



# Moneta e Credito

vol. 72 n. 288 (dicembre 2019)

Numero speciale su ordoliberalismo, economia e diritto

## Sulla nozione di libertà economica

MARIO LIBERTINI

*Il lavoro riflette sulla possibilità di costruire una nozione sufficientemente determinata di libertà economica. Il problema del potere imprenditoriale pervade tutta l'economia di mercato. È riduttivo pensare che le libertà democratiche possano essere minacciate solo dal potere di fatto delle imprese giganti. Contro il rischio che poteri economici, concentrati o coalizzati, deformino la democrazia politica rimane attuale un tema centrale dell'insegnamento ordoliberale: la necessità di costruire un ordine politico in cui i poteri pubblici siano forti e indipendenti dal condizionamento di interessi privati. È in questa direzione che oggi dovrebbe soprattutto valorizzarsi l'eredità ordoliberale.*

### On the notion of economic liberty

*The article discusses the possibility to develop a sufficiently determined concept of economic liberty. Firms' political power is a pervading problem for market economies, and it is simplistic to focus on larger firms' market power only. It is still relevant to consider an Ordoliberal principle against the risk that economic powers, whether concentrated or syndicated, may deform political democracy. There needs to be strong public powers autonomous from private interests. In this sense the Ordoliberal tradition should be treasured.*

Sapienza Università di Roma,  
email: [mllibertini@liblex.it](mailto:mllibertini@liblex.it)

### Per citare l'articolo:

Libertini M. (2019), "Sulla nozione di libertà economica", *Moneta e Credito*, 72 (288): 301-325.

DOI: [https://doi.org/10.13133/2037-3651\\_72.288\\_1](https://doi.org/10.13133/2037-3651_72.288_1)

### JEL codes:

K21, L44, H11

### Keywords:

liberty, Ordoliberalism, antitrust

### Homepage della rivista:

<http://www.monetaecredito.info>

## 1. Premessa

Con queste note si intende svolgere una riflessione sulla possibilità (o meno) di costruire una nozione sufficientemente determinata di "libertà economica", atta ad essere utilizzata come enunciato significativo a livello giuridico-costituzionale o, più in generale, nei discorsi di *policy* riguardanti la disciplina dei mercati e della concorrenza.

Questa esigenza di riflessione nasce da una duplice considerazione:

- (i) la locuzione "libertà economica" è frequentemente usata nei discorsi dei giuristi;
- (ii) nelle discussioni, sempre vive, sulle finalità della disciplina della concorrenza fra imprese, sono frequenti le posizioni che pongono al vertice del sistema la difesa della "libertà" *tout court* (talora specificata come "libertà di concorrenza", ma anche come "libertà economica"), secondo il modello ideale tipico della difesa dei diritti di libertà della persona umana.



## 2. L'uso corrente di "libertà economica" come sinonimo di "libertà d'impresa"

Per quanto riguarda il primo profilo, può osservarsi, consultando la più diffusa banca dati giuridica italiana, che la locuzione "libertà economica" è impiegata in 579 documenti giurisprudenziali e in 213 documenti dottrinali.

In giurisprudenza, e così pure in dottrina, il significato dell'espressione, il più delle volte, equivale a quello di "*libertà di iniziativa economica*", cioè *facoltà di avvio o di svolgimento di attività imprenditoriali*: una situazione comprendente tanto la scelta iniziale di entrata in un mercato da parte di un'impresa, quanto le singole modalità in cui l'attività d'impresa si realizza.

Questa accezione può cogliersi nella frase, ricorrente in moltissimi documenti giurisprudenziali, per cui la tutela della "libertà economica" è riconosciuta dall'ordinamento ma non ha valore assoluto: deve piuttosto confrontarsi con il legittimo esercizio di poteri pubblici, costituzionalmente riconosciuti (come, ad es., la potestà di pianificazione urbanistica dei Comuni).<sup>1</sup>

L'identificazione concettuale fra "libertà economica" e "libertà di iniziativa economica" (o "libertà d'impresa") ha un peso sistematico rilevante, nella tradizione giuridica italiana: così, l'inquadramento di una certa fattispecie (ad es. un messaggio pubblicitario) fra i mezzi di esercizio dell'attività d'impresa è considerato assorbente rispetto ad altri possibili inquadramenti costituzionali; la conseguenza di ciò è che, essendo la libertà di iniziativa economica, nell'art. 41 Cost., una sorta di libertà vigilata, che può essere vincolata da programmi e controlli statali, si accresce la possibilità di limitazione o regolazione pubblica della comunicazione commerciale<sup>2</sup> (ciò che non sarebbe legittimo se la stessa fosse considerata una manifestazione della libertà di espressione).

Nella prospettiva delineata (libertà economica come diritto di libertà avente ad oggetto l'esercizio di attività d'impresa), si riconosce poi correntemente (oggi) che l'entrata nel mercato, in situazioni che richiedono un'autorizzazione amministrativa, non possa essere negata per tutelare la posizione di mercato di soggetti già autorizzati, ma solo in presenza di oggettivi interessi pubblici (salute, sicurezza ecc.).<sup>3</sup> Così pure, è considerata illegittima la previsione di requisiti tecnici sproporzionati rispetto alle caratteristiche dell'attività da svolgere.<sup>4</sup> Quanto alle modalità di svolgimento dell'attività d'impresa, i giudici poi provvedono a bilanciare, con criteri di ragionevolezza, la "libertà economica" e i suoi "limiti".<sup>5</sup> Lo stesso

<sup>1</sup> Vedi, ad es., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 20 marzo 2019, n. 1831.

<sup>2</sup> Vedi, ad es., Giurì di Autodisciplina pubblicitaria, 14 novembre 2003, n. 191, in *Diritto industriale*, 2004, 187; e vedi Corte cost., 17 ottobre 1985, n. 231, § 8. È noto che, nella tradizione giuridica statunitense, prevale l'orientamento opposto, sicché la comunicazione pubblicitaria viene inquadrata tra le modalità di libera espressione del pensiero e come tale costituzionalmente protetta.

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2009, n. 5195, con riferimento a servizi di vigilanza privata (ultima di un filone giurisprudenziale che è stato, per alcuni anni, vivacissimo); Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6060, in relazione ad un regolamento comunale che imponeva limiti minimi di distanza a favore delle edicole già esistenti.

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007, n. 1323.

<sup>5</sup> Vedi, ad es., Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5154: "L'obbligo di utilizzare, nell'esercizio del servizio di NCC, esclusivamente una rimessa ubicata all'interno del territorio del Comune che rilascia l'autorizzazione, non viola i principi di libertà economica e di concorrenza. Ciò risponde all'esigenza di assicurare che il detto servizio sia svolto, almeno tendenzialmente, a favore della comunità locale di cui il Comune è ente esponenziale". Oppure T.A.R. Toscana – Firenze, sez. III, 21 marzo 2016, n. 520: "deve ritenersi illegittimo il regolamento delle insegne di un Comune che consenta alle sole farmacie e non anche alle parafarmacie la facoltà di esporre insegna a bandiera con la croce conformi alle tipologie tipiche".

avviene, a maggior ragione, nella giurisprudenza costituzionale in materia.<sup>6</sup> In questa prospettiva si pone, tradizionalmente, l'assunto per cui la regolazione amministrativa dei prezzi deve salvaguardare un margine di equo profitto per l'impresa regolata, perché altrimenti si avrebbe "il pratico svuotamento del principio di libertà economica privata".<sup>7</sup>

Sul piano giuridico è poi diffusa la convinzione che le norme "limitative della libertà economica" abbiano carattere di eccezionalità e non siano quindi applicabili analogicamente a situazioni non espressamente previste dalla legge.<sup>8</sup> Coerentemente, si riconosce tradizionalmente l'esistenza di una riserva di legge (anche se relativa e non assoluta) in ordine agli interventi di pubbliche amministrazioni incidenti su clausole di contratti d'impresa.<sup>9</sup> Sul piano del diritto privato, si afferma poi che "i patti eccessivamente limitativi della libertà economica individuale sono nulli perché in contrasto con i principi di ordine pubblico economico"<sup>10</sup> e che i comportamenti colpevoli, lesivi della libertà economica altrui, danno luogo all'obbligo di risarcimento del danno.<sup>11</sup>

D'altra parte, si riconosce che gli atti di esercizio della libertà economica dell'imprenditore siano giuridicamente tutelati come tali, anche quando comportano il sacrificio di interessi altrui. Così la giurisprudenza riconosce correntemente la legittimità dei licenziamenti per riduzione del personale anche da parte di imprese non in crisi, quando l'operazione sia giustificata da ragioni di riassetto organizzativo dell'azienda, volte ad aumentarne la produttività.<sup>12</sup>

### 3. Un esempio di cortocircuito interpretativo: l'art. 2557 c.c.

In questa prima, e più diffusa, accezione, "libertà economica" è dunque sinonimo di "libertà d'impresa" e, al contempo, è concepita come una libertà individuale, come tale soggetta a protezione costituzionale ma anche a bilanciamento con altri principi costituzionalmente rilevanti.

Nella esperienza giurisprudenziale italiana si sono anche verificati episodi che hanno segnalato il possibile cortocircuito creato dalla identificazione tra "libertà economica" e "libertà d'impresa": mi riferisco al problema dell'applicazione analogica dell'art. 2557 c.c., che impone all'imprenditore che aliena un'azienda di non fare concorrenza, per un certo periodo, all'azienda ceduta. Per lungo tempo questa norma fu considerata eccezionale perché limitativa

<sup>6</sup> Cfr., ad es., Corte cost., 7 luglio 2006, n. 279, che giudica compatibile con "il principio di libertà economica" la regolazione dei prezzi dei farmaci.

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 1998, n. 80.

<sup>8</sup> Cfr. T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, sez. I, 12 agosto 2016, n. 777, in tema di cause di esclusione dalle pubbliche gare. Analogamente Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3213.

<sup>9</sup> Cass. civ., sez. I, 30 luglio 2009, n. 17746: "L'inserzione automatica di clausole, prevista dall'art. 1339 c.c., costituisce una restrizione significativa del diritto di libertà economica, consacrato dall'art. 41 Cost. di cui è espressione l'autonomia privata, e deve quindi trovare il suo fondamento in una legge formale o in un altro atto avente valore di legge in senso sostanziale o da esso richiamato tramite rinvio integrativo" (da qui l'illegittimità di un decreto prefettizio di determinazione delle tariffe dei servizi di vigilanza privata, non coperto dalla riserva di legge).

<sup>10</sup> T.A.R. Puglia – Lecce, sez. III, 15 gennaio 2014, n. 110 (con riferimento ad una clausola di esclusiva contenuta in un accordo sostitutivo di provvedimento tra un privato e un Comune). Il giudice amministrativo individua i principi di ordine pubblico economico richiamati nelle disposizioni degli artt. 41 e 117, comma 2, lett. e, Cost., e nell'art. 2, l. 287/1990.

<sup>11</sup> Cfr. T.A.R. Puglia – Lecce, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 190: "la certezza e il rispetto dei tempi dell'azione amministrativa costituiscono un autonomo bene della vita, sul quale il privato, tanto più se operatore economico, deve poter fare ragionevole affidamento al fine di autodeterminarsi ed orientare la propria libertà economica".

<sup>12</sup> Cass. civ., sez. lav., 17 novembre 2010, n. 23222; Cass. civ., sez. lav., 18 luglio 2019, n. 19302.

della libertà economica dell'imprenditore cedente. Ad un certo punto la giurisprudenza maturò, ragionevolmente, l'idea che il divieto (temporaneo) di concorrenza fosse coerente con un modello di buon funzionamento del mercato e quindi che la norma non avesse carattere di eccezionalità, ma ne fosse giustificata l'applicazione analogica nei confronti dell'alienante non di un'azienda, bensì di un pacchetto di controllo di una società che gestiva l'azienda. Nel motivare questo giusto *revirement*, la Cassazione afferma che "L'art. 2557 c.c. esprime un principio generale di libertà economica che si traduce, normalmente, nell'esigenza che il diritto del singolo di intraprendere un'attività economica mediante l'azienda acquistata non sia frustrato dal comportamento dell'alienante contraddittorio con tale diritto".<sup>13</sup>

È evidente che, rispetto al problema di cui si tratta, si pone un conflitto di interessi fra cedente e cessionario, che l'orientamento giurisprudenziale attuale risolve favorendo la conservazione dell'avviamento dell'impresa ceduta e, con esso, l'esistenza di un vivace mercato del controllo sulle imprese. Questo risultato viene raggiunto limitando la libertà di iniziativa economica del cedente, in quanto essa possa esercitarsi con effetto di sviamento della clientela dell'azienda ceduta. Merita attenzione il fatto che le due contrapposte soluzioni siano state entrambe argomentate facendo capo ad un "principio generale di libertà economica", mentre la vera *ratio* della soluzione sta in una certa idea di buon funzionamento dei mercati e poco ha a che fare con la problematica tipica delle libertà individuali e dei loro limiti.

#### **4. Una seconda accezione di libertà economica: libertà di adottare singole decisioni economiche nella sfera individuale**

Negli usi giurisprudenziali, l'espressione "libertà economica" è talora usata in un senso più lato, come *libertà di adottare decisioni economiche*, quindi in un'accezione analoga a quella dell'espressione "libertà contrattuale"; espressione, questa, a sua volta largamente impiegata nel linguaggio giuridico tradizionale, e riguardante gli atti, anche occasionali, comportanti la disposizione di beni propri da parte di un privato o l'assunzione di obblighi giuridicamente vincolanti.<sup>14</sup>

Merita attenzione il fatto che questo significato non è visto come accezione diversa rispetto a "libertà d'impresa", ma piuttosto come un naturale sviluppo della nozione: così si costruisce concettualmente una situazione indistinta omogenea, i cui riferimenti normativi possono essere indicati, parallelamente, nelle norme costituzionali di tutela della libertà di iniziativa economica e in quelle codicistiche di riconoscimento della libertà contrattuale.<sup>15</sup>

#### **5. Una terza accezione: libertà di scelta del consumatore**

---

<sup>13</sup> Cass.civ., sez. I, 24 luglio 2000, n. 9682.

<sup>14</sup> Vedi, ad es., Trib. Palmi, 5 marzo 2018, in *Pluris – Wolters Kluwer*: "in forza del principio (anche costituzionale) della libertà economica, di cui agli artt. 41 Cost. e 1321, 1322 e 1372 c.c., le parti di un rapporto di locazione possono risolvere il rapporto consensualmente" (che riprende, anche testualmente, le decisioni di Cass. civ., sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2530 e 10 ottobre 2003, n. 15170). Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 27 novembre 2012, n. 1045: "Le norme che limitano temporalmente l'irrevocabilità dell'offerta tutelano la libertà economica dell'offerente", il quale rimane pertanto libero di avvalersi o meno del termine di legge.

<sup>15</sup> Vedi le sentenze citate alla nota precedente.

Infine, una terza accezione del termine si trova, più di recente, nell'espressione "libertà economica del consumatore", vista come bene giuridicamente tutelato dalla disciplina di divieto delle pratiche commerciali scorrette.<sup>16</sup> Anche la giurisprudenza civile parla di lesione "dei diritti di libertà economica" del consumatore, come fonte di diritto al risarcimento del danno a favore di costui.<sup>17</sup>

Questa accezione può essere vista, in certo senso, come semplice specificazione della precedente (libertà del consumatore come espressione della libertà contrattuale di quest'ultimo). Ma in realtà, nell'uso di questa nozione, si inserisce un profilo di protezione di una sorta di *status* socioeconomico, qual è appunto quello di consumatore finale, che non può semplicemente assimilarsi alla libertà contrattuale del privato che dispone di parte del proprio patrimonio, ma implicitamente richiama il ruolo del consumatore come "sovrano del mercato".

## **6. La costruzione di "indici di libertà economica". La libertà economica come disponibilità di un ambiente favorevole agli investimenti privati**

In conclusione, l'uso linguistico corrente di "libertà economica" tende ad accomunare in un unico bene giuridico la libertà d'impresa e l'esercizio di decisioni economiche non imprenditoriali. Sotto ambedue i profili si riconosce l'esistenza di una tutela giuridica di rango costituzionale, anche se non assoluta e piuttosto necessitante un bilanciamento con altri valori costituzionali, tutelati dall'ordinamento.

Su questa base concettuale (una indistinta libertà economica, che può essere limitata in modo più o meno incisivo dalla legislazione e dalla regolazione pubblica), si collocano alcune elaborazioni, di matrice americana ma importate anche in Italia (ad es. dall'Istituto Bruno Leoni), che intendono misurare l'*Index of economic freedom*.<sup>18</sup> L'impostazione concettuale che ne sta alla base è quella per cui la libertà economica coincide con la libertà di investimento e di impresa, ma è anche vista come una sorta di libertà naturale dell'individuo, il cui sviluppo è, positivamente o negativamente, condizionato dall'ordine politico complessivo in cui tale libertà si esplica. La nozione di base è quella di una libertà negativa, nel senso di assenza di vincoli pubblicistici all'esercizio di detta libertà (*laissez faire*). Un affinamento concettuale importante è però costituito dal fatto che, nella dialettica tra libertà economica e potere pubblico, quest'ultimo appare determinante non solo per la quantità di divieti e vincoli che può imporre, ma anche per la capacità di creare un ambiente sociale e giuridico favorevole agli investimenti privati e allo sviluppo delle imprese (ad es. sotto il profilo della sicurezza personale e patrimoniale, della tutela sostanziale e processuale dei diritti di proprietà, del peso

<sup>16</sup> Vedi, ad es., T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 11 giugno 2009, n. 5570.

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Genova, 24 novembre 2006, in *La responsabilità civile*, 2007, 279, con riferimento all'attivazione di servizi telematici non richiesti.

<sup>18</sup> Vedi soprattutto The Heritage Foundation (2019). In base a quest'ultima classifica, i 10 Stati dotati di maggiore libertà economica sono, nell'ordine, Hong Kong, Singapore, Nuova Zelanda, Svizzera, Australia, Irlanda, Regno Unito, Canada, Emirati Arabi Uniti e Taiwan. In coda, tra il 171° e il 180° posto, troviamo Algeria, Timor Est, Bolivia, Guinea equatoriale, Zimbabwe, Congo, Eritrea, Cuba, Venezuela e Corea del Nord. In questa classifica l'Italia è collocata all'80° posto.

Una classifica simile è preparata dal Fraser Institute (2018). La differenza saliente è che questa classifica riporta fra i primi 10 Stati gli USA (ma anche Georgia e Mauritius) e in coda pone il Venezuela. In questa classifica l'Italia è collocata al 54° posto.

fiscale ecc.).<sup>19</sup> In altri termini, la libertà economica è letta non solo come libertà negativa (“libertà da...”), ma anche come libertà positiva (“libertà di...”).

Ciò non toglie che la linea di pensiero sottostante alle elaborazioni di cui si tratta legga, comunque, il sistema economico sulla base di uno schema tradizionale che pone a confronto la libertà economica individuale, da un lato, e il potere pubblico dall’altro.<sup>20</sup> In questa prospettiva, il messaggio dominante rimane quello del *laissez faire*, sì che la stessa legislazione antitrust viene talora vista come un intervento pubblicistico limitativo della libertà economica e come tale meritevole di contenimento o di eliminazione.<sup>21</sup>

In questa prospettiva, la “libertà economica” è sostanzialmente definita mediante la misura della attrattività che un certo sistema politico-sociale offre agli investimenti imprenditoriali e allo sviluppo delle imprese in genere (fattori come la concorrenzialità effettiva dei mercati o la libertà di scelta del consumatore non entrano in gioco, nella misurazione dell’indice).

Il concetto così delineato può essere significativo e utile, anche se discutibile sul piano teorico è l’identificazione tra la libertà economica e la libertà d’impresa, con l’implicita riduzione alla marginalità di altri profili (come anche la libertà di scelta del consumatore). Infatti l’indice, anche se orientato esclusivamente alla misura della attrattività per gli investimenti imprenditoriali (e migliorabile nella scelta e nell’utilizzazione degli indicatori), ha una sua utilità. Così rimane interessante constatare che, malgrado le tante leggi di liberalizzazione e l’esistenza di una politica antitrust nazionale piuttosto incisiva, nella classifica di cui si tratta l’Italia sia oggi collocata all’80° posto (su 180 paesi censiti), per via delle carenze riscontrate nell’eccessivo debito pubblico, nel carico fiscale, nell’efficienza amministrativa e giudiziaria, ecc.

Sotto questo profilo, può dirsi che è teoricamente più arretrata l’impostazione seguita dal legislatore italiano nelle diverse leggi di “liberalizzazione” emanate dal 2006 al 2012, idealmente culminate nella previsione di una legge obbligatoria annuale di promozione della concorrenza (l. 23 luglio 2009, n. 99), di cui peraltro si è avuta una sola, e molto discutibile,<sup>22</sup> applicazione con la l. 4 agosto 2017, n. 124. Lo schema teorico presupposto (ma non espressamente dichiarato) è infatti quello liberistico puro, nel quale la libertà economica naturale appare soltanto comprimibile da parte di poteri pubblici volti a introdurre vincoli e limiti. Sono stati così trascurati gli altri fattori limitanti la libertà d’impresa in senso lato e non si è realizzato l’auspicato contributo alla crescita economica del paese.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Nella letteratura economica vi sono state proposte di affinamento teorico della nozione di libertà economica. Vedi, ad es., Kapás e Czeglédi (2007). Questi autori si rifanno alla teoria della libertà di Hayek, come autodeterminazione individuale nel rispetto della *Rule of Law*, e distinguono regole statali favorevoli e regole contrarie alla libertà economica, così intesa. Il concetto di libertà economica è quello di libertà per l’individuo di esprimere le proprie potenzialità produttive, svolgendo propri piani e acquisendo ricchezza in modo legale.

<sup>20</sup> Questo schema concettuale conserva comunque importanza e validità, come strumento di valutazione della bontà ed efficacia delle politiche pubbliche di intervento sui mercati. Vedi, ad es., l’accurato lavoro di Roberti e Peregò (2016).

<sup>21</sup> Cfr. i saggi raccolti in Mingardi (2004).

<sup>22</sup> La legge citata, più che liberalizzare, ha inciso sulla regolazione amministrativa di numerose materie, spesso rendendola ancora più pervasiva di quella precedente.

<sup>23</sup> Scrive Fonderico (2012, p. 22): “di liberalizzazione in liberalizzazione il legislatore ha prodotto un complesso di norme a sua volta sempre più intricato. L’interpretazione di tali norme ha occupato e occuperà molto gli studiosi e gli operatori del diritto ma, almeno sino ad ora, non ha fatto crescere la posizione del nostro ordinamento nelle diverse classifiche internazionali sulle libertà economiche”.

## 7. La libertà economica come assenza di soggezione a poteri pubblici e privati. L'eredità ordoliberalale

Rispetto allo schema concettuale fin qui delineato, l'insegnamento ordoliberalale ha comportato una integrazione significativa (anche se non del tutto originale): il rilievo che la libertà economica può essere limitata non solo dal potere pubblico, con l'introduzione di barriere all'entrata e di regolazioni di vario tipo, ma anche dall'esistenza di *poteri di fatto*, costituiti da cartelli o da monopoli o oligopoli, che impediscono l'accesso al mercato di nuovi operatori o "disciplinano" l'attività di quelli esistenti, scoraggiando iniziative che potrebbero comportare l'alterazione di equilibri di mercato raggiunti. Il riconoscimento della libertà di commercio non garantisce l'affermarsi di una effettiva e generale libertà economica.

Questo insegnamento porta non solo a perorare una rigorosa politica pubblica antitrust – in pieno contrasto con gli orientamenti *libertarian* a cui si accennava prima, nel § 6 – ma anche a configurare la politica di tutela della concorrenza soprattutto come una politica di tutela della "libertà economica", a fronte dei pericoli di irrigidimento che nascono anche dall'evoluzione spontanea dei mercati.

La "libertà economica" assume, in tale contesto, un significato nuovo, che può essere colto solo a livello di analisi complessiva del sistema: ciò che conta non è la libertà giuridica formale dell'individuo di fare scelte economiche, bensì la possibilità effettiva di attuare nuove iniziative economiche, vista in una prospettiva che potremmo dire "macro", cioè di funzionamento complessivo dell'economia di mercato. Monopoli di fatto e oligopoli ristretti appaiono perciò incompatibili con l'ideale di piena concorrenzialità del mercato (è noto che la *volle Wettbewerb* degli ordoliberali di prima generazione non era dissimile dalla concorrenza perfetta della microeconomia neoclassica).

Questa concezione originaria è stata progressivamente superata e oggi, anche tra studiosi che intendono tenere viva l'eredità ordoliberalale, si ritiene che antidoto necessario e sufficiente ai poteri economici di fatto sia la permanenza di una effettiva libertà di scelta dei consumatori finali e, quindi, di una *competition on the merits* fra imprese (cfr. Behrens, 2015);<sup>24</sup> ove ciò manchi, l'economia di mercato non si legittima più come tale e si rende necessaria una nuova regolazione pubblicistica dei mercati, pur con tutti i problemi e con tutti i rischi di errori che ciò comporta (è questo il dramma attuale delle politiche economiche pubbliche a fronte dello strapotere dei "giganti del web").

Malgrado questa evoluzione, l'eredità ordoliberalale è rimasta nell'idea, diffusa soprattutto in Germania, per cui la tutela della concorrenza corrisponde alla tutela della libertà di decisione effettiva di tutti i soggetti economici.

Questa idea ha permeato anche la giurisprudenza europea, ove può leggersi la locuzione "libertà economica" in un significato diverso da quelli finora visti, e cioè un significato che attribuisce al termine "libertà" un valore sistemico (cioè un obiettivo di massimizzazione della quantità di decisioni economiche libere consentite dal sistema nel suo complesso).<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> In questo filone di pensiero mi permetto di collocare anche le opinioni da me espresse in materia: cfr. Libertini, 2017; 2018a.

<sup>25</sup> Così, in una sentenza celebre, si legge: "In materia di autorizzazione alle concentrazioni economiche si impone un'analisi prospettica particolarmente complessa, in quanto si tratta di verificare in che termini un'operazione potrebbe – in futuro – modificare i fattori che determinano lo stato della concorrenza in un particolare mercato

## 8. La concezione del diritto della concorrenza come strumento di tutela della libertà economica

Questa accezione sistemica di libertà economica ha fatto presa su molti giuristi, che, hanno posto tale concetto a fondamento del diritto dell'economia e del diritto della concorrenza in particolare, con ciò contrapponendosi all'idea – da tempo dominante negli Stati Uniti, ma anche affermata nei documenti ufficiali della Commissione Europea – che pone come scopo del diritto antitrust soltanto l'efficienza economica e il benessere del consumatore.

Questa idea è professata da una forte corrente della dottrina giuridica tedesca (vedi, ad es., Müller, 2014), per cui la libertà di concorrere *in sé* costituisce il fondamento normativo del diritto antitrust, mentre l'efficienza dei mercati costituirebbe solo una conseguenza positiva della concorrenza stessa.

Questa concezione del diritto della concorrenza come strumento di tutela della libertà economica, certamente radicata nella tradizione,<sup>26</sup> ha trovato diversi consensi recenti anche in Italia. Si sono così ripresentate autorevolmente opinioni che attribuiscono un valore al pluralismo imprenditoriale in quanto tale<sup>27</sup> e altre che considerano negativamente, come un fenomeno da combattere perché lesivo della libertà economica altrui, le imprese giganti in quanto tali (Mannoni e Stazi, 2018).

Dico subito che questa linea di pensiero presenta, a mio avviso, un difetto di fondo: da un lato utilizza lo schema concettuale dei diritti di libertà individuali, dall'altro quel concetto "sistemico" di libertà economica, che si è prima cercato di illustrare, rendendo così nebuloso l'assunto relativo alla tutela della libertà economica. Si faccia l'esempio del "pluralismo economico": se questo viene considerato come il riflesso della tutela di diritti di libertà individuali, la conseguenza paradossale è che ciascuna iniziativa imprenditoriale dovrebbe essere protetta in quanto tale (ciò che comporterebbe la negazione totale dell'economia di mercato; e infatti nessuno propone soluzioni di questo tipo); se invece il pluralismo imprenditoriale è visto come un valore a livello sistemico, ciò comporta la necessità di selezionare iniziative imprenditoriali che meritano di essere protette a salvaguardia del pluralismo e altre che è giusto lasciare ai meccanismi selettivi del mercato concorrenziale. Ma questa selezione potrebbe essere frutto solo di scelte discrezionali, del tipo di quelle che le autorità antitrust correntemente fanno quando devono autorizzare operazioni di concentrazione, ma che poco hanno a che vedere con l'idea di un diritto della concorrenza formato da regole generali poste a tutela della libertà economica.

A questi difetti non si sottrae, a mio avviso, neanche una versione particolarmente meditata, e culturalmente avveduta, di questa linea di pensiero, recentemente esposta da un

---

nonché di valutare se a ciò conseguirebbe un significativo ostacolo alla libertà economica" (Corte Giust. CE, 15 febbraio 2005, C-12/03 P, *Tetra Laval*). È evidente che qui il termine "libertà economica" non è inteso nel senso individualistico, che è sempre presente nei documenti giurisprudenziali italiani, ma in un'accezione volta a misurare lo "stato della concorrenza", cioè il grado di concorrenza effettiva presente in un certo sistema economico. Se così si vuol dire, la Corte adopera implicitamente il concetto di libertà positiva.

<sup>26</sup> Si pensi alla definizione dello Sherman Act come "charter of economic liberty". Vedi Nachbar (2013) e Manetti (2019, p. 53: "secondo l'impostazione tradizionale [...] la tutela della concorrenza mira ad impedire la formazione di soggetti economici talmente potenti da condizionare l'esercizio delle libertà e il funzionamento della democrazia").

<sup>27</sup> Amato, (2019, pp. 27 ss., ove anche la difesa, in chiave personalistica, dei piccoli esercizi commerciali di vicinato rispetto ai grandi centri commerciali).



autorevole economista (Michele Grillo, già componente dell’Autorità antitrust italiana)<sup>28</sup> e certamente meritevole di attenzione.

Secondo Grillo (2017) la storia del diritto antitrust è stata per lungo tempo caratterizzata dalla convinzione relativa ad una stretta interdipendenza fra efficienza dei mercati e libertà/autonomia del singolo. Questa interdipendenza era evidente nella concezione strutturalista, che dominò fino agli anni Settanta del secolo scorso: qui il criterio normativo fondamentale era costituito dall’esigenza che gli operatori del mercato fossero *price taker*; ciò poteva comportare la necessità di allargamento di quei mercati in cui le produzioni fossero caratterizzate da elevate economie di scala, ma lo schema concettuale rimaneva invariato e favoriva il pluralismo imprenditoriale non solo in quanto funzionale alla formazione di prezzi concorrenziali, ma anche in quanto strumento di realizzazione della libertà del singolo. Sempre secondo Grillo, l’interdipendenza non sarebbe venuta meno neanche nella versione originaria della scuola di Chicago. Questa ha preso le mosse dalla teoria dell’impresa di Coase, riconoscendo così nell’impresa una struttura gerarchica, però fondata sull’accordo volontario fra soggetti, volto a evitare in tal modo i costi transattivi che deriverebbero da una negoziazione puntuale di ciascun atto collaborativo.<sup>29</sup> Ciò consentirebbe di affermare che, anche nella prima scuola di Chicago, l’efficienza non è un valore assoluto, ma è pur sempre temperata dal riconoscimento del valore della libertà.

L’interdipendenza tra efficienza e libertà si sarebbe invece interrotta nella “sintesi post-Chicago”, oggi dominante nelle trattazioni degli economisti, anche se stenta a divenire egemone nella giurisprudenza americana (in cui domina ancora, piuttosto, la versione *Chicagoan* originaria). Grillo riconosce che la sintesi post-Chicago, valorizzando la teoria dei giochi e l’economia comportamentale, ha molto affinato l’analisi delle condotte imprenditoriali, ma ritiene che essa, al contempo, abbia assolutizzato il valore dell’efficienza, con ciò giustificando le condotte di imprese aventi potere di mercato, col solo limite che tali condotte non impediscano l’attività di imprese concorrenti altrettanto efficienti. Con ciò si trascura – secondo Grillo – una nozione che era stata ferma nell’analisi economica precedente, e cioè che “l’autonomia del singolo è *in sé* una fondamentale fonte di efficienza” (Grillo, 2017, p. 178, corsivo nel testo originale). Ciò perché – seguendo J. Stuart Mill – l’uomo, nel sistema economico, dev’essere visto non solo come consumatore, ma anche “come essere creativo, incapace di pensarsi mai pienamente compiuto” (ivi, p. 179). Da qui la conclusione per cui “solo attraverso l’attenzione alla tutela della più ampia sfera di ‘libertà eguale’ per tutti i soggetti economici che può essere colta l’intrinseca dimensione *dinamica* della concorrenza” (ivi, p. 180, corsivo nel testo originale). L’attuale propensione a dare rilievo solo all’efficienza conduce invece, secondo Grillo, a “congelare l’esistente”, facendo prevalere l’efficienza di oggi sulla possibile maggiore efficienza di domani.

---

<sup>28</sup> Grillo (2017); la tesi è stata ripresa e ulteriormente elaborata dall’autore in un volume di studi dedicati a Francesco Denozza pubblicato di recente (Grillo, 2019).

<sup>29</sup> “Nella prospettiva di Chicago [...] se [...] quando decidono di stabilire una relazione ‘gerarchica’, gli individui interagiscono in un contesto concorrenziale, la restrizione della loro autonomia, sulla quale convengono al fine di gestire in forma gerarchica il loro specifico rapporto, deve essere comunque interpretata come il risultato di una scelta che è, al contempo, libera ed efficiente” (Grillo, 2017, p. 170). È appena il caso di notare come la supposizione di una perfetta concorrenzialità nel mercato “a monte”, in cui agirebbero diversi individui, negoziando i loro ruoli di lavoratori o datori di lavoro, di impresa dipendente o dominante, di semplice investitore o di titolare del potere di gestione (è questo l’assunto di base della *nexus of contracts theory*, che ha dominato nelle dottrine statunitensi di *corporate law*) sia finzionistica. Ciò ridimensiona di molto, a mio avviso, il riconoscimento del ruolo essenziale della “libertà” nella prima scuola di Chicago.

## 9. La difficoltà di conciliare difesa del pluralismo economico e meccanismi selettivi dell'economia di mercato

La tesi esposta, molto apprezzabile per lo spessore culturale e l'idealità che la ispira, presenta, a mio avviso, due seri problemi.

Il primo è quello generale, già prima segnalato, della difficoltà di conciliare la difesa del pluralismo economico con quella dei meccanismi selettivi propri dell'economia di mercato. La difesa del pluralismo è declinata da Grillo in una versione raffinata, che tende a concentrare l'esigenza di tutela sulle potenzialità dell'impresa debole innovatrice. Rimane però il limite costituito dall'indeterminatezza del confine tra le situazioni in cui la libertà dell'impresa oggi debole merita di essere tutelata per l'apporto innovativo che essa è in grado di dare al mercato e i casi in cui tale tutela si tradurrebbe in mera protezione di un'impresa inefficiente. Nel primo caso, la tutela dell'impresa oggi meno efficiente sul piano produttivo si compensa con il contributo che tale impresa è in grado di dare all'efficienza dinamica del mercato e con la possibilità che la crescita stessa dell'impresa innovatrice porti la stessa a migliorare la propria efficienza produttiva (è questa la logica che sta alla base del riconoscimento della proprietà intellettuale). Nel secondo caso, tutto ciò non avviene.

Credo che l'analisi di Grillo segnali un problema centrale dell'economia del nostro tempo, evidenziato dal potere di mercato acquisito dai "giganti del web" nei mercati del *platform capitalism* e dall'impossibilità, per i concorrenti minori, di raggiungere i livelli di efficienza dei giganti affermati, in termini di economie di scala, effetti di rete, capacità di elaborazione di *big data*. Questa evoluzione dei mercati porta a situazioni di quasi-monopolio, in cui l'impresa gigante, attraverso le sue offerte di mercato (sostanzialmente non replicabili da parte di concorrenti nuovi entranti di piccola dimensione) e mediante operazioni di *killer acquisitions*,<sup>30</sup> diviene padrona anche dell'evoluzione tecnologica futura.

È vero che affrontare queste situazioni di mercato con gli strumenti concettuali dell'efficienza produttiva e dell'efficienza allocativa statica non ci dà una risposta soddisfacente rispetto all'esigenza di garantire uno sviluppo dinamico del mercato (meglio: uno sviluppo dinamico guidato dalle libere scelte dei consumatori e non dalle scelte di valorizzazione del capitale impegnato dalle imprese dominanti). Mi sembra però che affrontare questo problema proponendo di valorizzare lo strumento concettuale della libertà individuale dei concorrenti non sia risposta appropriata, perché la protezione indiscriminata delle piccole imprese non è

---

<sup>30</sup> L'espressione, accreditata dal saggio di Cunningham et al. (2018), descrive l'esperienza, presente non solo nel settore delle tecnologie dell'informazione ma anche in settori tradizionali (in particolare, quello farmaceutico), per cui imprese già affermate nel mercato fanno incetta di brevetti e del controllo di società start-up, loro potenziali concorrenti, decidendo poi autonomamente se investire nello sviluppo dell'innovazione acquisita per integrarla nei propri processi produttivi o piuttosto lasciarla deperire (ciò che può avvenire non soltanto per l'intrinseca minor qualità dell'innovazione di cui si tratta, ma anche perché l'eventuale sviluppo della stessa rischierebbe di frustrare gli investimenti già realizzati dall'impresa affermata nello sviluppo di prodotti alternativi, magari meno efficienti di quello che viene lasciato deperire). Ciò che dev'essere notato è che l'acquisizione da parte di una grande impresa è considerata, nella prospettiva della piccola impresa innovativa – e delle imprese di *venture capital* che spesso la supportano – come un'operazione di successo, spesso molto interessante sotto il profilo economico (anche se comportante solo un impegno microscopico per l'impresa gigante) e spesso altamente positiva anche per i destini professionali individuali delle persone che hanno lavorato sull'innovazione. Infatti, la piccola impresa innovativa non sarebbe normalmente in grado di realizzare, con mezzi propri o con collaborazioni paritarie, la fase di sviluppo e di commercializzazione di un'innovazione destinata a inserirsi in grandi mercati mondiali, per cui l'alternativa all'acquisizione da parte di una grande impresa è spesso inesistente, e si risolve nel deperimento di fatto dell'innovazione.

proponibile e perché la selezione dei concorrenti meritevoli di tutela dà luogo ad una scelta politica che deve tradursi in regolazioni asimmetriche; scelta che è possibile e, in certa misura, auspicabile, ma non può essere oggetto di regole generali sanzionatorie, come è proprio della disciplina della concorrenza.

Si manifesta così quello che, a mio avviso, è il secondo limite della tesi di Grillo (come di tutte le altre che si inseriscono in questo filone di pensiero), cioè l'assimilazione impropria fra la tutela dell'impresa in economia di mercato e la tutela della libertà di decisione individuale in materia economica.

### **10. Differenze concettuali fra libertà individuali e “libertà d'impresa”. La libertà d'impresa come discrezionalità nell'esercizio di un potere funzionale**

Alla radice dell'insoddisfazione verso proposte dottrinali come quelle considerate, che leggono la disciplina della concorrenza fra imprese nella cornice della tutela dei diritti di libertà, sta l'osservazione che la “libertà d'impresa”, di cui parla l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, non è una libertà individuale, e non può essere vista come una declinazione, fra le tante, di una indistinta “libertà economica”, ma attiene alla formazione e allo sviluppo di organizzazioni plurisoggettive, gerarchicamente ordinate, quali sono le imprese.

Ciò non significa che, in campo economico, manchino momenti di decisione che sono frutto di scelte prettamente individuali, che possono essere più o meno libere. Rispetto a tali momenti si pone un problema di tutela giuridica, più o meno intensa, della libertà individuale, anche mediante il bilanciamento con altri valori costituzionali (cercheremo di fare un'esemplificazione più avanti). Il problema della “libertà d'impresa” si pone però ad un livello differente, e cioè soltanto a valle dell'esercizio di decisioni economiche individuali (degli investitori, in primo luogo, ma anche dei lavoratori dipendenti ecc.), e riguarda l'esercizio di un'attività organizzata, che come tale non è espressione di semplice volontà individuale e tanto meno esaurisce i propri effetti in una sfera economica individuale.

Per esprimere meglio quanto detto, possiamo mettere a confronto un atto di disposizione non imprenditoriale da parte di un individuo proprietario (una donazione, una vendita, la costituzione di un *trust* familiare, ecc.), con la destinazione di un bene, da parte del proprietario, alla creazione di un'azienda (*ex art. 2555 c.c.*). In questo secondo caso l'atto di disposizione si caratterizza per l'imposizione ai beni conferiti di un vincolo di destinazione ad una certa attività produttiva, che dovrà essere rispettato anche dal soggetto disponente. Mentre, per l'individuo proprietario, si ritiene che sia esercizio di libertà personale anche dilapidare i propri beni, per l'imprenditore che dilapidi i beni aziendali è previsto il reato di bancarotta, oltre alle azioni di responsabilità civile dei diversi *stakeholders* danneggiati.

La peculiarità del caso si presenta ancor più netta se si considera il conferimento di un bene in società (per semplificare: in una società di capitali). Anche in questo caso saremo di fronte ad un atto individuale di disposizione della proprietà e a tale atto si applicherà una disciplina di base, comune a tutte le figure ipotizzate: l'ordinamento si preoccupa della libertà del volere del disponente (che la stessa non sia viziata da violenza o dolo altrui, ecc.) e anche del fatto che il bene sia sottratto alla garanzia patrimoniale dei creditori del disponente (tutti gli atti menzionati sono passibili di azione revocatoria, qualora siano posti in essere con l'intento di sottrarre beni patrimoniali ai creditori). In alcuni casi (così nel *trust*, ma anche, in

certa misura, nella disciplina degli atti di liberalità) l'ordinamento prevede anche un sindacato sulla liceità dei fini a cui il bene è destinato.

Nel caso del conferimento in società (che può essere frutto anche di un atto di disposizione individuale) c'è però qualcosa di più: l'ordinamento non si preoccupa solo della validità dell'atto di conferimento, ma contemporaneamente, sin dalla disciplina dell'atto costitutivo di società, si preoccupa che i beni conferiti siano destinati ad un'attività produttiva non solo lecita (liceità dell'oggetto sociale) ma anche organizzata secondo modalità adeguate, disciplinate dalla legge in modo più o meno rigido a seconda dei diversi tipi di società. L'atto costitutivo di una società è un atto ben diverso dall'atto di disposizione del bene patrimoniale (che pur ne costituisce un presupposto indispensabile): è piuttosto l'atto fondativo di un'organizzazione destinata a durare nel tempo e finalizzata al conseguimento dell'oggetto sociale e alla distribuzione di utili d'impresa. Questa entità (l'impresa) godrà poi di propria autonomia, sulla base di regole organizzative interne dell'efficienza imprenditoriale.

Da qui l'altra fondamentale differenza, rispetto alle altre manifestazioni della libertà economica, che sta nel fatto che l'esercizio della "libertà d'impresa", cioè l'assunzione delle diverse decisioni che connotano l'attività imprenditoriale, comporta anche esercizio di un potere nei confronti dei diversi *stakeholders* che sono coinvolti nell'attività.

Se l'autonomia del socio o dei soci fondatori dell'impresa è ampia – ma non illimitata - in sede di costituzione, lo è pur sempre in funzione della creazione di una formazione sociale destinata a svolgere un'attività organizzata, con la previsione di posizioni di potere e di soggezione all'interno dell'organizzazione d'impresa. Questa caratteristica dell'impresa si conferma e rafforza nella disciplina dello svolgimento dell'attività. Qui diversi individui giocheranno diversi ruoli, ma al cuore dell'organizzazione dell'impresa vi è un *potere* di gestione, che può essere diversamente distribuito a seconda delle diverse regole legali e statutarie applicabili, ma che è sempre un potere *funzionale* al conseguimento dell'oggetto sociale e del profitto d'impresa. L'impresa godrà dunque sempre di una sua autonomia, ma è questa un'autonomia funzionale, della stessa qualità di quella di cui godono altre organizzazioni sociali (dagli eserciti alle chiese ai club sportivi): un'autonomia vincolata al perseguimento del successo in un ambiente predeterminato – che per le imprese è ovviamente costituito dal mercato – e che si esercita mediante processi decisionali più o meno complessi, a cui partecipano diversi individui titolari di diversi poteri. Quindi, ogni volta che si parla di maggiore o minore libertà dell'impresa, si riconosce una maggiore o minore estensione del potere decisionale di chi gestisce l'impresa, con correlativa possibile soggezione di interessi terzi (dipendenti, concorrenti, consumatori ecc.).

In ciò sono evidenti due profonde differenze rispetto all'esercizio dei diritti di libertà individuali, in cui processo decisionale ed effetti si esauriscono, almeno per ciò che riguarda gli effetti *diretti* (è fatte salve le esternalità, insite in qualsiasi attività umana), all'interno di una sfera personale individuale (ad es. una scelta di cambiamento in materia religiosa o di adesione o recesso da un'associazione; ma anche, per rimanere al campo economico, una scelta di cambiamento in materia di consumo). In tutti questi campi la scelta dell'individuo non è legata al vincolo del conseguimento di fini da raggiungere.

La libertà d'impresa è invece autonomia di scelta dei mezzi per il raggiungimento di un fine predeterminato, qual è quello del successo in un certo mercato. Quindi un'autonomia funzionale, a cui corrisponde un potere discrezionale che coinvolge tipicamente gli interessi di una pluralità di individui. Da ciò l'altra profonda differenza: l'esercizio della libertà d'impresa, nel senso di realizzazione di scelte autonome nell'ambito del processo imprenditoriale,

comporta sempre l'esercizio di un potere: nei confronti dei soci investitori, dei fornitori dell'impresa, dei consumatori ecc.

Sono queste le ragioni per cui, in un passato ormai lontano, le società di capitali erano considerate espressione del potere pubblico e l'attribuzione ai privati della facoltà di costituire società di capitali era considerata incompatibile con un'economia di mercato a base personalistica.<sup>31</sup> E sono queste le ragioni perché oggi la Carta dei diritti dell'UE, nel sancire la tutela della "libertà d'impresa", non colloca quest'ultima tra i diritti fondamentali della persona umana (e non usa pertanto la formula tipica "Ogni persona ha diritto a..."), ma le attribuisce una collocazione *sui generis*, configurandola per di più – analogamente, peraltro, a quanto può leggersi nel 2° comma dell'art. 41 della Costituzione italiana – come una sorta di libertà vigilata ("È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali"; corsivo mio).

Questo non deve far pensare che i principi europei abbiano voluto sminuire la tutela dell'impresa, come componente essenziale di quella "economia sociale di mercato altamente competitiva" (art. 3 Trattato sull'Unione Europea) che costituisce il modello economico a cui si ispira la costituzione europea.<sup>32</sup> Al contrario, se la libertà d'impresa fosse stata ricompresa in una più generale nozione di "libertà economica" di impronta personalistica, il contenuto della situazione protetta si sarebbe potuto ridurre a ben poca cosa, assimilandosi al profilo personalistico della tutela della proprietà aziendale e così magari limitandosi al profilo dispositivo dell'atto di investimento,<sup>33</sup> lasciando fuori dalla situazione giuridicamente protetta l'attività d'impresa in quanto tale. Viceversa, il riconoscimento della libertà d'impresa, svincolata dal profilo personalistico, comporta una tutela di principio della permanenza dell'impresa (per meglio dire: dell'impresa capitalistica efficiente) nel quadro dell'economia sociale di mercato. La tutela costituzionale si sposta dal profilo soggettivistico dei diritti della persona a quello della tutela oggettiva di una certa entità (è ciò che i costituzionalisti chiamano tradizionalmente "garanzia d'istituto").<sup>34</sup>

Non si può dire che la "libertà d'impresa", in questo modo, sia più o meno tutelata, rispetto all'ipotesi di un suo inquadramento in una generale "libertà economica" di stampo personalistico. Si può dire comunque che essa è tutelata in modo diverso: non come esercizio di una sfera di libertà dell'individuo, ma come garanzia della possibilità di contribuire, mediante un'attività organizzata vocata al profitto, a quell'efficienza dinamica dei mercati che costituisce – come ricorda anche Grillo (2017) – la quintessenza del mercato concorrenziale.

Non ha quindi molto senso – a mio avviso – parlare di libertà d'impresa come una delle manifestazioni (anzi, la più importante) di una più generale "libertà economica", costruita come uno dei diritti fondamentali della persona umana.

---

<sup>31</sup> Per una vivace ricostruzione del dibattito della prima metà dell'Ottocento, con particolare riguardo alla Gran Bretagna, vedi Micklethwait e Wooldridge (2005). Spesso si ricorda che, tra chi si opponeva al riconoscimento della libertà di costituzione di società di capitali c'era Adam Smith.

<sup>32</sup> Si intende qui costituzione in senso sostanziale, dal momento che non esiste ancora una costituzione europea in senso formale. Vedi, per il riconoscimento del valore sostanzialmente costituzionale delle disposizioni di principio del diritto europeo, Caravita di Torritto (2019); Libertini (2018b).

<sup>33</sup> Questa operazione esegetica riduzionistica è stata effettivamente compiuta, negli anni Settanta del secolo scorso, da alcuni autori di formazione marxista (Baldassarre, Luciani), con il risultato di limitare l'ambito della situazione soggettiva "libertà di iniziativa economica", tutelata dall'art. 41, comma 1°, Cost., e di legittimare i più pervasivi interventi dei poteri pubblici nella regolazione delle imprese e dei mercati.

<sup>34</sup> Per qualche ulteriore riflessione su questo tema mi permetto di rinviare a Libertini (2018b).

## 11. Le libertà economiche individuali. La libertà di disposizione dell'individuo proprietario

Può porsi allora il problema se la libertà d'impresa, intesa nel senso di cui sopra, abbia comunque un nesso con qualcuno dei profili personalistici della libertà economica, a cui prima si è accennato.

Credo che il nesso con il profilo fondamentale della "libertà di disposizione del proprietario" sia molto limitato (come si è segnalato prima, nel § 9). Comunque, nella disciplina dell'atto costitutivo di nuove imprese (in cui uno o più individui proprietari destinano propri beni all'esercizio dell'attività d'impresa) vincoli e limiti possono essere molto pervasivi, mentre la libertà economica del proprietario nel disporre i propri beni per finalità non imprenditoriali tende ad essere tutelata in modo sempre più forte, nel quadro di una versione personalistica del diritto di proprietà che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accreditato (fin troppo, a mio avviso).<sup>35</sup>

Accade così oggi di leggere sentenze secondo cui "Il comportamento prodigale, di consapevole dilapidazione del proprio patrimonio, rientra nella sfera di libertà dell'uomo, che l'ordinamento non può e non deve comprimere, per quanto l'esercizio di tale libertà economica sia eticamente e socialmente censurabile";<sup>36</sup> con il risultato di relegare l'inabilitazione per prodigalità, ancora prevista come tale dall'art. 415 c.c. per ragioni di solidarietà familiare, a casi di patologia psichiatrica medicalmente accertabile.

Peraltro, la stessa giurisprudenza, esaminando il tema della "libertà economica del debitore" di disporre dei propri beni, mettendo a rischio la garanzia patrimoniale a favore dei suoi creditori, procede invece ad un bilanciamento degli interessi in contrasto, con una tendenza al *favor creditoris* e quindi ad un'interpretazione estensiva della norma riguardante la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione revocatoria.<sup>37</sup>

Senza entrare qui nel merito degli argomenti e della coerenza delle soluzioni richiamate, si può certo osservare che le discussioni di cui sopra possono pianamente inquadrarsi in una tematica definibile in termini di libertà economica personale e suoi limiti; altrettanto pianamente deve però riconoscersi che le discussioni richiamate non hanno alcunché a vedere con i problemi di buon funzionamento dei mercati concorrenziali.

## 12. La libertà di lavoro

Lo stesso può dirsi per altre manifestazioni di "libertà economica" di stampo personalistico.

<sup>35</sup> La critica accennata nel testo si rivolge al rigido vincolo fra indennità di espropriazione e valore di mercato del bene, introdotto da questi orientamenti dei giudici europei, senza previsione di temperamenti che potrebbero essere giustificati dalle diverse ragioni che hanno contribuito alla formazione di tale valore di mercato. Un'altra conseguenza della impostazione personalistica del diritto di proprietà è quella del riconoscimento del diritto del proprietario a risarcimento del danno morale in caso di lesione del proprio diritto: conclusione pienamente accettabile per i beni strettamente personali, ma discutibile se estesa alla lesione del diritto di proprietà in genere. Su questi temi vedi, ad es., Memmo (2016).

<sup>36</sup> Trib. Modena, 3 novembre 2017, in *Famiglia e diritto*, 2018, 142, con nota adesiva di G. Bonilini e in *Corriere giuridico*, 2018, 1258, con nota adesiva di G. Rispoli.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2017, n. 5618, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 2604, con nota adesiva di F. Mancini (nella specie si trattava di un'azione revocatoria esercitata da un coniuge separato a tutela di un suo credito, ancora solo eventuale, alla fruizione di un assegno di mantenimento).

- Così per la “libertà di lavoro”, che spesso si incontra in giurisprudenza sotto diversi profili:
- a) come libertà di avviare o meno una certa attività lavorativa personale autonoma; principio di cui la giurisprudenza afferma sì l’esistenza, ma come regola residuale, che non esclude la più ampia possibilità di riserve legali di attività a favore di soggetti iscritti in albi (con relativa nullità del contratto di servizio concluso da un soggetto non iscritto all’albo);<sup>38</sup>
  - b) come libertà di organizzare il proprio tempo lavorativo; libertà disponibile con la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato, con l’insorgere di numerosi casi in cui si pone il problema dell’esistenza o meno della subordinazione (con il lavoratore che di solito è interessato a chiedere il riconoscimento della subordinazione, per le maggiori tutele che ciò comporta);<sup>39</sup>
  - c) come libertà del lavoratore, autonomo o subordinato, di interrompere volontariamente il rapporto lavorativo per passare ad altre attività; il diritto di recesso *ad nutum* è riconosciuto da norme civilistiche, ma numerose controversie insorgono nei casi in cui il lavoratore sia in possesso di segreti aziendali di proprietà del precedente datore di lavoro o quando il trasferimento del lavoratore sia indotto da un’attività di proselitismo del nuovo datore di lavoro (dove il filone giurisprudenziale di azioni di concorrenza sleale per “storno di dipendenti”).

Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad una manifestazione di libertà economica di stampo personalistico, per di più attinente ad un profilo fondamentale della personalità dell’individuo. Inoltre, ci troviamo di fronte a scelte che incidono sui processi dell’economia di mercato più intensamente di quanto non accada per gli atti di disposizione occasionale dell’individuo proprietario. Ci si rende tuttavia conto che la costruzione della disciplina giuridica della libertà di lavoro segue principi suoi propri, sia quando si tratti dell’accesso al mercato delle professioni (ove si ammette il meccanismo “corporativo” degli albi, che sarebbe inconcepibile per le attività d’impresa non consistenti nell’esercizio di lavoro autonomo personale), sia quando si parla della libertà di cambiare lavoro (ove la libertà del lavoratore si scontra con esigenze di efficienza dell’impresa di provenienza, e dev’essere bilanciata in questa chiave).

Inoltre, il lavoro personale è oggetto di una valutazione più complessa da parte dei testi costituzionali, con disposizioni di principio non improntate alla sola dialettica “libertà/limiti”, propria dei diritti di libertà, ma comprendente articolazioni in termini di “diritto/dovere” (art. 4 Cost., ma vedi anche l’art. 15 CDFUE, Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea, che coniuga “libertà professionale” e “diritto al lavoro”), del tutto estranee alla libertà d’impresa; nonché in termini di tutela pubblicistica e di autotutela collettiva dei lavoratori subordinati come classe sociale (art. 35 ss. Cost., art. 27 ss. CDFUE).

Non avrebbe molto senso trattare giuridicamente la libertà di lavoro personale come una espressione di una più generale libertà economica, di cui la libertà d’impresa sarebbe la manifestazione fondamentale.

<sup>38</sup> Vedi, da ultimo, Cass. civ., sez. II, 28 marzo 2019, n. 8683.

<sup>39</sup> Il più recente capitolo di questa materia riguarda la posizione dei c.d. ‘riders’ (cioè i fattorini che portano pasti a domicilio). Vedi App. Torino, 4 febbraio 2019, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2019, 398, con nota critica di G.A. Recchia, il quale nota come, sotto il profilo comparatistico, prevalga un orientamento favorevole alla piena assimilazione dei lavori della *gig economy* al lavoro subordinato).

### 13. La libertà di risparmio e di investimento

Un altro profilo di libertà economica personale, di grande importanza, è costituito dalla libertà di impiego dei propri risparmi e di investimento degli stessi. Formalmente, l'atto di investimento è pur sempre un atto di disposizione di beni in proprietà, però il trattamento giuridico da parte dell'ordinamento italiano non è in questo caso in termini di "libertà", ma esclusivamente in termini di "tutela" del risparmio (art. 47 Cost.).<sup>40</sup>

Questa differenza non è di poco conto. In effetti, la libertà di scelta del risparmiatore, nell'acquistare un certo strumento finanziario piuttosto che un altro, ha un valore secondario, sotto il profilo personalistico, a differenza di quanto può dirsi per gli atti di disposizione dei propri beni personali (§ 11) o anche – come si dirà più avanti – delle scelte di consumo di beni o servizi destinati a soddisfare bisogni personali dell'individuo. Ciò che conta, sotto il profilo personalistico, è piuttosto la conservazione del valore del risparmio, in quanto costituisce il frutto di scelte di vita dell'individuo, normalmente comportanti sacrifici personali.<sup>41</sup>

Certamente, il risparmiatore/investitore può essere caratterizzato da una maggiore o minore propensione al rischio, ma in realtà, per ciò che riguarda le scelte da lui compiute nei mercati finanziari, ciò che conta più di tutto è la sicurezza dell'investimento e l'assistenza da parte di intermediari finanziari professionali in ordine alla consistenza e all'evoluzione dei rischi connessi all'investimento compiuto.

Ciò porta a considerare riduttivo l'approccio alla materia da parte del diritto europeo, che, al livello delle norme dei trattati, enuncia solo il principio (oggettivo) della libertà di circolazione dei capitali (art. 63 ss. TFUE, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), senza specifici accenni alla libertà o alla protezione del singolo investitore. Questi profili sono stati recuperati dalla normazione secondaria, sulla base di più generali principi sul funzionamento dell'economia di mercato, ma ciò ha portato soprattutto a porre l'accento sul diritto dell'investitore ad un'informazione adeguata e completa sui prodotti finanziari offerti nel mercato, in un quadro di progressiva liberalizzazione dei mercati finanziari. Si è così trasposto ai mercati finanziari un modello concettuale che è proprio dei mercati finali dei beni e servizi, in cui la libertà di scelta del consumatore serve a legittimare il profitto delle imprese e a stimolare l'innovazione (vedi *infra*, § 14). Ma in questo modo si sono trascurate le eccezionali peculiarità dei mercati finanziari: in questi non si scambiano beni destinati a soddisfare direttamente bisogni della persona; la formazione dei prezzi è legata soprattutto a scelte di "scommessa" sulla valorizzazione futura dei prodotti (con correlativa probabilità di "bolle" speculative e di crisi di mercato); la circolazione dei prodotti è sempre connessa ad un profilo di circolazione del rischio e alla correlativa probabilità di comportamenti opportunistici volti a trasferire i rischi sui soggetti meno avveduti. A ciò si aggiunga che l'innovazione di prodotto, che si presume positiva nei mercati dei beni e servizi finali, non ha necessariamente lo stesso significato nei mercati finanziari, ove può portare (si pensi allo sviluppo dei mercati

<sup>40</sup> Questa norma costituzionale è una peculiarità dell'ordinamento italiano e trova poche corrispondenze in altri ordinamenti. I Costituenti ebbero in mente soprattutto l'esigenza di protezione del risparmio familiare dei lavoratori (anche e soprattutto rispetto ai rischi di inflazione) e a legittimare una incisiva vigilanza pubblica sui mercati creditizi e finanziari. Per quanto gli interpreti abbiano compreso nella nozione di "tutela del risparmio" anche la libertà di scelta del consumatore, questo profilo è stato sempre considerato secondario rispetto a quello della protezione oggettiva del risparmio privato. Su questi temi vedi, ad es., Zatti (2010).

<sup>41</sup> In questa prospettiva possono comprendersi le posizioni dottrinali che riconducono la tutela del risparmio a quella dei diritti fondamentali della persona umana (cfr. Clini, 2017).



dei derivati) alla moltiplicazione incontrollata di rischi a carico degli acquirenti di prodotti finanziari.<sup>42</sup>

Queste considerazioni hanno acquistato maggior valore dopo la crisi finanziaria avviata negli anni 2007-2008, sicché la stessa regolazione europea dei mercati finanziari (vedi soprattutto la direttiva MIFID II 2014/65/EU) ha sempre più posto l'accento sulla protezione del risparmiatore/investitore, anziché sulla libertà negoziale dello stesso.

Anche per i profili ora accennati – come per la libertà di lavoro – può dirsi che la libertà personale del risparmiatore/investitore entra in gioco in una prospettiva conflittuale rispetto alla “libertà d'impresa” degli emittenti e degli intermediari finanziari. Anche per questo aspetto rimane ambiguo l'approccio alla disciplina dei mercati nei termini di una indistinta tutela della “libertà economica”.

#### 14. La libertà di sfruttamento commerciale della propria notorietà

Gli aspetti finora richiamati non esauriscono certo la serie di possibili decisioni individuali di rilevanza economica.

Un altro esempio interessante si può fare con riferimento al c.d. *right of publicity*, cioè il diritto dell'individuo di consentire o meno l'utilizzazione a fini commerciali del proprio nome o della propria immagine o di altri profili della propria personalità (c.d. *personality merchandising*). Il riconoscimento di un tale diritto personale è ormai fuori discussione (cfr. Marchegiani, 2001), con conseguente illiceità degli impieghi commerciali non autorizzati della notorietà altrui. Rimane però aperta una vasta problematica sui limiti entro cui l'individuo noto può vincolare le proprie scelte esistenziali al fine di mantenere elevato il valore commerciale della propria immagine, concessa in uso ad un'impresa, o viceversa può esercitare un diritto di pentimento dalla mercificazione della propria immagine (cfr., da ultimo, Fachechi, 2019). Si pongono poi delicati problemi di tutela del consumatore, in relazioni ai profili di possibile ingannevolezza dello sfruttamento della notorietà di determinati personaggi a fini di comunicazione commerciale. Tali problemi divengono ancora più intricati quando si passi a considerare quella immensa zona grigia della comunicazione commerciale che è costituita dall'attività degli “*influencer*”, con tutte le sue graduazioni.<sup>43</sup>

Non approfondiamo minimamente l'analisi di merito di questi profili. Ciò che invece preme sottolineare è come, ancora una volta, questo profilo della libertà personale in materia economica presenti problemi peculiari, non comparabili con quelli relativi agli altri profili prima accennati; e come, ancora una volta, l'esercizio di libertà economiche individuali crei problemi di interferenza e di conflitto con gli interessi delle imprese con cui l'individuo si trova a confronto. Si determina, ancora una volta, un problema di contemperamento tra libertà economiche individuali e “libertà d'impresa”.

---

<sup>42</sup> Mi permetto di richiamare, in proposito, Libertini (2010).

<sup>43</sup> Cfr. Giurì di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, 26 giugno 2018, n. 45.

## 15. La libertà di scelta del consumatore

C'è un ultimo aspetto della libertà economica personale che merita di essere analizzato, ed è quello della libertà di scelta del consumatore finale nella disciplina dei mercati di prodotti e servizi destinati al consumo personale.

Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad un atto dispositivo dei propri beni (in forma di pagamento di un prezzo o di assunzione di un debito), ma questo profilo è secondario – sotto il profilo politico e giuridico – rispetto a quello consistente nel fatto che l'attività di consumo, in una società capitalistica avanzata da cui è praticamente scomparsa l'autoproduzione familiare, costituisce una componente essenziale della vita delle persone e quindi un momento essenziale dello sviluppo della persona umana.

Il profilo dell'uomo-consumatore è ignorato dalla Costituzione italiana, anche se la dottrina – soprattutto in numerosi contributi di Guido Alpa<sup>44</sup> – ha recuperato una dimensione di tutela costituzionale nel quadro del principio generale di sviluppo della persona umana. Nell'assenza di una considerazione espressa del consumatore nel disegno costituzionale si manifesta comunque un limite culturale, per cui l'attività di consumo era vista, un tempo, come un'esperienza di scambio fra le tante, senza cogliere la peculiarità del ruolo del consumo di massa nelle economie capitalistiche contemporanee.

Una considerazione espressa del consumatore si ritrova invece nella Carta dei Diritti fondamentali dell'UE, ma non nella veste di un diritto di libertà, bensì sotto quella della "protezione" (art. 38: "Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori"). E in effetti, nella disciplina del diritto dei consumi, alcuni aspetti centrali e più tradizionali non attengono alla libertà di scelta, bensì alla tutela della sicurezza e della salute, o degli interessi patrimoniali del consumatore (ad es. clausole vessatorie). Nel diritto dei consumi è tuttavia emerso sempre più il profilo della tutela della libertà di scelta del consumatore, sotto forma di divieto di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive (disciplina di matrice europea, che oggi è tradotta, in Italia, negli artt. 20 e ss. del codice del consumo).

Questa libertà personale interferisce con le attività d'impresa non tanto per il profilo (pur esistente) di una potenziale conflittualità, ma soprattutto in quanto l'esercizio della scelta libera dei consumatori è una componente essenziale del buon funzionamento dell'economia di mercato: può dirsi anzi che questa è politicamente legittimata, con tutto il corredo di effetti, innovativi ma anche "distruittivi", causati dal meccanismo della concorrenza (cfr. Libertini, 2013), proprio se e in quanto il successo o l'insuccesso di mercato di un'impresa dipendano dal giudizio di una giuria anonima di consumatori e non da protezioni del potere politico o dall'abuso di poteri di fatto da parte delle imprese vincenti. Ma perché il meccanismo funzioni occorre che la giuria anonima dei consumatori non sia condizionata o distorta, nel proprio giudizio, da cattiva o insufficiente informazione o da indebiti condizionamenti della volontà di scelta.

In questa prospettiva si è posta una corrente della dottrina antitrust americana, che ha proposto la *Consumer Choice Theory*,<sup>45</sup> ponendo la libertà di scelta del consumatore come criterio fondamentale di valutazione della liceità o meno delle condotte imprenditoriali,

---

<sup>44</sup> Si veda ad es. Alpa (2002).

<sup>45</sup> Per ampie informazioni vedi Nihoul et al. (2016). Per altre indicazioni di dottrina favorevole e contraria e una prima discussione sul tema, vedi Libertini (2017, pp. 28 ss). Fra gli scritti critici può essere qui segnalato Coniglio (2017), che espressamente collega la *Consumer Choice Theory* al pensiero ordoliberal (vedi anche Behrens, 2015).

nell'applicazione delle norme antitrust. Questa proposta dottrinale è stata criticata, nel paese di origine, perché priva di un modello analitico adeguato di valutazione del grado di libertà di scelta del consumatore e per l'impressione che essa, surrettiziamente, attribuisca valore alla differenziazione massima delle offerte presenti nel mercato, così riproponendo, sotto nuovi panni, vecchie tesi favorevoli al pluralismo imprenditoriale in quanto tale. Un altro filone critico fa leva sulle assunzioni teoriche relative alla mancanza di razionalità di molte scelte economiche, anche dei consumatori (e anche dei consumatori informati).

A mio avviso, la seconda e la terza critica sono infondate. Attribuire valore alla quantità e qualità di scelte a disposizione del consumatore non significa assolutizzare il valore del numero di offerenti astrattamente disponibili; ciò che conta non è il numero di offerenti (quindi il pluralismo in quanto tale), bensì il numero di offerte diverse effettivamente accessibili; la tesi porta dunque ad apprezzare un mercato dotato di molte offerte differenziate e da facilità di accesso del consumatore alle informazioni e ai canali di distribuzione. Così pure, il fatto che le scelte del consumatore non si possano misurare sulla base di un criterio oggettivo di razionalità può convincere dell'impossibilità di una perfetta efficienza allocativa, ma non toglie che le scelte dei consumatori, comunque motivate, siano scelte libere di persone reali, che come tali meritano comunque rispetto in linea di principio. Può dunque rimanere credibile l'idea di una giuria anonima che seleziona le imprese di successo; e non sembra che si siano ideati finora criteri migliori per legittimare il successo imprenditoriale (cfr. Tor, 2019).<sup>46</sup>

Quanto alla prima critica, è vero che la massima libertà di scelta del consumatore vorrebbe che nessuna delle offerte attualmente disponibili fosse cancellata dal mercato, finché uno o più consumatori la preferiscano alle nuove offerte; e, così pure, vorrebbe che tutte le innovazioni potenziali si traducessero in offerte di mercato, per essere sottoposte al giudizio dei consumatori. Ma è anche vero che questo obiettivo massimo è irraggiungibile in concreto e che il meccanismo dell'economia di mercato, anche quando ben funzionante, comporta una continua selezione e delle offerte disponibili e delle innovazioni che passano dalla fase della ricerca a quella dello sviluppo e della commercializzazione, con conseguente sacrificio delle scelte, attuali o potenziali, di minoranze di consumatori.

Il principio di libertà di scelta del consumatore non offre, in effetti, strumenti analitici per misurare l'ottimo livello di libertà di scelta. La correzione degli effetti selettivi "spontanei" del mercato non può dunque avvenire per decisioni decentrate della massa dei consumatori. Può venire, se mai, da scelte discrezionali di un'autorità di regolazione dei mercati e da investimenti pubblici a favore della produzione di determinati beni (secondo il modello della produzione di beni culturali) o nel settore della ricerca e sviluppo.

---

<sup>46</sup> Sui punti accennati nel testo un netto dissenso è ora espresso da Francesco Denozza, nelle *Conclusioni* del volume a lui dedicato (2019). Secondo Denozza, andrebbero riproposte, nei confronti della c.d. sovranità del consumatore, le stesse preoccupazioni per la democrazia che tradizionalmente si connettono alla c.d. "tirannia della maggioranza". A ciò si può tuttavia osservare che una differenza sta nel fatto che la "tirannia della maggioranza", in politica, si esercita mediante atti autoritativi di soggetti titolari di poteri, scelti dalla maggioranza, mentre la "sovranità del consumatore" si esercita mediante la spinta evolutiva del costume collettivo, come avviene per la lingua, per i rapporti interpersonali ecc. Non è detto che gli esiti del processo collettivo dei consumi di massa siano in sé desiderabili (ma spesso non lo sono neanche gli esiti dell'evoluzione linguistica); tuttavia, come criterio di selezione delle imprese di successo nell'economia di mercato questi esiti mi sembrano eticamente più legittimati di una scelta totalmente affidata al potere politico. Ciò non toglie che – come si cerca di dire nel testo – l'intervento del potere politico rimanga necessario per offrire al cittadino-consumatore una serie di beni che il mercato non è in grado di offrire in misura adeguata, e che sono necessariamente collettivi o richiedono il sovvenzionamento del potere pubblico.

Tutto ciò è molto complicato da attuare e, allo stato, può apparire espressione di pensiero desiderante. Ciò non toglie, tuttavia, che, con i suoi limiti, il criterio della “*consumer choice*” possa essere applicato, in una prospettiva più limitata e pragmatica, ma non per questo irrilevante. E non toglie, soprattutto, che, allo stato, non si vedano meccanismi migliori per legittimare l’economia di mercato.

In Italia questa corrente di opinione non ha suscitato, finora, alcuna attenzione. Ha avuto invece molta attenzione l’idea – autorevolmente accreditata da Francesco Denozza<sup>47</sup> – che lo stesso concetto di *consumer welfare* sia analiticamente inconcludente, perché non in grado di dare conto delle differenze e dei conflitti che sussistono all’interno della vasta e indeterminata categoria dei “consumatori”. Credo però che le giuste critiche all’idea “ortodossa” di poter misurare scientificamente l’efficienza allocativa dei mercati non possa giustificare la rinuncia all’impiego pragmatico di uno strumento concettuale fondamentale, ai fini della legittimazione dell’economia di mercato, qual è la libertà di scelta del consumatore.

La scarsa attenzione al tema ha portato – a mio avviso – ad un impoverimento del dibattito sui principi del diritto della concorrenza: anziché percorrere la via difficile della costruzione di norme funzionali alla tutela dell’efficienza dinamica dei mercati e della *competition on the merits*, si preferisce la via “populistica” che vede il diritto antitrust come uno strumento di contrasto della grande dimensione imprenditoriale. Anche quando il tema dell’efficienza dinamica del mercato è valorizzato nel ragionamento – come è avvenuto nella proposta teorica di Michele Grillo esaminata al § 8 – il problema dell’accrescimento delle offerte presenti nel mercato è stato impostato come un problema di tutela della libertà delle imprese, piuttosto che come un problema di tutela della libertà di scelta del consumatore.

Questa debolezza della discussione teorica porta poi, nell’applicazione concreta, a privilegiare un approccio formalistico consuetudinario, per cui le *hardcore restrictions*, come le intese sui prezzi e sulla ripartizione dei mercati, sono sanzionate in modo anche eccessivo e sproporzionato, mentre usi commerciali lesivi della libertà del consumatore (ad es. l’uso commerciale illecito, in certi settori, dell’attivazione di servizi non richiesti) sono sanzionati come un insieme di semplici pratiche scorrette individuali (e quindi con sanzioni pecuniarie molto più lievi).

## 16. Conclusioni sui profili personalistici della libertà economica

Alla fine di questa rassegna di profili personalistici di libertà economica (cioè di profili relativi alla libertà dell’individuo di assumere decisioni in materia economica), credo emergano alcune conclusioni, già accennate, che è opportuno riassumere:

- a) le diverse manifestazioni di libertà economica individuale presentano, per quanto riguarda l’inquadramento costituzionale e i principi giuridico-costituzionali di riferimento, problematiche diverse, e non possono essere dunque ricondotte ad un concetto unitario di “libertà economica individuale”;
- b) dei diversi profili accennati, solo l’ultimo (la libertà di scelta del consumatore) si presenta come una componente essenziale del modello ideale di economia di mercato;

---

<sup>47</sup> Si veda, per esempio, Denozza (2009).

- c) tutti i profili di libertà individuale accennati (compresa la libertà di scelta del consumatore) presentano momenti di conflitto con scelte delle imprese con cui gli individui, a vario titolo, si rapportano.

## 17. La libertà d'impresa come "garanzia d'istituto"

Dobbiamo ora tornare, conclusivamente, alla "libertà d'impresa" dell'art. 16 CDFUE. Abbiamo prima segnalato (§ 10) le differenze che, già a cominciare dall'atto di destinazione iniziale, si pongono rispetto alle altre manifestazioni di "libertà economica": (i) l'atto di destinazione di beni all'esercizio dell'attività d'impresa fa insorgere un vincolo limitativo della libertà di disporre dei beni, che pone l'imprenditore a rischio del reato di bancarotta nel caso di dissipazione; (ii) l'atto di costituzione di un'impresa è anche atto costitutivo di un potere privato, che si eserciterà sia all'interno dell'organizzazione aziendale (nei confronti di dipendenti e ausiliari), sia nell'organizzazione societaria (nei confronti degli azionisti non appartenenti al gruppo di comando) e, come potere di fatto, potrà avere come destinatari anche altri *stakeholders* coinvolti nell'attività d'impresa.

La libertà d'impresa, protetta dall'ordinamento, ha ad oggetto la garanzia oggettiva di mantenimento, nell'economia sociale di mercato, di quella peculiare formazione sociale che è l'impresa capitalistica, con la sua propensione al profitto, alla crescita dimensionale e all'innovazione.<sup>48</sup>

Per conseguire questo risultato non basterebbe garantire la facoltà dei privati di costituire nuove imprese (profilo che pur costituisce componente di base della "libertà d'impresa"), ma occorre anche garantire che l'impresa possa operare effettivamente come organizzazione lucrativa (sì che sono illegittime eventuali regolazioni che impongano a determinate imprese di operare senza possibilità di profitto<sup>49</sup>). Occorre inoltre che l'impresa, con i suoi processi decisionali variamente regolati dalla legge, possa assumere "liberamente" decisioni riguardanti sia la propria organizzazione interna sia i propri comportamenti sul mercato. In tutte queste decisioni la "libertà" dell'impresa si realizza mediante l'esercizio di un potere nei confronti di diverse categorie di *stakeholders* (dipendenti, consumatori, ausiliari, investitori, ecc.).

---

<sup>48</sup> Per un tentativo di definizione tipologica più articolata (impresa come "un'organizzazione di beni e persone, governata sulla base di un principio di autorità legale-razionale, depositaria di un insieme di conoscenze proprie ed operante sulla base di strategie volte alla conquista duratura di profitti mediante la produzione di beni e servizi per il mercato"), vedi Libertini (2005, ove una rapida sintesi delle dottrine che stanno alla base di tale definizione). Nel quindicennio trascorso, successivamente a questa proposta definitoria, la novità saliente è stata quella della crisi della tradizionale impresa "piramidale" e dell'affermazione dell'impresa a rete, prima nella forma di centro direzionale che usa largamente il decentramento produttivo e poi nella forma ancora più innovativa dell'impresa-piattaforma, che formalmente si limita a mettere in collegamento soggetti che intendono comunicare informazioni o scambiare beni (vedi Davis, 2016). In quest'ultima esperienza anche l'assunto weberiano, che sembrava indiscutibile, per cui il potere imprenditoriale appartiene al tipo del potere legale-razionale, è stato parzialmente rivisto, con l'affermazione crescente di leader d'impresa carismatici, operanti in un'organizzazione ispirata, almeno in linea di principio, a criteri di comunicazione aperta all'interno dell'azienda e anche con gli *stakeholders* esterni (cfr. Fenwick et al., 2018). Questi cambiamenti incidono certo profondamente sulla struttura dell'impresa, modificando luoghi e modalità di esercizio del potere. Ciò che resta costante è comunque l'esistenza del potere imprenditoriale (oggi, per tanti versi, più accentratore che in passato, malgrado la crescente complessità formale delle regole organizzative, soprattutto per le grandi imprese quotate) e la vocazione al profitto.

<sup>49</sup> Cfr., anche se riferita a legislazione oggi non più in vigore, Meli (1982).

La conservazione, nell'ordinamento, di questi poteri (e in primis del potere gerarchico dell'imprenditore, sancito, nell'ordinamento italiano, dall'art. 2086 c.c.) è parte integrante della garanzia costituzionale della "libertà d'impresa".

Scorrendo la dottrina giuridica, leggiamo frasi del tipo: "È giusto domandarsi se si possa limitare la libertà economica dell'imprenditore "dominante" inibendogli delle scelte necessarie (come quella di liberarsi di un rapporto non più conveniente economicamente) solo perché ciò danneggia la controparte "dipendente" (Bortolotti, 2010, p. 2560). Fino all'affermazione ancora più netta per cui si riconosce che "una rafforzata tutela della libertà economica dell'imprenditore e dei suoi poteri di gestione dell'azienda ai fini di fare fronte alla concorrenza in un mercato sempre più globalizzato" (Vidiri, 2017, p. 659) giustificano una compressione della tutela degli interessi dei lavoratori.

È evidente che, in queste frasi, l'espressione "libertà economica" viene utilizzata nel significato di "potere di gestione dell'impresa". In altri termini, la tutela della libertà d'impresa è anche tutela del potere imprenditoriale, se e in quanto esercitato in funzione dell'efficienza produttiva dell'impresa stessa. Tutto questo spiega perché la libertà d'impresa sia tutelata in modo meno rigido rispetto alle libertà personali e perché si ammetta tradizionalmente, con una certa larghezza, che un ordinamento di stampo liberale possa vietare del tutto determinati tipi di attività economiche o possa fortemente vincolare le modalità di esercizio di altre. A tale proposito si può ancora condividere l'idea che le limitazioni alla libertà d'impresa, come sopra ricostruita, siano soggette a riserva di legge, sicché gli atti di iniziativa e di svolgimento dell'attività d'impresa possano essere limitati dallo Stato, con interventi penali o amministrativi, solo se i relativi interventi siano legittimati da una norma di legge. Ciò non toglie, tuttavia, che nel campo del diritto privato, i diversi conflitti possano essere risolti dal giudice con misure inibitorie, fondate su clausole generali dell'ordinamento (correttezza, buona fede, eccesso di potere, ecc.).<sup>50</sup>

## 18. Conclusioni. Inutilità di un concetto indistinto di libertà economica

In conclusione, il problema del potere imprenditoriale pervade tutta l'economia di mercato. È riduttivo pensare che le libertà democratiche possano essere minacciate solo dal potere di fatto delle imprese giganti. L'esperienza insegna che non meno pericolose per la democrazia possono essere reti di micropoteri coalizzate in corporazioni in grado di paralizzare le attività altrui (ad es. autotrasportatori o certi produttori agricoli). Un'economia condizionata da monopoli collettivi non è più "libera" di una condizionata dalla presenza di imprese giganti.

Il rischio che poteri economici, concentrati o coalizzati, deformino la democrazia politica è dunque sempre presente. Contro questo rischio rimane attuale, più che mai, un tema centrale dell'insegnamento ordoliberalo (e dell'economia sociale di mercato): la necessità di costruire un ordine politico in cui i poteri pubblici siano forti e indipendenti dal condizionamento di interessi privati e proteggano l'efficienza dei mercati e non le imprese esistenti in quanto tali.

---

<sup>50</sup> Per esempio, il giudice penale non può vietare l'esercizio di un'attività rumorosa se non nei casi in cui ciò sia espressamente previsto da una norma di legge. In sede civile, invece, la disciplina dei rapporti di vicinato consente in qualsiasi caso al giudice di inibire attività rumorose che eccedano la normale tollerabilità nei confronti dei vicini, anche se non espressamente vietate da alcuna norma di legge (Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 1989, n. 7386, in *Giustizia penale*, 1990, II, 3).

In un tempo storico come l'attuale, in cui la crisi delle democrazie occidentali ha raggiunto un punto critico, evocare questo tema può apparire velleitario (tanto più che le alternative reali, nel mondo, sono rappresentate da paesi a capitalismo di Stato, in cui il potere pubblico dirige e protegge le imprese esistenti, piuttosto che l'efficienza dei mercati). Ma questa non è una buona ragione per abbandonare un percorso ideale valido. Il tema della costruzione di questo percorso non può essere affrontato in questa sede, ma si può ribadire che l'obiettivo ideale rimane valido.

Un potere pubblico in grado di tutelare l'efficienza dei mercati, e quindi non la mera efficienza produttiva delle imprese, sarà in grado di correggere le condotte delle grandi imprese che condizionano negativamente l'evoluzione dei mercati e la libertà di scelta del consumatore o realizzino profitti eccessivi, riducendo il benessere del consumatore. Se il potere pubblico è debole, l'essere condizionato da un sistema pluralistico, anziché concentrato, di interessi privati, non sembra di grande conforto, dal punto di vista delle libertà democratiche.

Perciò continuo a pensare che politiche di concorrenza ispirate alla tutela dell'efficienza dinamica dei mercati, anziché alla diffidenza verso le grandi imprese in quanto tali, costituisca ancora idea da seguire. Da qui anche la permanente validità dell'idea, di matrice ordoliberal, della "speciale responsabilità" delle imprese dominanti e del divieto di abuso di posizione dominante.

Un'applicazione estensiva di norme esistenti – senza la necessità di attribuire alle stesse un ruolo politico diretto – è possibile per il divieto delle intese (si veda l'esempio, fatto prima, del parallelismo consapevole nel compimento di pratiche scorrette a danno dei consumatori) come per il divieto di abuso (in questo senso credo che si debba guardare con favore alla condanna del *Bundeskartellamt* contro Facebook per il vantaggio competitivo da questa conseguito mediante uso irregolare dei dati personali degli utenti),<sup>51</sup> come per le norme sulle concentrazioni.<sup>52</sup>

Questo è ciò che si può chiedere alle politiche antitrust. Vagheggiare autorità antitrust che perseguano direttamente obiettivi di giustizia distributiva significa intorbidarne la funzione e distogliere l'attenzione dai problemi più gravi della crisi delle democrazie occidentali, che riguardano la qualità e l'indipendenza del governo politico. È in questa direzione che oggi dovrebbe soprattutto valorizzarsi l'eredità ordoliberal.

## Bibliografia

- Alpa G. (2002), *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari: Laterza
- Amato G. (2019), "Relazione generale", in Ainis M. e Pitruzzella G. (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* (pp. 27-34), Roma-Bari: Laterza.
- Behrens P. (2015), "The Ordoliberal Concept of 'Abuse' of a Dominant Position and Its Impact on Article 102 TFEU", presentato alla *10a ASCOLA Conference: Abuse Regulation in Competition Law*, Tokyo, Meiji University, 21-23 maggio.
- Bortolotti F. (2010), "Riduzione delle commesse e interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto: i limiti dell'abuso di dipendenza economica", *Giurisprudenza italiana*, 12, pp. 2561-2564.

---

<sup>51</sup> Per la verità, il ragionamento dell'Autorità antitrust tedesca è stato un po' diverso, avendo essa ravvisato, nelle condotte irregolari di Facebook, un abuso di sfruttamento, cioè l'acquisizione di profitti sproporzionati. La lettura (a mio avviso condivisibile) del tema in termini di abuso "escludente", consistente nell'acquisizione di un vantaggio competitivo mediante condotte illecite perché compiute in violazione di norme amministrative o penali è in Nazzini (2019).

<sup>52</sup> Vedi l'insieme di proposte contenute nel report della Commissione UE (Crémer et al., 2019).

- Caravita di Torritto B. (2019), "I fondamenti europei della concorrenza", in Ainis M. e Pitruzzella G. (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* (pp. 35-44), Roma-Bari: Laterza.
- Clini A. (2017), "Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio", *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017 (1), pp. 349-379.
- Coniglio J.V. (2017), "Rejecting the Ordoliberal Standard of Consumer Choice and Making Consumer Welfare the Hallmark of an Antitrust Atlanticism", *CPI Antitrust Chronicle*, agosto.
- Crémer J., de Montjoye Y.A. e Schweitzer H. (2019), *Competition Policy for the Digital Era. Final Report*, Lussemburgo: Ufficio per le pubblicazioni dell'Unione Europea.
- Cunningham C., Ederer F. e Ma S. (2018), *Killer Acquisitions*, working paper, disponibile alla URL: [https://www.gsb.stanford.edu/sites/gsb/files/io\\_09\\_18.pdf](https://www.gsb.stanford.edu/sites/gsb/files/io_09_18.pdf).
- Davis G.F. (2016), *The Vanishing American Corporation: Navigating the Hazards of a New Economy*, Oakland: Berrett-Koehler.
- Denozza F. (2009), "Aggregazioni arbitrarie vs. 'tipi' protetti. La nozione di benessere del consumatore decostruita", *Giurisprudenza commerciale*, I, pp. 1057-1086.
- Denozza F. (2019), "Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento", in Sacchi R. e Toffoletto A. (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza* (pp. 411-439), Milano: Giuffrè.
- Fachechi A. (2019), "A proposito di *personality merchandising*", *Giurisprudenza italiana*, 171 (1), pp. 60-69.
- Fenwick M., McCahery J.A. e Vermeulen E.P.M. (2018), "The End of 'Corporate' Governance (Hello 'Platform' Governance)", *ECGI Law Working Papers*, n. 430/2018, dicembre, Bruxelles: **European Corporate Governance Institute**.
- Fonderico G. (2012), "La 'manovra d'agosto'. D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 14 settembre 2011, n. 148. Libertà economica e controlli amministrativi", *Giornale di diritto amministrativo*, 18 (1), pp. 18-22.
- Fraser Institute, *Economic Freedom of the World: 2018 Annual Report*, a cura di J. Gwartney, R. Lawson, J. Hall e R. Murphy, Vancouver: Fraser Institute.
- Grillo M. (2017), *Un'ambiguità irrisolta: la libertà come fonte di efficienza o l'efficienza come vincolo alla libertà?*, in Malaguti M.C., Oglio L. e Vanoni S. (a cura di), *Politiche antitrust ieri, oggi, domani* (pp. 165-182), Torino: Giappichelli.
- Kapás J. e Czeglédi P. (2007), "Economic Freedom: Theory First, Empiricism After", *ICER Working Paper*, n. 10/2007, Torino: International Centre for Economic Research, disponibile alla URL: <http://www.bemservizi.unito.it/repec/icr/wp2007/ICERwp10-07.pdf>.
- Libertini M. (2005), "Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione", in *A.I.D.A. - Annali Italiani del Diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, 14, pp. 50-67.
- Libertini M. (2010), "La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari", in Grillo M. (a cura di), *Mercati finanziari e protezione del consumatore* (pp. 21-46), Milano: Brioschi.
- Libertini M. (2013), "Concorrenza e coesione sociale", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013 (3), pp. 1-20.
- Libertini M. (2017), "Economia e politica nel diritto antitrust", in Malaguti M.C., Oglio L. e Vanoni S. (a cura di), *Politiche antitrust ieri, oggi, domani* (pp. 1-39), Torino: Giappichelli.
- Libertini M. (2018a), "Abuso del diritto e abuso di posizione dominante", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2018 (3), pp. 1-22.
- Libertini M. (2018b), "La Costituzione economica. Libertà d'impresa ed economia sociale di mercato", in Licciardello S. (a cura di), *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario dalla nascita* (pp. 3-56), Torino: Giappichelli.
- Manetti M. (2019), "I fondamenti costituzionali della concorrenza", in Ainis M. e Pitruzzella G. (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* (pp. 45-64), Roma-Bari: Laterza.
- Mannoni S. e Stazi G. (2018), *Is Competition a click away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Marchegiani L. (2001), "Il diritto sulla propria notorietà", *Rivista di diritto civile*, 47 (2), parte I, pp. 191-242.
- Meli V. (1982), "Remuneratività dei prezzi amministrati e libertà di iniziativa economica privata", *Giurisprudenza italiana*, 134 (2), parte I/2, pp. 333-354.
- Memmo D. (2016), "Proprietà e autonomia privata alla luce della giurisprudenza delle Corti europee", *Contratto e impresa*, 32 (6), pp. 1299-1307.
- Micklethwait J. e Wooldridge A. (2005), *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea*, New York: Random House.
- Mingardi A. (a cura di) (2004), *Antitrust - Mito e realtà dei monopoli*, Soveria Mannelli (CZ): Rubbettino.
- Müller T. (2014), *Wettbewerb und Unionsverfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Nachbar T. (2013), "The Antitrust Constitution", *Iowa Law Review*, 99 (1), pp. 57-114.
- Nazzini R. (2019), "Privacy and Antitrust: Searching for the (Hopefully Not Yet Lost) Soul of the Competition Law in the EU after the German Facebook decision", *CPI EU News - Competition Policy International*, marzo,



- disponibile alla URL: <https://dev.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/03/EU-News-Column-March-2019-4-Full.pdf>.
- Nihoul P., Charbit N. e Ramundo E. (a cura di) (2016), *Choice. A New Standard for Competition Law Analysis?*, New York: Concurrences Review.
- Roberti G.M. e Perego I. (2016), "Economic Freedom(s) and Economic Regulations in the Member States: What does the EU (really) Liberalise?", *Italian Antitrust Review*, 3 (2), pp. 7-59.
- The Heritage Foundation (2019), *2019 Index of Economic Freedom*, a cura di T. Miller, A.B. Kim e J.M. Roberts, con P. Tyrrell, Washington (DC): The Heritage Foundation.
- Tor A. (2019), "Should Antitrust Survive Behavioral Economics?", *CPI Antitrust Chronicle*, gennaio, I parte.
- Vidiri G. (2017), "Art. 41 Cost.: licenziamenti per motivi economici e 'repechage' dopo il Jobs Act", *Corriere giuridico*, 34 (5), pp. 659-675.
- Zatti F. (2010), "La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?", *Paper del Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile alla URL: [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0157\\_zatti.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0157_zatti.pdf)