita: alcuni di questi beni (compresi in un elenco che può andare dall’aria pulita alla sicurezza materiale e sociale, o magari anche alla sanità e all’istruzione di base, e che non potrà essere mai definito in modo tassativo) dovranno essere pur sempre assicurati dal potere pubblico, in forma di beni o di servizi pubblici, perché il mercato non è in grado di produrli sotto forma di merce acquistabile individualmente da tutti a prezzo equo.

Da qui l’altra idea fondamentale dell’ESM, che riguarda il ruolo dello Stato (*rectius*, oggi: del potere pubblico istituzionale in un mondo globalizzato): l’ESM postula l’esistenza di un potere pubblico forte ed efficiente, e non condizionato dagli interessi privati organizzati, anzi da essi indipendente e neutrale. In altri termini, l’ESM postula sì un ruolo forte dello Stato, ma anche un ruolo completamente diverso da quello degli Stati dirigisti: compito dello Stato non è quello di proteggere e di guidare questa o quell’impresa (anzi deve astenersi del tutto dal fare ciò), bensì quello di far funzionare bene i mercati e di garantire un alto livello di offerta di beni e di servizi pubblici, secondo un criterio di sussidiarietà orizzontale.

14. *Ritorno al punto centrale della necessità di ricostruzione di un potere pubblico forte e indipendente.*

Ritorna quindi il tema centrale, che avevo cercato di evidenziare di porre al centro della precedente riflessione su solidarietà e coesione sociale. Il problema centrale del nostro tempo è – a mio avviso - quello di reagire alla mitologia dell'ordine spontaneo e di ricostituire un ordine politico in grado di mantenere e sostenere, per quanto possibile, l'economia di mercato concorrenziale, ma anche di governare i processi economici, nei momenti e nei punti di crisi che questi inevitabilmente manifestano.

Il ragionamento sopra svolto riconduce però nuovamente al punto centrale della necessità di costruzione di un ordine politico forte, in grado di assumere decisioni di portata strutturale, quando se ne presenti il bisogno. Tutto il contrario della tesi della “competizione fra ordinamenti”, che ha avuto un effimero successo una decina di anni fa, e che riduceva la funzione del potere pubblico in materia economica a quella di strumento ausiliario rispetto al libero dispiegarsi del funzionamento dei mercati finanziari.

Ci sarebbe dunque da ricostruire una democrazia, caratterizzata ovviamente sempre da una scelta dei governanti mediante libere elezioni, ma con un rafforzamento delle funzioni di governo (ai vari livelli), con garanzia di indipendenza e con parlamenti di piccole dimensioni e con funzioni primarie di controllo.

Non voglio proseguire in un discorso che potrebbe facilmente cadere nelle nebbie del pensiero desiderante, e ci porterebbe anche lontano dal tema principale.

Aggiungo però due considerazioni finali.

La prima è che il principio di concorrenza, come strumento di selezione di persone, gruppi, organizzazioni migliori, non dovrebbe valere solo per il livello della concorrenza fra imprese (che è un tipo di concorrenza, come abbiamo visto, che presenta anche profili di rischio per il mantenimento di elevati livelli di coesione sociale). Dovrebbe valere anche per quanto riguarda la concorrenza di merito fra individui all'interno delle organizzazioni pubbliche (scuole, uffici) e per quanto riguarda la concorrenza fra organizzazioni non imprenditoriali (per es., le università<sup>29</sup>). E' questo un tipo di selezione competitiva non escludente, che può produrre effetti di coesione sociale, se in essa viene garantita l'eguaglianza dei punti di partenza e una effettiva *competition on the merits* a livello generale, con il superamento di quel costume feudale che, oggi, governa gran parte delle selezioni di persone e organizzazioni<sup>30</sup>.

La seconda considerazione finale consiste nel richiamo al ruolo fondante che, al fine della costruzione e del mantenimento di elevati livelli di coesione sociale, ha il valore della legalità, e quindi del rispetto dei principi e delle regole poste dalle autorità legittime nell'organizzazione politica in cui si vive e di cui ci si riconosce cittadini. Sul punto devo anche esprimere un'osservazione di amichevole, se

---

<sup>29</sup> Per le quali una concorrenza efficiente dovrebbe essere regolata dall'esterno, mediante un razionale sistema di incentivi, e non può essere affidata ai meccanismi di prezzo e di innovazione di prodotto (mi permetto di rinviare, sul punto, a M. LIBERTINI, *Competizione fra università e valore legale del titolo*, 11 febbraio 2009, in *federalismi.it*, n. 3/2009.

<sup>30</sup> Incidentalmente, deve segnalarsi che la regressione verso costumi feudali si è affermata largamente, almeno in Italia, anche nel campo universitario, con effetti deleteri sull'etica e sull'efficienza della ricerca scientifica.

pur radicale, dissenso nei confronti delle tesi antigiuspositivistiche sostenute, nella relazione introduttiva di questo convegno, dal prof. Vettori. Il problema attuale del nostro tempo, per come ho finora detto, è quello di costruire un ordine politico più forte, in grado di affrontare le sfide di un'economia di mercato ormai globalizzata. La tesi oggi più diffusa, secondo cui il diritto globale dev'essere anche un diritto "spontaneo", porta diritto al primato del mercato sulla politica e all'impossibilità di contrastare le spinte dei mercati, anche quando queste sono ingiuste o inefficienti.

Se si vuole costruire un ordine politico migliore, la giurisprudenza deve tornare a porsi come strumento di costruzione e difesa di un ordine politico costituito ad accettato (il celebre "approccio interno" di Hart) e non come attività di scoperta di arcane essenze o anche di scoperta e razionalizzazione di un ordine spontaneo. Comprendo bene che gran parte del giuspositivismo del passato, con la preferenza per interpretazioni formalistiche delle leggi e con l'affermazione ideologica della neutralità del giurista, è oggi inaccettabile. Ma l'ideale giuspositivistico più elevato (Scarpelli), che vede il giurista positivo come costruttore di regole giuste ed efficienti all'interno di un ordinamento dato ed accettato, va difeso con decisione, di fronte ai miti ricorrenti, che propongono una giurisprudenza autoreferenziale (ma in realtà funzionale alla razionalizzazione di equilibri "spontanei")<sup>31</sup>.

---

<sup>i</sup> Relazione al seminario sul tema "*Diritti e coesione sociale*", organizzato dall'Istituto di Scienze Umane, in Firenze, nei giorni 8 e 9 giugno 2012.

---

<sup>31</sup> Questo orientamento trova la sua espressione più nota e autorevole (ed anche affascinante, per tanti aspetti) nella *Prima lezione di diritto* di Paolo Grossi, che tanto ha influenzato il pensiero giuridico italiano degli ultimi tempi (e quello dell'accademia fiorentina in particolare).

## The Just Price Doctrine and Contemporary Contract Law: Some Introductory Remarks

Andrea Perrone<sup>(\*)</sup>

### TABLE OF CONTENTS

1. Introduction
2. The Doctrine of the Just Price
  - 2.1. The Aristotelian-Thomistic Origin
  - 2.2. The Later Scholastics Developments
3. Criticism of the Doctrine of the Just Price. Some replies.
  - 3.1. The Modern Attack against the Doctrine of the Just Price
  - 3.2. A Rejoinder
4. Just Price Doctrine and Procedural Fairness
5. Towards a Role for the Just Price Doctrine in Contemporary Contract Law
6. A Few Examples
7. Conclusion

### 1. Introduction.

While issues of justice are at the center of the international scholarly debate on contracts,<sup>1</sup> both black letter law and legal scholarship tend to disregard the doctrine of the just price as nothing more than a relic of the Middle Ages. In accordance with the approach adopted by the EU Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, the most recent model rules of European private law explicitly exclude price adequacy from the unfairness test provided by the provisions dealing with unfair contract terms.<sup>2</sup> Similarly, in the United States, sec. 79 of the Restatement (Second) of Contracts specifies that “if the requirement of consideration is met, there is no additional requirement of equivalence in the value exchanged.” Legal scholars substantiate this approach with various arguments. In his seminal paper on *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, German law professor Ludwig Raiser identifies the flaw of the just price doctrine in the contradiction between its implicit claim to measure the objective value of

---

<sup>(\*)</sup> Full Professor of Corporate Law and Securities Regulation, Università Cattolica del Sacro Cuore. This paper develops ideas that were first presented at the conference *Economia politica classica e dottrina sociale della Chiesa*, held on May 4, 2012 at the Università Cattolica del Sacro Cuore. I am grateful to Francesco Denozza, Josè Manuel Elegido, Tobias Hoffmann, Mario Libertini, Marisaria Maugeri, Fabio Monsalve Serrano, Roberto Natoli, Luca Tuninetti, and Eyal Zamir for their insightful comments on an earlier draft. Errors remain my own.

<sup>1</sup> Most recent contributions include E. VOYIAKIS, *Contract Law and Reasons of Social Justice*, in 25 *Can. J.L. & Juris.* (2012), 393, and the essays published in H. MICKLITZ (ed.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011.

<sup>2</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE - RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich, 2009, sec. II. - 9:406(2): “for contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.”

goods and the dynamics of modern free markets.<sup>3</sup> Following a long standing tradition, other writers consider the notion of equality in exchange to be at odds with freedom of contract: because the free will of the parties is the best judge of their interests, anything freely agreed upon is just by definition. As the French philosopher Alfred Fouillée famously puts it, “qui dit contractuel, dit juste.”<sup>4</sup> A concise synthesis of the latest developments is rendered by Italian law professor Natalino Irti: “prices are neither just nor unjust. Rather, the justice of the price lies in the lawfulness of its formation.”<sup>5</sup>

Reality, however, reveals a more complex picture. Empirical economic research shows that concerns of price fairness commonly motivate the behavior of firms and individuals.<sup>6</sup> Likewise, it is widely recognized that, while freedom of contract alone ostensibly informs court decisions, judges in fact attempt to uphold substantive standards of justice.<sup>7</sup> Even in positive law, freedom of contract is far from the only determinant of contract price. Usury laws, the remedies provided for gross disparity by contract law in Continental Europe, and the doctrine of unconscionability in North American common law are clear signs of a persisting principle of equality in exchange which can be traced back to the doctrine of the just price.<sup>8</sup> From a different perspective, recent events illustrate the possible shortcomings of absolute private autonomy. Even if it is often neglected for obvious political reasons, the 2008 financial crisis has demonstrated how unfettered freedom of contract in bank executives’ compensation arrangements may result in excessive risk-taking<sup>9</sup> and, as a consequence, in negative externalities with dramatic effects for third parties.

This paper aims to discuss the possibility of applying the insights provided by the doctrine of the just price to the current debate about contractual justice. Sections 2 and 3 summarize the theory of the just price and respond to the objections that are traditionally raised against it. Just price doctrine and an alternative approach based on procedural justice are discussed in Section 4. Section 5 identifies the role that the theory of the just price could play in contemporary contract law and suggests a general standard of proportionality in exchange as a constraint on the full application of freedom of contract. Some consequences of the suggested approach, with reference to specific hard cases, are sketched in Section 6. Section 7 concludes.

---

<sup>3</sup> L. RAISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in L. RAISER, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Athenäum-Verlag, Regensburg, 1977, 65 ff.

<sup>4</sup> A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, Hachette, Paris, 1880, 410.

<sup>5</sup> N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289, 292.

<sup>6</sup> D. KAHNEMAN, J. KNETSCH, R. THALER, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, in 76 *Am. Econ. Rev.* (1986), 728; D. KAHNEMAN, J. KNETSCH, R. THALER, *Fairness and the Assumptions of Economics*, in 59 *J. Bus.* (1986), 285; B. FREY, W. POMMERHNE, *On the Fairness of Pricing. An Empirical Survey Among the General Population*, in 20 *J. Econ. Behav. Organ.* (1993), 295.

<sup>7</sup> Among others, see H. COLLINS, *The Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 270 ff.; E. ZAMIR, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, in 97 *Colum. L. Rev.* (1997), 1710, 1781 f.; E. POSNER, *The Bargain Principle and the Fairness Principle in Contract Decisions: Michigan, 1900-1950*, Program in Law and Economics, Harvard Law School, Discussion Paper No. 81, Cambridge MA, 1991, 95 ff.; P. S. ATIYAH, *Essays on Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 329 ff.; B. REITER, *The Control of Contract Power*, University of Toronto, Toronto, 1981, 358 ff.

<sup>8</sup> For a comprehensive discussion of this topic, J. GORDLEY, *Equality in Exchange*, in 69 *Cal. L. Rev.* (1981), 1587 ff.; more recently, ID., *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 361 ss.

<sup>9</sup> See L. BEBCHUK, H. SPAMANN, *Regulating Bankers’ Pay*, in 98 *Geo. L.J.* (2010), 247; FINANCIAL STABILITY BOARD, *FSF Principles for Sound Compensation Practices*, October 30, 2009, [http://www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_0904b.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904b.pdf), 5 ff.

## 2. *The doctrine of the just price*

### 2.1. The Aristotelian-Thomistic Origin

Even though both Roman law<sup>10</sup> and the Talmudic literature<sup>11</sup> dealt with the issue of price adequacy, the doctrine of the just price traces its lineage to Aristotle's *Nicomachean Ethics* and to Thomas Aquinas' *Summa Theologiae*. In the framework of Aristotle's virtue ethics, Aquinas identifies equality as the requisite for commutative justice in mutual dealings. The doctrine of the just price is concisely outlined with reference to the sale contract. After recognizing that "buying and selling seem to be established for the common advantage of both parties", Aquinas contends that:

"whatever is established for the common advantage, should not be more of a burden to one party than to another, and consequently all contracts between them should observe equality of thing and thing. Therefore if either the price exceeds the quantity of the thing's worth, or, conversely, the thing exceeds the price, there is no longer the equality of justice: and consequently, to sell a thing for more than its worth, or to buy it for less than its worth, is in itself unjust and unlawful."<sup>12</sup>

While the *Summa Theologiae* does not articulate what exactly comprises a just price,<sup>13</sup> in his commentary on Aristotle's *Nicomachean Ethics* Aquinas explains that the value of things "has a reference to human need." Since things are evaluated "according as man stands in need of them for his own use," the "one standard which truly measures all things is demand (*indigentia*)"<sup>14</sup> and demand is conventionally measured by money. Therefore, according to the majority of scholars, "the normal measure of something's value [is] the price it would currently fetch in the market (*secundum communem forum*), i.e., in deals between any willing sellers and buyers in the same locality and time frame."<sup>15</sup>

Aquinas clarifies his approach with two important qualifications. Openly distinguishing between ethics and law, he limits the scope of the theory of the just price as a legal doctrine. Since "human law is given to the people among whom there are many lacking virtue, and it is not given to the virtuous alone," it "suffices for it to prohibit whatever is destructive of human intercourse, while it treats other matters as though they were lawful, not by approving of them, but by not punishing them."<sup>16</sup> Aquinas also recognizes the need for a flexible application of his doctrine: "the just price of things is not fixed

<sup>10</sup> R. ZIMMERMANN, *The Roman Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, 255 ff.; R. WESTBROOK, *The Origin of Laesio Enormis*, in 55 *RIDA* (2008), 39.

<sup>11</sup> E. KLEIMAN, *Just Price in Talmudic Literature*, in 19 *Hist. Polit. Econ.* (1987), 23.

<sup>12</sup> *Summa Theol.* II-II, q. 77, a.1 (Benzinger Bros. Edition, 1947. Translated by the Fathers of the English Dominican Province).

<sup>13</sup> J. BALDWIN, *Medieval Theories of the Just Price: Romanists, Canonists and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, in 49 (New Series) *Transactions of the American Philosophical Society* (1959), 75; C. SPICQ, *La justice, Saint Thomas d'Aquin Somme Théologique*, Desclée, Paris, 1947, 334.

<sup>14</sup> *Eth.*, v. 9, n. 4 [981].

<sup>15</sup> J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 202; see also G. AMBROSETTI, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, in P. GROSSI (ed.), *Per la storia del pensiero giuridico moderno: Incontro di studio*, Giuffrè, Milano, 1973, 28; J. BALDWIN, *supra* note 13, at 78 f; R. DE ROOVER, *The Concept of the Just Price*, in 18 *J. Econ. Hist.* (1958), 418, 422 f.; J. NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1957, 82 ff.

<sup>16</sup> *Summa Theol.* II-II, q. 77, a. 1 ad 1.

with mathematical precision, but depends on a kind of estimate, so that a slight addition or subtraction would not seem to destroy the equality of justice.”<sup>17</sup>

## 2.2. The Later Scholastics Developments

Writing as a philosopher and a theologian, Aquinas was not concerned with formulating a comprehensive legal doctrine. While he made reference to Roman law, mentioning for example the rule on gross disparity (*laesio enormis*, C. 4.44.2) while discussing the lawfulness of selling things for more than their worth,<sup>18</sup> he did not attempt to synthesize it with his theoretical framework. Neither did medieval jurists, even though traces of Aristotelian ideas may be found in Baldus’ commentary on the Roman doctrine of *laesio enormis*, where he notes that an unjust price violates the principle of equality.<sup>19</sup> As described in detail in the well-known book by James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, a synthesis of Roman law and Aristotelian-Thomistic moral philosophy was achieved in the XVI century by the later Scholastics.<sup>20</sup>

In addition to affirming the principles of commutative justice and equality in exchange, Dominican Domingo de Soto (1494-1560) and Jesuits Luis de Molina (1535-1600), Leonardus Lessius (1554-1623), and Juan de Lugo (1583-1660) identified the just price with either the current market price or with the price set by public authorities. In Lessius’ words, “the just price is either that which is fixed by the public authority in consideration of the common good or that which is determined by the estimation of the community (*communi hominum aestimatione*).”<sup>21</sup> According to these writers, such an estimation depends on the features of the goods exchanged, the cost of production, the mode of selling, and the supply of money. A detailed taxonomy of the circumstances “causing the estimation of the goods to rise or fall” is provided again by Lessius:

“some of these circumstances relate to the commodities themselves: their scarcity or abundance, the common need for them and their subjective utility. Next, there are circumstances pertaining to the seller: his labor, the expenses, the risks, and the damages he incurs in obtaining, transporting, and storing the goods. Furthermore, the mode of selling plays a role, namely whether the commodities are offered spontaneously or sold on demand. A final factor concerns the buyers, whether they are few or many, and whether there is lack or abundance of money.”<sup>22</sup>

Compared with modern and contemporary views, this approach shows two original features which are important to note. First, it bases price justice on a substantive standard. As de Soto puts it, “the justice of the price does not depend in any way on the person, but it is assessed *per se*, absolutely.”<sup>23</sup> Second, in gauging the equality of an exchange, the approach developed by the later

<sup>17</sup> Summa Theol. II-II, q. 77, a. 1 ad 1.

<sup>18</sup> Summa Theol. II-II, q. 77, a. 1 ad 1.

<sup>19</sup> Commentaria to C. 4.44.2, nn. 18 and 48.

<sup>20</sup> J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford, 1991; more recently see W. DECOCK, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune*, Nijhoff, Leiden, 2013, 519 ff.

<sup>21</sup> De iustitia et iure, lib. 2, cap. 21, dub. 2, § 7 (translation by W. Decock, in 10 J. Markets Morality (2007), 433).

<sup>22</sup> De iustitia et iure, libr. 2, cap. 21, dub. 2, § 8.

<sup>23</sup> De iustitia et iure, (Facsimil Edition), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 545, as quoted in J. M. ELEGIDO, *The Just Price: Three Insights from the Salamanca School*, in 90 J. Bus. Ethics (2009), 29, 31.

Scholastics takes into account both objective and subjective elements. Despite explicit and sophisticated references to cost of production and utility to the buyer, this approach cannot be considered a theory of value in the modern sense, since its architects did not intend to formulate an economic theory on the worth of goods and services. Luigi Pasinetti's clarification regarding the economic thought of ancient and medieval philosophers can be extended to later Scholastics: they were trying to state standards of ethical and legal behavior and thus "it was not contradictory for them to try to set out [m]any separate arguments, provided that they all helped [t]o achieve the final effect."<sup>24</sup> In other words, the later Scholastics' focus was human judgment of price justice, not the equilibrium between supply and demand.<sup>25</sup> From this perspective, Murray Rothbard's reference to the Scholastics as "proto-Austrian"<sup>26</sup> is clearly an overstatement. Lessius' comment on utility marks the difference:

"It is not allowed to sell a good dearer on account of the subjective utility or necessity that drives on to buy your good (as it is the depraved practice of many utterly immoral merchants). The reason thereof is that no one is allowed to sell to another precisely that which belongs to that other person. Now, the subjective utility is that which the good offers to the buyer, not to the seller. It comes forth from a circumstance of which the seller is not the cause."<sup>27</sup>

By the same token, the "estimation of the community" which determines the just price cannot be equated to the dynamics of a perfectly competitive market, as some historians of economic thought are wont to argue.<sup>28</sup> As Norwegian economist Odd Langholm notes, the frame of reference for the analysis of later Scholastics was, rather, "a moral universe that obliged any buyer or seller to act for the common good and agree to terms of exchange accordingly, regardless of the advantage granted him by the forces of the market."<sup>29</sup> A clear example of this approach is again provided by Lessius. After recalling the maxim of Roman law that "the prices of goods are defined neither by affection nor by private advantage but rather in common" (D. 35.2.63: *pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur*), Lessius argues that "private judgment is fallible and easily perverted by love of

<sup>24</sup> L. PASINETTI, *Theory of Value - A Source of Alternative Paradigms in Economic Analysis*, in M. BARANZINI, R. SCAZZIERI (eds.), *Foundations of Economics: Structures of Inquiry and Economic Theory*, Basil Blackwell, Oxford, 1986, 411; see also O. HAMOUDA, B. PRICE, *The justice of the just price*, in 4 *Eur. J. Hist. Econ. Thou.*, 1997, 191.

<sup>25</sup> J. GORDLEY, *Foundations*, *supra* note 8, at 362; O. LANGHOLM, *Price and Value in the Aristotelian Tradition: a Study in Scholastic Economic Sources*, Universitetsforlaget, Bergen, 1979, 116.

<sup>26</sup> M. ROTHBARD, *Economic Thought Before Adam Smith: An Austrian Perspective on the History of Economic Thought: Classical Economics*, I, Edward Elgar, Aldershot, 1995, xi.

<sup>27</sup> *De iustitia et jure*, libr. 2, cap. 21, dub. 2, § 31.

<sup>28</sup> DE ROOVER, *supra* note 15, at 424; J. SCHUMPETER, *A History of Economic Analysis*, Routledge, Londra, 1954, 94 f.; J. BALDWIN, *supra* note 13, at 76; more recently, A. CHAFUEN, *Faith and Liberty: The Economic Thought of the Late Scholastics*, Lexington Books, Lanham, 2003, 82 ff.

<sup>29</sup> O. LANGHOLM, *The Legacy of Scholasticism in Economic Thought: Antecedents of Choice and Power*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, 85; see also A. VON MEHREN, *The French Doctrine of Lésion in the Sale of Immovable Property*, in 49 *Tul. L. Rev.* (1975) 321, 324, note 14; more recently, F. MONSALVE SERRANO, *Scholastic just price and current market price: is it merely a matter of labelling?*, electronic version, in *Eur. J. Hist. Econ. Thou.* (online version), 2012, 6: "The most outstanding aspect of the ethical framework of scholastic economic vision, is that man has a fundamental moral responsibility for the common good of the society as an agent of Creation, therefore just price should guarantee both a proper reward to the merchant and a fair price that prevents the consumer from being deceived or exploited."; W. DECOCK, *supra* note 20, at 602 f.

gain, whereas a common judgment is less subject to error.<sup>30</sup> As more recently observed, common estimation “is not merely an impersonal force driven by the egotistical individual’s interests, but a communal and prudent process” where moral responsibility “plays an outstanding role in preventing economic compulsion.”<sup>31</sup>

### 3. Criticism of the doctrine of the just price. Some replies.

#### 3.1. The Modern Attack against the Doctrine of the Just Price

The first explicit attack against the doctrine of the just price comes from Christian Thomasius (1655-1728) in *De aequitate cerebrina*, a book published in 1706 criticizing the Roman law on gross disparity.<sup>32</sup> Thomasius’s main argument is twofold. First, he identifies the fallacy of the just price doctrine in the belief that “the prices of things originate from a natural comparison between them and are nearly an intrinsic quality thereof.”<sup>33</sup> Then, after claiming that “human eagerness (*cupiditas*) drives the price of things”, Thomasius states that “in contracts the prices of things depend only upon the agreement of the parties” and - as far as they act “in the state of natural freedom” - “no just price exists prior to an agreement.”<sup>34</sup>

Thomasius’ arguments, however, are hardly original. In keeping with his radical dismissal of Aristotelian virtues theory and emphasis on self-interest and free will, Thomas Hobbes (1588-1679) had already suggested a similar approach in a famous remark in his *Leviathan*, published in 1651: “The value of all things contracted for is measured by the appetite of the contractors, and therefore the just value is that which they be contented to give.”<sup>35</sup> The same argument was put forward in his earlier *De cive* (1642) as a critique of the Aristotelian conception of justice:

“But what is all this to Justice? For neither, if I sell my goods for as much as I can get for them, do I injure the buyer, who sought, and desired them of me? Neither if I divide more of what is mine to him who deserves less, so long as I give the other what I have agreed for, do I wrong to either?”<sup>36</sup>

In rejecting the theory of the just price, both Hobbes and Thomasius start from the same philosophical assumptions. In the aftermath of the modern dismissal of metaphysics, discourse on moral philosophy began to exclude the problem of identifying the *telos* or “end” of man and the notion that the virtues are a necessary means of helping him reach that end.<sup>37</sup> In this changed context,

<sup>30</sup> De iustitia et jure, libr. 2, cap. 21, dub. 2, § 9.

<sup>31</sup> F. MONSALVE SERRANO, *supra* note 29, at 11; O. LANGHOLM, *supra* note 29, at 88.

<sup>32</sup> J. GORDLEY, *supra* note 20, at 201 f.; T. AHNERT, *Roman Law in Early Enlightenment Germany: The Case of Christian Thomasius, De Aequitate Cerebrina Legis Secundae Codicis de Rescindenda Venditione* (1706), in 24 *Ius Com.* (1997), 153 ff.; K. LUIG, *Der gerechte Preis in der Rechtstheorie und Rechtspraxis von Christian Thomasius (165-1728)*, in *Diritto e potere nella storia europea*. Atti in onore di Bruno Paradisi, Olschki, Firenze, II, 775, 802 f.

<sup>33</sup> De aequitate cerebrina, cap. 2, § 14.

<sup>34</sup> De aequitate cerebrina, cap. 2, respectively, §§ 16, 19, 20 and 26.

<sup>35</sup> *Leviathan*, I, § 15.

<sup>36</sup> De cive, III, § 6.

<sup>37</sup> J. GORDLEY, *supra* note 20, at 112 ff.

contracts are simply the means to reconcile conflicting self-interests according to the respective wills of the contracting parties.

### 3.2. A Rejoinder

Fostered by the new philosophical paradigm of modernity, the two objections raised by Thomasiaus against the doctrine of the just price swiftly became a commonplace in the emerging market economy. In the first English treatise on contracts, John Powell states that “it is the consent of parties alone, that fixes the just price of any thing, without reference to the nature of things themselves, or to their intrinsic value.”<sup>38</sup> Similarly, in a renowned handbook on German commercial law, Carl Gareis argues that “the value of goods are one amount here and one amount there, one amount for the seller and another for the buyer”, further claiming that “a price must be considered just” when “it is agreed upon by the parties.”<sup>39</sup> An analogous point was raised in the discussion prior to the enactment of the French *code civil*: as noted by Berlier before the *Conseil d’Etat*, “things do not in general have a true price, a just price; they are worth less to one person, more to another; the degree of luxury, the utility, the varying situations of the parties, there are plenty of reasons for different evaluations: but the price is known only by the agreement itself; it establishes the price, and the price should not be sought elsewhere.”<sup>40</sup> These arguments are still common today. With express reference to “Aristotle’s approach to economic problems”, Ludwig von Mises criticizes those for whom “value was considered as objective, as an intrinsic quality inherent in things.”<sup>41</sup> Meanwhile, the comment to sec. 79 of the United States Restatement (Second) of Contracts explains that “valuation is left to private action in part because the parties are thought to be better able than others to evaluate the circumstances of particular transactions.”

The criticism that the doctrine of the just price regards value as an intrinsic property of things is, however, groundless. Indeed, the later Scholastics themselves explicitly reject the concept of an intrinsic value of goods. In accordance with Aquinas’ statement that “articles are not valued according to the dignity of their nature”, but “are priced according as man stands in need of them for his own use,”<sup>42</sup> de Soto affirms that “the prices of things have to be evaluated not according to their nature, but to the extent they serve human use.”<sup>43</sup> Molina and de Lugo also categorically dismiss the correspondence between economic value and intrinsic worth. According to the former, “the just price does not originate from the nature of things ... but depends on how far they are serviceable for human use.”<sup>44</sup> Similarly, de Lugo identifies the cause of price fluctuation not as “the intrinsic and substantial perfection of things”, but as their “benefit to human use” (*utilitas in ordine ad usus humanos*) and

<sup>38</sup> J. POWELL, *Essay Upon the Law of Contracts and Agreements*, P. Byrne, J. Moore, Dublin, 1790, 229. As noted by A. SIMPSON, *The Horowitz Thesis and the History of Contracts*, in 46 *U. Chi. L. Rev.* (1979), 592 ff., elsewhere in his treatise Powell expresses a more benign personal view, writing that “inadequacy of price, abstracted from all other considerations, seems of itself ... to furnish no ground on which a court can set aside, or rather relieve a party to a contract.” POWELL, at 152 (emphasis in the original).

<sup>39</sup> C. GAREIS, *Das Kaufgeschäft*, in W. ENDEMANN, *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, III, Fues, Leipzig, 1882, 555.

<sup>40</sup> See J. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 14, Treuttel et Würz, Paris, 1828, 65.

<sup>41</sup> L. VON MISES, *Human Action: A Treatise on Economics*, Yale University Press, New Haven, 1949, 204.

<sup>42</sup> *Eth.*, v. 9, n. 4 [981].

<sup>43</sup> *De iustitia et iure*, lib. 6, q. 2, art. 3.

<sup>44</sup> *De iustitia et iure*, II, disp. 348, n. 2.

“valuation” (*aestimatio*) by the community.<sup>45</sup>

The argument based on private autonomy is much more serious, as it marks a crucial aspect of the modern break with the Aristotelian tradition and is a cornerstone of the emerging free market economy. The claim that the just price coincides with the price agreed upon by the contracting parties is rooted in the philosophical developments which followed Descartes’ critical philosophy and English empiricism. By reducing the scope of reason to logical deduction and immediate sense experience, both approaches denied the possibility of a rational normative judgment. As a consequence, the only way to find a foundation for making a choice was either claiming that choosing in accord with one’s inclination is normatively good, as utilitarianism did, or identifying some other normative criterion, which Kant and Hegel recognized in the free and autonomous choice. Under both approaches, will and freedom to choose are central.<sup>46</sup> From a political and economic perspective, reducing the just price to any result of a free agreement complements the classical liberal argument which sees the market as the optimal coordination mechanism for allocating resources and advocates a diminishing government role in the economy.<sup>47</sup> Therefore, “subjecting the reasonableness or equivalence of the relationship between the price and the goods or services to any control by the courts or administrative authorities would be ‘anathema to the fundamental tenets of a free market economy’.”<sup>48</sup> As Judge Easterbrook wrote in the opinion rendered a few years ago in a controversial case, “competitive processes are imperfect but remain superior to a ‘just price’ system administered by the judiciary.”<sup>49</sup>

Using exclusively free will as a normative criterion, however, can have negative consequences. Both moral philosophy<sup>50</sup> and economic theory<sup>51</sup> provide many examples of the negative externalities resulting from unfettered economic activity. Similarly, some free agreements are patently difficult to justify, such as those resulting in economic compulsion<sup>52</sup> or haphazard distribution of wealth<sup>53</sup>. Freedom of contract as sole determinant of justice also neglects to consider both the possibility of unequal relationships and the behaviour of people in real-world situations. Max Weber’s seminal *Wirtschaft und Gesellschaft* famously highlights the role played by power in economic relationships and the consequent distortions of the free market mechanism.<sup>54</sup> In more recent terms, “for those with limited

<sup>45</sup> De iustitia et iure, II, disp. 26, sec. 4, n. 42.

<sup>46</sup> J. GORDLEY, *Foundations*, *supra* note 8, at 16 f.

<sup>47</sup> M. HORWITZ, *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, in 87 *Harr. L. Rev.* (1974), 917, 923 ff.; P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, 398 ff., 403.

<sup>48</sup> M. SCHILLIG, *Directive 93/13 and the ‘Price Term Exemption’: A Comparative Analysis in the Light of the ‘Market for Lemons’ Rationale*, in 60 *Int’l & Comp. L.Q.* (2011), 933, 938, quoting H. BRANDNER, P. ULMER, *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission*, in 28 *C.M.L. Rev.* (1991), 647, 656; see also C.W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner Materialisierung*, in 200 *AcP* (2000), 273, 320 ff.

<sup>49</sup> *Jones v. Harris Associates*, 527 F.3d 627, 634 (7th Cir. 2008).

<sup>50</sup> P. KOSLOWSKI, *Principles of Ethical Economy*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2001, 6 ff.; R. SPAEMANN, *Zur Kritik der politischen Utopie: 10 Kapitel politischer Philosophie*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1977, 167-182; more in general, see J. SOUDEK, *Aristotle’s Theory of Exchange: An Inquiry into the Origin of Economic Analysis*, 96 *Proc. Am. Philos. Soc.* (1952), 45, 46 f.

<sup>51</sup> For a survey, see A. PAPANDEOU, *Externality and Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

<sup>52</sup> O. LANGHOLM, *supra* note 29, at 78 ff.; F. MONSALVE SERRANO, *Economics and Ethics: Juan de Lugo’s Theory of the Just Price, or the Responsibility of Living in Society*, in 42 *Hist. Polit. Econ.* (2010), 495, 515 ff.

<sup>53</sup> J. GORDLEY, *Equality*, *supra* note 8, at 1617 ff.; for the insightful remark that the idea of an objectively correct price “lives with full emotional force for Americans only in the law of insider trading: the view that it was fundamentally wrong for one contract partner to get the better of another by selling high or buying low,” J. WHITMAN, *The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce: Some Dutch Evidence*, in 105 *Yale L.J.* (1996), 1841, 1858; in more general terms, see also D. LEWINSOHN-ZAMIR, *The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law*, in 78 *NYU L. Rev.* (2003), 1669 ss.

<sup>54</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922.

alternatives, the free market is not all that free.”<sup>55</sup> From a different perspective, empirical economic research offers evidence that economic agents tend to moderate their free choices by reference to some further normative criteria.<sup>56</sup> Identifying those criteria may help not only to resolve the inconsistencies in the free will model, but also to elaborate an idea of normative judgement more correspondent with reality.

#### 4. *Just price doctrine and procedural fairness.*

According to a common line of reasoning, the flaws of a model of contractual justice based solely on free will can be corrected by identifying a set of conditions under which freedom of contract could be effective. Such a view asserts that the task of the law is to remove the obstacles that inhibit equality between parties, thus assuring an “appropriate initial *status quo*,” which is traditionally identified with John Rawls’ “principle of justice chosen behind the veil of ignorance.”<sup>57</sup> Here, a standard of procedural fairness replaces one of substantive fairness.

A recent example of this approach can be found in the Draft Common Frame of Reference (“DCFR”) prepared by the Study Group on a European Civil Code and by the Research Group on EC Private Law<sup>58</sup>. Having determined that “justice is hard to define, impossible to measure and subjective at the edges,” the DCFR identifies several principles of contractual justice - such as “not allowing people to rely on their own unlawful, dishonest, or unreasonable conduct” and prohibiting parties from “taking undue advantage”<sup>59</sup> - as means to guarantee a genuine freedom to contract. By the same token, the DCFR addresses price justice only from a procedural perspective: while “the adequacy of the price to be paid” is excluded from the unfairness test, except when the contract terms are not “drafted in plain and intelligible language” [sec. 9:406(2)], an extensive set of remedies is provided for situations that may lead to unjust prices, among which are reliance on incorrect information given by a party (sec. 7:204), fraud (sec. 7:205), coercion or threats (sec. 7:206), and unfair exploitation of contractual power (sec. 7:207).

Even though, as demonstrated by the provisions in the DCFR, such an approach often seems to reach the same outcomes as one based on the doctrine of the just price,<sup>60</sup> a model grounded in

<sup>55</sup> M. SANDEL, *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus, and Giroux, New York, 2009, 81.

<sup>56</sup> D. KAHNEMAN, J. KNETSCH, R. THALER, *supra* note 6; B. FREY, W. POMMERHNE, *supra* note 6.

<sup>57</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1971, 12.

<sup>58</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE - RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW, *supra* note 2. To be sure, at no. 24 of the Interm Outline Edition the authors of the DCFR explicitly declared that “the DCFR is particularly concerned to promote what Aristotle termed ‘corrective’ justice’. This notion is fundamental to contract.” However, that statement - which was deleted in the final Outline Edition - is at odds with the rejection of the principle of equality in exchange (*supra* note 2) and appears to be mostly aimed at clarifying - as no. 24 proceeds - that “the DCFR is less concerned with issues of ‘distributive justice.’” Thus, it is unclear to what extent the authors of the DCFR intend to rely on Aristotelian notions of justice.

<sup>59</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE - RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW, *supra* note 2, respectively at nos. 40, 42, and 43.

<sup>60</sup> R. BARNETT, *A Consent Theory of Contract*, in 86 *Colum. L. Rev.* (1986), 269, 283 f.; A. FARNSWORTH, *Contracts*, Aspen Publishers, New York, 2004, § 2.11, 71 f.; with reference to § 138 BGB, R. ZIMMERMANN, *supra* note 10, at 268 f. This argument has an old lineage. See J. POWELL, *supra* note 38, at 157 f.: “the circumstance of inadequacy alone can be made a ground for setting aside a contract ... in the light of furnishing self evident demonstration, from the intrinsic nature and subject of the bargain itself, of fraud.”

substantive justice is more complete. Any system of social control, including a procedure aimed at assuring the justice of transactions, needs to be legitimated, and this legitimization can only be found in a substantive value of the system.<sup>61</sup> Explicitly recognizing the specific substantive value that legitimates such a system, therefore, allows for more transparency and control, while also being more effective in practice, particularly in borderline cases where transparency and control are most needed. Naturally, the need for a substantive value does not imply *per se* that such a value be equality in exchange, as suggested by just price theory. However, several arguments show the reasonableness of adopting precisely this suggestion.

Empirical economic research offers evidence that firms and individuals are commonly motivated by concerns of price fairness. In a famous article, Kahneman, Knetsch and Thaler discussed what they called “a principle of dual entitlement”. Using market prices, posted prices and the history of previous transactions as “reference transactions”, they found that a substantial majority of the population studied thinks that

“transactors have an entitlement to the terms of the reference transaction and firms are entitled to their reference profit. A firm is not allowed to increase its profits by arbitrarily violating the entitlement of its transactors to the reference price, rent or wage. When the reference profit of a firm is threatened, however, it may set out new terms that protect its profits at transactors’ expenses.”<sup>62</sup>

Further research has confirmed their conclusions.<sup>63</sup>

From a contractual justice standpoint, while the aforementioned convergence between outcomes of procedural fairness and of substantive fairness does exist, its cause appears to be inverted: it is not the removal of inequality that brings about substantive justice, but rather people’s desire for substantive justice that results in the use of legal remedies to eliminate inequality. As many scholars have pointed out, the traditional legal doctrines of fraud, misrepresentation, duress, undue influence and mistake “have frequently been used to police the fairness of transactions between parties of unequal bargaining power.”<sup>64</sup> By the same token, it is commonly recognized that, “notwithstanding the rhetoric of private autonomy, the courts’ actual practice reflects a solid commitment to values of equivalence, fairness and substantive justice in contracts,”<sup>65</sup> even though “the extreme reluctance of courts to acknowledge openly that they are trying to ensure that a contract operates as a fair exchange ... often obscures what is actually going on.”<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> P. KOSLOWSKI, *supra* note 50, at 217.

<sup>62</sup> D. KAHNEMAN, J. KNETSCH, R. THALER, *Fairness as a Constraint*, *supra* note 6, at 729 f.

<sup>63</sup> D. KAHNEMAN, J. KNETSCH, R. THALER, *Fairness and the Assumptions*, *supra* note 6; B. FREY, W. POMMEREHNE, *supra* note 6; for the relevance of moral dimension in breach of contract situations see also T. WILKINSON-RYAN, *J. Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract*, in 6 *J. Empirical Legal Stud.* (2009), 405.

<sup>64</sup> E. ZAMIR, *supra* note 7, at 1740; P. S. ATIYAH, *supra* note 7, at 329 f.; R. ZIMMERMANN, *supra* note 10, at 269; R. CLARK, *Inequality of Bargaining Power: Judicial Intervention in Improvident and Unconscionable Bargains*, Carswell, Toronto, 1987, 30 ff.; C. DALTON, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 *Yale L.J.* (1985), 997, 1024 ff.

<sup>65</sup> E. ZAMIR, *supra* note 7, at 1781 f.; from a historical perspective, A. KESSLER, *Enforcing Virtue: Social Norms and Self-Interest in an Eighteenth-Century Merchant Court*, in 22 *Law & Hist. Rev.* (2004), 71, 90 f.; for a recent example in case law related to the provision of financial services, see A. PERRONE, S. VALENTE, *Against All Odds: Investor Protection in Italy and the Role of Courts*, in 13 *EBOR* (2012), 31, 43.

<sup>66</sup> P. S. ATIYAH, *supra* note 7, at 337; for an analogous remark, J. M. ELEGIDO, *supra* note 23, at 33.

Finally, in positive law substantive price justice is much more pervasive than might be expected. Oft-cited cases such as usury laws, the remedies provided by the Unidroit principles for cases where “the contract or an individual term of it, at the time of the conclusion of the contract, gave the other party an excessive advantage” [artt. 3.2.7(1) and 3.2.8 Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010], and the doctrine of substantive unconscionability in common law can be supplemented by further examples. Under Scandinavian law “a contract may be modified or set aside, in whole or in part, if it would be unreasonable or contrary to principles of fair contract” [art. 36(1) Scandinavian Contract Act], thus even allowing control of the price.<sup>67</sup> Similarly, the recent Italian Act for Liberalizations provides that contracts regarding food products “should respect principles of transparency, fairness, proportionality and equality in exchange” [art. 62(1) Act January 24, 2012, n. 1] and the regulation implementing this provision expressly voids contracts where the price is “patently below the average cost of production” [art. 4(2)(c) Ministerial Decree October 19, 2012].

##### *5. Towards a role for the just price doctrine in contemporary contract law.*

A model of contract justice based on substantive price fairness requires the clarification of two issues: the relationship between this model and the market mechanism for price formation, and the role played by the law in ensuring price adequacy.

While just price theory suggests that prices should be evaluated according to a normative criterion beyond the mere outcome of the economic process, the market price can nonetheless be considered a good proxy for the just price. Normal market conditions embody many of the factors affecting the moral judgment of price justice: as German philosopher Peter Koslowski has noted, “the conditions of the market price formation, the market process and price formation by competition are themselves constitutive criteria of the assessment of the just price”. For this reason, “the assumption can be made initially, until the contrary is proven, that the market price is just.”<sup>68</sup> Consequently, the legal requirement of a just price does not replace the market mechanism but rather works as a normative criterion to evaluate whether the individual price conforms to the generally established market price. Where objects are unique or markets are so evidently imperfect so as to make the market price indeterminable, the evaluation of price justice resorts to the specific criteria developed by the later Scholastics: features of the goods exchanged, the cost of production, the mode of selling, and the supply of money.

Such a relationship between the just price and the market price illustrates that the proposed approach works as an external constraint to freedom of contract, not as a paternalistic dictation of the price to the parties. Per Koslowski’s salient observation, “just price theory does not formulate positive norms, but negative norms of price formation, economic and social minimum requirements that the subjectivized price system must be able to satisfy.”<sup>69</sup> Moreover, while from a purely ethical perspective the model could lead to a case-by-case evaluation of price justice, albeit one conforming to market price, as a legal doctrine the insights of the later Scholastics are limited by the specific goals of the law and by the need for efficiency in its adjudication. Recalling the aforementioned distinction between law

<sup>67</sup> M. HESSELINK, *The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, 118.

<sup>68</sup> P. KOSLOWSKI, *supra* note 50, at 188.

<sup>69</sup> P. KOSLOWSKI, *supra* note 50, at 221.

and ethics by Aquinas and his note that it “suffices” for the law “to prohibit whatever is destructive for human intercourse,” it is therefore easily understandable why a long-standing tradition - from the Roman doctrine of *laesio enormis* to the 2010 Unidroit Principles - limits judicial intervention on free agreements to cases of gross disparity. These are the cases with a high risk of negative externalities in which legal intervention is worth the cost. Placing the burden of proof on the party who claims the injustice of the price further reduces the likelihood of excessive intervention.

These qualifications address the traditional objection that protective legal measures - in this case, the possibility of establishing the just price as a matter of law - will be priced ex-ante<sup>70</sup> and thus parties “will pay for protections that many of them would rather waive for a discount.”<sup>71</sup> Because limiting the legal intervention to cases of gross disparity which the affected party is able to prove leaves little room for opportunistic behavior, all that remains to be priced ex-ante is the protection against the exploitation of contractual power. This very same mechanism might, however, become a competitive advantage for “virtuous” players. All other things being equal, compliance with the requirements of price justice enhances reputation and lowers legal risks, thus enabling lower prices and a competitive advantage. From a different perspective, the traditional objection overlooks the capacity of the law to shape societal values.<sup>72</sup> Once this feature is taken into account, an approach based on just price theory appears more beneficial than others. The harsh model sketched by Justice Thomas asserting that

“no other participant in a market owes a duty to protect those who knowingly enter a market but who do not understand it, are imprudent, or who miscalculate; indeed, it is likely that a person who is imprudent or foolish or who miscalculates in any market will be ruthlessly exploited by those who understand the market”<sup>73</sup>

is probably socially less desirable than a model which promotes equality in exchange.<sup>74</sup> Empirical economic research corroborates this conclusion.<sup>75</sup>

A final remark should be devoted to the objection that determining whether a price is grossly unjust is extremely difficult. Antitrust analysis has often characterized the effort to distinguish between competitive prices and unfairly high prices as a “daunting, if not impossible, task.”<sup>76</sup> Rare case law

---

<sup>70</sup> R. CRASWELL, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, in 43 *Stan. L. Rev.* (1991), 361, 365.

<sup>71</sup> O. BAR-GILL, O. BEN-SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, in 50 *C.M.L. Rev.* (2013), 109, 110.

<sup>72</sup> C. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1997, 36; J. BALKIN, *Ideology as Constraint*, in 43 *Stan. L. Rev.* (1991), 1133; G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law*, Syracuse University Press, Syracuse NY, 1985, 84. This remark that law has a value-shaping effect is hardly new and goes back to the Aristotelian-Thomistic tradition: see *Nicomachean Ethics*, II, 1103b; *Summa Theol.* I-II, q. 95, a.1.

<sup>73</sup> *Sphere Drake Insurance Ltd v Euro International Underwriting Ltd* [2003] EWHC 1636 (Comm).

<sup>74</sup> From a social perspective, B. DEMPSEY, *Just Price in a Functional Economy*, 24 *Am. Econ. Rev.* (1935), 471, 485 ff.; in terms of efficiency, F. BUCKLEY, *Three Theories of Substantive Fairness*, in 19 *Hofstra L. Rev.* (1990), 33, 48 ff.; more specifically, S. SHAVELL, *Contractual Holdup and Legal Intervention*, in 36 *J. Legal Stud.* (2007), 325.

<sup>75</sup> J. MATUTE-VALLEJO, R. BRAVO, J. M. PINA, *The influence of corporate social responsibility and price fairness on customer behaviour: evidence from the financial sector*, in 18 *Corp. Soc. Responsib. Environ. Mgmt* (2011), 317.

<sup>76</sup> D. EVANS, A. PADILLA, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, 1 *J. Competition L. & Econ.* (2005), 97, 118; in a similar way, S. BISHOP, M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, London, 2009, 237; D. GERADIN, *The Necessary Limits to the Control of ‘Excessive’ Prices by Competition Authorities - A View from Europe*. Tilburg University Legal Studies Working Paper, October 2007, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1022678>, 11.

applying EU provisions on excessive pricing - currently, art. 102(2)(a) Treaty on the Functioning of European Union - seems to confirm the point. Recent studies show, however, that the difficulty may be overstated. Indeed, while it may be arduous to identify an ubiquitous test, viable solutions may be offered by profitability analysis (*i.e.*: scrutinizing the firm's return on capital to determine whether its profits diverge from its normal, expected return on capital in a competitive market),<sup>77</sup> price-cost margin analysis, and price comparison performed geographically or historically (*i.e.*: considering the prices charged by other transactors in similar markets or the prices charged by the transactor over time).<sup>78</sup> Given the possible shortcomings of those tests, increased reliability might emerge from aggregating the results reached by applying different benchmarks.<sup>79</sup>

### 6. *A few examples.*

Hard cases on contractual justice have been proposed since antiquity. Augustine of Hippo mentions the “case where a manuscript was offered to a man for purchase, who perceived that the vendor was ignorant of its value, and was therefore asking something very small.”<sup>80</sup> Lessius addresses the problem of “buy[ing] a precious good as if it were a cheap one.”<sup>81</sup> An example similar to Augustine's, involving a painting, is more recently offered by Italian law professor Vincenzo Roppo in order to highlight the key differences in the various conceptions of contractual justice among European legal systems.<sup>82</sup> The problem of the grossly underpriced good is typically approached according to notions of procedural justice, inquiring whether the buyer is obliged to make a disclosure to the seller.<sup>83</sup> But the tenets of the just price doctrine suggest an easier solution. The same reasons that justify legal intervention in the case of defective goods also apply here, where the problem is reversed. In both cases, in Lessius' terms, “the contract does not preserve equality,” and in the case at hand “the seller does not intend to make a donation with respect to the sum exceeding the just price. Quite the reverse, he wants to sell the good completely and get a just price in exchange for it.”<sup>84</sup> The just price in this case can be determined by integrating the views of the late Scholastics with the insights of contemporary scholarship distinguishing between information resulting from a deliberate search and information

<sup>77</sup> OECD POLICY ROUNDTABLES, *Excessive Prices*, OECD DAF/COMP(2011), 63 ff.; A. GREGORY, *Excessive Prices and the Role of Profitability Analysis*, Contribution to OECD Policy Roundtable on Excessive Prices, 2012.

<sup>78</sup> P. AKMAN, L. GARROD, *When Are Excessive Price Unfair?*, in 7 *J. Competition L. & Econ.* (2011), 403; A. FUCHS, W. MÖSCHEL, Art. 102 AEUV, in U. IMMENGA, E.J. MESTMÄCKER (eds.), *Wettbewerbsrecht*, I, Verlag Beck, München, 2012, Rdn. 180 ff., 640 f.; C. WEISER, *Preismisbrauch nach Artikel 86 EWG-Vertrag*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1987, 215 ff.

<sup>79</sup> OECD POLICY ROUNDTABLES, *supra* note 77, 12.

<sup>80</sup> De Trinitate, 13, 3, 6.

<sup>81</sup> De iustitia et jure, libr. 2, cap. 21, dub. 11, § 84.

<sup>82</sup> V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 609.

<sup>83</sup> R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, 208 ff.; J. HARRISON, *Rethinking Mistake and Nondisclosure in Contract Law*, 17 *Geo. Mason L. Rev.* (2010), 335, 345; see also DCFR, sec. II. 7:201(1) (b)(ii) and (iii).

<sup>84</sup> De iustitia et jure, libr. 2, cap. 21, dub. 11, § 84. The example mentioned in the text could actually be characterized as a case of mistake; however, both common and civil law tend to exclude from the list of legally relevant mistakes an erroneous opinion as to the value of the thing which forms the subject-matter of the agreement: see H. BEALE, *Mistake and Non-Disclosure of Facts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 88; R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER, *supra* note 83, at 234.

acquired casually<sup>85</sup>. Because the expert buyer recognizes the value of the manuscript by virtue of his deliberately acquired expertise, the cost of producing this expertise should be taken into consideration when calculating the just price. Therefore, while a price adjustment should be applied, this adjustment should be such as to give a distribution of the value added by the buyer's expertise which compensates him for the costs borne.

Executive remuneration in financial institutions is a much more recent and controversial issue. Traditionally, this problem has been addressed by allowing freedom of contract in arm's length negotiations between informed parties and providing various procedural checks to manage possible agency problems and conflicts of interest. Mechanisms of risk management, corporate governance safeguards, and the imposition of fiduciary duties on directors are common legal strategies employed to this end<sup>86</sup>. However, the fact that negotiations are not generally conducted at arm's length<sup>87</sup>, the data on U.S. CEO annual compensation before and after the financial crisis<sup>88</sup>, and the recent EU decision to cap bankers's bonuses<sup>89</sup> cast some doubts on the effectiveness of these legal strategies. In 2011 the average annual compensation of CEOs in the 350 largest publically owned U.S. firms was more than 200 times the annual compensation of a private-sector production worker<sup>90</sup>. Faced with this fact, the just price doctrine questions whether the Emperor is actually wearing any clothes: is the CEO's compensation proportionate to the activity they perform? Apart from the related issue of distributive justice, is there equality in exchange between the CEO's remuneration and the services he provides? Under any standard of comparison (e.g.: physical effort; contribution to the firm; amount of required ability, skill or training; difficulty, stress, risk or unpleasantness; degree of responsibility or importance), it is difficult to adequately explain why CEOs deserve to make 200 times what average workers make<sup>91</sup>. Nor can it be effectively argued that this difference is justified to attract, retain, or motivate executives. Although increased pay does serve these purposes, it is difficult to explain the extra money paid to CEOs when their compensation is compared with the pay for jobs meeting many of the aforementioned criteria of comparison (e.g.: university presidents or military generals, who are paid 21 times less)<sup>92</sup>. Such compensation is similarly difficult to justify when put in the perspective of firm wealth maximization: it is highly unlikely that paying an American CEO the 2011 national average of about 11 million USD, instead of, say, 1 million results in a marginal gain for his company.<sup>93</sup> To the contrary, an approach based on equality in exchange could offer a simpler and more balanced solution,

---

<sup>85</sup> A. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, in 7 *J. Legal Stud.* (1978), 1; K. GRECHENIG, *Laesio enormis als enorme Läsion der sozialen Wohlfahrt? - Ein rechtsökonomischer Beitrag zur HGB-Reform*, *Journal für Rechtspolitik* (2006), 14.

<sup>86</sup> R. KRAAKMAN et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 75 ff.; Financial Stability Forum, *supra* note 9.

<sup>87</sup> L. BEBCHUK, J. FRIED, *Pay without Performance: The Unfulfilled Promises of Executive Compensation*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2004, 23 ff.

<sup>88</sup> L. MISHEL, N. SABADISH, *CEO Pay and the Top 1%: How Executive Compensation and Financial-Sector Pay Have Fueled Income Inequality*, Economic Policy Institute. Issue Brief 331, May 2, 2012.

<sup>89</sup> T. FAIRLESS, *EU Approves Bonus Caps for Bankers*, in *Wall St. J.*, April 16, 2013, available at <http://online.wsj.com/article/SB10001424127887324030704578426543854671854.html>.

<sup>90</sup> L. MISHEL, N. SABADISH, *supra* note 88, at 2.

<sup>91</sup> J. MORIARTY, *Do CEOs Get Paid Too Much?*, in 15 *Bus. Ethics Q.* (2005), 257.

<sup>92</sup> J. MORIARTY, *supra* note 91, at 269.

<sup>93</sup> J. MORIARTY, *supra* note 91, at 271.

reducing the inclination to take excessive risks - and thus cause negative externalities - which in the real world of finance is often positively correlated to the current compensation packages<sup>94</sup>.

Italian law on the bank-client relationship offers a further example of the utility of the just price theory. Under a thorny provision, the bank has the right to unilaterally modify the interest rate charged on open ended credit contracts with “reasonable ground” [art. 118(1) d. lgs. September 1, 1993, n. 385]. Legal scholarship has extensively discussed the conditions under which the requirement of a reasonable ground would be met<sup>95</sup>. An approach based on the just price theory helps to shed light on the issue. The nominal interest rate charged by the bank to the client depends on the cost incurred by the former to borrow money, on the creditworthiness of the latter, and on inflation. Assuming that the original agreed interest rate was equitable and did not take into consideration the risk of changes in those factors, the right of the bank to unilaterally modify the interest rate with reasonable ground can be understood as a means to restore equality in exchange when a significant modification of the factors affecting the interest rate occurs<sup>96</sup>. Either allowing the bank to unilaterally modify an agreement for any reason whatsoever, or prohibiting any change in the contract regardless of a change in the factors affecting the interest rate would be at odds with the principle of equality in exchange. For the same reason, the principle of equality in exchange would require a modification when such a change is in favor of the bank<sup>97</sup>. A judicious application of the doctrine regarding the frustration of contract’s fundamental purpose could help to this end.

### 7. Conclusions.

“I see us free, therefore, to return to some of the most sure and certain principles of religion and traditional virtues – that avarice is a vice, that the exaction of usury is a misdemeanour. [We] shall once more value ends above means and prefer the good to the useful”<sup>98</sup>. John Maynard Keynes’ prediction in his *Economic Possibilities for our Grandchildren* is followed by an immediate note of caution: “the time for all this is not yet”. For “at least another hundred years” only “avarice and usury and precaution” can “lead us out of the tunnel of economic necessity into daylight”<sup>99</sup>.

As this paper has tried to demonstrate, the doctrine of the just price takes a different approach. Even in a context which is not yet - and may never be - out of the tunnel of economic necessity, the

---

<sup>94</sup> P. BOLTON, H. MEHRAN, J. SHAPIRO, *Executive Compensation and Risk Taking*, Federal Reserve Bank of New York Staff Report No. 456 (November 3, 2011), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1635349>; K. MURPHY, M. JENSEN, *CEO Bonus Plans: And How to Fix Them*. Working Paper 12-022, Harvard Business School NOM Unit, 2011, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1935654>.

<sup>95</sup> A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative di ius variandi nel T.U.B.: sistema e fratture*, in A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (eds.), *Ius Variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Giuffrè, Milano, 2012, 59.

<sup>96</sup> A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Giappichelli, Torino, 2011, 65, at 76; P. SIRENA, *Il jus variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 262, at 276 ff.; see also the case law of the ADR tribunal on banking law, A. CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro bancario finanziario*, in *Contratti*, 2012,182, at 194.

<sup>97</sup> A. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (eds.), *supra* note 96, at 53 ff.

<sup>98</sup> J. KEYNES, *Economic Possibilities for our Grandchildren* [1930], in *Essays in persuasion*, W.W. Norton & Co, New York, 1963, 370.

<sup>99</sup> J. KEYNES, *supra* note 98, at 372.

just price theory suggests that ends already have the capacity to shape means and, more specifically, the content of contracts. Once again, contract law shows its capability of reflecting “the fundamental tension of the man-as-he-is into man-as-he-could-be-if-he-realized-his *telos*”<sup>100</sup>.

Many aspects of this topic require further discussion. The relationship between private and public enforcement of the legal requirement of equality in exchange<sup>101</sup>, and the impact on social justice of legal norms based on commutative justice<sup>102</sup> are some of the most delicate issues. Recent developments in virtue jurisprudence reflecting an attempt to break free of the dichotomy between the consequentialism of law and economics and the deontology of rights-theories<sup>103</sup> confirm, nonetheless, that this is a path worth following.

---

<sup>100</sup> H. BERMAN, *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*, Wm. B. Eerdmans Publishing Co., Grand Rapids MI, 1993, 206, quoting A. MACINTYRE, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, Notre Dame University Press, Notre Dame IN, 1964, 52 ff.

<sup>101</sup> In general, C. HODGES, *Public and Private Enforcement: The Practical Implications for Policy Architecture*, and H. MICKLITZ, *Administrative Enforcement of European Private Law*, both in R. BROWNSWORD, H. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, respectively 437 and 563.

<sup>102</sup> D. KENNEDY, *A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law*, in R. BROWNSWORD, H. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *supra* note 101, at 185; M. HESSELINK, *CFR & Social Justice: A Short Study for the European Parliament on the Values Underlying the Draft Common Frame of Reference for European Private Law - What Roles for Fairness and Social Justice?*, Working Paper Series No. 2008/08, Centre for the Study of European Contract Law, 2008, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1270575>.

<sup>103</sup> C. FARRELLY, L. SOLUM, *Virtue Jurisprudence*, Palgrave Macmillan, New York, 2007.