

CAPITOLO I

DISCIPLINA DEL SOVRAINDEBITAMENTO E SVILUPPO DEL MERCATO CAPITALISTICO

SOMMARIO: 1. Ordine giuridico e mercato. – 2. Dal primato della volontà al primato della concorrenza. – 3. Dal neoliberalismo all'economia sociale di mercato altamente competitiva. Il paradigma del consumatore indebitato. – 4. La prima stagione dell'insolvenza civile: il debitore sovraindebitato e mai esdebitato. – 5. La seconda stagione: il consumatore sovraindebitato ed esdebitato. – 6. La terza stagione: le novità introdotte dal codice della crisi e dell'insolvenza. L'estensione dell'esdebitazione a tutti i debitori (civili e commerciali). – 7. La ratio «market oriented» sottostante alla nuova disciplina del sovraindebitamento del consumatore e dell'esdebitazione del debitore. – 8. Rilevi conclusivi.

1. ORDINE GIURIDICO E MERCATO

L'istituto dell'esdebitazione¹ del c.d. debitore civile sovraindebitato² può essere esaminato, anzitutto, sotto un profilo giuseconomico. Attraverso l'introduzione e, per come si illustrerà nel prosieguo, la progressiva estensione dell'esdebitazione a tutti i debitori non fallibili, infatti, il legislatore mira a regolare il fenomeno del sovraindebitamento, oggi di indubbia rilevanza economico-sociale³. Pertanto, prima di interrogarsi

* The book also contributes to the GRInS (Growing Resilient, Inclusive and Sustainable) project – Spoke 8 “Social sustainability”, within PNRR – Next Generation EU program.

¹ Ai sensi dell'art. 278, comma 1, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (c.d. CCI) «l'esdebitazione consiste nella liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata».

² Il sovraindebitamento è definito dall'art. 2, lett. c), CCI come lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle *start-up* innovative di cui al decreto-legge n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221/2012, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

³ La Direttiva n. 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e

se, effettivamente, l'esdebitazione apporti modifiche sistematiche allo statuto del rapporto obbligatorio, oggetto di questa indagine, e al fine di meglio contestualizzare gli interventi legislativi, appare utile muovere da una prospettiva che provi a mettere in luce la relazione intercorrente tra la disciplina del sovraindebitamento e lo sviluppo del mercato capitalistico.

Il che richiede, preliminarmente, di soffermarsi sulle relazioni che intercorrono tra diritto privato, potere politico e mercato (inteso come istituzione⁴), da sempre oggetto di vivace dibattito dottrinale⁵, così da comprendere se sono la volontà politica e le relative norme giuridiche a condizionare il mercato e, conseguentemente, a organizzare la società secondo modelli e valori politicamente definiti, ovvero se esse si limitano a recepire e a dare rilevanza a valori già presenti, vale a dire a influenzare dall'esterno un mercato naturalmente dato al fine di correggerne i relativi fallimenti. La sconfinata estensione della tematica dei rapporti tra diritto ed economia consente solo brevi cenni sulle argomentazioni addotte dai principali orientamenti per sostenere le rispettive tesi.

le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza) ritiene che «Il sovraindebitamento del consumatore è un problema di grande rilevanza economica e sociale ed è strettamente correlato alla riduzione dell'eccesso di debito».

⁴ B. BARBER, *Absolutization of the Market: Some Notes on How We Got from There to Here*, in *Markets and Morals*, a cura di G. Bermant, P.G. Brown, G. Dworkin, New York, London, Sidney, Toronto, 1977, in particolare p. 19 ss., mette in luce la mancanza di attenzione analitica al concetto di mercato nella letteratura economica e, in parte, giuridica. Altra dottrina, invece, evidenzia il carattere polisenso del termine «mercato»; in tal senso M.R. FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, p. 292 ss., la quale evidenzia che «...a) il mercato come “luogo” ha riguardo al problema della fisicità del mercato; al contempo, la localizzazione fisica del mercato è legata anche alla sua condizione evolutiva; b) il mercato come “ideologia” ha riguardo al modo di pensare il mercato in rapporto alla politica e specialmente rispetto al tema della libertà; c) il mercato come “paradigma di azione sociale” è un modo di guardare al mercato attraverso gli atteggiamenti e i moventi degli individui che lo abitano; d) il mercato come “istituzione” perde di vista gli individui e guarda piuttosto al funzionamento del meccanismo nel suo complesso» (p. 320).

⁵ La letteratura sui rapporti tra diritto privato e mercato e tra Stato e mercato è sconfinata. Sul carattere politico-giuridico del mercato cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*², Roma-Bari, 2004; con riguardo ai rapporti tra Stato e mercato, v. L. AMMANATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di “transaction” di Commons*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2003, p. 113 ss.; K. POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, New York-Toronto, 1944, trad. it. di R. Vigevari, *La grande trasformazione*, Torino, 1974.

Secondo una visione positivista il mercato è «unità giuridica delle relazioni di scambio riguardanti un dato bene o date categorie di bene»⁶. Il mercato necessita, infatti, di un ordine (nel senso di regolarità e prevedibilità dell'agire⁷) che è assicurato dalla presenza di norme giuridiche generali e astratte prodotte dal potere legislativo, trascendenti gli interessi individuali e il cui contenuto è deciso dalla volontà politica, che organizzano la società consentendo agli agenti di calcolare gli effetti delle loro condotte⁸.

Il mercato, quindi, non si configurerebbe come un *locus naturalis* che autoproduce le proprie regole di organizzazione e di convivenza economica, ma come un *locus artificialis* «che la legge costruisce, governa, regola e controlla»⁹. Una concezione di mercato, dunque, intrinsecamente politica e normativa in cui l'artificialità non si limita alla concezione einaudiana che assegna alla legge il semplice compito di definire i limiti dell'agire dei singoli (la c.d. «metodologia della cornice») ovvero correggere i fallimenti del mercato¹⁰. Per l'orientamento positivista, infatti, «il mercato è la legge»¹¹ e prende forma dalle decisioni politiche e dalle riflesse norme giuridiche¹². L'artificialità viene, quindi, teorizzata nella sua forma più estrema; la politica e la legge non si limitano a conformare il mercato (e l'economia), ma creano il mercato, improntandolo ad una visione etica e valoriale che discende dalle decisioni (interessate) del corpo politico e dalle connesse esigenze di governabilità e di riconoscimento della legittimazione del proprio potere.

⁶ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 111.

⁷ Sul concetto di ordine v. F.A. VON HAJEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, trad. it. Roma, 1988, p. 85.

⁸ Secondo N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 39 «Politicità e giuridicità sono profili dello stesso fenomeno: la fondazione della regolarità esige norme; e il contenuto delle norme è determinato dalla scelta politica».

⁹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 11.

¹⁰ In tal senso L. EINAUDI, *Discorso elementare sulle somiglianze e sulle dissomiglianze tra liberalismo e socialismo*, in *Prediche inutili*, Torino, 1957, p. 220.

¹¹ Secondo N. IRTI, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1999, p. XIV, «il mercato non è in *rerum oeconomicarum natura*, qualcosa di esterno e oggettivo, sicché al diritto non rimanga che il compito di riconoscerlo e adeguarglisi. Esso è il proprio e determinato contenuto di norme, le quali, di volta in volta, lo prevedono e disciplinano con riguardo a un certo bene o a una certa categoria di beni».

¹² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 11. In tal senso, prevalentemente, anche G. AZZARITI, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1999, p. 3.

Altri autorevoli autori (soprattutto economisti), invece, sostengono una concezione naturalistica del mercato, apolitico e agiuridico, che sarebbe in grado di vivere e funzionare anche senza legge (c.d. visione pregiuridica del mercato), come regola del singolo scambio, come ordine economico spontaneo la cui prevedibilità risiederebbe nel perseguimento del massimo profitto individuale da parte degli attori del mercato¹³. Il diritto sarebbe funzionale solo a correggere i frequenti fallimenti di mercato.

Secondo tale orientamento, la primazia della politica e del diritto sul mercato sarebbe smentita dall'evidenza empirica secondo cui il diritto interviene su una condotta/relazione umana che «è già», per ratificarla, modificarla o restarne indifferente. La correttezza di siffatta ricostruzione sarebbe dimostrata dal funzionamento dei mercati illeciti, la cui efficienza degli scambi prescinde da un riconoscimento giuridico¹⁴; dall'inadempimento delle obbligazioni naturali, non sanzionabile giuridicamente *ex art.* 2034 c.c. e dai codici di autodisciplina delle società quotate che, pur non essendo vincolanti, posseggono un'efficacia deterrente spesso pari, se non superiore, a quella di una norma di legge¹⁵.

La tesi naturalistica del mercato, tuttavia, non appare condivisibile. Già sotto un profilo logico, infatti, il diritto sembra preesistere al mercato.

La decantata spontaneità degli scambi, per esempio, postula il rinvio alle norme giuridiche che disciplinano la compravendita. Il prevedibile effetto del trasferimento della proprietà conseguente allo scambio dei beni, infatti, è strettamente connesso all'esistenza di norme che fanno discendere dal pagamento del prezzo ovvero dalla permuta l'effetto traslativo della titolarità. E tali norme, contrariamente ai fautori di una visione naturalistica del mercato, non rappresentano «*nomoi*» «trovate» nel mercato, ma «*thesis*» create dal potere legislativo al fine di ordinare artificialmente il funzionamento del mercato¹⁶.

¹³ Così, tra tutti, M. DRAGHI, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1999, p. 81.

¹⁴ Lo sottolinea anche P. SCHLESINGER, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1999, p. 32.

¹⁵ M. DRAGHI, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 83-84.

¹⁶ La distinzione tra *nomos* e *thesis* è stata teorizzata da F.A. VON HAJEK, *La confusione cit.*, p. 87-90. In particolare, secondo l'A., il *nomos* rappresenta una norma universale di comportamento giusto, trovata nel mercato e non creata, che consente al mercato di ordinarsi spontaneamente (il c.d. *cosmos*, ovvero l'ordine spontaneo). Per contro, le *thesis* rappresentano norme particolari di comportamento create dal potere legislativo sulla base di un disegno politico esterno al mercato, strumentali a creare un ordine artificiale dello stesso (la c.d. *taxis*).

Allo stesso modo, il differente grado di intervento dello Stato nell'economia (dal *laissez-faire*¹⁷ del primo Stato liberale al forte interventismo dello Stato dirigista) è espressione di una precisa scelta politica¹⁸.

Inoltre, gli interventi regolatori costantemente posti in essere dal legislatore comunitario postulano una scelta di valori (siano essi la solidarietà, la concorrenza, o la coesione sociale¹⁹, i c.d. valori-mezzo che

¹⁷ Il *laissez faire* rappresenta un approccio alla politica giuridica in cui tutti i contratti – qualora stipulati in modo libero e consapevole – godono di riconoscimento, applicazione e tutela, anche quando conducono alla restrizione della concorrenza.

¹⁸ In tal senso N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 12.

¹⁹ Il primo riferimento normativo alla «coesione», declinata in forma «economica e sociale», è contenuto nell'art. 130 A dell'Atto unico europeo del 1987, che apre il Titolo V rubricato, per l'appunto, «Coesione economica e sociale». Secondo tale disposizione «Per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme della Comunità questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica e sociale. In particolare la Comunità mira a ridurre il divario tra le diverse regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite», anche attraverso fondi a finalità strutturale (Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia, sezione «orientamento», Fondo sociale europeo, Fondo europeo di sviluppo regionale), la Banca europea per gli investimenti e gli altri strumenti finanziari esistenti, nonché l'istituzione di uno specifico fondo per la coesione economica e sociale (entro il 1994). Il «Protocollo sulla coesione economica e sociale», allegato al Trattato di Maastricht del 1992, evidenzia il ruolo centrale che la coesione economica e sociale riveste nel mercato unico europeo, considerata – e ciò appare significativo – in una posizione pari ordinata alla concorrenza. Secondo il Protocollo, infatti, «la promozione della coesione economica e sociale è di vitale importanza per il pieno sviluppo e il durevole successo della Comunità e sottolineano l'importanza dell'inclusione della coesione economica e sociale negli articoli 2 e 3 del Trattato». Nell'articolo 3 del Trattato la concorrenza e la coesione economica e sociale sono espressamente ricomprese tra gli obiettivi perseguiti dall'azione dell'Unione europea. La prima teoria scientifica della coesione sociale è, solitamente, attribuita a É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Parigi, 1893, trad. it., *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1962. Per P. BERNARD, *La Cohésion sociale: critique dialectique d'un quasiconcept*, in *Lien Social et Politiques*, 1999, 41, p. 47 ss., la coesione sociale è un «quasi – concetto». Per una ricostruzione delle molteplici concezioni di coesione sociale v. G. DI FRANCO, *Il poliedro coesione sociale. Analisi teorica ed empirica di un concetto sociologico*, Milano, 2015 e, con particolare attenzione al profilo accademico e politico, F. ADDEO, G. BOTTONI, *Concetti e misure della coesione sociale*, in *Il poliedro della coesione sociale*, a cura di G. Di Franco, Milano, 2014, p. 39 ss. Quanto al significato del lemma «coesione economica e sociale» v. E. BALBONI, *Il principio della coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell'Unione*, e C. BUZZACCHI, *Le politiche comunitarie e il principio della coesione economica e sociale*, entrambi in *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 2001, rispettivamente p. 19 ss. e p. 59 ss.; C. MESTRE, Y. PETIT,

devono ispirare il mercato europeo per svolgere la sua funzione di miglioramento delle condizioni della società) che non esistono naturalmente nel mercato, in cui ciascun agente è orientato alla ricerca del profitto individuale, ma che hanno natura eminentemente politica.

Sono le volontà politiche e le norme giuridiche, quindi, a creare le migliori condizioni per garantire la produzione della ricchezza e, al contempo, attuare una redistribuzione delle risorse tra le molteplici fasce della società; redistribuzione che varierà nella propria portata secondo la visione di politica economica adottata *pro tempore*²⁰.

Neanche le esemplificazioni a cui ricorrono i sostenitori di una concezione pregiuridica del mercato sembrano in grado di confutare la superiore ricostruzione.

Si potrebbe, infatti, opporre che la valutazione di illiceità (e la conseguente nullità) degli scambi che avvengono nei mercati illeciti discende da una precedente scelta politica che stabilisce i valori a cui l'ordinamento ha deciso di conformarsi in un determinato momento storico. Inoltre, l'indifferenza dell'ordinamento alle attribuzioni patrimoniali eseguite in esecuzione di un'obbligazione naturale presuppone una previa valutazione di natura politica e legislativa in ordine a cosa si intenda per obbligazione naturale e sui valori ai quali si vuole dare rilevanza ai fini dell'ammissione della *soluti retentio*. E, comunque, l'adempimento dell'obbligazione naturale può produrre effetti giuridici in quanto vi è una disposizione, l'art. 2034 c.c., che lo permette.

Quanto ai codici di autodisciplina, essi, pacificamente, non godono di vincolatività, per quanto, certamente, siano idonei a svolgere una funzione deterrente.

Si aderisce, pertanto, all'idea dell'intrinseca capacità costitutiva del mercato da parte del diritto privato.

Nelle pagine di questo capitolo, previa ricostruzione del quadro normativo di riferimento, si cercherà di dimostrare che l'esdebitazione, lungi dal rappresentare un istituto ispirato a finalità di tutela della

La cohésion économique et sociale après le Traité sur l'Union européenne, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1995, p. 207 ss.; J.A. VALLE GALVEZ, *La cohesión económica y social como objetivo de la Unión Europea. Análisis y perspectivas*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, 2, p. 341 ss.; G. GIRO, *La coesione economica e sociale nella Comunità europea*, in *Affari sociali internazionali*, 1993, 4, p. 55 ss.; J. KENNER, *Economic and Social Cohesion. The Rocky Road Ahead*, in *Legal Issues of European Integration*, 1991, 1, p. 1 ss.; R. SAPIENZA, *L'azione comunitaria per lo sviluppo regionale*, in *I problemi regionali nel mercato unico europeo*, a cura di R. Sapienza, Bologna, 1991, p. 11 ss.

²⁰ Per esempio, rileva L. EINAUDI, *Discorso elementare sulle somiglianze e sulle dissomiglianze tra liberalismo e socialismo*, cit., p. 213, che «i liberali sono più attenti ai meriti e agli sforzi della persona e sono propensi a tenersi stretti nell'ammontare dei sussidi laddove i socialisti, meglio misericordiosi verso gli incolpevoli, sono pronti a maggiori larghezze».

persona umana, non solo persegue finalità di corretto funzionamento del mercato, ma si inserisce in un disegno più ampio di trasformazione strutturale dell'economia, sempre più fondata sul ricorso al credito da parte del debitore civile (la c.d. «economia del debito»²¹).

2. DAL PRIMATO DELLA VOLONTÀ AL PRIMATO DELLA CONCORRENZA

Un illustre Maestro, già in anni ormai risalenti, aveva constatato che «*la dogmatica classica, costruita sul modello liberale della società e del diritto e fondata sul dogma della volontà, non è in grado di rappresentare veridicamente l'odierna realtà giuridica*»²².

La «società di diritto privato»²³, infatti, aveva metabolizzato, da

²¹ L'espressione è attribuibile a M. LAZZARATO, *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, 2012, p. 42.

²² A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, relazione svolta al convegno veneziano del 23-26 giugno 1989 su *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 735-775, richiamato, altresì, da G. D'AMICO, *Angelo Falzea e il ruolo della dogmatica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 4, p. 1015 ss. La nascita dello stato liberale capitalista è notoriamente collocata alla fine del XVIII secolo, in concomitanza all'avvento della rivoluzione francese e della rivoluzione industriale. Il modo di produzione della borghesia capitalista, ispirato alla libera competizione economica, prese l'avvento sul modo di produzione feudale caratterizzato da forme di appropriazione e distribuzione della ricchezza prodotta che si fondavano su una costrizione giuridico-politica (rendite fondiari, monopoli). È il momento della nascita della società di diritto privato che, come evidenziato da F. BOHM, *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Londra, 1989, p. 46 ss., tradotto in *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, a cura di F. Forte, F. Felice, C. Forte, Catanzaro, 2012, p. 67 ss., «liberato dalla sua condizione miserabile e sfruttata», veniva «elevato a sistema sociale». Per un approfondimento sulla nascita e lo sviluppo della società borghese v., diffusamente, la trilogia di D.N. McCLOSKEY, *The Bourgeois Virtues: Ethics for an Age of Commerce*, Chicago, 2007; ID., *Bourgeois Dignity: Why Economics Can't Explain the Modern World*, Chicago, 2011; ID., *Bourgeois Equality: How Ideas, Not Capital or Institutions, Enriched the World*, Chicago, 2017. Per un'analitica ricostruzione del passaggio dalla società feudale alla società borghese e alla conseguente nascita dello Stato liberale v. M. BARCELLONA, *Proprietà privata e intervento statale. Profili istituzionali della questione agraria*, Napoli, 1980, p. 4 ss.

²³ Così definita in quanto al diritto privato era stato assegnato il compito di controllare una società di individui che agivano in maniera libera e indipendente e che, attraverso una relazione fondata sullo scambio nel mercato e sull'uguaglianza dei diritti, miravano a raggiungere risultati mutuamente vantaggiosi; si passava, quindi, dalla rilevanza dello status all'interno della società alla rilevanza del contratto quale strumento di esercizio dell'autonomia privata e di organizzazione della società. Secondo P. BARCELLONA, *Oltre lo stato sociale. Economia e politica nella crisi dello Stato keynesiano*, Bari, 1981, p. 45,

una parte, il passaggio dal modello di capitalismo liberale di stampo smithiano²⁴ al modello di capitalismo dirigista (e interventista)²⁵ e,

«l'autonomia della sfera economica – nel senso dell'autosufficienza delle relazioni economiche e della non ingerenza dei rapporti di potere – viene prodotta politicamente, sia nel senso dell'istituzione coattiva del mercato come luogo generale di connessione fra i produttori che liberamente scambiano i loro prodotti, sia come imputazione ad un centro autonomo, separato e impersonale (sfera politico statale) dei compiti di organizzazione sociale non interamente sussumibili entro la sfera economica (prole, sicurezza, sopravvivenza dei soggetti esclusi dai rapporti di mercato)».

²⁴ Il pensiero del capitalismo liberale è stato esposto da Adam Smith nel celebre saggio *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Londra, 1775. Secondo l'Autore un mercato improntato al libero scambio tra soggetti dotati dei medesimi poteri (ciascuno dei quali persegue il proprio interesse egoistico), caratterizzato dal decentramento delle decisioni sulle quantità di beni da produrre e da acquistare e sui relativi prezzi di mercato e ispirato alla massima concorrenza (sia interna che dei capitali) era in grado di perseguire il miglior soddisfacimento possibile della società. Secondo i filosofi il capitalismo liberale si fonda su un principio di «dissociazione associativa», incaricato di trasportare a uno «stadio successivo» il grado di civilizzazione di una società civile. Questo principio di trasformazione è da ricondurre alla presenza, nelle inclinazioni dell'umano, di un determinato tipo di interesse, non più disinteressato (cioè composto di simpatia, benevolenza e ripugnanza): l'egoismo economico, ossia ciò che spinge l'individuo a dissociarsi affettivamente dall'aggregato circostante, introducendo con ciò uno squilibrio nel gioco sociale, che altrimenti sarebbe storicamente statico; in tal senso M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Corso al College de France (1978-1979), trad. it., M. Bertani, V. Zini, Milano, 2005, p. 249.

²⁵ In Italia l'avvento del dirigismo trova conferma sia all'interno del codice civile del 1942, ispirato dall'ideologia corporativa fascista, sia all'interno della Costituzione. Sotto il primo aspetto si pensi all'art. 1339 c.c., che consente l'imposizione nel contratto, ad opera della legge, di clausole contrattuali o di prezzi di beni e servizi anche in sostituzione di eventuali clausole difformi stabilite dalle parti. Per quanto riguarda la Costituzione, invece, l'affermazione dell'impostazione interventista nell'economia emerge chiaramente dall'art. 41, comma 3, Cost. che riconosce alla legge la possibilità di determinare i poteri e i controlli ritenuti opportuni al fine di coordinare e indirizzare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali. Anche l'art. 43 Cost., in base al quale la legge, ai fini di utilità generale, può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, determinate imprese o categorie di imprese in specifici settori, purché caratterizzate da un preminente interesse generale, non solo allo Stato, ma anche a enti pubblici o a comunità di lavoratori e utenti, rappresenta espressione della medesima tendenza dirigista. Viene, così, offerta un'ampia copertura costituzionale a tutte quelle operazioni di "pubblicizzazione" e di "nazionalizzazione" dell'impresa che rappresenteranno, per lunghi anni, la principale arma impiegata dallo Stato nel governo dell'economia. Inoltre, la Costituzione recepisce le istanze solidaristiche e sociali emerse nel secondo dopoguerra, affiancando ai tradizionali diritti civili, politici e di libertà la nuova categoria dei diritti sociali. Prende, così, vita il c.d. Welfare State.

Il modello dirigista origina dalle forti crisi economiche che si erano sviluppate in Europa e nel mondo tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento. In particolare, nel ventennio 1873-1895, l'Europa è attraversata da un periodo di grande depressione economica, derivante da una sovrapproduzione nel settore agrario e industriale, non equilibrata da una pari domanda dei beni, che comportò una contrazione dei salari, un cambio della produzione e, conseguentemente, la fuoriuscita dal mercato di interi settori di forza – lavoro, costretti alla disoccupazione e alla povertà. Poco dopo, lo scoppio della prima guerra mondiale e la grande crisi del 1929 hanno segnato il declino del mercato organizzato secondo i dettami dell'individualismo liberale, incapace di rispondere alle indifferibili istanze sociali dirette alla protezione dei soggetti più deboli e degli esclusi dal mercato.

La crisi economica ha avuto un forte impatto anche sotto l'aspetto del pensiero economico. È proprio in questo periodo che attecchiscono, in Europa e nel mondo, sia dottrine di stampo marcatamente anticapitalista, sia dottrine finalizzate alla difesa del capitalismo, seppur con l'introduzione di importanti correttivi. Tra le teorie che auspicavano la lotta di classe tra capitalisti e lavoratori e il rovesciamento dell'ordine capitalista si annovera, ovviamente, la dottrina marxista, analiticamente esposta da Karl Marx nella celebre opera *Il Capitale*, composta da tre volumi; il primo viene pubblicato nel 1865, gli altri due sono stati pubblicati postumi da F. Engels, rispettivamente nel 1885 e nel 1894. Non è, certamente, possibile in questa sede approfondire il pensiero marxista; tuttavia alcuni concetti principali di critica al capitalismo, quali l'alienazione del lavoratore, il feticismo delle merci e l'analisi del surplus capitalista derivante dallo sfruttamento dei lavoratori, saranno presi come riferimento da ideologie politiche che sosterranno un'economia pianificata in cui è lo Stato ad amministrare i cicli di produzione e di distribuzione e da ideologie di matrice socialista volte a richiedere un intervento dello Stato a tutela delle fasce deboli e dei lavoratori in particolare. In antitesi al marxismo, e in difesa dello Stato capitalista, si svilupparono due modelli di pensiero che godranno di notevole successo. Da una parte, il pensiero ordoliberal, di cui alle note successive. Dall'altra parte, il pensiero keynesiano, adottato immediatamente nell'economia statunitense, secondo cui ponendo, anch'esso, il meccanismo del libero scambio come la principale forma di organizzazione del mercato e della società, un'economia di mercato non tende automaticamente alla piena occupazione. La stessa sopravvivenza del capitalismo richiede, quindi, un costante intervento dello Stato per stimolare l'attività economica e per sostenere l'occupazione. Compito dello Stato è mantenere le condizioni dello scambio creando i presupposti per l'equilibrio tra risparmio e investimento, anche manovrando il prezzo della moneta e, conseguentemente, impedendo l'autonoma fluttuazione dei prezzi. La concezione keynesiana ritiene che la propensione agli investimenti non sia naturale ma debba essere creata artificialmente dallo Stato immettendo nel mercato nuova moneta. In questo modo lo Stato, diminuendo il valore delle singole unità monetarie, scongiura la c.d. «oziosità della moneta» inducendo i possessori della liquidità a reinvestire il denaro liquido nel mercato, così aumentando l'occupazione. Per un'attenta analisi dei capisaldi della teoria keynesiana e della crisi attraversata dallo Stato liberale v. P. BARCELLONA, *Oltre lo stato sociale. Economia e politica nella crisi dello Stato keynesiano*, cit., passim. Più di recente, per quanto concerne l'analisi delle ricadute delle varie forme di capitalismo sul diritto privato, v. anche L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2011.

successivamente, al modello di capitalismo ordoliberal²⁶, teorizzato in Europa dalla scuola tedesca²⁷ e, dall'altra, il passaggio dal primato del produzionismo industriale e del paradigma del soggetto (indifferenziato) del libero scambio al primato dell'economia di consumo e del paradigma dell'uomo (consumatore) "imprenditore di sé stesso", di foucaultiana creazione²⁸.

L'idea liberale del mercato quale luogo naturale ordinato dalla "mano invisibile" lasciava spazio alla costruzione ordoliberal del mercato quale luogo artificiale, in cui l'interventismo statale è finalizzato a garantire la concorrenza tra gli operatori e limitare i costi transattivi²⁹.

²⁶ Dal nome della rivista accademica «*Ordo. Jahrbuch für die Ordnung der Wirtschaft und Gesellschaft*», diretta da W. Eucken, che forniva un supporto concreto alla strategia politica ordoliberal nel dopoguerra in funzione antisocialista e anticomunista.

²⁷ Tale dottrina, che si è sviluppata soprattutto nelle scuole di Friburgo (per l'orientamento più conservatore) e di Colonia, si poneva nella tradizione del liberalismo classico ma prendeva le distanze da un liberalismo *laissez faire* che non era in grado di apprezzare l'essenziale ruolo positivo che deve svolgere lo Stato, stabilendo e conservando un'appropriata struttura di regole e istituzioni (il c.d. ordine) che consentono alla concorrenza di svilupparsi efficacemente. In particolare, la politica economica statale doveva concentrarsi sul miglioramento della struttura istituzionale entro cui si svolgevano le attività economiche, ossia la c.d. costituzione economica. L'ordine di mercato, ispirato alla concorrenza, all'assenza di privilegi e al principio del libero scambio rappresentava, in sé, un ordine morale. Il mercato concorrenziale doveva, a propria volta, essere affiancato da politiche di protezione sociale volte a garantire un reddito di sussistenza ai soggetti non in grado di lavorare e, quindi, esclusi dal mercato. Al contempo, l'orientamento ordoliberal più conservatore, tipico della scuola di Friburgo, negava che le imprese dovessero essere destinatarie di sussidi che potessero corrompere il principio etico dell'ordine di mercato, cioè l'assenza di privilegi; tra i riferimenti letterari di maggiore rilievo della scuola di Friburgo v. F. BOHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DOERTH, *Unsere Aufgabe* (1937) in F. BOHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpfende Leistung*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin 1937, pp. VII-XXI (tr. it., *Il nostro compito*, in *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, a cura di F. Forte, F. Felice, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, pp. 3-20); C. DIETZE, W. EUCKEN, A. LAMPE, *Wirtschafts- und Sozialordnung* (1943), in *In der Stunde Null. Die Denkschrift des Freiburger "Bonhöffer-Kreises" politische Gemeinschaftsordnung. Eine Versuch zur Selbstbestimmung des christlichen Gewissen in den politischen Noten unserer Zeit*, Mohr Siebeck, Tübingen 1979 (tr. it. *Ordine economico e ordine sociale*, in *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, a cura di F. Forte, F. Felice, Rubbettino, Soveria Mannelli 2016).

²⁸ M. FOUCAULT, *La Nascita della biopolitica*, cit., *passim*.

²⁹ Fra tutti N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit. Lo stesso A., nel sintetizzare la propria opera, sostiene – in modo condivisibile – che «l'economia di mercato, al pari di altri assetti (collettivistico, misto ecc.) è "locus artificialis",