

NON ESISTE L'EUROPA LIBERISTA

Il fondamentalismo di mercato non c'è. Perché l'Unione offre un modello innovativo di relazione tra mercati, democrazia e libertà individuali. Appunti anti fake news

Nell'epoca della grande trasformazione, quale rapporto esiste tra l'opzione europea a favore del mercato e la tutela dei diritti?

In Europa, si è avuto un maggior sospetto nei confronti del privato e più fiducia nelle capacità correttive dell'antitrust. Ragioni di una scelta

In America, la linea di confine tra mercato e pubblico è stata tracciata a favore delle libertà economiche. L'Europa è un altro modello

L'attitudine del diritto europeo della concorrenza è realizzare obiettivi diversi da quello dell'efficienza economica. Perché?

di Giovanni Pitruzzella

In Occidente, dopo la fine del secondo conflitto mondiale, è stato edificato un ordine politico-economico che è riuscito - per usare le parole di Ralf Dahrendorf - a "quadrare il cerchio", cioè a realizzare un equilibrio virtuoso tra mercato, democrazia e libertà individuali. Quest'ordine è stato chiamato dallo scienziato politico John Ruggie, embedded liberalism (cioè un liberalismo economico integrato in un sistema più ampio), perché nel momento in cui abbracciava l'economia di mercato la sottoponeva a qualche forma di controllo politico sia a livello nazionale che sovranazionale.

Alla fine di un processo durato quasi trent'anni, in molti paesi, a cominciare dagli Usa e dall'UK, e poi a livello mondiale, questo sistema è stato progressivamente indebolito a favore dei mercati, sempre più globalizzati, e della loro supposta capacità di autoregolazione in assenza di interventi pubblici. Però, oggi c'è chi sostiene che il liberalismo è diventato disembedded e questa tendenza avrebbe favorito la crescita delle disegualanze e dell'insicurezza, e per reazione lo sviluppo del nazionalismo. Di fronte al sentimento di ansia e di precarietà prodotto dai mercati globali, i cui effetti sfuggono al controllo degli individui e dei popoli, questi ultimi cercano il calore protettivo dell'identità nazionale. In questa nuova Grande trasformazione, che è alimentata non solo dalla globalizzazione dei mercati ma anche da altre tendenze parimenti potenti come la quarta rivoluzione industriale basata sulle tecnologie digitali, come si colloca l'Unione Europea? L'Europa ha concorso ad alimentare il fondamentalismo di mercato oppure, al contrario, l'Unione offre un modello diverso di relazione tra mercati, democrazia e libertà individuali? Quale rapporto esiste tra l'opzione europea a favore del mercato e la tutela dei diritti?

Il primo pilastro del progetto europeo, sin dal Trattato di Roma, è stato il mercato comune. L'integrazione in un unico grande mercato ha favorito relazioni pacifiche tra gli Stati, dopo gli orrori del "secolo breve", ma anche la crescita economica. E poiché, come evidenziato in un libro di Holmes e Sunstein, tutti i diritti costano, le nostre li-

bertà per essere effettive richiedono che siano disponibili risorse economiche sufficienti per la loro tutela. Senza le quali non possono funzionare i tribunali, la polizia, le scuole, gli ospedali, le infrastrutture.

Nel mercato comune confluiscono tre aspetti: le libertà fondamentali, la tutela della concorrenza, il level playing field che si realizza tramite l'armonizzazione legislativa e i limiti all'intervento pubblico. I Trattati tutelano la libera circolazione di merci, persone, servizi, capitali, e cioè le libertà fondamentali funzionali a un mercato senza barriere interne. Di esse la giurisprudenza ha dato un'interpretazione estensiva, facendo ricadere nel loro campo di applicazione tutti gli interventi regolatori statali, anche quelli che non si dirigono specificamente ai fattori produttivi che provengono da un altro Stato, quando recano pregiudizio al commercio (sentenze Dassonville e Cassis de Dijon). Da qui una spinta liberalizzatrice che però non è senza limiti. In primo luogo, perché una regolazione è ammissibile se persegue un interesse pubblico purché esista una proporzionalità tra lo scopo perseguito e la misura adottata.

In secondo luogo, a impedire gli abusi del potere economico c'è il diritto della concorrenza. A tale proposito sovente si cita l'ordoliberalismo, che ha avuto un sicuro peso nella vita del diritto europeo. L'obiettivo della politica della concorrenza dell'ordoliberalismo - scolpito nelle pagine di Eucken, Rüstow, Röpke, Böhm - consisteva nel preservare una società libera. Per raggiungere quest'obiettivo occorreva perseguire la sistematica eliminazione della concentrazione del potere economico privato attraverso la garanzia di una completa competizione nel mercato. La struttura pienamente concorrenziale doveva servire non soltanto a realizzare l'efficiente allocazione delle risorse, ma soprattutto a garantire una società libera in cui lo Stato non cada preda degli interessi riferibili alle grandi concentrazioni di potere economico.

Nell'esperienza statunitense la linea di confine tra mercato e intervento pubblico è stata tracciata a favore delle libertà economiche, muovendo dal sospetto nei confronti del potere del governo e dalla fiducia nella capacità dei mercati di autocorreggersi producendo efficienze. Nell'esperienza euro-



pea, al contrario, si è avuto un maggior sospetto nei confronti del potere privato e più fiducia nella capacità correttive dell'intervento antitrust. Qui è sufficiente richiamare l'idea della "speciale responsabilità" dell'impresa dominante, ma anche il rilievo dato ai prezzi predatori, il dovere dei titolari di essential facilities di consentire l'accesso da parte di terzi a condizioni non discriminatorie, la configurazione del margin squeeze come autonoma figura di illecito anticoncorrenziale, i limiti che il diritto della concorrenza può porre allo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale. L'excessive price è ignoto al diritto antitrust statunitense che ha fiducia nelle capacità di autocorrezione del mercato in presenza di prezzi ritenuti eccessivi, mentre è previsto dal diritto europeo e ha conosciuto recentemente nuova fortuna – soprattutto dopo il caso Aspen - nella pratica della Commissione e delle autorità nazionali. L'antitrust europeo, ben più intrusivo di quello nordamericano, può contenere quell'eccesso di potere economico che, in assenza di un tale intervento, può pregiudicare la libertà politica e ottenere dal potere politico privilegi e rendite di posizione, accaparrandosi una maggiore fetta della ricchezza prodotta, accentuando le diseguaglianze.

L'"eccedenza" dell'antitrust europeo rispetto alla sfera meramente economica sembra presente negli interventi della Commissione e delle autorità nazionali di concorrenza che riguardano gli abusi di posizione dominante dei "giganti" di Internet. In questo campo c'è un vistoso contrasto tra l'attività della Commissione europea e la prudenza dell'Antitrust americano. Pensiamo, per esempio, alla condanna a più di due miliardi di euro inflitta a Google per avere abusato della sua posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca generali al fine di dare un vantaggio nel settore dei servizi di comparazione di acquisti al suo Google Shopping. Senza entrare nel merito di queste complicatissime vicende, esse potrebbero essere considerate – in un contesto in cui sempre più frequentemente si insiste sulle minacce che i nuovi monopolisti possono arrecare al funzionamento della democrazia e alle libertà personali – come una spia dell'attitudine del diritto europeo della concorrenza a realizzare, sia pure indirettamente, obiettivi diversi da quello dell'efficienza economica.

All'integrazione negativa che si realizza attraverso il rispetto delle libertà fondamentali – affidata soprattutto ai Giudici europei e nazionali – si contrappone l'integrazione positiva realizzata attraverso l'intervento del legislatore europeo che armonizza le regole presenti nei diversi Stati in vista della realizzazione di un unico mercato interno. Gli interventi di armonizzazione legislativa, condotti in nome della realizzazione del mercato interno, hanno spesso portato alla tutela di nuovi diritti. Infatti, occorre sottolineare come la clausola dei Trattati che prevede l'adozione di misure relative al riavvicinamento delle disposizioni che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, è stata interpretata nel senso che essa può giustificare interventi diretti a realizzare obiettivi non di mercato. In pratica, come messo in luce da Vasiliki Kosta nel suo libro su Fundamental Rights in EU In-

ternal Market Legislation, l'integrazione positiva è diventata un mezzo per conseguire un bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti fondamentali, in modo da realizzare una correzione del mercato. Si è così gradualmente passati da un sistema in cui i diritti individuali erano strumentali alla realizzazione del mercato interno ad un sistema in cui nuovi diritti fondamentali hanno limitato le tradizionali libertà economiche.

Gli esempi di una simile tendenza sono numerosi. Possiamo iniziare citando la direttive sulla protezione dei dati personali adottata a metà degli anni novanta. Il fondamento della direttiva stava nell'esigenza di armonizzare la legislazione degli Stati membri in materia di tutela dei dati personali. In questo modo, però, è entrato nel sistema il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, i cui sviluppi successivi sono stati imponenti. Da una parte, c'è stata la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha progressivamente esteso il contenuto della tutela della privacy su internet. Nel caso Google Spain (2014) la Corte ha affermato l'esistenza del "diritto all'oblio", che consente ai cittadini dell'Unione di chiedere ai gestori dei motori di ricerca su Internet, come Google, di eliminare i link verso pagine web pubblicate da terzi dai risultati delle ricerche effettuate partendo dal nome di tali soggetti e contenenti informazioni che li riguardano. A questa decisione se ne sono affiancate delle altre che hanno esteso il contenuto del diritto alla protezione dei dati personali: le sentenze sui casi Digital Rights Ireland, Schrems, Puskár, per citare le più importanti.

Dall'altra parte, il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali ha via via acquistato un maggior riconoscimento normativo e una tutela legislativa assai estesa. L'art. 16 del TFUE ha stabilito che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione garantisce il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale. Su questo fondamento è stata introdotta una completa disciplina legislativa con il General Data Protection Regulation, entrato in vigore il 25 maggio 2018, il quale attribuisce agli individui una vasta gamma di diritti che limitano indistintamente i poteri pubblici e privati, correggendo le mere dinamiche di mercato.

Analoghe vicende si possono ritrovare in altri campi del diritto dell'Unione, che si sono sviluppati a partire dall'esigenza di armonizzare la legislazione dei differenti Stati per permettere il funzionamento del mercato interno. La tutela del consumatore è stata introdotta da una vasta serie di direttive – attualmente circa novanta – e ha trovato un ampio riconoscimento nei Trattati. Con questa legislazione siamo in presenza di una forte correzione delle dinamiche di mercato, con la finalità di riequilibrare un rapporto che in partenza è squilibrato a danno del consumatore.

Il medesimo obiettivo di riequilibrio a favore del soggetto debole riguarda la normativa che ha dato origine al diritto del lavoro europeo e che si è sviluppata attraverso una serie di direttive, che spaziano dalle misure rivolte a promuovere il miglioramento della

sicurezza e della salute dei lavoratori a quelle sulla disciplina del riposo del lavoratore, al pacchetto di direttive che riguardano il divieto di discriminazione. Un ulteriore allargamento della sfera di protezione del lavoratore si è avuta con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Nell'interpretare le direttive a protezione del lavoratore, la Corte di giustizia ha sottolineato come è necessario impedire al datore di lavoro di comportarsi in modo tale da imporre una restrizione dei suoi diritti e recentemente ha riconosciuto efficacia diretta nei rapporti orizzontali tra privati alla Carta con riguardo al diritto alle ferie, nel caso Max Planck (2018). Gli esempi di correzione dei mercati attraverso la tutela di diritti individuali potrebbero continuare a lungo, passando dalla libertà di informazione, realizzata attraverso la garanzia del pluralismo dei media (la direttiva sui Servizi di media audiovisivi), per arrivare alla tutela dell'ambiente, consacrata nei Trattati, che ha dato origine ad una vastissima legislazione europea.

Una tappa importante nell'affermazione dell'Europa dei diritti è stata l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (2000), che poi ha acquisito il medesimo valore giuridico dei Trattati. Essa impone all'intero corpo giuridico europeo - fatto di migliaia di regolamenti, direttive e decisioni -

di essere coerente con le sue previsioni, le quali, inoltre, devono essere rispettate dagli Stati membri quando applicano il diritto europeo. In questo modo l'Unione tende a realizzare i principi dello "Stato di diritto". In questa nozione confluiscono la tutela dei diritti fondamentali, anche nei confronti della legislazione europea e di quella nazionale che applica il diritto dell'Unione, il controllo di legalità sugli atti delle istituzioni e la garanzia d'indipendenza dei giudici, che, secondo la Corte di giustizia, si estende ai giudici nazionali.

Insomma, in Europa c'è stata la costante ricerca di un equilibrio tra mercato, democrazia e libertà individuali. Nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato. Certamente l'equilibrio va adeguato alle sfide della storia, e la sfida più difficile concerne la creazione di una "Unione sociale". Esiste, però, una base reale su cui costruire una risposta efficace - naturalmente insieme a quelle che dovranno riguardare altri settori come l'immigrazione e la difesa - alle insicurezze ed alle angosce del momento presente.

Giovanni Pitruzzella è l'ex presidente dell'Antitrust. Questo è un estratto della lezione su "L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti", con cui ho aperto un ciclo di lezioni sull'Europa organizzato dalle Università romane, La Sapienza, Roma Tre e Tor Vergata