



GIANLUCA CONTALDI*

IL SIGNIFICATO ATTUALE DELL'ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. L'art. 3, par. 3, TUE ed i principi economici dell'ordoliberalismo. – 2. La progressiva liberalizzazione dei capitali e la conseguente privatizzazione dei meccanismi di controllo. – 3. I fondi salva Stati e l'attenuazione del principio di responsabilità. – 4. L'applicazione flessibile delle regole sugli aiuti di Stato. – 5. Le conseguenze di questo approccio sul rapporto tra diritti sociali e libertà economiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 6. Conclusioni.

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

L'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea, nel delineare gli obiettivi dell'Unione, contiene un'espressione apparentemente contraddittoria. Secondo questa disposizione, la costruzione del mercato interno è basata su una crescita economica equilibrata, sulla stabilità dei prezzi e «su una economia sociale di mercato fortemente competitiva».

La perifrasi sopra riportata appare in effetti racchiudere due concetti contrapposti: mentre la nozione di economia sociale di mercato evoca l'idea di un sistema economico che miri non solo alla massimizzazione del profitto, ma che ponga attenzione anche alle esigenze delle classi più disagiate attraverso la realizzazione di adeguate strutture di protezione sociale, la qualificazione della stessa come «fortemente competitiva» sembra, invero, contraddire tale assetto. La seconda parte dell'affermazione richiama, infatti, alla mente le idee liberiste che caratterizzarono lo sviluppo dell'economia statunitense a partire dagli anni sessanta del secolo scorso e che furono poste alla base della deregolamentazione normativa e della creazione di strutture capitalistiche di grandi dimensioni¹.

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata.

¹ Abitualmente si ravvisa l'origine dell'interpretazione liberista tipica del diritto statunitense nella c.d. Scuola di Chicago ed in particolare nel pensiero di Coase e di Posner (economista il primo, giurista il secondo: v. rispettivamente R.H. COASE, *Law and Economics at Chicago*, in *Journal of Law and Economics*, 1993, p. 239 ss.; R. POSNER, *Antitrust Law: an Economic Perspective*, Chicago, 1976). Nella specie il principio cardine del pensiero degli studiosi appartenenti a tale Scuola, è riassumibile nell'idea della massimizzazione del benessere generale (*wealth maximization*). In tale ambito, i consumatori rappresenterebbero gli utenti tipici dei traffici commerciali,

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

L'espressione "economia sociale di mercato" discende direttamente dalla dommatica tedesca ed in particolare da quella corrente di pensiero conosciuta come Ordoliberalismo. Questa ideologia costituì il frutto del pensiero di un gruppo di studiosi che si radunò, a partire dalla fine degli anni trenta del ventesimo secolo, presso l'Università di Friburgo e che comprendeva al proprio interno giuristi, economisti e sociologi. Il termine ordoliberalismo discende poi dalla rivista denominata *ORDO*, che accolse molti degli scritti degli esponenti della c.d. "Scuola di Friburgo"².

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

Al contrario, l'ordoliberalismo mirava all'affermazione di un sistema economico caratterizzato da una profonda impronta moralistica e sociale. L'essenza dell'impostazione della Scuola di Friburgo era rappresentato dall'individuo e dall'etica delle relazioni economiche. L'ordoliberalismo propugnava infatti la creazione di un sistema economico nel quale il benessere dell'individuo rivestiva una posizione centrale.

Abitualmente si identifica la nascita dell'ordoliberalismo con il manifesto del 1936 nel quale tre studiosi (Böhm, Eucken, Grossman-Dorth) ipotizzarono la fondazione di un sistema economico caratterizzato dai seguenti elementi³. Innanzitutto l'ordinamento economico deve essere disciplinato da regole rigide, preferibilmente di rango costituzionale, di modo che queste non sono agevolmente modificabili sulla base delle esigenze politiche e degli umori dell'elettorato (la c.d. "costituzione economica").

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

rispetto ai quali deve venire commisurato il livello di soddisfazione. Secondo la Scuola di Chicago, la massimizzazione del benessere dei consumatori avviene attraverso la libera negoziazione e la stipulazione dei contratti, nei quali le parti si accordano in vista del reciproco interesse. In questa prospettiva, lo Stato dovrebbe intervenire solo nella misura in cui il mercato non riesca, a causa dell'esistenza di ostacoli, a consentire la libera fissazione dei prezzi e, per effetto di questo, il raggiungimento dello scopo della piena soddisfazione degli utenti finali (V. F. ESPOSITO, *Richard Posner: giudice, giurista, giurista, filosofo del diritto e "pragmatista"*, in I. POZZONI (a cura di), *Le varietà dei pragmatismi*, Villasanta, 2012, p. 275-276; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, vol. III, *Analisi economica del diritto*, 2ª ed., Torino, 2017, p. 16 ss.).

² Nella specie, si trattava dell'annuario. Il titolo completo era: *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*. La rivista venne fondata nel 1948.

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

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

I compiti dello Stato sono essenzialmente catalogabili in tre diverse tipologie. Innanzitutto lo Stato deve evitare la formazione di cartelli. Il ruolo del governo centrale consiste quindi nel lasciare gli operatori liberi di svolgere le transazioni economiche, ma nell'intervenire per evitare che taluni abusino della libertà loro riconosciuta dall'ordinamento, dando vita alla creazione di strutture monopolistiche. La disciplina della concorrenza è conseguentemente concepita come un "divieto" alle imprese di creare strutture anticompetitive che avrebbero l'effetto di precludere un'equa formazione dei prezzi e che, a lungo andare, si ritorcerebbero contro le classi meno avvantaggiate. Dal punto di vista dell'impostazione ordoliberalale, la disciplina della concorrenza assolve, pertanto, essa stessa ad una funzione sociale⁴.

Naturalmente il contraltare della libertà è la "responsabilità" individuale, ivi incluso il rischio di incorrere nel fallimento per l'ipotesi in cui l'investimento prescelto non produca i frutti sperati. In altri termini, la base del sistema economico ordoliberalale è rappresentata dalla responsabilità per le proprie azioni⁵.

Lo Stato, oltre a vietare i monopoli, deve poi intervenire nel mercato per creare delle strutture sociali efficienti in modo da tutelare i lavoratori contro il potere della parte datoriale e prevedere l'introduzione di un sistema di assicurazioni sociali che possano garantire l'individuo negli accadimenti della vita: e ciò proprio perché i fallimenti delle imprese sono eventi che possono accadere nel sistema ideato dalla Scuola friburghese.

Il terzo compito affidato allo Stato consiste, infine, nel mantenere i prezzi stabili, in modo da creare un ambiente favorevole al commercio, nel quale non vi siano incertezze, non dipendenti dalla propria volontà, circa il futuro⁶.

La traduzione dalla teoria alla pratica non fu tuttavia immediata. I fondatori della Scuola di Friburgo furono infatti osteggiati in vario modo dal nazismo⁷: essenzialmente perché l'impostazione ordoliberalale e quella nazista si ponevano in contrasto sul ruolo da attribuire all'individuo e sulla necessità di evitare la creazione dei monopoli, che nel nazismo erano visti come strumento di affermazione della nazione. Fu così che, per la realizzazione delle idee ordoliberali, si dovette attendere la fine della Seconda guerra mondiale. L'attuazione pratica di tali obiettivi fu eminentemente merito di due politici che ricoprirono diverse cariche pubbliche nell'immediato dopoguerra. Costoro furono Erhard (che divenne ministro delle finanze nel 1949 nel governo Adenauer e, a propria volta cancelliere, nel 1963) e Müller-Armack (al quale si fa risalire il merito di avere utilizzato per

⁴ A. MÜLLER-ARMACK, *Soziale Marktwirtschaft*, in A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, 2 Aufl., Stuttgart, 1976 (spec. nel secondo capitolo).

⁵ Su questo punto F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, p. 75 ss.

⁶ Sui principi dell'ordoliberalismo, sinteticamente riportati nel testo, v. W. EUCKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 2, 1949, p. 1 ss., spec. 32-62; ID., *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 1990, p. 254 ss.

⁷ Al punto che alcuni esponenti della Scuola di Friburgo furono oggetto di persecuzioni; altri (tra i quali, Rüstow) dovettero emigrare all'estero (v. F. FORTE, *Introduzione*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole*, cit., p. XXIX ss.; J. DREXL, *La Constitution économique européenne, l'actualité du modèle ordoliberal*, in *Revue internationale du droit économique*, 2011, p. 419 ss., p. 430, nota 33).

la prima volta, in un proprio scritto, il termine “economia sociale di mercato”⁸), i quali promossero una serie di riforme che contribuirono a plasmare la politica economica tedesca in termini ordoliberali⁹. Si ritiene infatti correntemente che il sistema ideato dall’ordoliberalismo sia responsabile del prorompente sviluppo economico tedesco (sovente considerato un vero e proprio *Wirtschaftswunder*) nei primi anni cinquanta del secolo scorso¹⁰. Anche se in realtà è risaputo che lo sviluppo economico della Germania, in tale lasso di tempo, fosse dovuto anche ad una serie di altri fattori, che non sono tuttavia tutti di stretta discendenza ordoliberale. Detti fattori si possono compendiare nell’elevata produttività dell’industria tedesca, nel mantenimento di un livello salariale contenuto (seppure adeguato al tenore di vita della popolazione) e nel miglioramento del debito estero tedesco, a seguito della cancellazione di gran parte di esso realizzata con l’accordo di Londra del 1953¹¹.

Per quanto concerne l’ordinamento dell’Unione europea, il termine economia sociale di mercato non era presente nella versione originaria del Trattato CEE: esso compare per la prima volta nel progetto di Costituzione europea del 2004. Successivamente, dopo il fallimento referendario del Trattato costituzionale, l’espressione è stata inserita nel progetto del Trattato di Lisbona¹², a quanto è dato sapere proprio per l’intervento della delegazione tedesca. D’altro canto è noto come la stessa negoziazione del Trattato di Lisbona sia stata eminentemente opera della Cancelleria tedesca, la quale – a seguito del fallimento del Trattato costituzionale – avviò una serie di negoziati bilaterali con i partner europei per giungere ad una revisione complessiva dell’ordinamento sovranazionale.

Al di là dell’introduzione formale dell’espressione “economia sociale di mercato” nel Trattato, che è, appunto, avvenuta solo nel 2007, è comunque risaputo che la stessa configurazione del mercato interno è chiaramente frutto di una precisa scelta in senso ordoliberale da parte dei redattori del Trattato di Roma. Sintomatici di tale impostazione sono la disciplina della concorrenza attraverso regole rigide, dirette eminentemente ad istituire divieti allorché le strutture monopolistiche divengono di dimensioni così rilevanti da incidere negativamente sul funzionamento del mercato; così come discendono dall’impostazione friburghese l’impostazione liberista che caratterizza il funzionamento del mercato interno e l’istituzione di una banca centrale autonoma rispetto alle influenze del potere politico, alla quale è stato attribuito il compito di mantenere la stabilità dei prezzi come strumento di sicurezza economica e come garanzia di redditività degli investimenti¹³.

⁸ Si tratta del lavoro citato nella nota 4. Certamente il merito di Müller-Armack è stato di diffondere tale definizione nella letteratura economica. Sembra tuttavia che talune tracce dell’espressione si trovino anche in autori precedenti, tra i quali in particolare Harold Rasch (v. F. FELICE, *L’economia sociale di mercato*, Catanzaro, 2008, p. 47, il quale, tuttavia, non cita i lavori di Rasch nei quali si troverebbe l’espressione in questione).

⁹ N. GOLDSCHMITT, M. WOHLGEMUTH, *Nascita ed eredità della tradizione friburghese dell’economia ordinamentale*, riprodotto in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole*, cit., p. 21 ss.

¹⁰ HANS-W. MICKLITZ, *La constitution économique européenne revisitée. Introduction*, in RIDE, 2011, p. 411 ss., 412.

¹¹ B. YOUNG, *German Ordoliberalism as Agenda Setter for the Euro Crisis: Myth Trumps Reality*, in *Journal of Contemporary European Studies*, p. 2014, p. 276 ss.; A. STOREY, *The Myth of Ordoliberalism*, consultabile on-line al sito www.erc-europeanunions.eu, p. 8.

¹² Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull’Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato il 13 dicembre 2007. Il testo è pubblicato in GUUE, C 306, del 17.12.2007, p. 1 ss. La versione consolidata è pubblicata in GUUE, C 115 del 9 maggio 2008. Il Trattato è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

¹³ Sull’influenza dei principi ordoliberali sulla conformazione dei Trattati istitutivi delle Comunità europee v. J. BASEDOW, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, Tübingen, 1992, p. 26 ss.; D.J. GERBER,

Frutto della concezione ordoliberal sono poi anche taluni degli sviluppi successivi del diritto dell'Unione europea, tra i quali si può verosimilmente annoverare anche la scelta, contenuta nel *Fiscal Compact*¹⁴, di inserire a livello costituzionale la regola del pareggio di bilancio¹⁵.

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

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

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

Al riguardo, conviene esaminare, nei paragrafi successivi quelle che, nella prassi comunitaria, sembrano costituire le più evidenti partizioni dall'idea originaria di un sistema economico equilibrato, nel quale lo Stato riveste comunque il ruolo di garante; e poi valutare in che modo esse abbiano influito sulla configurazione attuale della costituzione economica europea¹⁶.

2. La progressiva privatizzazione dei meccanismi di controllo.

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

Il processo che ha condotto a questo assetto è verosimilmente iniziato con la liberalizzazione dei movimenti di capitali. La liberalizzazione dei movimenti di capitale è

Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1994, p. 25 ss.; J. DREXEL, *La Constitution économique européenne, l'actualité du modèle ordo-liberal*, cit., p. 440.

¹⁴ Il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'unione economica e monetaria, c.d. "Fiscal Compact", è stato firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012. Per l'Italia v. la legge 23 luglio 2012, n. 114, Ratifica ed esecuzione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria - cd. Fiscal Compact, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012, in *GU* n. 175, del 28 luglio 2012- Suppl. ord. n. 160.

¹⁵ L. I. GORDILLO PÉREZ, J. R. CANEDO ARRILLAGA, *La Constitución económica de la Unión europea. Bases de un modelo en constante evolución*, in *Cuad. der. trans.*, 2013, p. 174 (consultabile al sito <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>).

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

frutto di un processo iniziato alla fine degli anni ottanta¹⁷. Dapprima, infatti, le limitazioni all'esportazione di capitali, davano luogo ad un illecito che, in taluni paesi (inclusa l'Italia), era punito finanche con sanzioni penali.

D'altro canto, lo stesso Trattato CEE, diversamente da come avveniva per le altre libertà fondamentali per la creazione del mercato interno, subordinava la piena realizzazione della libertà di circolazione dei capitali a condizioni tali da escluderne la diretta applicabilità. Spettava, infatti, al Consiglio, ai sensi dell'abrogato art. 69 Trattato CEE, determinare la graduale soppressione delle restrizioni alla circolazione dei capitali. In tale lasso di tempo, che va dall'istituzione della Comunità economica europea fino all'Atto unico europeo del 1986, la liberalizzazione della circolazione dei capitali ebbe attuazione congiuntamente con la progressiva espansione delle altre libertà fondamentali (merci, persone e servizi): i movimenti di capitali erano infatti ammessi solo nella misura in cui gli stessi costituivano il corrispettivo per ricevere una merce o di un servizio; ma non era invece consentita la movimentazione di capitali, tra gli Stati membri (e tra questi ultimi e i paesi terzi) che fossero finalizzati da meri intenti speculativi¹⁸.

L'inversione di tendenza di tale assetto si ebbe nella seconda metà degli anni ottanta. In quel periodo, infatti, la Commissione europea presentò un Programma per la liberalizzazione dei movimenti di capitali, che prevedeva due fasi. Per la prima fase era fissato l'obiettivo della liberalizzazione incondizionata ed effettiva in tutta la Comunità economica europea delle operazioni su capitali connesse al corretto funzionamento del mercato e l'integrazione dei mercati nazionali di titoli finanziari. La seconda fase doveva invece portare a «un grande mercato interno dotato della sua piena dimensione finanziaria». In tale seconda fase, venne sancito il principio secondo il quale «gli Stati membri sopprimono le restrizioni ai movimenti di capitali effettuati tra le persone residenti negli Stati membri»¹⁹.

Il Trattato di Maastricht del 1992, codificò la soluzione normativa già completamente realizzata per effetto del diritto derivato. In conseguenza di ciò la liberalizzazione dei movimenti di capitali non fu più ancorata al finanziamento dei beni e servizi nel mercato comune, ma rappresentava un principio assoluto, che si applicava nei rapporti tra gli Stati membri e tra questi e i paesi terzi.

Sul piano internazionale, sostanzialmente nel medesimo lasso temporale, la libera circolazione dei capitali veniva progressivamente liberalizzata grazie all'azione di altre organizzazioni economiche regionali²⁰.

¹⁷ Secondo M. ORLANDI, *Il commercio internazionale e la sua regolamentazione: una storia dei trattati economici e commerciali*, Padova, 2016, p. 207, prima della fase contemporanea, nei secoli dal XVI al XIX, esisteva già una sorta di libera circolazione dei capitali, nel senso che vi erano banche (genovesi, olandesi, inglesi) specializzate nel finanziare il debito pubblico degli Stati.

¹⁸ V. le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 11 novembre 1981, in causa 203/80, *Casati*, in *Raccolta*, p. 2595, spec. punti 24-25; 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, in *Raccolta*, p. 377, punti 19-26.

¹⁹ Art. 1, direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato, in *GUL* 178, 8.7.1988, p. 5-18.

²⁰ V., in particolare, i chapter 11 e 14 dell'Accordo NAFTA, *North American Free Trade Agreement*, concluso tra Stati Uniti, Canada e Messico, il 17 dicembre 1992. Anche l'ASEAN promosse la conclusione di accordi di cooperazione economica che prevedevano la libera circolazione dei capitali tra i paesi contraenti (v., ad es., l'Agreement among the Governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments, concluso il 15 dicembre 1987 a Manila). In dottrina v. R. AVESANI, *Integration in*

Le uniche limitazioni consentite nei rapporti fra Stati membri sono quelle riguardanti la legislazione tributaria, in cui è tuttora possibile operare una distinzione tra i contribuenti in base al luogo di residenza o di collocamento del loro capitale e quelle riguardanti l'informazione amministrativa o statistica o, infine, le misure dettate da esigenze di ordine pubblico o di pubblica sicurezza²¹. Completamente liberalizzati sono poi anche i movimenti capitali nei confronti dei paesi terzi, salve le restrizioni esistenti al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, in materia di investimenti esteri diretti²².

Per effetto di tale liberalizzazione i capitali tendono a spostarsi verso gli Stati che offrono una tassazione più favorevole o che consentono la maggiore remunerazione del denaro investito²³. A patto, ovviamente, che tale remunerazione del capitale non risulti eccessivamente rischiosa: in questo caso, gli investitori sono soliti richiedere un corrispettivo supplementare che consiste nella maggiore remunerazione per il c.d. rischio paese (ovvero per il rischio che uno Stato dichiari *default* e imponga dei tagli alle proprie obbligazioni sovrane, c.d. *haircut*). Alla luce di questa considerazione, è agevole affermare che la supposta razionalità dei mercati, della quale si discute abitualmente nella letteratura economica, non è data tanto dalla scelta collettiva di un gruppo di risparmiatori, quanto piuttosto dalla sommatoria di una serie di scelte oculate degli investitori dotati delle maggiori capacità di spesa.

Lo stesso Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è concepito sul presupposto che siano i mercati che controllano le politiche economiche nazionali, avendo inserito nel Trattato istitutivo la clausola di divieto di *bail-out*²⁴. In altri termini gli Stati, per

World Capital Market, in R. FAINI, E. GRILLI (eds.), *Multilateralism and Regionalism after the Uruguay Round*, London, 1997, p. 161 ss.

²¹ V. R. BARATTA, *Circolazione dei capitali e dei pagamenti*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, 5^a ed., Torino, 2017, p. 301 ss., 311 ss.

²² La nozione di investimenti esteri diretti deve desumersi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale riprende, a propria volta, una definizione del Fondo monetario internazionale e dell'OCSE. Essa ricomprende solo gli investimenti che implicano una partecipazione in un'attività economica situata in un paese terzo, con carattere di stabilità (v. Corte di giustizia, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, in *Raccolta*, p. I-11753; Id., 26 marzo 2009, causa C-326/07, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, p. I-02291, punto 35; v. anche il parere della Corte del 16 maggio 2017, n. 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, spec. punto 84). Sono pertanto esclusi da tale nozione gli investimenti a carattere meramente speculativo, quali l'acquisto di titoli di Stato e tutte le altre forme spesso realizzate da fondi di investimento, i quali normalmente non mirano all'assunzione di un ruolo direttivo nell'ambito della compagine societaria oggetto dell'investimento e non sono pertanto finalizzati allo svolgimento di un'attività imprenditoriale. Resta inoltre ferma la competenza del Consiglio, per quanto attiene l'adozione di misure di salvaguardia in situazioni di turbolenza o crisi finanziarie suscettibili di porre in pericolo l'Unione economica e monetaria (cfr. art. 66, TFUE).

²³ L'osservazione, come è noto, è dovuta a L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011, p. 14 ss., e, in termini ancora più netti, ID., *Il colpo di Stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Torino, 2013, p. 89 ss.

²⁴ Anche detta clausola di "non-salvataggio", consistente nel divieto per la Banca centrale europea e per le banche centrali nazionali di concedere prestiti o facilitazioni creditizie agli Stati membri e alle amministrazioni pubbliche, sia il divieto di accollo da parte dell'Unione ovvero di altri Stati membri dei debiti altrui (rispettivamente, articoli 125 e 123 TFUE; per l'interpretazione della Corte di dette clausole v. *infra*, nota 36). D'altronde, a tale ingerenza dei mercati stiamo assistendo proprio nei giorni nei quali scriviamo, laddove a fronte della presentazione di una legge di stabilità che prevede un aumento della spesa corrente di circa un punto percentuale rispetto alle previsioni, i mercati hanno richiesto un maggiore tasso di interesse. Con la conseguenza che il c.d. *spread* (ovvero il divario tra il tasso di interesse che scontano i Buoni del tesoro italiani e i titoli di Stato tedeschi) ha di nuovo ripreso ad aumentare fino a raggiungere livelli di difficile sostenibilità (giovedì 31 ottobre 2018, lo spread sui titoli decennali, alla conclusione della giornata di contrattazioni,

effetto dei condizionamenti sovranazionali quali il vincolo di bilancio e a causa della volontaria sottoposizione a meccanismi di controllo privatistici, hanno sostanzialmente accettato di restringere la propria sovranità sulle rispettive politiche economiche²⁵.

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

Trattandosi di società private, le agenzie di *rating* non sono insensibili agli interessi degli investitori: anzi, vi è generalmente una certa commistione tra le une e gli altri; o perlomeno sussiste un'indubbia comunanza di interessi, dal momento che, a partire dagli anni settanta del secolo scorso, le stesse agenzie sono finanziate dai medesimi enti che si rivolgono al mercato per ottenere finanziamenti. La credibilità delle agenzie di *rating*, nonostante taluni indubbi errori nel corso della gestione passata²⁶, è quindi essenzialmente determinata dal mercato stesso e dal fatto che dette agenzie utilizzano dei meccanismi e dei principi economici apprezzati e condivisi dagli stessi operatori²⁷.

La risposta dell'Unione europea, rispetto al predominio statunitense²⁸ nella valutazione del rischio sovrano, è stata in realtà, alquanto debole. Ormai risalente è la direttiva 2006/43, la quale prevedeva, sulla scorta dell'accordo di Basilea all'epoca vigente, un determinato metodo di valutazione del *rating*. Tale direttiva finì forse per produrre addirittura un effetto opposto a quello ipotizzato dai redattori, perché essa attribuì una sorta di investitura normativa all'analisi già correntemente seguita dalle principali agenzie di *rating* ed ebbe conseguentemente l'effetto di scoraggiare gli istituti finanziari a sviluppare propri autonomi metodi di valutazione del rischio²⁹.

oscillava intorno a quota 300, corrispondente all'incirca ad un tasso di interesse di circa il 2 per cento in più dei titoli del tesoro tedeschi).

²⁵ Sul tema esiste ormai un'estesa letteratura. V. da ultimo F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *federalismi.it*, n. 21/2018, p. 3 ss.

²⁶ È ad esempio noto che, poco prima del fallimento, la banca d'affari statunitense Lehman Brothers, aveva ricevuto una valutazione stabile (che oscillava, a seconda dell'agenzia, da "A" ad "A+"): v. l'editoriale *Lehman e le altre. Quando il rating sbaglia*, in *Lettera 43*, consultabile al sito <https://www.lettera43.it/it/articoli/economia/2011/11/28/lehman-e-le-altre-quando-il-rating-sbaglia/168037/>.

²⁷ Altra questione è quella della responsabilità delle agenzie di *rating* per avere effettuato e diffuso valutazioni errate. Nell'ordinamento italiano, la richiesta risarcitoria degli investitori è evidentemente di natura extracontrattuale. Per l'accoglimento della domanda, l'attore deve quindi dimostrare l'esistenza dei presupposti di cui all'art. 2043 cod. civ. (v. in giurisprudenza, Trib. Roma, sent. n. 13654, del 9.11.2015, reperibile on-line sul sito *Ilcaso.it*; in dottrina v. F. PARMEGIANI, *Some Rating Failures and Several Regulatory Weaknesses: the US and EU Perspectives*, in A. PRINCIPE (a cura di), *Le agenzie di rating*, Milano, 2014, p. 75 ss.; C. PICCIAU, *Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario e responsabilità delle agenzie di rating*, Milano, 2018).

²⁸ Tanto più che le agenzie di *rating* possono svolgere la propria attività, anche senza essere stabilite sul territorio di uno degli Stati membri dell'Unione europea (a patto che abbiano ottenuto la c.d. certificazione d'equivalenza), come previsto dall'art. 5, par. 4, lett. b, del regolamento 1060/2009. Sul punto v. F. URBANI, *La dimensione sovranazionale del rating: regolamento n. 1060 del 2009 e libera circolazione dei servizi*, in *Dir. comm. int.*, 2015, p. 583, spec. par. 7.

²⁹ Così F. PERNAZZA, *Il rating del debito sovrano: profili giuridici*, in M.R. MAURO, F. PERNAZZA (a cura di), *Il debito sovrano tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello Stato*, Napoli, 2014, p. 87 ss., p. 114-115.

Rispetto a tale assetto, scarso impatto ha concretamente rivestito il regolamento n. 462/2013, il quale si è di fatto limitato a prevedere che le agenzie di rating rendano chiari e trasparenti i criteri utilizzati nella formulazione del rating sovrano³⁰.

La proposta di riforma più rivoluzionaria presentata a livello europeo si è invece arenata dopo che la stessa Commissione ha valutato negativamente l'opportunità della sua adozione normativa. Detta proposta consisteva nell'istituzione di un'agenzia europea di *rating*, che nelle intenzioni dei proponenti sarebbe dovuta essere un'agenzia pubblica, istituita dall'Unione europea, che avrebbe dovuto pubblicare delle valutazioni senza subire i condizionamenti degli investitori privati.

Detta proposta è stata invero apertamente rigettata dalla stessa Commissione. La ragione di tale rifiuto è essenzialmente pratica. Il successo di un'agenzia dipende infatti dalla sua credibilità sul mercato: e questa è tanto maggiore nella misura in cui i criteri di valutazione sono gli stessi seguiti dagli investitori per orientare le proprie scelte. In questo contesto, secondo la Commissione, scarso successo sarebbe stato tributato ad un ente di valutazione avulso dai meccanismi di mercato, il quale avrebbe prodotto soltanto l'effetto di duplicare le informazioni esistenti, producendo di fatto uno scarso impatto sui meccanismi di scelta degli investitori³¹. Insomma: la stessa Commissione decide di affidare i meccanismi di controllo sulle politiche economiche a delle istituzioni private e di non sovrapporsi in alcun modo alle valutazioni svolte da siffatte entità.

Il fenomeno del controllo privato, in luogo di quello pubblico, è poi incrementato – almeno in via di fatto – dalla circostanza che spesso gli stessi controllori provengono da strutture private, alle quali poi sovente tornano una volta esaurito il loro mandato istituzionale³².

³⁰ Regolamento (UE) n. 462/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, che modifica il regolamento (CE) n. 1060/2009 relativo alle agenzie di rating del credito. Testo rilevante ai fini del SEE, in GU L 146, 31.5.2013, p. 1–33.

³¹ *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'opportunità di sviluppare una valutazione europea del merito di credito per il debito sovrano* (COM/2015/0515 final), par. V.3: «una valutazione europea del merito di credito avrebbe un impatto ridotto sugli sforzi volti a ridurre l'affidamento ai *rating* del debito sovrano poiché è molto probabile che si limiterebbe a duplicare le informazioni esistenti. Inoltre, se non gestita correttamente, potrebbe comportare il rischio di generare un eccessivo affidamento a una nuova fonte di informazioni alternativa qualora gli investitori si affidassero esclusivamente ad essa. Dalle interviste condotte con investitori selezionati è emerso altresì che una valutazione europea del merito di credito non migliorerebbe in modo sostanziale il livello delle informazioni a disposizione degli investitori istituzionali, i quali dispongono già di informazioni sufficienti fornite da fonti pubbliche e private. Tali informazioni sono state ulteriormente migliorate grazie al nuovo regime di sorveglianza fiscale e macroeconomica degli Stati membri nel contesto del semestre europeo. Per gli investitori più piccoli, che beneficiano anch'essi di tale sistema di sorveglianza, uno strumento di valutazione europea del merito di credito apporterebbe alcuni vantaggi perché ridurrebbe le attività di ricerca; d'altro canto, però, le capacità intrinseche di questi investitori di gestire un simile strumento informativo sono limitate. Infine, una valutazione europea del merito di credito sarebbe in concorrenza con gli attuali fornitori privati di informazioni, comprese le agenzie di rating del credito. Tenendo conto di tutti i fattori rilevanti, si può concludere che in questo momento una valutazione europea del merito di credito del debito sovrano non appare né proporzionata né opportuna, ove la si analizzi alla luce delle esigenze degli investitori e dell'obiettivo di rimediare all'eccessivo affidamento ai rating esterni».

³² Si tratta, insomma, del fenomeno, noto nel mondo anglosassone, con l'appellativo – chiaramente spregiativo – di *revolving doors*. Tale fenomeno vede certamente coinvolta la Banca centrale europea, che pure è l'istituzione competente per svolgere i controlli sugli istituti di credito nell'eurozona nell'ambito della c.d. unione bancaria, dal momento che sia l'attuale presidente, Draghi, sia il portoghese Luis de Guindos Jurado, che sarà il prossimo vicepresidente della BCE, annoverano nel proprio *curriculum* un periodo di lavoro ai vertici delle grandi banche d'affari (Mario Draghi è stato in Goldman Sachs nel 2005; Luis de Guindos Jurado, ex ministro portoghese dell'economia, ha lavorato, dal 2006 al 2008, presso la sezione europea della Lehman

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

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

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

Un ulteriore aspetto rispetto al quale i principi ordoliberali sono stati evidentemente superati per rispondere alle esigenze empiriche del mondo contemporaneo è rappresentato dal ricorso ai meccanismi di aiuto agli Stati membri della zona euro che si fossero trovati in difficoltà economica.

Come è noto sono stati istituiti a livello europeo diversi meccanismi di aiuto. Questi sono stati attuati progressivamente a partire dal 2010, allorché ci si avvide che non si sarebbe potuti uscire dalla crisi economica senza fornire assistenza finanziaria agli Stati membri della zona euro che erano maggiormente esposti sul mercato obbligazionario. Il problema, nella specie, si pose inizialmente con la Grecia, la quale dichiarò apertamente e senza troppe remore che il precedente governo aveva falsificato i conti pubblici. In quella situazione – e per effetto della dichiarazione stessa – tale Paese si trovò rapidamente nell'impossibilità di fare fronte ai propri debiti.

D'altro canto, proprio il timore di un *default* della Grecia, benché si trattasse di un'economia dalle dimensioni marginali per l'eurozona, rischiava di determinare un effetto di contagio sia sugli istituti creditizi stranieri, i quali avevano investito capitali ingenti in buoni del tesoro greci, sia su altri Stati deboli della c.d. periferia dell'euro.

Dopo ampi dibattiti gli Stati membri si accordarono per una serie di interventi. Queste misure vennero inizialmente concordate all'esterno dell'apparato normativo dell'Unione europea. Ciò si può facilmente comprendere: perché proprio la presenza nel Trattato istitutivo delle clausole di «non-salvataggio» di cui agli art. 123 e 125 TFUE, costituiva un ostacolo, perlomeno dal punto di vista giuridico, all'adozione di misure di sostegno.

Fu così che vennero conclusi due accordi internazionali, con i quali taluni Stati membri intervenivano, su un piano strettamente bilaterale, fornendo aiuto economico al governo ellenico; al contempo, la Grecia si impegnava a porre in essere una serie di riforme

Brothers). V., al riguardo, le osservazioni di A. GUAZZAROTTI, *Sovranità popolare e vincolo finanziario. Potere pubblico e potere privato nel governo degli Stati europei*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2018, p. 85 ss., 110 ss.

strutturali³³. A tale misura seguirono, a stretto giro, l'adozione di un regolamento³⁴, con il quale venne costituito un fondo di garanzia, dalla limitata capacità finanziaria (circa ottanta miliardi), denominato "Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria" (EFSM – *European Financial Stability Mechanism*) e la costituzione di una società di diritto privato, con sede in Lussemburgo (denominata EFSF – *European Financial Stability Facility*), il cui capitale venne contestualmente sottoscritto da tutti i paesi della zona euro.

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

Al contempo, i governi dei paesi membri avviarono una discussione per la creazione di un meccanismo a carattere permanente per fornire assistenza finanziaria nelle ipotesi in cui uno Stato membro dell'eurozona si fosse in futuro trovato in una situazione tale da rischiare di portare un collasso dell'intera moneta unica. Fu così che si addivenne alla costituzione del Meccanismo europeo di stabilità (MES), che venne istituito con un accordo internazionale firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012³⁵.

Da un punto di vista formale il MES è un'istituzione finanziaria internazionale che si struttura come un'organizzazione autonoma rispetto all'Unione europea, seppure strettamente collegata con il sistema giuridico di quest'ultima³⁶. Membri dell'organizzazione internazionale sono infatti gli Stati membri che hanno adottato la moneta unica. Essa si finanzia in maniera autonoma rispetto al bilancio dell'Unione, attraverso fondi erogati dagli

³³ Si trattava dell'*Intercreditor Agreement*, concluso il 7 maggio 2010 tra i paesi all'epoca partecipanti alla moneta unica e la Repubblica ellenica e del *Loan Facility Agreement*, firmato l'8 maggio 2010, tra quest'ultima e la Commissione. V. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'Euro e le risposte dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, 961 ss.; F. CHALTIEL, *Le droit, la crise économique et le pragmatisme européen. A propos du plan d'aide à la Grèce*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2010, 345 ss.; EDITORIAL COMMENT, *The Greek Sovereign Debt Crisis: Approaching the Final Act?*, in *Comm. Mar. Law Rev.*, 2011, 1769 ss.; R. CISOTTA, *L'evoluzione dell'Unione economica e monetaria: nuovi strumenti per la gestione delle crisi e il coordinamento delle politiche economiche*, *ivi*, 2013, 446.

³⁴ Regolamento n. 407/10 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo di stabilizzazione finanziaria, in GUUE L 118 del 12 maggio 2010, 1 ss.

³⁵ Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità tra il Regno del Belgio, la Repubblica Federale di Germania, la Repubblica di Estonia, L'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, il Granducato di Lussemburgo, Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca e la Repubblica Di Finlandia. Per l'Italia v. la legge 23 luglio 2012, n. 116, Ratifica ed esecuzione del Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità (MES), con allegati, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012, in GU n. 175, del 28 luglio 2012- Suppl. ord. n. 160.

³⁶ Dal punto di vista giuridico, la legittimità dell'accordo istitutivo del MES suscitò, al momento della sua istituzione, diverse perplessità, proprio a causa della presenza nel Trattato della c.d. *no bail-out clause*. Secondo la Corte di giustizia, tuttavia, l'art. 125 TFUE non vieterebbe in assoluto la possibilità di erogare aiuti finanziari agli Stati membri, a patto che lo Stato che riceve assistenza conservi la titolarità delle proprie obbligazioni. In altri termini, il Trattato istitutivo vieterebbe soltanto l'accollo del debito, ma non escluderebbe la concessione di prestiti da parte degli altri Stati: perché in tale secondo caso, non verrebbe meno la finalità di spingere lo Stato a compiere le riforme strutturali necessarie per riuscire a finanziarsi autonomamente sul mercato. Tale scopo sarebbe poi ulteriormente salvaguardato dall'assunzione, da parte dello Stato destinatario dell'aiuto, del preciso obbligo di effettuare riforme strutturali (Corte di giustizia, 26 ottobre 2012, in causa C-370/12, *Pringle c. Ireland*, in ECLI:EU:C:2012:756, punti 139-145).

Stati membri, secondo quote rapportate alla dimensione e al PIL di ognuno di essi³⁷. Inoltre, vengono versati al MES i proventi discendenti dalle sanzioni finanziarie adottate dall'Unione nei confronti degli Stati membri, quali, in particolare, quelle che discendono dalla procedura per disavanzi eccessivi. Il MES può altresì recuperare finanziamenti sul mercato, sia prendendo a prestito dagli istituti di credito, sia compiendo, a propria volta, operazioni finanziarie. A pieno regime, il MES dispone di un capitale di settecento miliardi di euro: in parte già versato e, per altra parte, disponibile in base a richiesta agli Stati membri³⁸. Il compito principale del MES è identificabile nel fornire assistenza finanziaria allo Stato in difficoltà eventualmente anche congiuntamente con il Fondo monetario internazionale. L'assistenza può essere fornita in vario modo, ad esempio mediante un aiuto diretto (prestito o costituzione di una linea di credito) oppure mediante l'acquisto, sul mercato primario o su quello secondario, dei titoli di Stato.

L'erogazione dell'aiuto è subordinata ad una pluralità di condizioni. Innanzitutto, può essere richiesta solo dallo Stato che sia in regola con i pagamenti dei contributi e che abbia ratificato e dato attuazione ad un altro Trattato internazionale, il menzionato *Fiscal compact*, il quale stabilisce obblighi particolarmente stringenti in termini di bilancio. In terzo luogo, l'erogazione stessa è soggetta ad una "stretta condizionalità": l'aiuto è infatti subordinato all'adozione di un programma di riforme macroeconomiche da parte dello Stato ricevente. Dette condizioni devono poi essere precisate in un accordo che verrà negoziato tra lo Stato stesso e l'organizzazione internazionale. Verosimilmente l'erogazione dell'aiuto avverrà attraverso la corresponsione di *tranches* successive, man mano che il Paese coinvolto nell'operazione di finanziamento ponga in essere le riforme strutturali pattuite.

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

³⁷ Gli Stati che erogano i contributi maggiori sono, nell'ordine, la Germania, la Francia e l'Italia. Rispettivamente: 190.024.800.000, 142.701.300.000 e 125.395.900.000. La Corte costituzionale tedesca, sez. seconda, nella propria decisione del 12 settembre 2012 (BvR, 1390/12, BvR 1421/12, BvR 1438/12, BvR 1439/12, 1440/12, BvE 6/12, consultabile al sito <http://www.bundesverfassungsgericht.de> e riprodotta, in una traduzione italiana, in *Foro it.*, 2012, 567 ss., con nota di D'AURIA), ha riconosciuto la compatibilità del Trattato MES con la Costituzione tedesca, ma ha espressamente statuito che l'impegno della Germania non può eccedere la somma già stabilita dal Trattato, senza una preventiva autorizzazione del Parlamento. A seguito di detta decisione, tutti gli Stati contraenti del Meccanismo di stabilità hanno depositato – in occasione del Consiglio europeo del 27 settembre 2012 – dichiarazioni interpretative di tenore corrispondente, in virtù delle quali rifiutavano di impegnarsi oltre l'importo previsto nell'Accordo senza un'autorizzazione espressa del rappresentate dello Stato assunta con le procedure costituzionali previste da ciascun ordinamento nazionale.

³⁸ Tale capitale appare in realtà limitato rispetto al bilancio complessivo dell'eurozona. Nel corso del periodo 2010-2012 la BCE ha infatti effettuato prestiti per oltre mille miliardi di euro. Sembra pertanto evidente che il MES non sarebbe verosimilmente in grado di sostenere l'impatto di una crisi di vaste proporzioni, come potrebbe avvenire nel caso in cui taluni Stati membri di grandi dimensioni non fossero più in grado di fare fronte alle proprie obbligazioni. Si calcoli, in via esemplificativa, nel caso in cui l'Italia e la Spagna avessero bisogno di ricorrere contemporaneamente al MES, il capitale necessario per fornire loro assistenza ammonterebbe a circa a tremila miliardi di euro. Una cifra, quindi, ben superiore a quella disponibile per l'erogazione di aiuti. È così evidente che, ove due Stati, possessori di quote rilevanti del mercato unico, fossero entrambi oggetto di speculazioni finanziarie, difficilmente il MES potrebbe assolvere allo scopo per il quale è stato creato e che esso non sarebbe evidentemente in grado di rassicurare i mercati, fuggando i dubbi circa la solvibilità di un paese della zona euro.

A detta rapida panoramica sui fondi salva Stati costituiti dai paesi membri dell'Eurozona deve infine aggiungersi l'azione della BCE, la quale è intervenuta, con vari programmi di assistenza, comprando obbligazioni di Stato sul mercato secondario (ovvero: quello che segue al primo acquisto dopo l'emissione del titolo) e finanche titoli di talune società private. Tali sono il programma OMT – lanciato nel 2012 e mai concretamente posto in essere³⁹ – ed il QE (*Quantitative Easing*)⁴⁰.

Detti meccanismi di aiuto sono stati verosimilmente dettati non soltanto dall'esigenza di aiutare gli Stati membri coinvolti da crisi economiche profonde a non uscire dall'Euro, quanto piuttosto dall'esigenza di mantenere la stabilità finanziaria dell'eurozona; ovvero dalla necessità di evitare una serie di fallimenti bancari degli istituti finanziari che avevano acquistato obbligazioni degli stati membri dell'eurozona che pagavano gli interessi più alti, quali la Grecia, la Spagna, il Portogallo e l'Irlanda⁴¹, che avrebbero verosimilmente indotto degli effetti di contagio nell'intero comparto finanziario della zona euro.

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

Se così è, questi meccanismi hanno determinato il venir meno di un principio cardine dell'ordoliberalismo e dell'economia sociale di mercato, che è quello della responsabilità individuale per le proprie azioni. Il principio di responsabilità implica necessariamente che, se si effettua un investimento eccessivamente rischioso o che, alla prova dei fatti, non garantisce la restituzione del capitale, il soggetto che l'ha effettuato deve subirne le conseguenze. Invece ciò che è concretamente avvenuto nel funzionamento del mercato finanziario europeo ha determinato un "allentamento" del principio di responsabilità. Sulla base della disamina svolta, è agevole rilevare come la deroga ad uno dei principi cardine

³⁹ Oggetto della nota sentenza della Corte di giustizia, 16 giugno 2015, in causa C-62/14, *Gauweiler*, in ECLI:EU:C:2015:400.

⁴⁰ Detto programma venne lanciato il 22 gennaio 2015, allorché il Presidente Draghi annunciò al World Economic Forum che la BCE avrebbe acquistato, a partire dal mese di marzo 2015, titoli di debito degli Stati membri della zona euro, al ritmo di 60 miliardi di euro al mese, fino a quando il tasso di inflazione nell'eurozona fosse tornato ad avvicinarsi al 2% (v. il comunicato rilasciato in occasione della conferenza del 22 gennaio 2015: *ECB announces expanded asset purchase programme*, reperibile al sito www.ecb.europa.eu). Esso presenta una differenza sostanziale rispetto al programma OMT, dal momento che gli acquisti vengono indirizzati verso i titoli degli Stati dell'eurozona in misura proporzionale alle quote del capitale della BCE sottoscritte dalle singole banche centrali nazionali. Inoltre si stabilisce che le eventuali perdite sui titoli di Stato di un singolo membro dell'eurozona vengano sostenute dalla rispettiva Banca nazionale, nella misura del 92%. Quindi non ricorre il rischio di mutualizzazione dei debiti paventato dalla Corte costituzionale federale tedesca nel caso OMT. Se da un lato il QE è esente da questa critica, dall'altro è d'uopo constatare come lo stesso sia molto meno efficace: in pratica la maggiore destinataria degli acquisti è la Germania (dal momento che è la Banca centrale tedesca che ha sottoscritto la quota maggiore di capitale della BCE), con il risultato pratico che il piano fornisce effettivamente liquidità supplementare, ma che al contempo esso finisce per finanziare il *surplus* commerciale tedesco. Successivamente il programma è stato ulteriormente ampliato: la BCE ha deciso di estendere gli acquisti fino a ottanta miliardi di euro al mese e ha incluso anche i titoli del settore privato (v. la decisione 2016/948/EU della Banca centrale europea, del 1° giugno 2016, in G.U., 15.6.2016, L 157, p. 28 ss.). Il programma avrà termine nel mese di dicembre 2018 (v. il comunicato stampa dell'esito del Consiglio direttivo della BCE, del 14 giugno 2018, reperibile al sito <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ecb.mp180614.en.html>).

⁴¹ V. le riflessioni di A. GUAZZAROTTI, *Sovranità popolare e vincolo finanziario*, cit. p. 100 ss.

della c.d. economia sociale di mercato sia avvenuta a favore del funzionamento del sistema finanziario internazionale. Questa impressione sembra d'altro canto rafforzata anche dall'analisi di taluni avvenimenti che hanno caratterizzato l'erogazione degli aiuti di Stato nel corso degli ultimi anni.

4. L'applicazione flessibile delle regole sugli aiuti di Stato.

Un altro aspetto che caratterizzava l'ordoliberalismo era l'applicazione rigorosa delle regole ed in particolare di quelle poste a salvaguardia della concorrenza: esse dovevano garantire il regolare svolgimento delle contrattazioni sul mercato, in modo da evitare la creazione di monopoli ed assicurare la corretta formazione dei prezzi, al di fuori di rendite capitalistiche⁴².

Sulla base di una analisi fattuale sembrerebbe tuttavia emergere la circostanza che l'applicazione delle regole di concorrenza non sia sempre stata così rigorosa come ci si potrebbe aspettare sulla base di un'impostazione ordolibérale. Questo si è verificato con certezza nel settore degli aiuti di Stato.

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

Nella specie, la Commissione europea, con una serie di comunicazioni, durante l'imperversare della crisi finanziaria internazionale del 2008, ha stabilito le condizioni per esaminare gli aiuti di Stato erogati a favore degli istituti finanziari⁴³.

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

In un breve lasso di tempo, la Commissione ha adottato ben sette comunicazioni, che prevedevano la possibilità per gli Stati di attuare talune misure di sostegno, via via più penetranti, a favore degli istituti di credito⁴⁴. Dette misure prevedevano la possibilità di

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

⁴³ V. A. DELL'ATTI, *Gli aiuti di Stato alle banche in tempi di crisi*, in *Conc. merc.*, 2012, p. 3 ss.; F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, p. 733 ss.

⁴⁴ Per sinteticità espositiva menzioniamo solo la prima e l'ultima comunicazione: questa scelta è anche determinata dal fatto che, in molti casi, si tratta di mere proroghe temporali (l'elenco completo di tutte le comunicazioni può comunque essere letto nella nota n. 1 della comunicazione del 2013, menzionata in questa nota): Comunicazione sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le

concedere agli istituti di credito delle aperture di credito a tassi di interesse agevolati ovvero di separare le attività dalle passività e di porre in vendita soltanto le prime (c.d. *good bank*), fino ad arrivare, in ipotesi di perdurante stato di crisi, alla nazionalizzazione dell'istituto bancario⁴⁵.

Sulla base della disamina di detti atti di *soft law*, sembra che la Commissione abbia interpretato in maniera estremamente estensiva il requisito previsto dalla lettera *b*), del terzo comma, dell'art. 107 TFUE. L'esecutivo sembra infatti propenso ad interpretare i presupposti per l'attivazione di detti aiuti come non strettamente limitato all'economia di un solo Stato membro («grave turbamento dell'economia di uno Stato membro»), ma come passibile di impiego anche nelle ipotesi di crisi generalizzata all'intero mercato interno o comunque ad una parte sostanziale di esso⁴⁶.

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

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

istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale, in GU C 270 del 25.10.2008, p. 8 ss.; Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria («La comunicazione sul settore bancario»), in GU, C 216 del 30.7.2013, p. 1 ss.

⁴⁵ La nazionalizzazione della banca può porre un problema di sacrificio dei diritti degli azionisti dell'istituto di credito. La questione della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo ed in particolare del diritto di proprietà di questi ultimi: è infatti evidente che le azioni, a quel punto, vengono acquistate dallo Stato ad un prezzo irrisorio (o addirittura meramente simbolico). Al riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha tuttavia giustificato tale misura. Nella sentenza del 10 luglio 2012, caso n. 34949/10 *Grainger c. Regno Unito*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti riconosciuto un ampio margine di discrezionalità dello Stato nel determinare l'importo da corrispondere agli azionisti per la nazionalizzazione, alla luce della grave situazione di crisi economica interna ed internazionale («given the exceptional circumstances prevailing the financial sector, both domestically and internationally»). Nella specie tale margine di apprezzamento è stato valutato con estrema elasticità, tanto è vero che l'importo corrisposto dal Regno Unito per la nazionalizzazione dell'istituto corrispondeva addirittura a «zero». In dottrina v. M. FRIGO, *Le operazioni di ristrutturazione del debito obbligazionario alla luce delle norme CEDU in materia di diritto di proprietà*, in ADINOLFI, VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro*, Torino, 2012, 135 ss.

⁴⁶ Nella prassi della Commissione non si ravvisa una differenza rilevante tra le lettere *b*) e *c*) del terzo paragrafo dell'art. 107 TFUE: mentre la prima disposizione presuppone la sussistenza di un «grave turbamento dell'economia di uno Stato membro», la seconda può essere impiegata per «agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse»: solo la seconda di queste norme consentirebbe pertanto di subordinare l'erogazione dell'aiuto a determinate condizioni. La Corte tuttavia non esclude che la Commissione possa subordinare l'erogazione dell'aiuto a determinate condizioni in entrambe le ipotesi. In altri termini, l'esistenza di una situazione di grave turbamento dell'economia non rappresenterebbe una condizione necessaria e sufficiente per rendere l'aiuto automaticamente compatibile con il Trattato (v. Tribunale I grado UE, 17 luglio 2014, causa T- 457/2009, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commissione*, punto 184).

5. *Le conseguenze di questo approccio sul rapporto tra diritti sociali e libertà economiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.*

Notoriamente il Trattato CEE si differenziava, fin dall'origine, dall'impostazione ordoliberalmente eminentemente per la scarsa attenzione dedicata alla sfera sociale. È infatti risaputo come i Trattati istitutivi delle Comunità europee fossero strutturalmente caratterizzati da una prevalenza delle esigenze del mercato e delle imprese rispetto a quelle sociali⁴⁷. Non si trattò, d'altro canto, di una scelta casuale dei redattori dei trattati comunitari. L'idea di fondo dei padri fondatori era infatti di armonizzare le regole sul funzionamento del mercato, ivi inclusi i requisiti di fondo per l'esercizio delle libertà economiche; ma di lasciare le esigenze di protezione sociale, in presenza di profonde disomogeneità normative tra i paesi allora membri della Comunità economica europea, alla sensibilità dei singoli legislatori nazionali⁴⁸.

Questa situazione iniziale, caratterizzata da una sostanziale disattenzione del diritto europeo verso le tematiche sociali, è stata invero parzialmente corretta, almeno sul piano strettamente legislativo, nel corso degli anni. Nella specie, l'intento del legislatore europeo di modificare l'assetto originario caratterizzato dalla sostanziale indifferenza del diritto europeo verso le tematiche sociali si manifestò, inizialmente, con l'adozione dell'Accordo sulla politica sociale⁴⁹. Detto Accordo costituì, nel corso degli anni la base giuridica per l'adozione di svariate disposizioni normative soprattutto in materia di rappresentanza dei lavoratori e di licenziamenti collettivi. Si dovette poi attendere il Trattato di Amsterdam del 1997, per l'incorporazione delle norme dell'Accordo sulla politica sociale all'interno del Trattato istitutivo.

Indubbiamente di maggiore portata sono, tuttavia, i cambiamenti introdotti con il Trattato di Lisbona. Le modifiche di recente introduzione sono infatti rappresentate innanzitutto dall'aumento delle competenze delle istituzioni europee, le quali possono ora adottare disposizioni normative in materie importanti per la disciplina del rapporto di impiego, quali il miglioramento dell'ambiente di lavoro, la protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, il miglioramento delle condizioni e di sicurezza dei lavoratori, la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione di contratto, l'informazione nella consultazione dei dipendenti di società multinazionali con sedi dislocate in paesi membri diversi. L'elenco dei settori di competenza non è tuttavia esaustivo rispetto all'esigenza di una disciplina organica del rapporto di lavoro, dal momento che, dal novero delle materie di competenza delle istituzioni europee, permangono ancora importanti esclusioni quali il livello delle retribuzioni, il diritto di associazione e, infine, la regolamentazione del diritto di

⁴⁷ V. in questo senso A. DAVI, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, p. 301-303, nel testo e nella nota 87, secondo il quale, la subordinazione dei diritti sociali alle libertà economiche emergeva anche dalla formulazione degli scopi della Comunità contenuta nell'abrogato art. 2 e nel Preambolo del TCEE, nonché dal raffronto tra i mezzi utilizzabili dalle istituzioni comunitarie all'interno, con quelli che viceversa contraddistinguevano l'azione delle medesime in taluni rapporti esterni (ed in particolare con i paesi d'oltremare: cfr. art. 3, lett. k e 131, TCEE).

⁴⁸ V. T. PADOA SCHIOPPA, *La costituzione economica europea*, in *Il federalista*, 2002, p. 198 ss., spec. par. 4; G.L. TOSATO, *Appunti in tema di economia sociale di mercato*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. III, Napoli, 2014, p. 2509 ss., 2511.

⁴⁹ Si trattava del Protocollo 14 allegato al Trattato di Maastricht del 1992. Nella specie l'Accordo si applicava a undici paesi membri su dodici (con l'esclusione, si ricorderà, del Regno Unito).

sciopero⁵⁰: dette materie vengono pertanto tuttora affidate alle sensibilità dei singoli Stati membri, con il risultato pratico che le diverse regolamentazioni giuridiche nazionali possono tuttora costituire degli ostacoli alla piena realizzazione del mercato interno.

La seconda rilevante modifica introdotta dal Trattato di Lisbona è l'importanza assunta, nel sistema delle fonti normative europee, dal dialogo sociale. Le parti sociali possono ora adottare disposizioni normative aventi ad oggetto la lotta contro l'esclusione sociale, la modernizzazione dei regimi sociali e la politica di occupazione. Tali accordi possono poi essere recepiti attraverso direttive da parte della Commissione europea ed acquisire, in tal modo, un'efficacia normativa più estesa (anche da un punto di vista territoriale) di quella normalmente riconosciuta ai contratti collettivi nazionali.

Sul piano istituzionale, è poi opportuno porre in rilievo come sia mutato il sistema di voto: prima del Trattato di Lisbona, l'adozione di norme in diverse materie di importanza fondamentale per la politica sociale presupponeva il raggiungimento dell'unanimità all'interno del Consiglio; ora la produzione normativa avviene per lo più attraverso il procedimento legislativo ordinario, che come è noto si compendia nel dialogo tra Parlamento europeo e Consiglio e che è caratterizzato dalla votazione a maggioranza qualificata in seno alla seconda istituzione.

La quarta ed ultima modifica è l'assunzione di carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, attraverso il richiamo espresso operato dall'art. 6, paragrafo 1, TUE. La Carta dei diritti fondamentali contiene, per l'appunto, un intero titolo (il IV) denominato «Solidarietà», che è espressamente dedicato all'enunciazione solenne di diversi diritti sociali⁵¹.

È tuttavia agevole osservare come alle modifiche normative intervenute con il Trattato di Lisbona, non sia poi seguito un effettivo incremento della tutela dei diritti sociali a fronte delle libertà economiche. In altri termini, la giurisprudenza della Corte di giustizia sembrerebbe quasi non tenere ancora in debita considerazione gli sviluppi normativi intervenuti, perché nella tensione tra diritti sociali e libertà economiche tende, in maniera pressoché costante, a comprimere i primi a favore di un'interpretazione espansiva delle seconde.

D'altro canto, si tratta di una tendenza giurisprudenziale che si era affermata anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In particolare la Corte di giustizia aveva già accertato che il diritto di sciopero non potesse essere esercitato con modalità tali da ledere l'esercizio delle libertà fondamentali. Esemplificative di quanto appena rilevato sono le sentenze della Corte nei casi *Viking* e *Laval*. Nella specie, nel caso *Viking*, una compagnia finlandese aveva deciso, per ragioni di risparmio di spesa, di modificare la bandiera di una nave di sua proprietà e si era determinata ad inscrivere il natante nel registro navale estone. Di tutta risposta, il sindacato dei pescatori entrò in sciopero, in modo da bloccare l'attività della *Viking* e la possibilità di questa di iscrivere il proprio battello nel registro navale di un altro Stato membro: il contrasto che venne portato all'attenzione della Corte era pertanto tra la regolamentazione nazionale del diritto di sciopero e l'esercizio del diritto di

⁵⁰ U. VILLANI, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2012, p. 25 ss., 29.

⁵¹ Al riguardo è opportuno ricordare anche la c.d. Carta sociale europea, che è un Trattato adottato, sotto l'egida del Consiglio d'Europa, nel 1961 a Torino e rivisto a Strasburgo nel 1996; è tuttavia opportuno porre in rilievo che questo strumento sembra rivestire un'importanza minore, almeno nella giurisprudenza costituzionale, ove paragonato con il ruolo assunto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: v. G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, p. 1 ss., spec. 17 s.

stabilimento⁵². Nel caso *Laval*, similmente, il sindacato svedese ostacolava – con modalità di sciopero alquanto virulente e tali da arrivare alla c.d. “serrata” dell’impresa straniera – la possibilità di una società lettone di eseguire, in libera prestazione dei servizi, un appalto di lavori sul territorio svedese⁵³.

Le norme nazionali poste all’attenzione della Corte consentivano di porre in essere uno sciopero con modalità tali da rappresentare una restrizione all’esercizio delle libertà di circolazione garantite dal Trattato istitutivo. Le previsioni nazionali potevano risultare tuttavia giustificabili alla luce di obiettivi pubblicistici, quale, appunto, la tutela dei livelli retributivi, la libertà di associazione sindacale e, infine, il diritto di sciopero. Si tratta, d’altro canto, di finalità indubbiamente legittime, anche perché espressamente richiamate dagli art. 26 e 28 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. La Corte era pertanto chiamata a valutare se i mezzi per raggiungere l’obiettivo sociale fossero “proporzionati” rispetto allo scopo: si tratta, in altri termini, del consueto giudizio di necessità e proporzionalità che caratterizza lo scrutinio della Corte sulle previsioni nazionali suscettibili di rendere meno appetibile l’esercizio delle libertà fondamentali⁵⁴.

I giudici di Lussemburgo utilizzarono, conseguentemente, un parametro di valutazione tipico dell’ordinamento sovranazionale (ed espressamente previsto quale principio generale dall’art. 4, par. 2, TUE), che tuttavia non viene normalmente utilizzato all’interno dei sistemi giuridici nazionali per stabilire se le modalità di esercizio del diritto di sciopero fossero o meno legittime⁵⁵. In estrema sintesi, anche un diritto sociale fondamentale, quale è appunto il diritto di associazione sindacale ed il correlato diritto di sciopero, deve essere esercitato con modalità tali da non ledere le libertà economiche previste dal Trattato: come tale esso diviene un diritto non più assoluto, ma flessibile e plasmabile alle esigenze del mercato.

Tale tendenza restrittiva, che determina inevitabilmente una compressione dei diritti sociali, non muta neppure in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In tale ambito va infatti segnalata la decisione del 15 luglio 2010, *Commissione contro Repubblica Federale di Germania* nella quale la Corte, pur riconoscendo che il diritto di negoziazione collettiva è un diritto fondamentale, ha parimenti fatto ricorso al criterio della proporzionalità per valutare la compatibilità dello stesso con le disposizioni normative

⁵² Sentenza dell’11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers’ Federation e Finnish Seamen’s Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, in *Raccolta*, p. I-10779.

⁵³ Sentenza della Corte del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, in *Raccolta*, p. I-11767, spec. punto 111.

⁵⁴ Tale valutazione è correntemente definita come *test Gebhard*, dal nome dell’omonima decisione, che viene correntemente identificata come il punto di svolta nella giurisprudenza della Corte, nel senso che con essa i Giudici di Lussemburgo passarono, in relazione al diritto di stabilimento, da una valutazione fondata sul carattere strettamente discriminatorio della singola previsione, ad un procedimento più complesso, vertente sulla natura disincentivante e sulla possibile giustificazione che lo Stato membro destinatario della prestazione era in grado di apportare a sostegno della misura restrittiva (v. Corte giust. 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, p. I-4165, punto 37. La Corte ha poi costantemente seguito tale approccio: v., in via esemplificativa, 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, in *Raccolta*, p. I-1459, punto 34; 15 gennaio 2002, in causa C-439/99, *Commissione c. Repubblica italiana*, punto 23; 30 gennaio 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*, in *Raccolta*, p. I-10195; 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, in *Raccolta*, p. I-1721).

⁵⁵ V. al riguardo le critiche di I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali: quale bilanciamento?*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, p. 35 ss.; S. SCIARRA, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, in *Industrial Law Journal*, 2010, p. 223 ss., 235; M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali*, Torino, 2014, p. 181; A. TURSI, *La giurisprudenza Uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 835 ss.

contenute nelle direttive sugli appalti pubblici. Secondo la Corte: «l'esercizio di un diritto fondamentale come il diritto di negoziazione collettiva può essere sottoposto a talune restrizioni (...). In particolare, sebbene il diritto di negoziazione collettiva goda in Germania della tutela costituzionale riconosciuta, in via generale, dall'art. 9, n. 3, della Costituzione tedesca... ciò non toglie che, ai sensi dell'art. 28 della Carta, tale diritto debba essere esercitato in conformità alle norme dell'Unione. L'esercizio del diritto fondamentale di negoziazione collettiva deve dunque essere temperato con gli obblighi scaturenti dalle libertà tutelate dal Trattato FUE – che, nella fattispecie, le direttive 92/50 e 2004/18 mirano ad attuare – e deve essere conforme al principio di proporzionalità»⁵⁶.

Sempre in tale linea di sviluppo, va infine segnalata la sentenza nel caso *Bundeskeerei*, nel quale si discuteva di una disposizione tedesca, espressamente richiamata nel bando di un appalto di servizi, che prescriveva alle imprese aggiudicatriche di corrispondere ai propri dipendenti il “salario minimo” previsto per i lavoratori del comparto dalla contrattazione collettiva. Tuttavia una disposizione siffatta può ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi se l'impresa aggiudicatrice intende eseguire il servizio tramite un subappaltatore situato in un altro Stato membro, almeno nell'ipotesi in cui il servizio oggetto dell'appalto si svolga integralmente sul territorio di tale secondo paese. Secondo la Corte, infatti: «tale normativa, imponendo, in una tale situazione, un salario minimo fisso che corrisponde a quello richiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro, ma che non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all'appalto pubblico di cui trattasi saranno effettuate e non consentirebbe, di conseguenza, ai subappaltatori stabiliti in quest'ultimo Stato membro di trarre un vantaggio concorrenziale dalle differenze esistenti tra le rispettive tariffe salariali, va oltre quanto è necessario per assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della protezione dei lavoratori»⁵⁷.

Quindi, in tutte e quattro le sentenze riportate emerge con evidenza che i diritti sociali non sono affatto considerati come diritti assoluti. Il loro esercizio deve essere temperato di volta in volta con le libertà fondamentali necessarie per l'instaurazione del mercato unico. Come è evidente, è proprio il ricorso ad un parametro di proporzionalità che finisce per sminuire il rilievo dei diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea, perché in tale giudizio comparativo sono sempre questi ultimi che devono essere temperati rispetto all'esercizio delle libertà fondamentali, le quali rivestono, al contrario, la caratura di principi fondamentali e (in linea di principio) inderogabili.

Rispetto a tale impostazione, è d'altro canto opportuno segnalare che lo stesso legislatore sembra seguire una linea di condotta scarsamente protettiva dei diritti dei lavoratori. Nel mese di luglio di quest'anno è stata infatti approvata una nuova direttiva sul distacco dei lavoratori, che, al momento della sua entrata in vigore, modificherà la direttiva

⁵⁶ Sentenza della Corte del 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, p. I-07091, punti 43-44.

⁵⁷ Sentenza della Corte del 18 settembre 2014, causa C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH contro Stadt Dortmund*, ECLI:EU:C:2014:2235, punto 34. La conclusione è ovviamente diversa nel caso in cui i lavoratori debbano prestare la propria attività esclusivamente sul territorio del paese nel quale si trova la stazione appaltante: in questo caso, una disposizione normativa che impone il rispetto di un salario minimo, risulta infatti giustificabile ai sensi dell'art. 3, della direttiva 96/71, sul distacco transnazionale dei lavoratori (v. la sentenza della Corte del 17 novembre 2015, causa C-115/14, *Regiopost*, ECLI:EU:C:2015:760, punto 66).

96/71, che da lungo tempo costituisce il quadro di riferimento della materia⁵⁸. Il nuovo testo, conferma l'impostazione originaria, secondo cui è possibile anche operare un distacco dei lavoratori tramite l'intervento di agenzie temporanee di impiego. Nel lasso di tempo intercorso tra i due testi normativi, è stata tuttavia adottata la direttiva 2008/104 sul lavoro tramite agenzie interinali⁵⁹, la quale consente di introdurre deroghe a diversi principi cardini del distacco, ivi incluso quello della parità retributiva⁶⁰.

In questo contesto, non è neppure necessario aggiudicare gli appalti direttamente (o indirettamente, tramite il meccanismo del subappalto) ad imprese situate nei paesi nei quali il costo del lavoro è inferiore rispetto a quelle stabilite sul territorio dei paesi fondatori dell'Unione. È infatti sufficiente, per le imprese situate nei paesi più avvantaggiati dal punto di vista economico, rivolgersi ad agenzie temporanee di impiego situate nei paesi dell'Europa dell'Est, per abbassare notevolmente il costo di produzione di un bene o di fornitura di un servizio. Tanto più che i lavoratori distaccati continueranno ad essere iscritti al sistema di sicurezza sociale dello Stato membro di provenienza, con conseguente riduzione delle spese contributive ed assicurative. A questo punto è evidente che il diritto sociale europeo non può, almeno allo stato, produrre un effettivo incremento nei diritti sociali dei lavoratori: al contrario, il meccanismo del distacco dei lavoratori determinerà, per effetto della concorrenza tra lavoratori residenti nel paese di esecuzione della prestazione ed agenzie temporanee di impiego, un ulteriore peggioramento dei sistemi retributivi e di sicurezza sociale anche nei paesi maggiormente avvantaggiati dal punto di vista economico⁶¹.

Conclusivamente, nonostante le modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, è agevole constatare che uno dei principi ispiratori dell'ordoliberalismo, che era chiaramente orientato verso l'attenzione per i diritti individuali (tanto è vero che ammetteva l'intervento dello Stato per correggere la compressione dei diritti sociali dei lavoratori dovuta alle forze prevalenti nel mercato), non sembra essere adeguatamente perseguito nel diritto dell'Unione europea. D'altro canto, la circostanza che, in almeno due delle ipotesi sopra considerate nell'ambito dell'analisi giurisprudenziale, si discuta di previsioni normative dell'ordinamento tedesco, quindi di previsioni emanate dal legislatore nella patria dell'economia sociale di mercato, rende forse finanche più evidente il contrasto: perché in tutte le ipotesi esaminate dalla Corte, nel bilanciamento tra l'esercizio delle libertà economiche e la tutela dei diritti sociali, il Giudice europeo tende costantemente a sacrificare i secondi a favore delle prime, anche a scapito del regolare funzionamento dei sistemi di assicurazione sociale.

6. Conclusioni.

Come si è visto nel corso di questo lavoro, taluni dei principi ispiratori originali della c.d. economia sociale di mercato sono, almeno in parte, stati superati nella prassi.

⁵⁸ Direttiva (UE) 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 giugno 2018, recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 173, 9.7.2018, p. 16–24.

⁵⁹ Direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, in GU L 327, 5.12.2008, p. 9–14.

⁶⁰ V. art. 5, par. 2, Direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, in GU L 327, 5.12.2008, p. 9–14.

⁶¹ Perviene parimenti a conclusioni negative sull'evoluzione del diritto sociale europeo S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict: European Social Law in Crisis*, Cambridge, 2018.

Questo ovviamente non significa che la Costituzione economica europea non sia pur sempre caratterizzata da taluni elementi che servono a distinguerla dal sistema statunitense che è al contrario improntato ad un capitalismo liberale, strutturato sulla base della formazione di vasti monopoli e da un'accentuata tutela del consumatore, piuttosto che dall'attenzione verso i lavoratori.

L'evoluzione posta in luce dimostra tuttavia che vi è stata una trasformazione del concetto dell'economia sociale di mercato ed un suo adattamento alle esigenze di un mondo nel quale l'interrelazione dei sistemi economici è talmente accentuata da non consentire ad un unico attore (che nell'ordoliberalismo era lo Stato) di stabilire regole certe, formalmente immutabili e suscettibili di applicazione generalizzata in una serie eterogenea di ipotesi.

Il bilanciamento in corso nel sistema sovranazionale tra i principi economici elaborati dall'ordoliberalismo (che erano chiaramente ispirati ad un equilibrio tra libertà individuale e tutela delle categorie meno avvantaggiate) e le esigenze del mercato ha sovente determinato una compressione dei primi ed una progressiva espansione delle forze operanti sul secondo. Questo assetto ha provocato una maggiore elasticità delle disposizioni normative ed un progressivo adattamento delle disposizioni scritte alle sopravvenute esigenze dell'economia ed in particolare alle mutazioni subite dal funzionamento del sistema economico eminentemente caratterizzato da rendite capitalistiche.

In altri termini, l'impostazione ordoliberale era stata concepita con riferimento ad un sistema diretto alla produzione di beni e servizi⁶². Detti principi non sembrano, tuttavia, più rispondere alle esigenze di sistemi economici nei quali il capitale e gli investimenti ad esso correlati hanno assunto una parte preponderante.

Se tutto ciò è esatto, è giocoforza affermare che l'impostazione tradizionale che caratterizzava il Trattato CEE e che era caratterizzata da una prevalenza delle libertà economiche su quelle sociali, nonostante le modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona e pure a fronte della chiara enunciazione contenuta nell'art. 3, par. 3, TFUE, sia in realtà immutato o, forse, ulteriormente peggiorato.

L'espressione contenuta in tale disposizione («economia sociale di mercato fortemente competitiva») si limita verosimilmente a codificare quanto è già avvenuto nella prassi, nel senso che consente di fatto di legittimare, sul piano giurisprudenziale e normativo, deroghe ai diritti sociali a favore di un sistema economico sempre meno soggetto ad un controllo pubblico e sempre meno diretto alla valorizzazione della forza lavorativa, intesa quale elemento indispensabile nella produzione di ricchezza.

⁶² V., in questo senso, la celebre definizione di Adenauer (riportata da F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, cit., p. 48): "L'economia sociale di mercato è la costituzione socialmente intesa dell'economia industriale" (corsivo aggiunto).