

Presentazione

1. Il volume raccoglie e rielabora i risultati di una ricerca interdisciplinare promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino Carlo Bo. Il filo rosso dei contributi qui pubblicati e che sono stati presentati e discussi in diversi seminari – taluni preparatori e istruttori, altri allargati e pubblici¹ – è quello fissato nel progetto originario della ricerca – come cambiano i mercati e il diritto dei mercati nelle diverse epoche storiche (l'età antica, l'età moderna e l'età globale) – che ci eravamo riproposti di indagare.

Siamo consapevoli che a questa temeraria domanda sono state e vengono offerte tuttora risposte di diverso segno, talvolta contrapposte. Gli stessi contributi qui pubblicati non sfuggono a questa “regola”. E, tuttavia, l'intuizione metodologica dalla quale muovevamo si è rilevata feconda, articolando la domanda principale della ricerca in una pluralità di interrogativi da “verificare” partitamente e analiticamente.

Abbiamo dato un *nomen* a questo approccio: misurare varianti e

¹ Il titolo originario del progetto di ricerca è “Economia di mercato e diritto dei mercati nell'età antica, moderna e contemporanea”. Ricordiamo qui solo i seminari pubblici nei quali è stato discusso e implementato: quello urbinato del 16 marzo 2017 dal titolo “Diritto dei mercati e mercanti nel Mediterraneo antico”; quello urbinato del 18 settembre 2018, dal titolo “Mercati e costituzione economica internazionale”, che si è svolto nella forma di *lectio* introduttiva al corso di Diritto costituzionale europeo; il seminario tenuto a Roma il 1° giugno 2019, cui il curatore del presente volume è stato invitato, anche in qualità di responsabile del progetto di ricerca, a svolgere una relazione nell'ambito della sessione dedicata alla costituzione economica europea. Anche questo contributo è stato, pertanto, inserito tra le ricerche facenti parte del presente volume (nella terza sezione con il titolo *L'imperialismo del libero scambio*).

invarianti, continuità e cesure, nella storia dei mercati e del diritto dei mercati, tener conto di ciò che rimane costante nella lunga durata e di ciò che, invece, muta profondamente di significato da un'epoca all'altra.

Non tocca a queste poche righe di presentazione dar conto delle differenziate ed articolate risposte offerte nei contributi qui pubblicati. Tuttavia, ci preme sottolineare il generale consenso sulla proficuità di due degli interrogativi principali che hanno costituito il *fil rouge* di tutta la ricerca. Il primo di essi suona, in estrema sintesi, così: i mercati sono istituzioni universali ed eterne della Storia occidentale e, segnatamente, di quella Storia che si svolge nello spazio europeo?

Il secondo di essi suona, anch'esso in estrema sintesi, così: la ("libera") concorrenza è la legge che costantemente disciplina l'accesso ai mercati e ne regola il loro funzionamento?

2. La risposta al primo dei due interrogativi è, a prima vista, carica di ambiguità. I mercati sono istituzioni di "lunga durata", da sempre preposte allo scambio, regolate da principi di libertà, giustizia, verità e virtù. Ma specifico è il significato normativo di questi principi e qualità nelle diverse epoche storiche.

I saggi contenuti nella prima sezione del volume mostrano la straordinaria diffusione e rilevanza sociale in epoca antica – in particolare in epoca romana – dei mercati come luoghi di scambio e di libertà, oltre all'esistenza di una diffusa economia mercantile e di un precipuo diritto dei mercati destinati a disciplinarne l'organizzazione, la vita e il funzionamento.²

Le risultanze archeologiche indicano inequivocabilmente che i mercati non sono istituzioni esclusive dell'immaginario moderno,³

² Il contributo di MARINA FRUNZIO, *Economia di scambio e diritto mercantile dei romani* documenta l'affermarsi, in particolare, in periodo repubblicano, di «una tutela fuori dall'ordine giuridico tradizionale» e come l'estensione «dei vari mezzi di tutela pretoria dall'ambito dei rapporti stranieri a quelli romani favori una generale applicazione di un diritto pretorio degli scambi commerciali, ispirato alla fiducia reciproca azionabile come *fides bona* nel momento del contenzioso».

³ Lo sottolinea ripetutamente il contributo di GIUSEPPE GILBERTI, *Mercato e mercanti nel Mediterraneo. Note di storia comparata*: «le analogie con il mondo antico non sono soltanto frutto di un'illusoria rappresentazione dei moderni, ma spesso corrispondono a delle costanti, a dei meccanismi sociali che soddisfano bisogni effettivamente simili».

ma luoghi centrali dell'antica vita cittadina, a Roma come in Grecia, nei quali in modo organizzato avviene il procacciamento del necessario per vivere e del superfluo, l'approvvigionamento di ogni tipo di derrate, oltre che la socializzazione quotidiana al di là della propria cerchia familiare.⁴ L'attività commerciale e industriale in epoca romana è, peraltro, tutt'altro che un *unicum* nell'età antica.⁵ La sua varietà e vastità⁶ sono un chiaro indice del fatto che nel Mediterraneo antico esistevano mercati che non erano solo un mezzo per garantire l'autosufficienza, ma che in essi si sviluppò un commercio per il profitto (raro nelle società arcaiche) che non riguardava semplicemente il normale cittadino che frequentava il mercato.⁷ Il mondo antico conosceva, dunque, imprenditori che producevano merci, commercianti che le distribuivano a intermediari e clienti finali, imprese finanziarie che sostenevano queste attività.

La sottolineatura di questi elementi non è propedeutica a prendere parte alla ormai secolare diatriba tra coloro che postulano l'esistenza di mercati funzionanti già in epoca antica, secondo leggi analoghe a quelle dell'economia moderna, e coloro che sostengono

⁴ ANNA MARIA GIOMARO, *Mercati e mercatura nel mondo romano*, ricorda, inoltre, nel suo contributo come la definizione che il diritto romano suggerisce per la *taberna* («un complesso di beni e di uomini organizzati per la negoziazione commerciale») sia quella poi sostanzialmente adottata dal nostro art. 2055 c.c. («L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa»).

⁵ L'impulso decisivo «ad una prassi sostenuta di affari nel Mediterraneo va ascritta ai Fenici. La loro tecnica di creare empori, avamposti politici, ma anche luoghi di scambi di beni disseminati dal Libano all'Inghilterra, rende chiaro quale rete sofisticata di affari nei secoli successivi sarebbe stata il *mare nostrum*, e consente di meglio comprendere la necessità da parte di Roma di misurarsi [...] con l'*emporium* più organizzato della storia, Cartagine. Ma più di Cartagine e poi della stessa Roma, il simbolo del commercio del Mediterraneo antico fu rappresentato da Alessandria d'Egitto. Rivolta contemporaneamente alla terra e al mare, assicurava la possibilità di traffici marittimi e terrestri» (FRUNZIO, *Economia di scambio*).

⁶ Sottolineata specificamente per l'epoca romana nel contributo di MARIA LUISA BICCARI, *Diritto commerciale romano. Testimonianze di un'autonomia*.

⁷ «Il commercio greco-romano (*emporía*, in latino *negotiatio*) coinvolgeva plebei, meteci, liberti, schiavi e una *élite* imprenditoriale, che riceveva da esso, più che dalla terra, potere e ricchezza» (GILBERTI, *Mercato e mercanti nel Mediterraneo*). Il ruolo delle banche quali garanti del mercato del credito viene specificamente trattato nel contributo di JEAN ANDREAU, *Remarques sur les ventes aux enchères et la vie financière en Italie romaine*.

che l'epoca antica non ha mai conosciuto il mercato come astratto luogo d'incontro tra domanda e offerta, essendo le strutture economiche *embedded* nelle relazioni sociali. Il punto che a noi premeva evidenziare era che l'epoca antica conosceva istituzioni dedite allo scambio chiamate mercati⁸ e che trovavamo insoddisfacente sottovalutare tanto questo elemento di continuità quanto, all'opposto, la specifica cesura che si realizza in epoca moderna: la generalizzazione dell'economia di mercato capitalista e la "costituzionalizzazione" del suo principio dinamico, il profitto, in grado di sprigionare compiutamente «la magia produttivistica» dello scambio. Dunque, una sorta di legittimazione etico-sociale che non poco ha contribuito ad aprire le porte a quell'economia delle odierne reti comunicanti e planetarie dello scambio organizzato, regolato, istituzionalizzato, concernente l'intera gamma di beni, valute, servizi, titoli.⁹

Non è possibile ignorare questa cesura. Una cesura che si sviluppa, tuttavia, entro un rapporto con una "antropologia" e con una "prassi" largamente praticate nell'antico spazio euromediterraneo: lo scambio "istituzionalizzato" per il profitto di tipo capitalistico è sì una straordinaria innovazione, ma è innovazione di una tradizione.¹⁰

3. Di "innovazione della tradizione" si può parlare anche a proposito della *vexato quaestio* dell'esistenza o meno in epoca romana di un autonomo sistema normativo per la disciplina del commercio, di un vero e proprio diritto commerciale romano. Il tema è, insomma,

⁸ La questione se si possa parlare dell'esistenza di una vera e propria economia di mercato nella società romana è perspicuamente affrontata dal punto di vista dell'economista contemporaneo nel contributo di PAOLO POLIDORI, *L'economia dei moderni e la regolamentazione dei mercati nell'età antica*.

⁹ Lo sottolinea in questo volume il contributo di ANTONIO CANTARO, *Veritas, Auctoritas, Lex nella disciplina europea della concorrenza*.

¹⁰ «In nessun momento della storia del mondo antico si è costituita una vera e propria economia di mercato». Ma all'interno del Mediterraneo antico circolava, comunque, un *surplus* prodotto all'interno di strutture sociali molto diverse: «il sistema schiavistico ateniese e romano, il dispotismo orientale egizio, il servaggio spartano, il lavoro salariato (libero e servile) [...] un vastissimo, e probabilmente preponderante, settore contadino-artigiano nel quale il produttore autonomo lavorava in funzione del mercato» (GILBERTI, *Mercato e mercanti nel Mediterraneo*).

quello del grado di discontinuità di quel diritto “nuovo” che va sotto il nome di *lex mercatoria*, affermatosi nel passaggio tra l’età medioevale e l’età moderna (l’età intermedia) e in cui si radicano molti degli istituti dell’attuale diritto commerciale.¹¹

La profondità di questa cesura – che affonda le sue radici economico-sociali nella «rivoluzione commerciale» e inizialmente prende corpo nei Comuni italiani – non impedisce ai numerosi contributi qui pubblicati di condividere, sia pur con accentuazioni e sfumature differenti, l’idea che la nascita di questo diritto speciale e universale avvenga entro un fecondo rapporto con il diritto dell’età antica e, segnatamente, con il sistema normativo romano per la disciplina del commercio (nonché con il diritto canonico). Un vero e proprio paradigma di riferimento in ragione tanto degli elementi di specialità di questo sistema normativo rispetto allo *ius civile*,¹² quanto degli elementi di universalità derivanti dal suo collegamento con lo *ius gentium*, che costituiva il presupposto per un’estesa applicabilità del principio ai popoli stranieri.¹³

Ma, più in generale, assistiamo nel campo della regolamentazione dei rapporti economici a una reinterpretazione medioevale del diritto romano in tema di legalità, tutela della proprietà privata, rispetto volontario o per via giurisdizionale dei contratti, adempimento della responsabilità civile. Al formarsi, anzi, di una tradizione del diritto comune europeo che rintraccia nei valori giuridici e morali del diritto romano-canonico tanto i fondamenti di un ordine di mercato

¹¹ Il contributo che più compiutamente si occupa del significato dell’ascesa della *lex mercatoria* è quello di UMBERTO MICHELE CARBONARA, *La lex mercatoria*, ma la questione del rapporto tra questa e la disciplina romana del commercio è largamente tematizzata e sviluppata nella maggior parte dei contributi della prima e seconda sezione del volume.

¹² Di cui superava la dimensione strettamente formalistica per valorizzare gli elementi del consenso e della buona fede perspicuamente esaminati nella maggior parte dei contributi contenuti nella prima sezione del volume.

¹³ Come ricorda nel suo contributo ELISABETTA RIGHINI, *Mercato, libertà, virtù fra il Medioevo e l’età moderna*, «la *lex mercatoria* è riconosciuta come *lex naturalis di ius gentium*: nel 1622 Gerard Malynes nel suo *Consuetudo vel lex mercatoria* si richiama a Cicerone, definendola come un sistema di regole di diritto naturale del commercio appartenente allo *ius gentium*». Ma anche per quanto concerne il trattamento giuridico dell’insolvenza siamo debitori al mondo romano, come evidenzia nel suo contributo NOVELLA IEZZI, *Quanto del mercato può dirci il suo fallimento*.

di tipo spontaneo, quanto gli stringenti vincoli a cui questo viene sottoposto. A partire dalla simbiotica recezione della *lex* romana e della filosofia aristotelica emerge, infatti, una filosofia negativa della giustizia, basata sul primato del precetto “*alterum non ledere*”, cui sono collegati cruciali “corollari” sul piano dell’ordine economico: il principio del danneggiamento (*iniuria*) come limite giuridico alla liceità dell’arricchimento; in secondo luogo una vocazione antimopolistica, costituendo i monopoli una minaccia per la libertà, per la *paritas* e per l’*aequalitas*; infine, la libertà di commercio quale manifestazione della libertà umana che permette la formazione naturale del prezzo basata sulla legge della domanda e della offerta (*communis aestimatio*).¹⁴

Ci si trova di fronte, quindi, a una palese smentita della *vulgata* – siamo così al secondo interrogativo della ricerca – che il mercato antico sia sempre e solo un *locus artificialis* ostile al principio della concorrenza e, all’opposto, il mercato moderno sempre e solo stato un *locus naturalis* governato dai principi del libero accesso e della libera negoziazione, luogo di formazione del giusto prezzo.

Naturalità e artificialità sono tratti sempre presenti, in diversa misura, nel funzionamento dei mercati. Nel periodo imperiale romano e nell’Europa medioevale delle corporazioni d’arti e mestieri, la naturale libertà di comprare e di vendere e il divieto dei monopoli (la libera concorrenza) hanno convissuto con la prassi del conferimento da parte del potere politico del diritto di monopolio legale della produzione di certi beni e servizi. Ma naturalità ed artificialità convivono anche nel funzionamento dei mercati dell’epoca moderna, e non solo nel senso nel senso della prassi degli Stati europei di autorizzare l’esistenza di veri e propri cartelli nel commercio internazionale. La libertà di ingresso e la libertà di contrattazione sono sì considerate libertà naturali (leggi della «mano invisibile»), ma libertà che, lungi dall’essere lasciate a se stesse (*laissez faire*), devono essere conosciute dal legislatore tanto per garantire la regolarità degli scambi e per riprodurre le condizioni per l’esistenza stessa del mercato, quanto per adeguare opportunamente le istituzioni e per limitare le

¹⁴ In questo volume CANTARO, *Veritas, Auctoritas, Lex nella disciplina europea della concorrenza*.

conseguenze socialmente negative connesse allo sviluppo dell'economia capitalista.¹⁵

4. Un'ulteriore innovazione della tradizione si è prodotta quando alla rivoluzione commerciale è subentrata prima la Rivoluzione industriale e poi la Rivoluzione postindustriale. Uno sguardo di lunga durata sull'età moderna e sull'età globale suggerisce, infatti, che gli ordinamenti giuridici dell'economia di mercato si siano da tempo emancipati dall'idea della concorrenza quale stato naturale di funzionamento dei mercati.

Paradigmatica, da questo punto di vista, è la risposta generalmente apprestata da parte dell'ordinamento dell'Unione¹⁶ alle richieste della nuova *lex mercatoria* di far valere come cogenti le regole prodotte direttamente dagli operatori del commercio internazionale quali imprese multinazionali e *law firms*.¹⁷ Per l'Unione, l'ordinamento che garantisce la concorrenza effettiva non è più quello che tutela la (statica) libertà di commercio di tutti i suoi cittadini, quanto

¹⁵ Una conoscenza della «mano invisibile» del mercato che apre le porte alla mano visibile delle leggi e del governo che devono perseguire l'obiettivo di «provvedere lo stato di risorse sufficienti a fornire i servizi di pubblica utilità» e di «garantire alla popolazione un alto tenore di vita». Azione sinergica svolgono pure polizia, difesa nazionale, amministrazione della giustizia, infrastrutture per il commercio e per le comunicazioni, controllo e regolamentazione della moneta e del sistema creditizio, istruzione di massa al fine di contrastare gli effetti negativi della divisione del lavoro sul livello intellettuale della popolazione. È la *civilized and commercial society* di Adam Smith nella interpretazione che ne danno il contributo di CANTARO, *Veritas, Auctoritas, Lex nella disciplina europea della concorrenza*, e quello di RIGHINI, *Mercato, libertà, virtù fra il Medioevo e l'età moderna*.

¹⁶ L'ordinamento dell'Unione è analizzato, in particolare, nei saggi contenuti nella terza sezione del volume. La sottolineatura del perdurante valore della costruzione del mercato comune è trattata da LUIGI DANIELE, *Il mercato unico come motore dell'integrazione europea*, che sottopone a critica la lettura fornita da FEDERICO LOSURDO, *L'Unione Europea e il declino dell'ordine neoliberale*, contenuto anch'esso nella terza sezione del volume.

¹⁷ La nuova *lex mercatoria* è l'oggetto del saggio di GABRIELLA SAPUTELLI, *L'UE, gli Stati membri e le fonti di regolazione dei mercati internazionali dopo la crisi mondiale*, che ricostruisce puntualmente i poteri normativi che l'Unione ha potenzialmente a disposizione per frenare questa pretesa, ma anche i profondi i limiti dell'azione esterna dell'UE (le sue relazioni con gli attori internazionali, gli Stati, le multinazionali e le lobbies).

quello che persegue l'obiettivo (dinamico) di promuovere l'efficienza allocativa e produttiva dei mercati e delle imprese.¹⁸

La "realistica" considerazione che un assetto monopolistico ed oligopolistico del mercato possa, in nome del superiore interesse al perseguimento del benessere collettivo, essere in concreto preferibile ad uno di tipo concorrenziale, fa sì che oggi vengano rappresentati come luogo di giustizia, di libertà e di virtù solo i mercati nei quali vige la legge della concorrenza competitiva, anche al costo di sacrificare le tradizionali libertà economiche individuali se ciò dovesse collidere con i bisogni della maggioranza (il benessere generale).¹⁹

Il paradigma della concorrenza competitiva è, altresì, la fondamentale chiave di lettura dei contributi conclusivi del volume specificamente dedicati alla costituzione economica internazionale e alla costituzione economica europea. È sempre più evidente che il modello egemonico di sviluppo liberoscambista è ontologicamente un modello di sviluppo mercantilista. Le nazioni che fanno proprio il principio dell'economia aperta e in libera concorrenza non lo fanno in omaggio al "dolce commercio" kantiano, poiché confidano che, conformando i propri ordinamenti al precetto liberoscambista, le esportazioni cresceranno di più delle importazioni e ciò accrescerà la ricchezza dei propri popoli.

L'«imperialismo del libero scambio» non è, peraltro, un destino ineluttabile.²⁰ Nei "Trenta gloriosi" (1945-1975) si sono escogitati degli

¹⁸ Anche la disciplina giuslavoristica subisce un mutamento di paradigma per effetto di questa tensione efficientistica, come evidenzia PIERA CAMPANELLA, *Mercato del lavoro tra età antica ed età globale*: «Se nella concezione tradizionale, il lavoro identifica una dimensione valoriale "a sé" rispetto all'impresa, perché evocativa di istanze sociali (l'uguaglianza e il rispetto della dignità di ciascun individuo come persona), nella concezione odierna esso diviene una variabile dipendente dall'impresa stessa, giacché è espressivo di un'utilità sociale (il maggior benessere del maggior numero di individui come consumatori) tipica di una società mercantilistica, utilità che solo il mercato, tramite il suo ottimale funzionamento, sa creare e assicurare».

¹⁹ La questione viene approfondita da GONZALO MAESTRO BUELGA, *Liberalismo y proteccionismo. La regla y la excepción*, il quale evidenzia come, specie nello spazio europeo, il «diritto alla concorrenza» è «concepito in funzione servente all'economia», poiché, da un lato, «la sua implementazione è legata a considerazioni di mera efficienza e competitività», e, dall'altro, «la sua "legittimazione" è legata al benessere dei consumatori».

²⁰ CANTARO, *L'imperialismo del libero scambio*.

antidoti che hanno consentito di contenere e temperare la vocazione mercantilista del liberoscambismo e di scongiurare aggressive guerre commerciali e distruttivi conflitti tra e nelle nazioni occidentali. La costituzione economica internazionale, disegnata intorno ai pilastri del sistema monetario di Bretton e quello commerciale del GATT, stabiliva, da una parte, l'obbligo degli Stati di adeguare progressivamente i propri ordinamenti al principio della più ampia libertà di commercio (vincolo esterno). Dall'altra, demandava alle istituzioni internazionali di rispettare l'autonomia dei governi nell'identificare e perseguire il mix di politiche economiche e sociali appropriato per ottenere il processo di sviluppo equo e sostenibile più adatto allo specifico contesto nazionale (vincolo interno).

Nello spazio europeo tale equilibrio "virtuoso" tra vincolo interno ed esterno ha preso la forma di una costituzione economica duale, fondata su una separazione funzionale tra la sfera microeconomica del mercato comune, posta sotto l'autorità delle istituzioni comunitarie, e la sfera macroeconomica delle politiche monetarie e fiscali sotto l'autorità degli Stati membri.²¹

Prima il collasso di Bretton Woods (1971), che ha accresciuto enormemente il ruolo del capitale finanziario, poi il Trattato di Maastricht (1993) che ha decostituzionalizzato il vecchio vincolo interno (la crescita economica e sociale) e costituzionalizzato il nuovo vincolo esterno (la stabilità monetaria e finanziaria), hanno infranto questo instabile equilibrio.

L'imperativo dell'economia aperta e in libera concorrenza diviene ancor più cogente, assurgendo al rango di fine e non più di semplice mezzo. I Paesi dell'Unione approfondiscono, infatti, la loro vocazione di Stati commerciali, interpretando il nuovo vincolo della stabilità monetaria e finanziaria quale leva per più aggressive politiche liberoscambiste e, quindi, neomercantiliste.

La concentrazione delle ricchezze in sempre più ristrette mani, l'inidoneità del mercato e della concorrenza di porvi adeguato rimedio, il divario sempre più incolmabile tra i "vincenti" e "perdenti"

²¹ In tale ottica, «la vocazione ordoliberal ad elevare la concorrenza a motore portante della costituzione economica comunitaria ha trovato un solido argine e freno nella filosofia interventista-keynesiana: il frutto prezioso del costituzionalismo democratico-sociale dell'Europa continentale» (LOSURDO, *L'Unione Europea*).

della globalizzazione, inducono conclusivamente a interrogarsi se sia possibile una diversa decisione politica fondamentale in Europa, una rifondazione del progetto d'integrazione sovranazionale europea su un rinnovato compromesso tra il principio concorrenziale, come motore dell'innovazione tecnologica e di un'economia vitale, e le nostre insopprimibili radici democratico-sociali.

Antonio Cantaro

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Urbino, Italy