



INTERVENTO DEL PROF. GUSTAVO VISENTINI

Professore Ordinario di Diritto Commerciale

Università Luiss Guido Carli

Il futuro del capitalismo in Europa: Etica, Principi e regole¹

Gustavo Visentini è nato a Treviso il 14/04/'42. Laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Roma nel 1964.

Curriculum accademico: Professore Ordinario di Diritto Commerciale presso la Facoltà di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli. Docente di Storia del Diritto presso la medesima Facoltà. Dal 1986 è Direttore del Centro di Ricerca per il Diritto di Impresa (CERADI) presso la Luiss Guido Carli. Responsabile del Comitato per le relazioni internazionali Docenti della Luiss. **Curriculum**

Professionale: Presidente della Assofiduciaria Presidente della Nextam Partners. s.p.a. Membro del gruppo di lavoro della Commissione intergovernativa per la nuova linea

Torino - Lione (Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti). Presidente della Istifid s.p.a. Membro del Consiglio di amministrazione dell'istituto della Enciclopedia Treccani da maggio 1999. Membro della Commissione di studio per la revisione sistematica del diritto commerciale presso il Ministero di Grazia e Giustizia – Ufficio Legislativo – reparto riforma da aprile 1999 al 2001. Membro del Consiglio di amministrazione della Telecom Italia Mobile s.p.a. da aprile 1998 a giugno 1999. Componente del Comitato di Consultazione della Borsa Italiana s.p.a. dal 1997 al 2000. Membro del Consiglio di Amministrazione della Luiss in rappresentanza dei professori ordinari dal 1997 al 1999. Presidente del Banco di Sicilia da aprile a settembre 1997. Consigliere Assonime da novembre 1996.





INTERVENTO DEL PROF. GUSTAVO VISENTINI

Professore Ordinario di Diritto Commerciale

Università Luiss Guido Carli

Il futuro del capitalismo in Europa: Etica, Principi e regole

Sta nell'etica, cioè ai principi morali e nelle regole da essi generate, la speranza per un migliore capitalismo nel futuro dell'Europa. È infatti un motivo ricorrente che la ricerca del profitto nella gestione dei capitali investiti corrompa l'uomo e la società, se il senso morale non riesce a contenerne gli egoismi e le ingordigie. Le crisi, come quella che stiamo vivendo, sono l'occasione di recriminazioni sull'immoralità del capitale. Ma dobbiamo meglio capire come il senso morale possa condizionare i comportamenti del capitalista per fare del profitto il frutto legittimato dall'etica e non lo sfruttamento della società. Ed innanzitutto ci affidiamo all'etica per rigenerare il capitalismo oppure per influenzare la coscienza del capitalista? In altre parole, dobbiamo organizzare eticamente il commercio oppure dobbiamo pretendere l'etica dal commerciante? Non è lo stesso. Nel primo caso il giudizio etico è affidato alla coscienza collettiva, la quale, attraverso le sue istituzioni, genera le regole che oggettivamente si impongono ai comportamenti individuali. Per es. la disciplina sui derivati, proposta per contenere la speculazione, si imporrà alla generalità degli operatori per consentire lo sviluppo etico del mercato. Su queste regole cade la valutazione morale, mentre l'etica dell'imprenditore è innanzitutto nell'osservare la legge: nella legalità. Invece nel secondo caso il giudizio etico sul comportamento da tenere è affidato alla coscienza soggettiva dello stesso capitalista, che può trovarsi dinanzi ad una difficile contraddizione tra il sentimento morale, che gli impedirebbe quella determinata azione, e la concorrenza, che lo astringe contro voglia a speculare sulle opportunità contingenti. Ad es., in un mercato senza regola è difficile sottrarsi alla tentazione di profittare del facile guadagno offerto dalle operazioni sui derivati collegati ai *subprime*; anzi questo contegno morale potrebbe determinare la fuga della clientela, attratta dalla concorrenza che offre alta redditività, senza spiegare l'elevato rischio inerente all'investimento; il commerciante etico può essere cacciato dal mercato: *la cattiva moneta scaccia la buona*.



Per rispondere non basta stabilire la correlazione tra etica e capitalismo, ma dobbiamo dire di quale capitalismo, di quale capitalista, parliamo: di mercato, oppure di Stato, o di economia mista. Soltanto così sarà possibile dire del capitalismo dal quale partiamo come italiani, nel proiettarci al futuro. Poi si dirà se sia possibile, ed in quale senso, già oggi parlare di capitalismo per l'Europa del Trattato di Roma. Ma prima, per capirci, devo spiegare come intendo l'etica. L'etica *regola* la convivenza secondo il sentimento del *bene* percepito dall'individuo con l'intuizione e capito con il *ragionamento*. Il *bene* è dato dell'istinto, influenzato dalla tradizione nel convivere in società, consolidato nel costume. È inteso come valore che impegna moralmente nei riguardi degli altri. Il solitario può dirsi immorale soltanto se, nella propria coscienza, si confronta con la divinità; ma è confronto che la comunità dei fedeli rende sociale, e così in qualche modo sanziona per dare il suo ordine alla collettività coinvolta, sottraendo il giudizio alla debolezza del mero foro interno². È bene essere sinceri. È nel costume della nostra tradizione riconoscere nella *sincerità* il valore primordiale³. Essere sinceri con se stessi e verso gli altri, nell'assumere i valori e nel sostenerli: è *bene* non essere ipocrita; non dissimulare; non carpire l'adesione delle controparti, inducendole in errore rispettivamente sulla loro intenzione e sui loro interessi e valori. Nella sincerità vi sono i valori della conoscenza e dell'educazione (*paideia*), acquisizioni propedeutiche innanzitutto al proprio comportamento, quindi condizioni intellettuali della controparte, posta in grado di interloquire con la ragione. Il *ragionamento* è l'attività mentale volta ad intendere gli interessi ed i valori in gioco, per stabilire i fatti, definire le priorità, individuare i mezzi che ne rendono probabile il perseguimento, in un mondo di incertezze sul divenire delle cose⁴. In quanto *regola* l'etica è un sistema normativo; è criterio di valutazione dei comportamenti: nel nostro pensiero l'idea etica preesiste al giudizio che formuliamo quando la realtà delle cose ci propone

² Ora non ci interessa se l'istinto sia divino, naturale, nella nostra struttura biologica, come spiegano recenti scienziati: J.P. GHANGEUX, *Réflexions d'un neurobiologiste sur les origines de l'éthique*, in *Science, Éthique et Droit*, Odile Jacob, Parigi 2007, p. 253 ss.; in generale di recente K. EVERS *Neuroéthique. Quand la matière s'éveille*, Collège de France, Parigi 2009.

³ Bernad WILLIAMS, *Truth and Truthfulness. An essay in genealogy*. Princeton 2002; *Genealogia della verità (Storia e virtù del dire il vero)*, Fazi ed. Roma 2005.

⁴ La mia recensione a G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Intervista su *Etica e Diritto*, a cura di Gemiello Preterossi, Laterza 2007 (pubblicata in); per le diverse accezioni di *Razionalità*, con riguardo alla *rational choice theory*, Jon ELSTER, *Reason and Rationality*, Princeton U.P. 2009 (Lezione inaugurale al Collège de France 1,VI,006). Dispongo della traduzione inglese.



l'accadimento. Perciò l'etica è norma: ci dice se l'interesse concreto, sotto lo stimolo del quale agiamo, tradisce il valore predicato in astratto, oppure ne è conforme. Nella decisione etica il passaggio dal sentimento all'azione ragionata solleva: all'individuo, i problemi del conflitto di valori non perseguibili contestualmente o dell'interesse non compatibile con il valore predicato; alla società, si aggiungono i problemi della composizione del pluralismo dei valori per la convivenza. **Il dilemma etico.** L'assunzione dei valori morali a criterio dell'azione rivela il dilemma che solleva innanzitutto il loro possibile conflitto nel momento della formulazione della regola etica, e poi, nel momento dell'azione, il possibile conflitto dell'interesse contingente con il valore predicato. È bene dire il vero, ma la pietosa bugia al malato può essere una necessità; non uccidere, ma la difesa legittima l'offesa; la giusta guerra (ahimè!) giustifica moralmente l'omicidio; da un canto abbiamo la protezione del consumatore, ma dall'altro la libertà d'intraprendere; e così la concorrenza trova di fronte la protezione dell'economia nazionale. Che dire della *ragione di Stato* come criterio dell'azione, spesso argomento per la prevaricazione di interessi individuali sul valore etico? In presenza di gravi perdite, diffuse sul mercato, per degli intermediari finanziari, e per le stesse autorità vigilanti, è forte la tentazione di spalmarle tra i clienti, come disgrazia che le condizioni del mercato non consentiva di prevedere, argomentando sul rischio di una crisi sistemica! **Il pluralismo etico.** La decisione etica, nel farsi sociale per la convivenza, al dilemma del conflitto dei valori, e degli interessi con i valori, aggiunge la difficoltà di comporre nell'azione comune il pluralismo dei valori. La convivenza, essa stessa sentita e vissuta come valore, impone la decisione comune. Ma è un fatto ineliminabile che gli individui sentono diversamente i valori e gli interessi. Ciascuno ha la *sua verità*, che può essere diversa da quella della parte con cui pur si propone di convivere. Resta attuale la pagina di Hobbes: siamo diversi nei gusti (v'è chi ha disgusto per il formaggio o non sopporta l'amaro del fegato) perché non essere diversi nei valori?⁵ Solo Dio ha la *Verità*: il mio amico Antiseri ricorda la tentazione del serpente: "*eritis sicut Dei cognoscentes bonum et malum*"⁶. **La soluzione del dilemma e del conflitto.** - La storia ci fornisce due modelli teorici di soluzione del dilemma e del componimento del pluralismo nell'azione comune, e ci presenta una terza situazione meglio rispondente alle esperienze, più complessa ed impegnativa. Il modello adottato ci rivela la fonte dell'etica: autoritaria o consensuale.

⁵ De Cive, III,31

⁶ ANTISERI



Per la soluzione del dilemma e la composizione del conflitto può essere impiegata l'*autorità della legge del più forte* oppure l'*accordo nella tolleranza*. **L'impiego unilaterale della forza.** La legge del più forte; non nel fisico del monarca ma nell'impiego del potere che esprime l'organizzazione della comunità. È la tendenza spontanea che non troviamo soltanto nelle società primitive; che non risponde soltanto all'intento di prevaricazione del potente nell'imporre i propri interessi. È principio di organizzazione della convivenza che troviamo spiegato come istanza etica che s'impone per il perseguimento del bene comune, pretesa diversamente legittimata. L'autocrazia, cioè l'esercizio unilaterale dell'autorità, assume a principio etico primordiale dell'organizzazione una qualche fede, postulata a dogma della legalità: la divinità, la ragione concepita come *verità*; la natura degli uomini, che li fa incapaci di reggersi nella libertà; la tradizione, la stirpe, la ricchezza e la cultura che destinano a diverso ruolo i governanti e i governati; il partito guida; il centralismo democratico; la salvezza della Repubblica nelle condizioni d'eccezione ecc. Perciò il modello aristocratico (ovvero autocratico), nel progettare l'organizzazione della società, vuole rispondere ad istanza etica, che personalmente non accetto, ma che è storicamente documentata e sostenuta scientificamente da elaborate dottrine, anche moderne.⁷ L'autocrazia malamente separa il valore dall'interesse, cioè il giusto, predicato in astratto, dall'interesse concreto, che nel contingente dell'azione può stimolare il tradimento del valore. **La tolleranza.** L'individuo tollera la verità dell'altra parte, diversa dalla propria, e ne cerca il consenso per decidere la comune azione. La parola *tolleranza* è appropriata nell'indicare la situazione, poiché ciascuno sente la sua verità come assoluta, ma accetta di discutere della verità dell'altro nel valore della convivenza. Accetto la diversità degli altri a condizione che sia accettata la mia diversità. Se accetto la diversità mi impegno al dialogo, nel quale rischio la mia verità. La tolleranza s'impone come regola sociale per la convivenza in pace: l'autorità (la forza) della società è al servizio del pluralismo. L'etica della tolleranza è alla genesi dei sistemi liberali. La composizione consensuale per la decisione comune è ottenuta: con il *ragionamento*, che consente di approfondire lo stato delle cose, in seguito al quale una delle parti convince l'altra della propria verità; od entrambe si convincono per un'altra comune verità; con l'*accordo*, in conseguenza della rinuncia di una delle parti o di reciproche concessioni, quando davvero i valori di ciascuno sono differenti e non è impiegata la seduzione o ciascuna delle parti si è difesa dalla seduzione.

⁷ Penso a Carl Schmitt, alla sua influenza, sul quale di recente S. BAUME, *Genèse d'une doctrine*, Parigi 08.; oggi POSNER



La convivenza nella tolleranza separa il momento dell'accordo sul valore assunto come sociale - che tradizionalmente sta nei costumi e nella cultura della civiltà - dal momento applicativo dell'etica ai casi della vita, quando è pressante lo stimolo all'interesse individuale. Il liberalismo, nella accezione che seguo, cioè l'esercizio consensuale dell'autorità per ragionamento e per accordo, assume la tolleranza delle differenze a principio etico primordiale della legittimità dell'organizzazione⁸. Peraltro nell'esperienza la nettezza della contrapposizione dei due modelli etici (l'autocratico e il liberale) si appanna nella contrapposizione dialettica dei principi che rispettivamente ne sono a fondamento, che così si trovano a contendere la loro prevalenza nell'orientare l'organizzazione della convivenza. Infatti sia l'autocrate sia il liberale devono esercitare la loro rispettiva forza contro le tendenze opposte che sviluppa la società. Innanzitutto l'autocrate si trova a contenere le istanze liberali della società, che nella sua prospettiva sono eversive. In secondo luogo anche le società autocratiche conoscono momenti e settori in cui domina il dialogo tollerante: il processo civile risponde alle regole della diversità nel conflitto delle parti, ed è strumento di composizione delle liti che possiamo trovare spesso anche in stati totalitari, con l'espansione che consente la loro *ragione di Stato*. Inoltre l'autocrate può essere un'oligarchia, un'aristocrazia (la Repubblica di Venezia) anziché il dittatore, sì da sviluppare la libertà di discussione al suo interno. Il sistema può tollerare la discussione che non comprometta i principi che reggono quella determinata autocrazia; questa tolleranza può essere assai estesa sino a creare condizioni liberali. Viceversa anche nelle società liberali troviamo organizzazioni autocratiche. Anche le società liberali devono difendersi dalla sovversione dei partiti dell'autocrazia, con il disporre limitazioni alla libertà di azione, o anche alla libertà di pensiero, con ciò offuscando il principio che le fonda. Ma più spesso le tendenze illiberali hanno modo di insinuarsi nella società; possono trovare le vie per imporsi, profittando della scarsa qualità delle istituzioni nell'esigere il consenso ragionato. Infatti la decisione comune può essere perseguita con strumenti persuasivi che scantonano il ragionamento; che mascherano l'impiego della forza: la seduzione (o persino l'inganno), che una parte riesce ad esercitare sull'altra, carpisce il consenso senza che il ragionamento consenta di prendere

⁸ Preferisco indicare queste società liberali, per l'ambiguità che nel tempo ha assunto la parola democrazia. La si è intesa come sovranità che il popolo, con il voto, affida al governante, libero da ogni vincolo perciò stesso che è designato dal voto. È evidente che con questa tecnica il potere è in grado di conservarsi nella stessa persona con gli strumenti di manipolazione che conoscono i sistemi c.c. plebiscitari. Nei sistemi liberali la divisione del potere ha radici nella stessa volontà popolare, che intende assoggettare alle sue leggi (parlamento) coloro a cui affida il potere (governo); siccome la legge non ha valore se priva di sanzione, questa è affidata al potere giudiziario come garante del diritto. Ho letto con interesse in questi ultimi giorni J. ISRAEL, *A Revolution of the Mind: Radical Enlightenment and the Intellectual Origins of Modern Democracy*. Princeton 2010.



coscienza della corrispondenza della decisione ai propri interessi e valori (uso *soft* della forza). A questo proposito è assai diffuso l'argomento d'autorità, la cui rispondenza ai principi liberali dipende dal modo di formarsi dell'autorità postulata, e dal grado di informazione sul giudizio formulato dall'autorità stessa. Anche l'argomento della *ragione di Stato*, cioè del *mezzo che giustifica il fine*, è ambiguo nel suo impiego: devia facilmente da ragionamento in postulato di seduzione per coprire azioni contrarie all'etica formalmente predicata: l'inganno è efficace, ed è per questo che è strumento di seduzione diffusamente utilizzato.⁹ Per queste vie in un contesto di tolleranza si insinuano momenti di autocrazia che, per la debolezza delle istituzioni, possono diffondersi al punto di rendere prevalente la demagogia sul ragionamento nell'aggregazione sociale; si da rendere formale l'apparenza liberale delle istituzioni. L'esperienza ci insegna che la forza delle istituzioni sta nel loro radicamento nella società al punto di divenirne parte così integrante da esserne il *costume*, che evolve con la prassi, dove l'atto formale della legge innova per venire incontro a quelle necessità che sono rilevate per l'ampiezza del consenso perseguito razionalmente. Per venire all'attualità, la debolezza del nostro sistema liberale si rivela nella facilità, e spesso superficialità, di interventi su istituzioni fondamentali come la giurisdizione, la società per azioni, la scuola, ecc. con una successione di provvedimenti che spesso negano i precedenti a breve distanza da parte della medesima maggioranza politica; la debolezza si conferma nelle radicali proposte di modificazioni costituzionali, nella seduzione che il loro mutamento possa risolvere problemi che il regolare gioco politico non sa affrontare con la forza del ragionamento, sì che dietro l'apparente soluzione il problema resta aperto. Questo modo di procedere è impensabile in società liberali mature costrette dal costume al ragionamento: vediamo con quale cautela e approfondimento si è proceduto alle importanti riforme costituzionali in G.B. ed in Francia; negli U.S.A. soltanto nella prospettiva storica possiamo comprendere il diritto costituzionale attuale e le necessarie revisioni. Se nel breve periodo la robustezza istituzionale può apparire pesante bardatura all'azione, nel tempo si rivela la forza che consente le innovazioni più profonde e durature.

⁹ "Le fond de ce premier antidreyfusisme est la confiance qu'on veut manifester envers l'armée...Là-dessus se greffe la campagne antisémite d'Eduard Drumont...et l'argumentaire d'Henri Rochefort dans *L'Intransigeant*: <La révision du procès Dreyfus serait la fin de la France.> D'aucuns ajoutent: <même si Dreyfus est innocent, pour l'honneur de l'armée, il doit accepter de se reconnaître coupable>" M. FERRO, *Histoire de la France*, Parigi 2009, p. 320.

L'Iraq, la Libia, le vicende del Medio Oriente vedono prevalere le ragioni dell'etica democratica o la costrizione energetica? Cfr. *The crude realities of diplomacy*. Gideon Rachman, in F.T. 8,8,09.



Nel mio discorso assumo a parametro il modello liberale, nella approssimazione che ci offrono le esperienze. In quanto sistema normativo, l'etica è in regole che presentano i requisiti della generalità e dell'astrattezza. L'idea etica si propone al pensiero come criterio di giudizio per tutti i casi (fattispecie concreta) che rientrano nella sua previsione, formulata come ipotesi del giusto comportamento (fattispecie astratta). L'universalità del valore etico è in questa sua funzione di criterio generale ed astratto di giudizio, che incorpora il valore all'uguaglianza, all'uguale trattamento dei casi uguali, tra i destinatari (generale) e nel tempo (astratto). L'universalità è nella logica del procedimento di formazione dell'etica, che trova i consociati velati d'ignoranza su quella che sarà la personale posizione di convenienza nel concreto agire, perciò disposti all'interesse comune. Sia essa radicata nella morale tradizionale - oppure definita dalla commissione etica, dal codice etico di condotta, dal legislatore - la formulazione della regola astrae dai casi della vita, dal concreto interesse individuale: è il velo d'ignoranza che fa giusta la regola¹⁰. Perciò nel contingente l'interesse individuale della singola persona può entrare in conflitto con il valore da lei stessa predicato in astratto. Sento che l'etica mi imporrebbe di non alterare i libri di commercio, come invece mi accingo a fare nell'interesse ad evitare il fallimento, nella speranza di superare la situazione di contingente illiquidità: se così accade, con la mia famiglia potrò salvare i dipendenti; ma se questo non accade, quale disastro sarà per i fornitori, i creditori, le loro famiglie ed i loro dipendenti! Ecco il valore etico della regola dell'onesta scrittura dei libri contabili, accettata dalla comunità nell'ignoranza della situazione in cui ciascuno si troverà nelle vicende della vita. La prevalenza del valore universale sull'interesse contingente dipende dalla forza operativa del giudizio morale, che può essere affidato all'intimo della propria coscienza, oppure alla decisione di chi impersona la coscienza collettiva, su istanza di coloro si fanno portatori del rispetto del valore. Intendiamoci, l'universalità dell'etica è la tendenza verso la quale orientano generalità ed astrattezza, poiché l'utopia della perfezione non è di questa terra. Ma proprio il rivelarsi

¹⁰ J. RAWLS, *A theory of Justice*, Harvard U.P. 1971; *Political Liberalism*, Columbia U.P. 1993. Critico A. SEN, *The Idea of Justice*, Allen Lane 2009, in più punti, per la concezione dogmatica della giustizia, che invece va affrontata come problema di *meno ingiustizia*, secondo un procedimento mentale pragmatico, che condivido (il saggio comunque è di difficile lettura per le ripetizioni e l'eccessiva dispersione; così l'analisi critica in *Le Monde*, inserto del venerdì 22,1,10: "Par-delà une traduction souvent très lourde et des nombreuses répétition d'un ouvrage mal composé..."). Peraltro gli scritti di Rawls possono essere intesi non come la ricerca scientifica della vera giustizia, ma come il criterio per organizzare la giustizia liberale della tolleranza.



una tendenza faticosa a perseguire è sufficiente a dirci quanto è laboriosa l'organizzazione di istituzioni tecnicamente adeguate. Come la tecnica (ad es. medica) non è mera applicazione della scienza fondamentale (la medicina), bensì è essa stessa scienza; d'altro canto la scienza è essa stessa tecnica; così la morale si concreta, è, nelle sue regole. Sono le regole che risolvono il dilemma di valori contraddittori; che decidono il valore nel pluralismo; sono le procedure che compongono le diversità che si manifestano nella società. L'etica è in quell'attività che soltanto per comodo di studio chiamiamo *applicata*, per distinguerla dalla fondamentale, intesa come i principi che presiedono allo svolgimento concettuale del sistema normativo etico. Non è dall'etica *fondamentale* che deduciamo le regole da applicare ai casi della vita: non è difficile concordare sui principi (dire la verità; rispetta il prossimo); assai difficile è concordare sulle regole. Ancor più difficile è fare accettare quelle regole, che determinano la maturità del consenso delle controparti, a chi si trova avvantaggiato dalla loro insufficienza (ad es. il principio *rispettare il prossimo* richiede di: sviluppare nella società - il prossimo - il senso critico; perciò, nel discorso politico, si richiede di definire lo statuto delle opposizioni per maturare l'opinione pubblica nelle diversità di interessi e valori; il dire la verità richiede la: separazione e la distribuzione dei poteri, l'istituzione di controlli indipendenti; la libertà religiosa ne richiede la parità ecc.). L'etica fondamentale è un modo di concettualizzare per induzione l'esperienza etica; facilmente si risolve in retorica se non costantemente vivificata dalle esperienze che sollevano all'etica i casi della vita: sappiamo che su questi si concentrano gli antagonismi (è facile concordare sul diritto alla vita; ma l'aborto?)¹¹. La distinzione concettuale dell'etica fondamentale dalle tecniche richieste per la sua applicazione può rivelarsi pericoloso argomento di seduzione: si può cadere nella *ipocrisia* delle buone parole a copertura di comportamenti devianti o comunque non coscientemente accettati dai destinatari. Quante belle pagine leggiamo che espongono i principi etici ma che, sprovviste di esempi d'applicazione e di regole specifiche di comportamento per ottenere i risultati conformi ai principi predicati, lasciano disilluso il lettore esigente? Ma quanto spesso quelle belle pagine servono ad ottenere l'ingenua adesione del lettore sprovvisto, che si affida nei comportamenti *all'autorità* dello scrittore, al dogma, senza darsene ragione!

¹¹ Quante oscillazioni nella stessa Chiesa, pur nel fermo principio della vita. F. KAPLAN, *L'embryon est-il un être vivant?* Parigi 2008, pp.14ss.



L'evoluzione dell'etica dal costume al diritto. L'etica per regolare l'azione si dispiega in sistema normativo generato dai valori tradizionalmente assunti nella convivenza. Le esperienze del passato documentano che le regole si formano per consuetudine, come ci dice l'etimo di *etica* o di *morale*: le regole sono prodotte da fatti normativi. Soltanto con il tempo le norme essenziali alla convivenza si sono consolidate in diritto. Così nelle nostre società liberali l'etica è evoluta nel diritto, nel quale non si esaurisce, tutt'altro! Sebbene ne rappresenti il corpo più significativo ed impegnativo: è il diritto che decide i valori assunti dalla società; è il diritto che organizza le istituzioni per ordinare la convivenza in un determinato territorio (costituzione), astringendo i consociati nei reciproci rapporti (diritto privato) e nell'azione per il bene comune (diritto pubblico)¹². Inoltre, nello Stato moderno, è sempre più una decisione cosciente e formale (autocratica o democratica) che genera nella legge la regola dell'azione comune. Ma come il diritto non esaurisce l'etica di quella data civiltà, così la legge non ne esaurisce il diritto. Perciò la complessità del fenomeno etico, che nelle moderne società necessariamente comprende, nelle istituzioni della società, il diritto e la legge, come componenti dell'ordinamento statale. La tecnica del diritto si dispiega sia nella sua formazione legislativa che nella sua attuazione, mediante l'interpretazione, concentrata nel potere giudiziario o diffusa nella società. Se la legge è divenuta lo strumento principale per la formazione cosciente del diritto, questo non si immedesima nella legge, in quanto i destinatari del comando devono trarre per interpretazione dal testo, formulazione di un concetto generale ed astratto, la norma di comportamento per i casi della vita, norma che la giurisprudenza documenta, ma che non fissa nella sentenza, la quale è precedente, a sua volta oggetto d'interpretazione per regolare i casi futuri. Alla creazione della norma per le esigenze del caso concreto, con la legge scritta e con la giurisprudenza, concorre la cultura nella quale si rispecchia l'etica della società. La qualità della legge è nella capacità del legislatore di tradurre in buona formulazione l'etica che la società compone nella discussione; la qualità del diritto è nella capacità della cultura giuridica di riflettere il costume etico della società. È un'illusione che il legislatore possa fare liberamente il diritto, senza approfondirne le radici. Il diritto è un'istituzione di complessa sofisticazione tecnica¹³.

¹² Cfr. le mie *Lezioni di teoria generale del diritto*, Cedam.

¹³ La delicatezza della funzione legislativa si spiega proprio nella difficoltà di incidere nel tessuto normativo se non si coglie dall'esperienza la complessità del sistema giuridico. La legge, come d'altronde il contratto, è operazione sofisticata: se non riesce a cogliere il fatto e ad inserirsi nel diritto i suoi dispositivi possono rivelarsi inconcludenti o produrre effetti discorsivi rispetto i propositi.



È la tecnica dalla qualità della quale dipende l'effettività dei valori etici generati dal postulato principio della *convivenza nel consenso ragionato*. Se riconosciamo la regola di diritto per la forma, che ne sanziona la trasgressione, sono il procedimento della sua adozione (legge), ed i procedimenti della sua applicazione ai concreti casi della vita nella giurisdizione, nella amministrazione, nella adesione spontanea, che rendono il contenuto della regola *giusto* in conformità al valore della tolleranza. Appunto, i valori assunti secondo l'etica della tolleranza sono nella tecnica del diritto e nelle sue istituzioni. La separazione dei poteri, ed il loro reciproco condizionamento, è il valore etico primordiale delle istituzioni fondate sulla tolleranza. La centralità della legge, come atto generale ed astratto produttivo di norme, sanzionate dalla giurisdizione, come potere indipendente di risolvere la controversia mediante l'interpretazione, sono le condizioni ineliminabili del governo del diritto¹⁴. La perdita di astrattezza della legge la piega a provvedimento di gestione d'interessi individuali; come l'influenza sulla giurisdizione ne asservisce la decisione all'interesse di una delle parti in conflitto. La prevaricazione degli interessi personali sul valore impersonale dell'etica corrompe nell'ipocrisia la morale predicata. La qualità delle istituzioni rappresentative; le tecniche e la reale consistenza del bilanciamento dei poteri; il diritto della minoranza di divenire maggioranza, che articola le libertà di studio e di formazione personale, di stampa di informazione, di discussione, di comunicazione, ecc.; la qualità del dibattito culturale e politico; la qualità del processo legislativo; la qualità della legge; la qualità della giurisdizione e dell'amministrazione, indirizzano la convivenza secondo i valori che la società esprime, o consensualmente accetta per la legittimità del procedimento di decisione. L'etica sta nella tecnica delle organizzazioni sociali; la qualità della tecnica ci dice del successo del progetto etico. Siamo costretti ad essere tecnici, ad avvalersi dei tecnici, per verificare il grado etico di un sistema, per discutere dell'etica fondamentale senza cadere nella retorica. Così l'etica della società mercantile è nella tecnica del suo diritto e delle sue istituzioni. Siccome il diritto nelle società contemporanee deriva dalla legge, l'etica è innanzitutto del legislatore. Dire legislatore è dire politica. L'etica è nella politica. Ma la politica soltanto in prima approssimazione può essere intesa come l'attività delle formali istituzioni politiche, della legislazione e del governo. A ben guardare la responsabilità etica non solo ricade sui politici di professione, bensì coinvolge la società nelle sue diverse espressioni, culturali e sociali. Lo stesso commerciante, come cittadino, con le sue associazioni, partecipa al processo politico della legge, ed è responsabile dei vincoli etici. Nella sostanza delle cose è nel costume della società che si dispiega l'etica, alla radice della sua civiltà giuridica.

¹⁴ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Allen Lane 2010, recensito da Lord Patten of Barnes, F.T. 13 feb.



Così l'etica della società mercantile è nella cultura politica della civiltà che la esprime. Possiamo dire del capitale, del denaro, che rispondono all'etica? In quale senso possiamo riferire l'etica al capitalismo? Più precisamente, di quale capitalismo discutiamo? Con il sentimento non possiamo dire se la ricerca del denaro sia etica, se il capitalismo sia giusto o ingiusto, ma dobbiamo specificare la funzione del denaro per valutarne l'etica; dobbiamo distinguere, e quindi verificare se sia giusto quel capitalismo individuato, così conformato nell'esperienza. Anche la discussione su capitalismo, comunismo, socialismo, terza via, ecc. resta teoria se avulsa dalle tecniche che la rendono esperienza, e cade così in astratto ideologismo, pericoloso per la seduzione irrazionale che nasconde. L'ideologo, che non sa indicare le tecniche per tradurre in comportamenti i valori che astrattamente predica, è proprio colui che, ad es., non ci sa dire a quale filosofia appartenga Keynes¹⁵. È morale la ricerca del denaro? Capital is money that is invested in order to make more money. By extension the term capital is often used to refer to money that is available for investment or, indeed, any asset that can be readily turned into money for it.¹⁶ Il denaro, il capitale, sono entità eticamente neutre, in quanto soltanto l'impiego del denaro si può rivelare giusto o ingiusto. Qualora consumato, si potrà dire se è servito a soddisfare valori etici oppure interessi riprovevoli: il dividendo può essere necessario al socio per sopperire agli studi del figlio oppure può essere giocato a carte. Qualora il denaro sia investito, in quanto strumentale alla produzione di beni e servizi, l'operazione è neutra. Ma non è neutra l'organizzazione della produzione che, attraverso i costi i ricavi ed i profitti, distribuisce la ricchezza in modi che possiamo giudicare giusti o ingiusti. Dalla funzionalità del mercato dipende se è creata nuova ricchezza, se ne è giusta la distribuzione; se nelle pieghe del mercato anziché creazione, si ha trasferimento di ricchezza, che è ingiusto nella fisiologia del mercato; che può essere giusto se dipendente da criteri redistributivi, nelle economie miste e nella produzione di Stato. Invero le esperienze hanno conosciuto diverse forme di capitalismo, che possiamo rappresentare secondo i tre principali modelli che ho richiamato: economia di mercato; economia mista, quando l'operatività del mercato è condizionata dall'intervento pubblico; economia di Stato. Le esigenze etiche si dispiegano diversamente. Nel mercato la società politica assume la giustizia commutativa degli scambi come il valore

¹⁵ Cfr. G. DOSTALER, *Keynes et ses combats*, Parigi 09.

¹⁶ J. FULCHER, *Capitalism*, Oxford 2004, p. 14.

V. MATHIEU, *Filosofia del denaro: dopo il tramonto di Keynes*, Roma 1985.



primordiale dell'organizzazione della produzione di beni e servizi, mentre persegue la giustizia distributiva con tecniche diverse dal mercato: ne consegue la separazione istituzionale dell'ordine economico dall'ordine politico. Invece nell'economia mista la giustizia distributiva concorre con la giustizia commutativa nell'organizzare il mercato, sì che gli scambi ed i relativi prezzi ne restano influenzati. Infine nell'economia di Stato la giustizia distributiva è direttamente perseguita nella stessa organizzazione amministrativa della produzione, che sostituisce il mercato con il servizio pubblico, il prezzo con la tassa. Il capitalismo di mercato è utopia se pensato quale realtà; è invece utile concetto se assunto come riferimento per confrontare le esperienze storiche, per verificare la nostra esperienza, per configurare i progetti per il futuro, per discuterne l'etica con una migliore approssimazione ai fenomeni reali rispetto alle impressioni che ne traiamo con il sentimento. Il giusto mercato. Il mercato è un modo per distribuire la ricchezza (ricavi) prodotta con gli investimenti (costi) dei capitali (risparmio) che la remunerazione (profitti ed interessi) stimola a sottrarre al consumo. Il modo, la modalità del mercato, è lo scambio di beni e servizi: il mercato è un intreccio di scambi. Gli scambi sul mercato sono generati dalla libertà economica, applicazione al commercio del diritto naturale dell'uomo alla libertà. In principio, in quanto riconosciuta nell'uguaglianza a tutti gli uomini, l'astratta libertà di ciascuno incontra il solo limite del rispetto dell'altrui libertà. Peraltro per il suo concreto esercizio la libertà richiede la disponibilità, nei fatti, delle risorse fisiche ed intellettuali, e delle risorse finanziarie a copertura degli investimenti e dei costi, sicché incontra il limite della capacità di negoziare i corrispondenti ricavi. Nell'esercizio del commercio l'imprenditore dipende dalla libertà delle controparti: fornitori, finanziatori, lavoratori, consumatori; dipende dalla loro volontà di concludere la transazione secondo la convenienza delle offerte e delle domande concorrenti. Il mercato è giusto se sono giusti gli scambi: la giustizia commutativa esaurisce l'etica del mercato. La lealtà del contratto, che l'etica esige nelle singole operazioni di scambio, formalmente non comprende il giusto prezzo, poiché questo è fisiologicamente giusto se gli scambi sono conclusi nella concorrenza della domanda e dell'offerta: il denaro ricavato dalla negoziazione conclusa sotto la pressione della efficiente concorrenza è giusto corrispettivo della transazione. Prezzo giusto significa giusta remunerazione dei fattori produttivi: terra (rendita) lavoro (salario) capitale (interesse). Per il commerciante Il giusto prezzo di mercato ne fa giusto il profitto e giusta l'accumulazione del capitale.



Il mercato presuppone la proprietà privata ed il contratto, in assenza dei quali non si forma; ma questi due istituti sono tutt'altro che sufficienti a sviluppare la concorrenza, che è la condizione primordiale dello sviluppo del mercato. Non ci può essere mercato per quei settori che non consentono la concorrenza; non c'è mercato se nei fatti la concorrenza è distorta; non c'è mercato quando la produzione non è regolata in modo da imporre la concorrenza, come l'esperienza si è curata ripetutamente di dimostrare contro la *propaganda*, che si è alimentata con le teorie del liberalismo radicale¹⁷. Le teorie che predicano la radicale deregolamentazione dei mercati si affidano alla *natura dell'uomo*, sulla quale ipotesi argomentano la soppressione di ogni disciplina, costosa per gli intralci burocratici che crea, inefficacie per gli obiettivi di protezione che propone, avvilente dell'innovazione. Invece il mercato non è nella natura dell'uomo; non è la condizione naturale della produzione di beni e servizi. L'istinto naturale del capitale è l'impiego di ogni mezzo per rafforzare il proprio dominio, per deviare al proprio vantaggio la società economica, civile e politica; è l'abuso e la prevaricazione nei riguardi delle parti deboli, dei concorrenti e dei consumatori¹⁸. La condizione naturale del capitalista è lo sfruttamento della posizione di forza che è riuscito a conquistare, e che ora impiega per ostacolare la concorrenza e costringere il mercato; fonte di squilibri non soltanto nei rapporti tra gli operatori, ma anche nelle condizioni macroeconomiche, con ingiusti effetti sulla società. Perciò la concorrenza va imposta al commercio con adeguata regolamentazione, in grado di dare il primato al valore del giusto mercato (assunto dalla società come interesse comune) sull'interesse individuale del commerciante a sfruttare comunque la forza del suo capitale. La concorrenza è una situazione di fatto; è nei fatti, quando alla pluralità di operatori, liberi di scambiare capitali servizi beni, si accompagna la personale responsabilità patrimoniale per le obbligazioni assunte. La responsabilità si manifesta

¹⁷ V. La prefazione, J. STIGLITZ, *Frefall. Free Markets and sinking of the Global Economy*, Allen Lane 2010.

¹⁸ Nel corso della crisi del '29 Wiggin, amministratore delegato della Chase National Bank, nel crollo delle azioni di questa coglie un'occasione unica di arricchimento. A partire dal 23 settembre cominciò a vendere allo scoperto i titoli della Chase, e continuò durante il crollo sino al 4 novembre, quando le vendite ammontarono a 42.506 unità per più di 10,6 milioni di dollari. In novembre e dicembre accese un mutuo di circa 10,6 milioni di dollari presso la stessa Chase per finanziare l'acquisto dei titoli venduti allo scoperto, nonostante che personalmente possedesse ben più azioni. L'operazione fruttò al Wiggin più di quattro milioni di dollari. Grazie ad una serie di operazioni con società canadesi collegate, riuscì ad evitare il carico fiscale sui benefici. In poche parole il Wiggin aveva venduto allo scoperto alla banca di cui era il direttore azioni che poi la stessa banca gli fornì assicurandogli il finanziamento. Quando più tardi gli fu chiesto se ritenesse sane e morali le transazioni, rispose, nel suo stile sibillino: "Penso che sia estremamente desiderabile che i componenti dell'alta direzione s'interessino delle azioni della banca che dirigono", M. KLEIN, *Le Krach de 1929*, Les Belles Lettres, Parigi 2009, traduzione francese di Rainbow end. *The crash of 1929*, p.299.



nell'insolvenza: la crisi economica (difficoltà di negoziare ricavi remunerativi) si rivela come crisi finanziaria (incapacità di adempiere). Il fallimento ne è la conseguenza. Il fallimento è disposto dall'autorità giudiziaria innanzitutto in quanto accertamento delle condizioni legali della liquidazione dei fattori produttivi, che comportano la perdita del diritto all'esercizio dell'impresa, lo scioglimento del contratto di lavoro, la perdita dei diritti dei creditori nel loro concorso. Ma anche, soprattutto, in quanto provvedimento che esclude valutazioni di opportunità relative al caso, a garanzia dei concorrenti e dei consumatori sul meccanico operare della selezione del mercato. Con il fallimento la concorrenza seleziona le iniziative efficienti: cioè la domanda del mercato sanziona di inefficiente l'offerta che non le conviene. In questo senso il fallimento è regola per il mercato. La prospettiva del fallimento determina la mobilità dei fattori produttivi: terra, capitali, lavoro (dipendenti, dirigenti, titolari). La mobilità stimola l'innovazione. Con il rischio di fallire il commerciante assume sul suo affare l'alea del mercato: cioè il rischio che il prezzo formato dal mercato nella concorrenza non sia remunerativo per il suo commercio, sì che l'iniziativa resta sconfitta dalla concorrenza. Il rischio legittima il capitale d'impresa e in buona sostanza circoscrive la libertà d'iniziativa dei protagonisti entro l'ordine economico: la concorrenza vincola e contiene la vocazione connaturale del capitalista ad impiegare il potere economico per condizionare la società civile e politica. La regola del fallimento, come condizione per l'efficienza della concorrenza, richiede *esige* la correlazione tra decisione e rischio: chi decide rischia è stato indicato come il principio, la *regola d'oro* del capitalismo¹⁹. Il rischio è gestito dall'imprenditore che ne riceve i profitti o ne sopporta le perdite; deve ricadere esclusivamente sul patrimonio dell'unità produttiva, che appunto sull'esclusiva assunzione del rischio è individuata come unità (imprenditore, società, gruppo di società ecc.), rispetto alle unità concorrenti. Gli accordi tra imprenditori che abbiano la conseguenza di modulare la concorrenza (anche i patti parasociali di voto) o contenere il rischio (cartelli) o di trasferirlo, sia pure parzialmente, o di diffonderlo tra i partecipanti (così gli incroci azionari, le partecipazioni a catena); gli interventi pubblici di sostegno o comunque in grado di alleviare la gestione del rischio (*moral hazard*) o anche di favorirne la gestione (es. *too big to fail*²⁰), sono limitazioni alla concorrenza che alterano il mercato. Così alterano la fisiologia dei mercati i salvataggi: le forme di amministrazione straordinaria o di liquidazione amministrativa (Iri,

¹⁹ Denis ROBERSTON, *The Control of Industry*, Nisbet & Co., 1923.

²⁰ *Un capitalisme à irresponsabilité illimitée*, breve nota in *Le Monde* 16 février 2010, sulla contraddizione oggi emersa tra la regola del fallimento e la regola dell'accumulazione del capitale, che crea entità di dimensioni tali da rendere difficile il fallimento.



Gepi, oggi Alitalia). Queste sottraggono alla regola del fallimento la crisi dell'impresa per introdurre nell'intervento profili di discrezionalità appuntati su istanze incoerenti con il mercato e, se la regolamentazione non è chiara, insufficienti a soddisfare gli interessi generali predicati; interventi che possono essere piegati all'interesse corporativo e perfino strumentalizzati dal capitalista al suo esclusivo favore. È proprio la morsa del rischio che l'imprenditore cerca di sfuggire; ed è proprio su questa morsa che la legislazione deve concentrarsi per creare la concorrenza e conservare all'economia l'orientamento al mercato. I temi, appena enunciati, sono teste di capitolo di complicate e tecnicamente sofisticate discipline, differenziate per settori (società, finanza e banche, borsa ecc.), che comprendono l'organizzazione amministrativa del commercio e la giurisdizione, dalla cui presenza, e congruità ai fini, dipende il mercato: dipende la qualità morale del capitalismo di mercato. Sottolineo la *congruità* in quanto sono discipline così delicate che facilmente possono essere piegate a fini di difesa corporativa anziché nella prospettiva del giusto capitalismo. Per il diritto i fondamenti del mercato sono: la *proprietà* privata, l'*autonomia* negoziale, la *responsabilità* patrimoniale per le obbligazioni assunte, la *concorrenza*, il *fallimento*. Il mercato è un'istituzione sofisticata, che si è storicamente formata in società di avanzata civiltà, quando la regola del diritto riesce a sostituire la decisione del più forte, così imponendo l'interesse comune sull'istinto all'interesse individuale. L'istituzione è di continuo esposta al rischio di degenerare, perché deve costringere a comportamenti etici che l'egoismo rifiuta; che i protagonisti accettano, purché dipendano da costrizioni che la società sa imporre ai commercianti, indistintamente e a parità, come regole del gioco, come valori morali, per accrescere, con l'individuale, la ricchezza comune. La società deve essere in grado di fare rispettare le regole con l'efficacia che è necessaria ad impedire che la stessa istituzione divenga lo strumento di prevaricazione. Le disfunzioni nella regolamentazione del mercato, ad es. della borsa valori, possono essere colte dall'operatore per profittare a proprio vantaggio dell'organizzazione²¹. Accade che prescrizioni per proteggere il consumatore sulla qualità del prodotto, ad es. sulla qualità della birra, oppure prescrizioni su dispositivi di sicurezza dei prodotti elettrici, siano piegate a proteggere i produttori nazionali dalla concorrenza estera, creando situazioni di privilegio che alterano il prezzo, favorendo rendite di posizione. Spesso di fronte alla crisi dell'impresa assistiamo alla coalizione del capitale, lavoro, creditori nella convergenza d'interessi a reclamare il salvataggio, la statalizzazione, le procedure amministrative di gestione. La perversa regolamentazione del governmento della società per azioni può favorire la concentrazione del potere al punto da ostacolare la mobilità dei vertici, sottratti al

²¹ Ancora attuale M. WEBER, *La bourse*, del 1894 e 1896, ora tradotto éd. Alia, Parigi 2010.



rischio della concorrenza, e alla conseguente responsabilità: ne accresce, con il loro potere economico, l'influenza politica o, di converso, l'influenza della politica sulla gestione. La disciplina sulle società azionarie, la disciplina del commercio, la regolamentazione della concorrenza, sono formalmente leggi di diritto privato e nell'interesse dei privati; ma nella loro sostanza politica sono leggi di ordine costituzionale, nel regolare il potere economico nei rapporti con la società civile e politica. Perciò il grado etico del capitalismo dipende innanzitutto dalla qualità del diritto, delle istituzioni e del processo. Dell'etica del capitalismo è innanzitutto responsabile il legislatore nel fare le regole e nel disporre delle istituzioni. In questo contesto si sviluppa la responsabilità etica dei protagonisti, tenuti al rispetto sostanziale del diritto. L'etica non può sostituire il diritto; l'etica individuale può funzionare da integrazione del diritto. L'etica dell'imprenditore è nella legalità sostanziale del suo comportamento, che si estende anche nel chiedere e promuovere leggi etiche, nell'esercizio dell'influenza che è in grado di esercitare per la sua posizione nella società economica, civile e politica²². Al solo scopo di meglio spiegarmi con l'aiuto di esempi richiamo alcuni temi oggetto di regolamentazione. Possiamo distinguere le Regole che proteggono la fisiologia del mercato, dalle Regole di indirizzo e coordinamento a fini sociali dell'attività economica. **Regole a protezione del mercato.** La lealtà delle convenzioni, tra commercianti e verso i consumatori, richiede che le parti siano in grado di capire lo scambio che concludono e di disporre dei rimedi in caso di errore e di prevaricazione, secondo il diritto naturale della tradizione, che ritroviamo codificato nella disciplina generale del contratto e delle obbligazioni.²³ Sappiamo che le tecniche del diritto comune per proteggere la lealtà del contratto non sono sufficienti quando l'imprenditore propone le merci ed i servizi al dettaglio. Su questa situazione si sono sviluppate le tutele dei consumatori e le protezioni dei risparmiatori sui mercati finanziari.

²² Il mio rapporto ad Orvieto 2008 sulla ricerca triennale *Società per azioni e mercato finanziario*, in sito Luiss-Ceradi, cit; riprodotto in Nextam Partners 2009.

“La crise grecque pose donc deux questions: celle de la solidarité des pays de la zone euro e celle de la régulation del la finance. Des deux cotés de l'Atlantique, des pistes ont été e voquées: obliger les banques à avoir plus des fonds propres (pour limiter les opérations à effet de levier qui constituent l'oxygène des hedge funds), leur interdire de specule pour leur prpopre compte Mais, pour le moment, rien n'à été mis en oeuvre, et, en toute discétion, le lobby de la finance s'évertue à tuer ces initiatives dans l'oeuf. Puisse la crise de l'euro provoquer le sursaut politique nécessaire pour mener à bien ce salutare chantier”, nota redazionale *Le Monde*, 11 II 2010.

²³ Aristotele



L'abuso può riguardare la fisiologia del mercato, che viene alterata. C'è mercato quando la gestione dell'impresa, esclusivamente affidata all'alea della negoziazione privata dei finanziamenti e degli investimenti (dei costi e dei ricavi) resta astretta dai vincoli della concorrenza e del fallimento. L'istinto del mercante è sfuggire il rischio, che la concorrenza gli impone, che l'insolvenza rivela nel fallimento: chi ha predicato la libertà di accesso per entrare nel mercato, poi, quando ha acquistato la posizione dominante, chiede il monopolio. È nella storia dell'economia; è nell'esperienza quotidiana, l'istinto del mercante a sfuggire l'alea della negoziazione concorrente; a crearsi situazioni di monopolio; a stimolare interventi (non negoziali) di sostegno finanziario pubblico per ridurre i costi o promuovere i ricavi; l'istinto ad evitare il fallimento, e le conseguenze sul piano patrimoniale e dell'onore personale, quando l'insolvenza si rivela. La pretesa di libertà del mercante si accompagna alla promozione di meccanismi di contenimento e di trasferimento dei rischi d'impresa sino a pretenderne la pratica soppressione. È quanto dice il luogo comune: *profitti privati e perdite pubbliche*, additando la vicenda come immorale. Il caso dell'Alitalia-Air One ne è recente esempio. La crisi finanziaria in corso ha imposto interventi nei riguardi delle banche, che specialmente negli USA sono riguardati come erogazioni straordinarie a carico del contribuente che modificano la condizione privata del beneficiario, stimolato ai rimborsi per riconquistare la libertà privata. La disciplina speciale intende correggere l'immoralità dell'intervento, che può essere anche giustificato sul piano generale, ma che è generatore di vantaggi individuali ingiusti (ad es. è attuale la discussione sui i.c.d. bonus). Nello svolgimento delle transazioni la speculazione è nella fisiologia del mercato come remunerazione del rischio che assume lo speculatore. Diviene invece immorale quando l'operatore riesce a sfuggire o ridurre artificialmente il rischio dell'affare, come nei casi di negoziazione di azioni sfruttando notizie riservate: allora è necessaria la regolamentazione a ricomporre il giusto (es. disciplina *dell'insider*). Nello svolgimento delle transazioni la speculazione può inquinare complessivamente il mercato, che diviene il perverso meccanismo di ingiusta redistribuzione delle ricchezze; ingiusta rispetto al fisiologico compenso e profitto che genera il mercato ben regolato. Sono i problemi della finanza, le cui innovazioni possono rivelarsi mero meccanismo di trasferimento di ricchezza anziché di creazione di nuova ricchezza; in questi giorni si lamenta la generalizzata speculazione sulle valute in relazione alle differenze di tassi; il risanamento delle banche deriva da ricavi o da speculazione? è creazione di nuova



ricchezza o redistribuzione della ricchezza esistente²⁴ Quando questo accade la sede delle transazioni (la voce popolare richiama la *borsa*) riproduce le caratteristiche del gioco e della scommessa; nell'immagine popolare si parla di *casinò*. L'accadimento non rivela l'assenza di morale degli operatori, in quanto individui che speculano sul capitale, quanto l'assenza di regolamentazione etica della società; e degli stessi capitalisti, in quanto membri, in genere influenti, della società che pretende regole. Per il mercante è naturale cogliere il vantaggio particolare che gli si offre, anche a scapito della stabilità del sistema economico nel suo complesso. La stabilità individuale non coincide necessariamente con la stabilità del sistema economico nel suo complesso. E' compito del governo creare le condizioni della stabilità del sistema. La gestione della moneta e della finanza condiziona il mercato secondo decisioni ed obiettivi che il mercato non è in grado di darsi nella competenza di autoregolamentazione (si dice che il comportamento delle autorità monetarie usa abbia concorso alla crisi). Il capitale dà al titolare potere, potere economico che si rivela sociale e politico; potere che può influire non soltanto sul mercato, alterandone l'andamento fisiologico; ma che può influire sulla società alterando l'ordine sociale e politico. Anche questo accadimento rivela l'immoralità della società che accetta la prevaricazione del potere economico, nel non sapere dare le opportune regolamentazioni per contenerne le disfunzioni e conservare al mercato la sua dimensione esclusiva di tecnica di produzione economica²⁵. Le regole affidate al legislatore per la protezione del mercato possono non essere sufficienti, per la loro portata generale e astratta. Può essere necessario o quantomeno opportuno affidare la funzionalità del mercato a vigilanze di ordine amministrativo, in grado di conformare le regole alle situazioni concrete che si vanno delineando nell'esperienza. È accadimento tutt'altro che infrequente l'assunzione degli interessi delle imprese vigilate da parte della stessa autorità, da quelle influenzata al punto da divenirne espressione corporativa del settore. Quando il sistema è così costruito dal legislatore, il settore è sottratto al mercato per configurare l'economia mista o anche l'economia diretta dallo Stato. Ma quando non è questa la scelta del legislatore, e pertanto le vigilanze sono meramente prudenziali, cioè disposte per il migliore funzionamento del mercato, la deviazione rivela la scarsa sensibilità etica dell'autorità. Se l'autorità è a presidio dell'informazione del mercato, deve imporre di rivelare le notizie anche se queste possono comportare la crisi dell'impresa. Come si

²⁴ F.t.

²⁵ È problema che emerge con riguardo alle banche d'investimento ormai a livello globale, Athenian arrangers. The eurozone. Amid anxiety about the finances of nations such as Greece, the role of big investment banks in massaging debt data is under scrutiny (K. Hope, M. Murphy, G. Tett), in F.T. 17,II,1010.



spiega il valore che la Sec ha riconosciuto al *rating* senza di conseguenza sottoporre a speciale disciplina selettiva le società specializzate al servizio? Così facendo l'autorità ha riconosciuto loro un monopolio alla certificazione senza oneri, secondo un comportamento che è stato ampiamente criticato. Il protagonista del mercato è il commerciante, che ha nel profitto il criterio dell'efficienza, ed in questo fare persegue la funzione sociale. La funzione sociale dell'impresa capitalistica (e del mercato) sta nella produzione e nella distribuzione di quei beni e servizi sui quali si esprime la domanda dei consumatori, alla migliore qualità, tenuto conto del prezzo, che possono offrire in quel dato momento le condizioni delle tecniche. In questo senso si dice che *nel mercato è sovrano il consumatore*. Secondo l'ordine giuridico del mercato non interessa la produzione di un determinato bene o servizio, che è prodotto in quanto interessa al consumo, che nel prezzo ne sopporta i costi, veicola le scelte. Alla società, all'ordinamento giuridico, non interessa l'esistenza di quell'impresa. Per riprendere un esempio scolastico, l'interesse dell'impresa di trasporto non è "che i battelli attraversino il Reno", bensì investire nel commercio che remunera i capitali, pronto il commerciante dunque a mutare l'investimento in trasporto terrestre in seguito alla costruzione del tunnel; pronto a trasformare la clinica in albergo o la scuola in appartamenti di lusso. È in questo accadimento la funzione innovativa del mercato. L'istituto giuridico del mercato è nei fatti che soddisfa gli interessi sociali e politici allo sviluppo. Ma l'impresa, ed il mercato, coinvolgono interessi e valori che trascendono il profitto ed il capitale, il cui contenuto etico si impone alla società e nelle scelte politiche. Innanzitutto s'impone la scelta se la produzione di determinati beni debba essere di mercato oppure assunta come servizio alla collettività nelle forme della gestione amministrativa (giustizia, polizia; ma anche sanità, scuola, produzioni in condizione di monopolio naturale ecc.). In questo caso la gestione coinvolge direttamente il perseguimento di valori, e richiede appropriata disciplina, sottratta al mercato. La decisione dipende da scelte politiche (es. lo sviluppo dello Stato sociale); ma può anche essere la conseguenza necessaria dell'impossibilità o difficoltà per quella certa produzione di organizzare il mercato (cfr. art. 43 Cost.). Ma è la stessa gestione dell'impresa nel mercato che urta con valori che si ritiene di proteggere. Gli imprenditori troveranno la loro libertà d'iniziativa economica condizionata e limitata dai vincoli a protezione dell'ambiente, del lavoro, dell'ordine pubblico ecc. Sono vincoli che rispondono ai principi della giustizia distributiva; che operano sull'impresa, al suo esterno costringendone il comportamento; che hanno un costo che l'impresa rileva nel suo processo contabile. Non è l'impresa, non è il mercato, che assumono di propria iniziativa fini sociali. Non è l'impresa o il mercato; non è il capitalismo che si anima di sociale, se non



nella funzione tecnica di produrre ricchezza, che è un bene sociale. È il legislatore che eleva a sociali vincoli che, se incompatibili con la libertà d'impresa sottraggono quella produzione al mercato, riconducendola al servizio pubblico; ma allora questa attività deve avere regolamentazione appropriata, diversa dal mercato: che senso ha organizzare in società i servizi pubblici, i musei, Pompei? ***Economia mista e di Stato.*** Le economie miste e di Stato si distinguono dall'economia di mercato in ordine al criterio di gestione del rischio d'impresa, cioè del rischio che i costi non coprano i ricavi. Dunque le differenze si colgono sui meccanismi finanziari dell'unità produttiva. Nel mercato il rischio è gestito dall'imprenditore, che lo assume come rischio del mercato, sopportandone le conseguenze. Nell'economia mista il rischio è ancora assunto dall'impresa, ma è mitigato ovvero corretto dall'intervento finanziario dello Stato, per ragioni estranee al mercato, come ad es. il progetto di promuovere una determinata produzione (es. acciaio) ritenuta politicamente utile alla nazione o strategica; oppure per sviluppare aree del territorio, oppure per evitare conseguenze sociali dalla disoccupazione conseguente al fallimento di imprese. Nel meccanismo finanziario dell'impresa si introduce l'intervento dello Stato volto ad alleviare i costi o a promuovere i ricavi. Il meccanismo opera sulla gestione finanziaria, ma l'intervento può anche non essere direttamente finanziario, come quando sono impiegati strumenti di protezione dalla concorrenza. L'intervento pubblico è motivato da ragioni sociali, cioè di giustizia distributiva, che il mercato, giustizia commutativa, non riesce a soddisfare, o non soddisfa secondo le scelte politiche che sono a fondamento dell'intervento. Pertanto l'indirizzo a fini sociali dell'impresa in questi casi non si ottiene nello svolgimento stesso dell'impresa, all'interno del processo decisionale dell'imprenditore, senza intervenire sul suo procedimento finanziario, attenuando il vincolo del mercato (concorrenza, fallimento). Nell'economia mista si confondono i ruoli del mercato e della politica, degli obiettivi di giustizia commutativa e di giustizia distributiva, nell'impiego e redistribuzione della ricchezza. Per questo è diffusa la convinzione che sia un'esigenza morale separare il mercato dalla politica; separare l'esercizio dell'impresa dalle decisioni politiche. Gli interventi straordinari, se richiesti, devono rimanere transitori, di portata temporanea e chiaramente delineati nelle finalità sociali mediante appropriate procedure. Quando invece è il settore economico che viene organizzato stabilmente in economia mista, le esperienze confermano la difficoltà di distinguere ruoli e responsabilità del mercato e dell'azione sociale della mano pubblica; denunciano l'intreccio tra economia e politica.²⁶

²⁶ Me ne sono occupato da ultimo *L'etica del diritto è la tolleranza*, in sito Ceradi-Luiss, www.archivioceradi.luiss.it.



Nella produzione di Stato l'unità produttiva è sottratta al mercato, escludendo ogni correlazione tra costi e ricavi. Il servizio è organizzato come pubblico, secondo discipline di diritto amministrativo.

Capitalismi. Innanzitutto dobbiamo parlare di capitalismi, poiché le esperienze nazionali sono profondamente differenti, anche quando è assunta come principio la libertà di commercio. Le differenze sono proprio nell'organizzazione degli affari. Oggi parliamo di capitalismo e di mercato anche per la Cina, peraltro si tratta di capitalismo profondamente differente da quello che rileviamo negli Stati Uniti. Le differenze sono consistenti anche nell'Europa; sono così profonde che impediscono di parlare dell'Europa come di una omogenea forma di capitalismo. Notiamo un accentuato orientamento verso l'armonizzazione, ma il capitalismo francese, il tedesco, il belga ecc. restano realtà differenti, profondamente condizionate dalla loro storia e dalle loro società: dal loro diritto. Sempre più incisivi sono i vincoli che condizionano l'evoluzione dei sistemi verso il mercato unico, ma ancora oggi non possiamo riferire i problemi etici al diritto europeo, come se fosse un unico sistema giuridico adeguato ad esaurire la regolamentazione delle economie europee. L'etica resta nella sovranità politica degli Stati membri, anche per quanto riguarda l'elaborazione del diritto di genesi europea. Nell'unione monetaria gli Stati hanno demandato alla Banca Centrale esclusivamente la missione della stabilità monetaria, come verificiamo in questi giorni con riguardo alle vicende della crisi greca. Il nostro capitalismo è inquinato dalla tradizione di economia mista per la finanza e le maggiori industrie, che oggi è evoluta in un'economia che, da un lato affatica, finge, di essere privata di mercato, poiché resta protetta negli assetti proprietari e nella gestione oligopolista; che dall'altro lato non è nemmeno regolata come mista, avendo soppresso o assai affievolito le garanzie a protezione dell'interesse pubblico negli interventi, che si manifestano in puramente politici: sono svanite le garanzie volte a proteggere la separazione dell'ordine politico dall'ordine economico. Se vogliamo porci sul piano dell'etica, come ci è richiesto, viviamo un'esperienza che si fa in assenza di un progetto etico; aperta alle speculazioni che consente la commistione di pubblico e privato, lasciata ai fatti, cioè agli interessi individuali contingenti. “The system maintained the central role of the banking system, which now became concentrated into three main banking groups. These groups were linked with other through cross shareholding, shared financial interests and voting pacts. They were also subject to the influence exercised on them by the institutional entities holding their controlling stakes, in particular by the Banking Foundations. It follows that these groups were not really accountable to the market, to a shareholder of reference nor to any authority, as such, but were subject to an opaque system of cross shareholdings and control which was often external to the



company itself and difficult to isolate and identify. This obscure system of control naturally influenced the management of industrial and commercial companies where the banks held shares”²⁷. Il problema etico della politica italiana non è ritornare alla regolamentazione, poiché viviamo di un eccesso di regolamentazione, che, pur confusa, è di orientamento contrario al mercato. Perciò la nostra decisione, di contenuto squisitamente *etico*, è se introdurre il mercato, lì dove può operare; trasformare in servizi pubblici di Stato le produzioni che si intendono o si devono sottrarre al mercato, affidandole alla tradizionale disciplina di ordine amministrativo. In questo senso la privatizzazione di servizi che si intendono conservare sociali è profondamente ambigua: che senso ha trasformare in società per azioni i musei statali? Basta organizzare l’università in società per farne un’unità produttiva efficiente? Non è piuttosto necessario elaborare tecniche di diritto amministrativo adeguate, affrontando i connessi problemi? Procedere come stiamo facendo è immorale ipocrisia.

²⁷ Tratto dalla mia *Lecture Max Planck Institute, Liability and Accountability: the Key for Corporate Governance*, Hamburg July 08, 2009, ora in sito Ceradi.

Vedi anche il mio *Principi di diritto commerciale*, Cedam 2004.