

AUTORITARISMO LIBERISTA, DIRITTO EUROPEO E DISAPPLICAZIONE COSTITUZIONALE



AUTORITARISMO LIBERISTA, DIRITTO EUROPEO E DISAPPLICAZIONE COSTITUZIONALE *

Tra gli anni sessanta e ottanta del secolo scorso, attraverso il rinnovamento della cultura giuridica e della giurisprudenza e l'introduzione legislativa di riforme, si delineò una politica del diritto esplicitamente finalizzata all'attuazione dei principi e delle norme costituzionali. In definitiva, si era dispiegato un profondo rinnovamento del diritto italiano, che trovava il suo unitario punto di riferimento nell'idea dell'attuazione della Costituzione. Erano coinvolte sia la scienza giuridica; sia gli orientamenti dei giudici, sia l'attività legislativa, determinando un nuovo modo di essere e di intendere gli istituti fondamentali del diritto privato. La cultura giuridica trovò così una sintonia profonda tra il rinnovamento dei propri strumenti concettuali e i processi in atto nella società italiana, ricollocando l'intera trama del diritto privato intorno alla Carta fondamentale.

A partire dall'ultimo terzo del secolo scorso, si è aperta una

fase storica diversa, caratterizzata dall'egemonia del capitalismo finanziario, dal liberismo, dalla sconfitta politica del lavoro. Nel diritto civile si è corrispondentemente determinato il ridimensionamento dell'apertura sociale, e la ricollocazione della tutela della persona in un quadro, talvolta asfittico, che privilegia una logica individualistica. La forza propulsiva dei principi costituzionali continua a operare, ma si viene progressivamente smarrendo quel nesso tra principio sociale e principio personalistico che è un tratto caratterizzante della Carta del 1948.

Per il diritto privato patrimoniale, si può parlare di progressiva disapplicazione costituzionale. Il primo aspetto da considerare sono le ideologie giuridiche del neoliberismo. Il loro segno prevalente è duplice. Anzitutto si ripropongono le ragioni dell'individualismo possessivo che erano state la base teorica del diritto liberale ottocentesco. In secondo luogo, si argomenta la necessità di ridurre lo spazio decisionale affidato agli istituti della democrazia, a favore di autorità estranee al circuito della legittimazione democratica. Per entrambe le vie, si determina una sottrazione di potere al legislatore, a vantaggio di altri soggetti. Il ritorno all'individualismo giuridico trova la sua prima espressione nelle dottrine giuridiche elaborate negli Stati Uniti a partire dagli anni settanta del secolo scorso. Le due più influenti sono quelle dell'analisi economica del diritto e dello Stato minimo.

La scuola dell'analisi economica del diritto individua nell'efficienza economica il fondamento degli istituti giuridici, e sostiene che i problemi giuridici devono essere esaminati e risolti attraverso il criterio della scelta più efficiente dal punto di vista dei vantaggi economici per le parti, senza tener conto di altri valori. L'autore più rappresentativo di questa scuola è Richard A. Posner, la cui opera *Economic Analysis of Law* (1973) ha avuto un'influenza

profonda. Posner è, secondo una recente indagine, lo studioso più citato negli scritti giuridici statunitensi degli ultimi decenni, mentre minoritaria è rimasta la versione dell'analisi economica del diritto che dà rilievo anche ai profili distributivi. L'analisi economica del diritto di Posner è strettamente legata alle teorie economiche liberiste della Scuola di Chicago, che ha il suo massimo esponente in Milton Friedman, e che contesta ogni intervento pubblico nell'economia, a favore della più ampia libertà di mercato.

Il neoliberismo si differenzia così anche dalle più moderate tra le teorie che costruirono il paradigma culturale della seconda fase del capitalismo, come quella «ordoliberal», elaborata da economisti tedeschi negli anni trenta, e particolarmente influente nella Germania del secolo scorso. In contrapposizione al liberismo, questa scuola afferma che il mercato può funzionare efficacemente solo in un contesto di regole stabilite dalle autorità politiche, affidando al tempo stesso ad apparati pubblici la tutela dei diritti sociali.

Su questa dottrina ha richiamato l'attenzione (forse con eccesso di enfasi sulla sua importanza) Michel Foucault nelle sue lezioni sulla «biopolitica» (1978-79), nelle quali sviluppa l'idea che nella società contemporanea l'individuo stesso è accuratamente fabbricato dallo Stato all'interno dell'ordine sociale. Per i neoliberisti, a differenza degli ordoliberali, il mercato può funzionare efficacemente solo se lasciato a se stesso, la razionalità del mercato va estesa a tutti i rapporti sociali (non solo a quelli economici) e il ruolo dello Stato deve essere "minimo".

Il liberismo del *laissez faire* sostituisce l'economia sociale di mercato come pensiero dominante. La parallela teoria dello Stato minimo, a sua volta, ripropone la logica del giusnaturalismo individualistico. L'autore più influente è Robert Nozick, il cui libro *Anarchia, Stato e Utopia* (1974) critica tutte le teorie della giustizia che presuppongano un intervento dello Stato nei rapporti economici e giuridici. Lo

Stato dove limitarsi a garantire la libertà dei singoli, e la proprietà privata è anch'essa un diritto di libertà. Perché l'assetto proprietario possa essere considerato giusto, è sufficiente che derivi da liberi scambi tra persone consenzienti, anche se ne conseguono grandi diseguaglianze sociali. Nozick critica Locke per aver giustificato la concezione individualistica della proprietà privata con l'appropriazione attraverso il lavoro. Questa giustificazione non è necessaria; è sufficiente che il titolo proprietario sia stato acquisito legalmente. Il libro di Nozick fu la risposta al tentativo di John Rawls (1971) di definire i principi di una società giusta, rielaborando l'antica teoria del contratto sociale. In effetti, le suggestive riflessioni di Rawls si mostrarono, a differenza di quelle di Nozick, prive del radicamento storico-sociale, senza il quale nessuna teoria è in grado di incidere sull'assetto istituzionale e giuridico.

Autoritarismo liberista e post-democrazia

La seconda tendenza culturale e istituzionale da considerare (accanto, ma coerente al neoliberismo) è quella che è stata definita dell'"autoritarismo liberista", e che ha il suo massimo esponente in Friedrich von Hayek, filosofo ed economista austriaco particolarmente influente nel mondo anglosassone a partire dagli anni settanta del secolo scorso. La tesi di fondo di questo filone di pensiero è che il mercato libero deve essere protetto dalla democrazia, o quanto meno dai suoi «eccessi», e quindi richiede uno Stato forte, sottratto all'influenza della partecipazione popolare. Von Hayek propose a tal fine un nuovo ordinamento costituzionale, nel quale il potere doveva essere delegato a corpi politici («un'assemblea di uomini e donne di età matura») isolati dal popolo (eletti per quindici anni, «sicché non debbano preoccuparsi di essere rieletti»). *La crisi della democrazia* è il titolo del «Rapporto sulla governabilità della democrazia alla Commissione trilaterale» (1975). Secondo questo testo, la crisi della democrazia è determinata dall'eccesso di domande

sociali e da conflittualità, con la conseguente abnorme e insostenibile crescita dell'intervento pubblico, «incompatibile» con il corretto funzionamento del mercato. Occorreva quindi reagire alla «marea democratica» che stava investendo gli Stati Uniti e l'Europa occidentale e a tal fine era considerato indispensabile il sostegno a una cultura «di orientamento tecnocratico e politico», alternativa alla «cultura antagonista» degli intellettuali critici del sistema.

Come il neoliberismo e lo Stato minimo, anche la post-democrazia (con questo termine si intende un sistema politico regolato da norme democratiche, ma nel quale di fatto il potere è esercitato da oligarchie che rappresentano e tutelano interessi economici) è espressione del ritorno, più o meno aggiornato, alle concezioni ottocentesche. Queste legavano esplicitamente l'esercizio dei diritti politici alla proprietà della ricchezza mentre oggi il nesso proprietà-potere si esprime attraverso meccanismi e ideologie più sofisticati, ma che pur sempre ripropongono l'irrisolta tensione tra capitalismo e democrazia.

Autoritarismo liberista e diritto europeo

Le tendenze autoritarie e neoliberiste hanno trovato progressiva e sempre più incisiva attuazione nel diritto europeo. L'istituzione della Comunità economica europea (con il Trattato di Roma del 1957) si basava sull'idea che un mercato comune nell'area dei paesi aderenti sarebbe stata la premessa di una federazione democratica di Stati. Quest'idea fu abbandonata negli anni ottanta del secolo scorso. I governi nazionali non accolsero il progetto di riforma democratica delle istituzioni comunitarie promosso da Altiero Spinelli, e approvato a larga maggioranza dal Parlamento europeo nel 1984, e decisero invece (Atto unico del 1986) di concentrarsi sulla piena attuazione delle libertà economiche, passando dal mercato «comune» al mercato «unico».

Al modello dell'«armonizzazione» (per il quale si doveva

perseguire l'uniformità della legislazione dei diversi Stati) fu poi sostituito quello della «concorrenza tra norme» dei diversi paesi, con il fine di assicurare vantaggi competitivi ai paesi i cui ordinamenti giuridici maggiormente si adeguassero ai principi liberisti. In altri termini, invece di costruire progressivamente un diritto comune tra i paesi europei, si accettarono, e anzi si valorizzarono, le differenze.

A questo punto si ritenne giunto il momento di formalizzare e razionalizzare la normativa, dando vita a una vera «Costituzione europea». Il risultato fu il «Trattato che istituisce la Costituzione dell'Unione europea» del 2004. Il deficit democratico restava tutto. Per le decisioni più rilevanti continuava a essere escluso ogni effettivo potere del Parlamento europeo (oltre che dei parlamenti nazionali). Nei paesi nei quali fu tenuto un referendum (Francia e Olanda) il Trattato fu respinto dal voto popolare. Venuti a più miti consigli, i governi, con il Trattato di Lisbona del 2007, formularono due testi, che non furono sottoposti a referendum ma ratificati dai parlamenti nazionali, il Trattato sull'Unione europea (TUE), di 55 articoli, e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), composto di 358 articoli, che riprende la precedente normativa. Fu inoltre dato valore giuridico alla Carta dei diritti.

Dopo l'inizio della grande crisi (2008), tuttora in corso, sono state approvate nuove norme, che vanno oltre i Trattati e accentuano il carattere di autoritarismo liberista del sistema europeo. La nuova situazione istituzionale determinata dalla crisi è stata descritta da Streek (2013) come il passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore». Le risorse di cui lo Stato ha bisogno per svolgere le sue funzioni non sono ottenute solo dal prelievo fiscale, ma in misura determinante dai suoi creditori, cioè da coloro che acquistano e rinnovano (o meno) i titoli del debito pubblico. Lo «Stato debitore», si dice, è quindi responsabile verso il «popolo del mercato», non

più verso il popolo come insieme dei cittadini dello Stato. Il potere del «popolo del mercato» in Europa deriva in gran parte dal fatto che lo Stato nazionale è stato privato della sua moneta e delle possibilità di svolgere un'autonoma politica monetaria, mentre il sistema europeo, a sua volta, non ha una politica fiscale comune e una Banca centrale prestatore di ultima istanza, oltre a non avere istituzioni democratiche dotate dei poteri un tempo propri degli Stati nazionali.

Per affrontare la crisi non si è seguita nessuna delle due possibili alternative democratiche (recupero dei poteri degli Stati nazionali, o democratizzazione e unificazione federale dell'Europa). Con termini esoterici (*six pack*, *two pack*, *patto Europlus*, *ESM*, *Fiscal Compact*) si sono invece stabilite regole ancora più restrittive della sovranità nazionale, e ancora più sottratte alla responsabilità democratica anche a livello europeo. Queste regole prevedono il costante controllo sul rispetto da parte degli Stati dei vincoli di bilancio e sull'attuazione di «riforme strutturali» (con le quali si intendono ulteriori riduzioni dello Stato sociale e delle tutele del lavoro). I poteri di controllo sono attribuiti al Consiglio formato dai governi nazionali (dominato dalla Germania), alla Bce e alla Corte di giustizia.

I poteri sottratti al parlamento nazionale, quindi, non vengono devoluti a organismi sovranazionali democratici, perché non sono tali i decisori europei. Sulle politiche economiche e di bilancio, al Parlamento europeo le nuove normative riconoscono solo il «dialogo economico»: audizioni e dibattiti, non decisioni. L'art. 3 del Fiscal Compact ha previsto inoltre l'obbligo per gli Stati di introdurre nel loro ordinamento interno nuove regole sul bilancio pubblico. A differenza che in altri paesi (Francia), il Parlamento italiano ha introdotto in Costituzione il principio del pareggio di bilancio, modificando gli artt. 81, 97 e 119. È stata insomma costituzionalizzata l'austerità (Keynes è stato messo fuori legge), e introdotto un ulteriore limite alla

sovranità nazionale, imposto dai censori esterni. Lo Stato forte, auspicato da Von Hayek e dalla Commissione trilaterale, capace di imporre la libertà economica al di fuori delle procedure democratiche, trova così oggi la sua più compiuta espressione nel sistema costituzionale europeo.

Il primato delle Corti europee sul diritto interno

Alla Corte di giustizia, che ha sede a Lussemburgo, è affidato il compito di «assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati» (art. 19 TUE). A partire dal 1963 la Corte ha affermato l'efficacia immediata e diretta dalle norme europee all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, e il primato del diritto comunitario sul diritto interno anche costituzionale. Negli stessi anni i giudici del Lussemburgo hanno inoltre deciso che i diritti umani devono considerarsi «inclusi nei principi generali del diritto comunitario e protetti dalla Corte europea di giustizia», benché i trattati allora vigenti nemmeno li menzionassero. Con questa «invenzione» dei diritti umani comunitari, e della propria competenza a giudicarli, la Corte di giustizia ha evitato che le Corti costituzionali nazionali – in particolare quelle della Germania e dell'Italia – potessero contestare norme europee in base ai diritti fondamentali come disciplinati nelle rispettive Costituzioni nazionali.

Quanto alla Corte europea dei diritti umani, che ha sede a Strasburgo, essa è stata costituita nel 1959, al fine di assicurare il rispetto della Convenzione del 1950. A partire dal 1990 è stato reso più agevole il ricorso individuale, con il quale ogni cittadino di uno Stato può chiederne la condanna per la violazione di un diritto garantito dalla Convenzione. Le due Corti corrispondono a due sistemi normativi differenti: la prima al diritto Ue, la seconda al diritto della Convenzione, alla quale aderiscono, oltre ai 28 paesi Ue, altri 19, tra i quali la Russia. Finora i due sistemi erano completamente autonomi; l'art. 6 del Trattato Ue ha stabilito

l'adesione della Ue alla Cedu. La procedura di adesione è in corso, e le sue implicazioni non sono ancora chiare. Molto rilevanti sono gli effetti della giurisprudenza di entrambe le Corti sul diritto interno.

Per tale via si determina un doppio primato del diritto europeo su quello italiano: non solo nella gerarchia delle fonti, ma anche nel potere di interpretarle. Il contenuto della giurisprudenza europea è quindi decisivo per valutare le trasformazioni che ne derivano sui principi generali del diritto privato.

La garanzia piena della proprietà privata

Veniamo ora alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di proprietà privata. La norma sulla «protezione della proprietà», contenuta nell'art. 1 del Primo protocollo, stabilisce che ogni persona «ha diritto al rispetto dei suoi beni», dei quali può essere privata solo per causa di pubblica utilità e sulla base della legge. Il secondo comma aggiunge che queste disposizioni «non recano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale».

A partire dalla fine del secolo scorso, questa norma è stata interpretata come garanzia per i patrimoni privati nei confronti dell'intervento pubblico. In primo luogo, la giurisprudenza di Strasburgo afferma che per «bene protetto» non deve intendersi solo l'oggetto o il contenuto di un diritto di proprietà, ma tutti i valori patrimoniali del privato rispetto ai quali questi possa avere anche solo la «speranza legittima» di acquisire un bene avente valore economico. In secondo luogo, dalla norma (che peraltro di indennità non fa parola) la Corte deduce il principio per il quale, sia in caso di espropriazione, sia in caso di restrizioni «sostanzialmente espropriative», è dovuto il pagamento di un indennizzo. Questo, in terzo luogo, deve

corrispondere in linea di principio alla perdita economica subita dal privato in conseguenza dell'intervento espropriativo o restrittivo.

A tale principio può prevedersi una deroga (nel senso di un indennizzo inferiore al valore di mercato) solo a fronte di legittime riforme economico-sociali o del sistema politico. Questa deroga, per esempio, è stata consentita due volte alla Grecia nel 1994, per la riforma agraria che espropriava le terre dei monasteri e per i beni dell'ex re Costantino dopo il passaggio di quel paese dalla monarchia alla repubblica. Nell'insieme, quindi, la giurisprudenza Cedu garantisce non tanto il diritto di proprietà nel suo contenuto giuridico, quanto il patrimonio privato complessivamente considerato.

La proprietà fondiaria

La giurisprudenza della Corte Cedu in tema di proprietà è stata recepita sia dalla Corte costituzionale che dal legislatore. La differenza tra quella giurisprudenza e il sistema consolidato nel nostro ordinamento a partire dagli anni sessanta del secolo scorso riguarda due aspetti. Il primo è l'estensione dell'oggetto della garanzia, dal valore dei beni oggetto del diritto di proprietà, a tutto il patrimonio del privato, comprensivo della «legittima speranza» di acquisire valori economici. Il secondo concerne la differenza in ordine alla misura dell'indennità: se per la Corte costituzionale bastava un «serio ristoro», per i giudici europei è necessaria la riparazione integrale della perdita subita dal privato. Queste regole portano a compimento il parallelo tra tutela del patrimonio privato nei confronti dell'intervento legislativo e regole della responsabilità civile. Se il legislatore restringe eccessivamente (secondo i giudici, ai quali spetta valutare la «proporzionalità» dell'intervento) la situazione giuridico-patrimoniale del privato, l'intervento produce i suoi effetti, ma il danno patrimoniale che il privato subisce deve considerarsi ingiusto, e va integralmente risarcito con l'equivalente

monetario.

Con la sent. 348/2007 la Corte costituzionale ha modificato la propria precedente giurisprudenza in tema di indennità per le aree edificabili. La medesima normativa che era stata dichiarata legittima con la sent.283/1993 è stata dichiarata illegittima, per adeguare la normativa italiana alla giurisprudenza della Cedu. Tuttavia, la sent. 348/2007 contiene anche una persuasiva interpretazione del principio della funzione sociale, condotta alla luce del sistema dei principi costituzionali (il dovere di solidarietà anche economica di cui all'art. 2, la tutela dei diritti sociali). Sulla base di questa premessa, pur dichiarando illegittima la norma controversa, la Consulta aveva ribadito che l'indennità non deve necessariamente corrispondere al valore venale del bene, purché costituisca un serio ristoro (secondo la sua costante giurisprudenza risalente al 1957).

Nella successiva sent. 181/2011 scompare invece ogni riferimento alla funzione sociale. Questa volta oggetto della decisione è l'indennità per le aree non edificabili. Anche questa volta la Consulta dichiara illegittima la medesima norma che in precedenza (sent. 361/1997) aveva ritenuto conforme a Costituzione. La funzione sociale, e il sistema costituzionale nella quale si inserisce, non vengono però questa volta nemmeno citati. Ci si limita a prendere atto della diversa giurisprudenza della Cedu. Nel frattempo, il legislatore si è adeguato. Il 1° comma dell'art. 37 T.U. espropriazione è stato riscritto. «L'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del 25 per cento». Con l'applicazione delle regole ora descritte è messa potenzialmente in discussione ogni funzione redistributiva della legislazione, a partire da quella che intenda ridurre la rendita fondiaria a favore di interessi sociali.

Estendere i confini della garanzia economica della proprietà fondiaria significa, in concreto, rendere impossibile, tanto più nelle condizioni negative delle finanze pubbliche, la prospettiva di un decente «governo del territorio» (per usare l'espressione dell'art. 117 Cost.). Alla disapplicazione della funzione sociale della proprietà fondiaria ha concorso la legislazione dell'ultimo ventennio. Negli anni sessanta e settanta del secolo scorso si erano succeduti i tentativi di varare una nuova legislazione sulla proprietà immobiliare, che ne definisse il contenuto e le modalità di conformazione da parte dei pubblici poteri.

Questi tentativi non sono mai giunti in porto, per la resistenza opposta dagli interessi legati alla rendita fondiaria, che ha raggiunto nel nostro paese livelli elevatissimi, molto superiori al profitto delle attività industriali. Successivamente, essi sono stati abbandonati e sostituiti dal ricorso sempre più frequente alla c.d. «urbanistica contrattata», cioè alla negoziazione della facoltà di edificare tra comuni e proprietari, che si impegnano, in cambio dell'attribuzione di "diritti edificatori", alla realizzazione di opere di interesse pubblico. Sulla base di una legislazione regionale e di atti dei comuni di dubbia legittimità, si è ammessa la possibilità di trasferire, e anche costituire, questi diritti edificatori attraverso contratti tra privati: possibilità che la legge ha introdotto per la via surrettizia dell'inserimento di un nuovo num. 2-bis) nell'art. 2643 Cod. civ. (la norma che elenca gli atti relativi a beni immobili soggetti a trascrizione). Inoltre, nel 2001 (d.lgs. 380) è stata abrogata la norma, contenuta nella L. 10/1977, per la quale i proventi delle concessioni edilizie dovevano essere obbligatoriamente utilizzati dai comuni per le opere di urbanizzazione o di risanamento dei centri storici. Il risultato è stato l'incentivo per i comuni ad aumentare la possibilità di costruire, per disporre di maggiori risorse nel proprio bilancio.

In assenza di una legge statale che disciplini la proprietà immobiliare e i principi fondamentali del «governo del territorio» (come sarebbe richiesto dall'art. 117 Cost., che ha attribuito questa materia alla legislazione concorrente tra Stato e Regioni), la tutela dell'interesse generale (e quindi l'attuazione del principio della funzione sociale) è oggi di fatto affidata esclusivamente ai vincoli posti dalla normativa a tutela del paesaggio, dell'ambiente e dei beni culturali (che sono ancora, fortunatamente, di competenza esclusiva dello Stato). Oltre tali confini, il contenuto della proprietà immobiliare è affidato alla logica privatistica della contrattazione tra proprietari (prevalentemente imprese edilizie) e comuni, con le conseguenze negative sull'abnorme consumo del suolo e sul dissesto idrogeologico del territorio che sono sotto gli occhi di tutti, e con la sostanziale vanificazione del potere pubblico di conformare il contenuto della proprietà, in attuazione della funzione sociale.

La proprietà pubblica e le privatizzazioni

Una seconda disapplicazione dei principi costituzionali risiede nelle modalità con le quali sono state attuate le privatizzazioni. In senso stretto, per privatizzazione si intende la trasformazione di un ente pubblico economico in società di diritto privato (alla quale spesso, anche se non sempre, segue la vendita di quote azionarie più o meno consistenti a soggetti privati); in senso ampio, comprende tutte le operazioni dirette a sostituire alla proprietà pubblica dei beni economici quella privata, attraverso vari meccanismi giuridici. Nell'ultimo ventennio sono stati privatizzati servizi pubblici essenziali (energia elettrica, gas, telecomunicazioni, autostrade: oggi si parla di «beni destinati a un pubblico servizio appartenenti a privati»), industrie di proprietà pubblica, il settore del credito, parti del patrimonio immobiliare. Il processo è ancora in corso in ciascuno di questi settori, e si è parlato di privatizzare anche le spiagge. Viene così smantellato il sistema di

“economia mista”, un sistema cioè caratterizzato da una significativa presenza dello Stato nell’economia anche attraverso la proprietà o il controllo dei beni economici. Il sistema aveva solidi fondamenti costituzionali. L’art. 41, co. 3, parla di «attività economica pubblica e privata» da indirizzare e coordinare «a fini sociali»; per l’art. 42, co.1, proprietà pubblica e privata, anche di «beni economici», sono poste sullo stesso piano; l’art. 43 prevede la riserva pubblica o la nazionalizzazione per le imprese che si riferiscono «a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio»; per l’art. 47 «la Repubblica disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito». A partire dalla legge bancaria del 1936, il sistema del credito era pubblico, o sottoposto a stringente controllo pubblico. Oggi è stato integralmente privatizzato, attraverso l’invenzione di uno strano soggetto giuridico, le fondazioni bancarie, delle quali la Corte costituzionale (sent. 300/2003) ha affermato la natura giuridica di soggetto privato. Tra i risultati (poco brillanti anche sul piano economico-finanziario) della privatizzazione del sistema creditizio sta il fatto che oggi la Banca d’Italia è di proprietà di soggetti privati, quali sono diventate le banche; e ancora non è chiaro come si risolva la situazione che si è determinata (di chi sono le riserve auree? È corretto che il vigilante sia posseduto dai vigilati?, ecc.).

Un’inquietante risposta è stata data dalla l. 5/2014, che da un lato ha confermato la funzione pubblica della Banca centrale, dall’altro, abrogando la legge 262/2005 (mai attuata) che prevedeva l’ovvia soluzione della pubblicizzazione, l’ha qualificata come di proprietà di soggetti privati (le banche), ne ha messo in vendita quote anche a soggetti di altri paesi europei, ha previsto utili per gli azionisti, e ha cominciato ad attribuirli per cifre ingenti ai “soliti noti” (le maggiori banche italiane). Senza risposta è stata invece la domanda dei pochi (un solo partito lo ha fatto in Parlamento) che si sono chiesti: ma se la

funzione della Banca d'Italia è pubblica, per quali ragioni ne devono trarre utili soggetti privati?

Il risultato della privatizzazione del sistema creditizio è che lo Stato non dispone più degli strumenti per svolgere i compiti attribuiti alla Repubblica dall'art. 47 Cost. Lo «Stato imprenditore» nasce in Italia con la costituzione dell'Iri (1933); successivamente fu organizzato con la legge 595/1956, istitutiva del ministero delle Partecipazioni statali. All'impresa pubblica venne affidato il compito di strumento delle politiche industriali del governo, comprensive di politiche sociali e occupazionali.

Occorre operare una distinzione. Un primo settore comprende le imprese fornitrici di servizi essenziali. Per la maggior parte di essi la proprietà pubblica risale in Italia al periodo della nascita stessa di questi servizi, in età prefascista; nel 1953 fu creato, su iniziativa di Enrico Mattei, l'Eni, Ente nazionale idrocarburi; la nazionalizzazione dell'energia elettrica, con l'istituzione dell'Enel, è invece del 1962 e fu riconosciuta legittima dalla Corte costituzionale con la sent. 14/1964. Qui la funzione sociale dell'impresa pubblica è sempre stata considerata evidente (fino a tempi recentissimi) e attuativa delle norme costituzionali che si sono ricordate. Un secondo settore è quello della proprietà pubblica di molte industrie manifatturiere. L'acquisizione da parte dello Stato fu prevalentemente legata, a partire dalla costituzione dell'Iri, a situazioni di crisi: di singole imprese, o di un intero settore produttivo, o, in determinati casi, dell'intera economia nazionale, per garantire l'occupazione e la crescita economica.

A partire dal 1992 la privatizzazione è stata assunta come linea politica, in tutti i campi ora indicati, e da parte di tutti i governi. La vendita ai privati dei beni economici pubblici è stata realizzata, come sostiene De Cecco, «sia per l'apporto diretto alle finanze statali, sia per il messaggio ai mercati finanziari internazionali di rientro dell'Italia

nell'ortodossia economica anglo-americana». Anche rispetto a queste finalità i risultati non sono brillanti: nel frattempo il debito pubblico italiano è aumentato del 50% e i mercati finanziari continuano a essere sempre più esigenti.

Le conseguenze sull'assetto produttivo manifatturiero italiano sono state anch'esse negative. Quel che è certo è che con queste politiche lo Stato si è privato degli strumenti di indirizzo e controllo dell'economia, e di garanzia di servizi pubblici essenziali, previsti dagli artt. 41 ss. della Costituzione. Queste norme costituzionali non sono state modificate, ma vengono disapplicate. Per la verità, una proposta di modifica in senso liberista dell'art. 41 della Costituzione era stata presentata nel 2011 dal governo allora in carica, ma non fu approvata dal Parlamento.

Autonomia privata e soggetti deboli. Il contratto di lavoro

La legislazione attuativa della Costituzione individuava il «soggetto debole» del rapporto contrattuale sulla base del rapporto proprietario concernente il bene oggetto del contratto; il contadino rispetto al proprietario terriero nei contratti agrari; l'inquilino rispetto al proprietario immobiliare nei contratti di locazione; il lavoratore rispetto al proprietario dei mezzi di produzione nel contratto di lavoro. Per i contratti agrari, in attuazione dell'art. 44 Cost. («al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali»), la legislazione del dopoguerra (l. 756/1964;l. 203/1982) ha introdotto una rigorosa tipizzazione dei contratti agrari (in particolare con il divieto della mezzadria e della colonia parziaria), e ha regolato l'affitto del fondo rustico (al quale per legge sono ricondotti eventuali diverse stipulazioni delle parti) con un sistema di norme inderogabili, poste a protezione dell'affittuario. Nell'affitto a coltivatore diretto, in particolare, le norme che proteggono gli interessi del contadino si sostituiscono di diritto alle clausole difformi, salvo che queste siano a lui più favorevoli.

Analogamente, leggi “speciali” sono intervenute, nello stesso periodo, per proteggere il «diritto all’abitazione» (dedotto dalle norme costituzionali) sul piano sia della durata del contratto, sia del corrispettivo da pagare al proprietario («equo canone»), che venivano sottratti alla libera determinazione delle parti. Questa normativa è stata in buona parte smantellata, per gli immobili «adibiti a uso abitazione», dalla l. 431/1998, con la liberalizzazione del canone, che torna a essere non più imposto dalla legge, ma liberamente determinato delle parti.

Ancora più rilevante è stata, nella fase del neoliberalismo, la deregolazione del contratto di lavoro, rispetto alla normativa di attuazione costituzionale introdotta negli anni sessanta e settanta del secolo scorso. Secondo Costantino Mortati, il principio lavoristico è alla base della nostra Costituzione (cfr. gli artt. 1, 3, 4, 35 ss.). La legislazione attuativa della Costituzione ha in effetti regolato il contratto di lavoro, secondo criteri profondamente diversi da quelli operanti nella disciplina ordinaria dei contratti. Particolare attenzione fu data al diritto alla stabilità del posto di lavoro. La legge 604/1966 (sulla giusta causa dei licenziamenti), e poi l’art. 18 dello Statuto dei diritti dei lavoratori del 1970 (reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo in impresa con più di 15 dipendenti) davano attuazione a questo diritto. Il lavoratore era il «soggetto debole» del rapporto contrattuale, e la sua protezione con meccanismi di «diritto diseguale» dava attuazione ai principi di tutela della persona e della dignità del lavoratore, che erano stati costituzionalizzati proprio al fine di sottrarne l’attuazione ai rapporti di forza tra le parti. A partire dagli anni novanta del secolo scorso, una serie di c.d. “riforme” hanno progressivamente eliminato le specificità del contratto di lavoro. Formalmente, la regola è che «il contratto di lavoro a tempo indeterminato è la forma comune di rapporto di lavoro» (art. 1 d.lgs. 368/2001). Ma la generalizzazione dei contratti atipici (precari, saltuari, a

tempo determinato e/o parziale, ecc.), la prevalenza data alla contrattazione aziendale, se non individuale, sulla contrattazione collettiva e persino sulle norme di legge, la modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, la generalizzazione dei contratti a termine (d.l. 34/2014), hanno comportato la vanificazione del diritto alla stabilità del posto di lavoro. Si esprime così una progressiva svalutazione del lavoro, privato di dignità, di potere e di reddito, in contrasto con i principi costituzionali.

Con la diffusione del lavoro precario, viene meno anche l'effettività dei diritti previsti dall'art. 36 della Costituzione: la retribuzione sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa, il riposo settimanale, le ferie annuali retribuite. Il principio della «giusta mercede», invocato alla fine dell'Ottocento dall'enciclica *Rerum novarum*, e riconosciuto dall'art. 36, è disapplicato dalla recente legislazione sul «mercato del lavoro» (anche questo termine è significativo del modo di intendere il rapporto di lavoro nel nuovo diritto). E viene meno, parallelamente, la tutela della dignità del lavoro. Con il contratto precario, che nelle sue varie forme giuridiche è sempre caratterizzato dalla breve durata, salvo rinnovo, il lavoratore vive sotto la permanente minaccia della mancata proroga. È evidente che questa condizione rende molto difficile rivendicare i propri diritti e partecipare ad azioni collettive contro il datore di lavoro.

Dal lavoratore al consumatore

Nell'ideologia giuridica europea, il nuovo soggetto debole è il consumatore. Il cittadino come lavoratore cede il passo al cittadino come consumatore. Il punto di partenza è la direttiva europea 3/1993, in base alla quale è stato introdotto un complesso di norme (oggi raccolte nei ben 146 articoli del Codice del consumo, d.lgs. 206/2005, modificato dal d.lgs. 21/2014). Il testo contiene, nell'art. 2, un solenne elenco dei «diritti del consumatore», definiti

«fondamentali». L'elenco è lungo e comprende la salute, la sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi, un'adeguata e corretta informazione, il rispetto dei principi di buona fede, correttezza e lealtà, ecc. Spicca il diritto «all'educazione al consumo»: il buon cittadino deve essere un buon consumatore, e lo Stato deve aiutarlo a divenire tale. L'attuazione di questi diritti è affidata a un gran numero di norme. Noi ci soffermeremo sul contratto «concluso tra il consumatore e il professionista» (art. 33 Cod. cons.). I contratti del consumatore non costituiscono un "tipo" contrattuale. Le norme che li riguardano sono applicabili a tutti i contratti stipulati da un «consumatore» con un «professionista». Ma chi è il consumatore e chi il professionista? La legge spiega che il consumatore è ogni persona fisica, quando agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale da lui eventualmente svolta; mentre il professionista non è quello di cui parla il Codice civile (medico, avvocato, ecc.) ma la persona (fisica o giuridica) che agisce nell'interesse della propria attività imprenditoriale o professionale (art. 3 Cod. cons.). L'elemento centrale della disciplina è la «clausola vessatoria», cioè il contenuto contrattuale che determina «a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33 Cod. cons.). L'art. 34 contiene però un'importante precisazione: la valutazione della vessatorietà «non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi». Lo «squilibrio a carico del consumatore», di cui parla l'art. 33, non riguarda quindi le condizioni economiche del contratto (il «prezzo giusto»), ma il rispetto delle regole dettate a tutela del consumatore. Alla base di questa legislazione è l'idea (che caratterizza il neoliberalismo europeo, e lo differenzia dal liberismo ottocentesco) che il mercato non è un dato "naturale", ma deve essere costruito giuridicamente.

Secondo le teorie del neoliberalismo, il mercato va reso ancora

più libero attraverso regole che garantiscano la concorrenza tra gli attori economici, perché la concorrenza produrrebbe crescita economica e benessere sociale. Da qui le politiche definite di «liberalizzazione» che, però, non determinano una riduzione di regole giuridiche. Al contrario, determinano una fitta e intricata regolazione giuridica, considerata necessaria non più (come nell'età d'oro) per modificare i meccanismi di mercato ai fini di giustizia sociale, ma a lasciarli liberi di funzionare secondo la propria logica. La «mano invisibile» di Adam Smith diviene visibile, anzi visibilissima, costruendo un robusto *corpus* normativo che, per aggiornare l'esempio del filosofo scozzese, potrà consentire la scelta razionale di una bistecca, ponendo i macellai in condizioni di perfetta concorrenza. Al tempo stesso, la tutela del consumatore fornisce al diritto europeo un'ideologia, cioè una rappresentazione del libero mercato come realtà ottimale per tutti: non solo per le imprese che fanno profitti, ma anche per tutti i cittadini.

L'ideologia europea del consumatore

Torniamo al contratto del consumatore, e valutiamo se, e in che senso, la normativa costituisce una tutela del «soggetto debole» del rapporto. Nel sistema liberale, la disciplina del contratto prevede norme a protezione di chi si trovi soggettivamente, per circostanze contingenti, in condizioni di «debolezza»: lo stato di bisogno o di necessità, l'incapacità, i vizi della volontà, e appresta i corrispondenti rimedi (rescissione, annullabilità). Per i contratti del consumatore, invece, la «debolezza» è strutturale, prodotta dal mercato, non una circostanza concreta e specifica, riguardante la condizione soggettiva del singolo contraente, come nel sistema del Codice. Ma il nuovo sistema si differenzia anche dalla legislazione che prevedeva la protezione della parte socialmente debole del rapporto contrattuale, modificando il contenuto dello scambio attraverso norme imperative che sostituivano la volontà delle parti. Le norme sui contratti

del consumatore, infatti, non impongono alle parti determinati contenuti contrattuali, ma ne chiedono la conoscenza preventiva, restando poi comunque liberamente determinabili dalle parti. Il soggetto è considerato debole non perché l'economia di mercato rende tale la sua condizione sociale di lavoratore, inquilino, contadino, ecc. (in quanto privo della proprietà dei mezzi di produzione, dell'abitazione, ecc.), ma perché è non adeguatamente informato, e quindi ritenuto non idoneo a consentire il funzionamento ottimale del mercato. La logica dell'ordinamento si sposta in tal modo dall'asimmetria sociale tra capitale e lavoro all'asimmetria informativa tra le parti del contratto.

La sostituzione del «consumatore» al «lavoratore» come soggetto centrale della regolazione pubblica del mercato implica che l'obiettivo non è più quello di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano la libertà, l'eguaglianza, «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione economica e sociale» (art. 3, co. 2, Cost.); ma di promuovere la capacità del cittadino consumatore di compiere scelte di mercato informate e consapevoli. Ogni finalità di redistribuzione (del potere e del reddito) torna a essere considerata estranea al diritto privato, e torna indifferente la condizione dell'individuo rispetto alla proprietà privata dei mezzi di produzione. Il neoliberismo ripropone così le basi strutturali del liberismo tradizionale. Il consumatore (ricco o povero, di beni primari o di lusso) destinatario delle politiche pubbliche è l'emblema del nuovo individualismo, che è destinato però a scontrarsi con la grande crisi contemporanea, con il tempo in cui la possibilità di consumare si riduce sempre più per un numero sempre crescente di persone.

Ritorno all'Ottocento?

L'ultimo trentennio può essere definito la fase della disapplicazione costituzionale nel campo del diritto privato patrimoniale. I principi fondamentali e le norme della prima

parte della Costituzione sono rimasti finora immutati, ma sono stati progressivamente sostituiti dai principi del neoliberismo. Ciò in parte per l'effetto della recezione giurisprudenziale del diritto europeo, in parte per l'introduzione di leggi che hanno eliminato o modificato quelle attuative della Costituzione. Al loro posto, sono state introdotte normative ispirate all'ideologia liberista. Il nuovo diritto privato a volte riprende i principi di quello ottocentesco. Altre volte i principi liberisti sono adeguati alle specificità e alle condizioni economiche e sociali contemporanee. Entrambe le prospettive sono interne alla logica che privilegia l'interesse privato su quello pubblico, l'economia sulla politica democratica, il mercato sullo Stato. Così per la proprietà privata il principio ottocentesco del carattere eccezionale dei limiti al potere proprietario è sostituito da quello dell'obbligo di indennizzare il proprietario per l'imposizione dei limiti; per la libertà contrattuale, dalla sua costruzione intorno all'idea del mercato come «naturalmente» luogo ottimale per lo scambio, si passa a quella del mercato reso ottimale attraverso la regolazione della concorrenza; per la responsabilità extracontrattuale, l'ampliamento della sfera del risarcimento anche non patrimoniale rimane interna alla logica della monetizzazione dell'interesse lesivo, non della prevenzione o del controllo dell'attività lesiva. In altri campi, si assiste a un vero e proprio ritorno alle regole ottocentesche: l'indennità di esproprio torna a essere commisurata al valore venale del bene, come nella legge del 1865, superando la diversa normativa che si era cominciato a introdurre già con la Legge per Napoli del 1882.

Per quanto riguarda la tutela della persona, il percorso è invece diverso. Ai principi costituzionali si ricorre per ampliare la protezione dei diritti dell'individuo. Tuttavia, ciò avviene secondo una logica individualistica, che troppo spesso si limita ad aggiungere al catalogo dei diritti nuove figure, al di fuori di una gerarchia dei valori e di una

dimensione sociale.

CESARE SALVI

* Il presente scritto costituisce un estratto dal recentissimo libro di Cesare Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, 2015, in *Il Ponte*, n.4, aprile 2015.