

*Brevi note in tema di vecchi e nuovi problemi del diritto pubblico
dell'economia (*)*
(Carlo Marzuoli)

1. E' difficile anche solo passare in rassegna i "vecchi e nuovi problemi del diritto pubblico dell'economia"; mi limiterò dunque ad alcuni punti, che proprio il volume sulla modernizzazione curato da M. A. Cabiddu contribuisce a mettere in evidenza, peraltro selezionati (ovviamente) sulla base di inclinazioni personali.

2. Innanzitutto il rapporto fra il diritto pubblico dell'economia ed il volume a cui ci si riferisce, intitolato alla "modernizzazione". Un interrogativo è d'obbligo, in conseguenza di quanto osserva Cabiddu nel saggio introduttivo ⁽¹⁾: ebbene, il diritto pubblico dell'economia è il diritto della "modernizzazione"?

Direi: sì, per un verso, e no, per un altro; basta intendersi su ciò di cui si parla.

3. Il diritto pubblico dell'economia ha un'origine comunque successiva rispetto ad altri ingombranti vicini (il diritto pubblico, il diritto amministrativo, il diritto costituzionale). Sordi ⁽²⁾ nota la fatica con cui la dottrina degli anni trenta del secolo scorso, in specie amministrativistica, si rende conto dei nuovi rapporti fra Stato ed economia e ricorda che lo stesso M. S. Giannini, nel 1940 ⁽³⁾ sottolineava che i fatti economici erano stati studiati in modo episodico e frammentato. Non sorprende dunque che il diritto pubblico dell'economia (fra altri e come altri "diritti") veda tuttora discussa la sua effettiva autonomia scientifica ⁽⁴⁾, discussione, peraltro, che, come noto, aggancia e riproduce un

(*) Introduzione alla Tavola rotonda "Vecchi e nuovi problemi del diritto pubblico dell'economia", in occasione della pubblicazione del volume di M. A. CABIDDU (a cura), *Modernizzazione del Paese. Politiche opere servizi pubblici*, F. Angeli, Milano, 2005 (Roma, 8 maggio 2006).

⁽¹⁾ *Introduzione. La parola e le cose: modernizzazione cos'è?*, in *Modernizzazione cit.*, p. 15 ss.

⁽²⁾ *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, n. 28, Tomo II, p. 1039 ss.

⁽³⁾ In *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, p. 708. Un cenno, seppure indiretto, si ha anche in *Profili storici della scienza del diritto amministrativo, Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1973, n. 2, p. 268, dove M.S. GIANNINI scrive: la "giovane generazione giuridica di allora riteneva invece la corsa all'indietro inutile e perfino ridicola; riteneva un fatto necessario la disciplina pubblica dell'economia...".

⁽⁴⁾ Per una rappresentazione dei temi correntemente considerati nell'ambito in esame si rinvia a F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, in specie al volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, a G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 1977; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977; B. CAVALLO, G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1983; P. DE CARLI, *Lezioni ed argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1995; M. GIUSTI (a cura), *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997; E. PICOZZA, *Diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1998; G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano 1998; F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, I, Torino 1999; M. A. VENCHI CARNEVALE, *Diritto pubblico dell'economia*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, XXIX,1, Padova, 1999; M. A. CABIDDU, P. DE CARLI, *Sussidio e materiali di diritto pubblico dell'economia*,

altro interrogativo: se si possa parlare o non di “Costituzione economica”⁽⁵⁾, se “Costituzione economica” abbia mero significato descrittivo - oggettuale - o prescrittivo (una sorta di ordinamento speciale), e altro.

Quanto al diritto pubblico dell'economia, Di Gaspare, ad esempio, ricorda l'orientamento totalizzante e quello riduzionista e propone una terza via: non gli istituti, ma le istituzioni⁽⁶⁾ sono alla base dell'autonomia del diritto pubblico dell'economia.

Ebbene, salvo l'esigenza di tante precisazioni, in termini generali direi non solo che il diritto pubblico dell'economia non ha autonomia scientifica (condividerei la posizione di M.S. Giannini e di Galgano)⁽⁷⁾, ma – soprattutto - che non la deve avere⁽⁸⁾.

Vediamo separatamente il primo ed il secondo punto.

4. Primo punto, che intitolerei così: l'importanza del diritto pubblico dell'economia.

Quale che sia la conclusione sul diritto pubblico dell'economia come ramo autonomo (significativamente autonomo), è sicuro che l'etichettatura “diritto pubblico dell'economia” sollecita e costringe a cogliere, in modo tempestivo, in una esperienza giuridica di settore, quei mutamenti dei costrutti giuridici che, nella continua circolare dialettica fra le parti ed il tutto, non sono (più) deviazioni dal sistema, ma modificazioni del sistema. Insomma: a vedere ed a riflettere su quelle novità che pongono il problema ricorrente di capire se quella certa norma o quel certo schema concettuale che sta dietro la norma (o quella realtà sociale che la produce) siano un'eccezione o invece l'espressione di un cambiamento del sistema, un suo rinnovamento.

Vorrei spiegarmi con qualche esempio. In anni lontani, all'inizio degli studi “scientifici”, mi fu indicato (da Sorace e da Orsi Battaglini) di leggere un certo

Padova, 2001; F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2003; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003; E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia: diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005; R. CAPUNZO, *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2005; A. CARULLO, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005; F. GABRIELE (a cura), *Il governo dell'economia tra “crisi dello Stato” e “crisi del mercato”*, Bari, 2005; E. GRAZIANI, *Il mercato tra diritto economia e politica. Considerazioni sull'analisi economica del diritto*, Torino, 2005.

⁽⁵⁾ In tema di costituzione economica, oltre a *La costituzione economica* già citato, cfr. G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana*, Milano, 1992; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione economica*, Padova, 1997 (Atti del Convegno di Ferrara, ottobre 1991); G. DELLA CANANEA, G. NAPOLETANO, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998; G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2004.

⁽⁶⁾ Da intendere come “fattispecie complesse al cui interno si collocano anche gli istituti giuridici, senza però che le prime siano scomponibili nei secondi. In questo modo il discorso si colloca su un diverso piano di rappresentazione della fenomenologia giuridica, così da pensare il diritto dell'economia quale diritto delle istituzioni rilevanti per l'economia, come un diritto di secondo livello”, vedi *Diritto cit.*, pp.7-8.

⁽⁷⁾ Rispettivamente *Diritto cit.*, ediz. 1993, pp. 17-19 e p. 19, nota 1; e *Prefazione*, p. VI, in *La Costituzione cit.*, dove si scrive che con il *Trattato* non si “intende fondare, o rifondare” un diritto con una propria autonomia scientifica.

⁽⁸⁾ Si può forse ricordare che alla “formula del <<del diritto dell'economia>> o del <<diritto economico>> sottostava (e sottosta) una filosofia che va combattuta con ogni energia...Compito irrinunciabile del giurista è di operare per uno sviluppo che sia coordinato con il più generale progresso civile e sociale”, F. GALGANO, *Prefazione cit.*, p. VI

libro, che si occupava, come tantissimi altri, di autonomie locali, dunque di un diritto di settore: però mi fu suggerito di leggere, innanzitutto, quello. Lo lessi. Non era un libro sulle autonomie locali; meglio: parlava e si occupava di autonomie locali, ma ridisegnava tutto l'impianto teorico del diritto amministrativo. Mi riferisco ai *Caratteri dell'ordinamento comunale e provinciale* ⁽⁹⁾ di Giorgio Berti.

Pensiamo - oggi - a quel piccolo comma che è il c. 1-bis dell'art. 1 della legge n. 241/1990, o, ancora, al comma 2 dell'art. 5 d. lgs. n. 165/2001 (nell'ambito delle leggi ... "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono assuntecon la capacità e i poteri del privato datore di lavoro"): queste disposizioni ad alcuni possono sembrare di settore, ad altri banali, e invece possono ribaltare - se appunto considerate in una certa luce - il sistema dei rapporti fra Pubblica Amministrazione e diritto privato ⁽¹⁰⁾.

Ecco, il diritto pubblico dell'economia è un diritto di specie che ci dimostra (meglio e più di altri) che non si può fare un'applicazione inerziale del sistema e aiuta a vedere le novità come novità di sistema, quando e se lo sono.

Direi di più. Il diritto pubblico dell'economia spinge con particolare significatività ed evidenza nella direzione indicata. Esso è infatti uno dei capitoli che anche concretamente, nell'esperienza del diritto praticato, praticato dalle amministrazioni, praticato dalle imprese ecc., ha reso visibile in modo massiccio che il nostro assetto giuridico è ormai - da tempo - super nazionale, che di Costituzioni ne abbiamo almeno due (vi è anche quella europea), e non una. Basta ricordare che il diritto comunitario entra in primo luogo come diritto dell'economia.

Questo, fra tutti, è il primo elemento di modernizzazione, perché induce a rileggere la Costituzione ed in specie le norme che riguardano in modo ravvicinato i rapporti economici, come avrò modo di tornare a sottolineare.

Poi vi sono singoli temi, che hanno rilevanza e portata differenti, ma che tutti cospirano al medesimo risultato, un cambiamento del sistema:

- a) la "demistificazione del pubblico": non basta l'aggettivazione "pubblico" per garantire la socialità dei fini; occorrono invece regole, e non "nature";
- b) la "moralizzazione" (concettuale) del pubblico; è il tema dell' "organismo di diritto pubblico": non ti puoi vestire di abiti privati all'esclusivo scopo di evitare certe discipline congrue e pertinenti rispetto alla sostanza (è il caso delle discipline di gara contrattuali); e questo schema (schema "positivo", di origine comunitaria) ha recato un contributo fondamentale in punto di teoria generale degli enti pubblici;
- c) necessità di separare la responsabilità di regolazione e le attività di gestione; e qui si apre - in particolare, ma non solo - il discorso sui servizi pubblici e sulle autorità indipendenti, che possono essere un'ulteriore versione del volto arcigno dello Stato, ma possono essere anche i canali in cui è la società che fa il diritto;
- d) la "rivalutazione" dei diritti o dei profili "economici":

⁽⁹⁾ Padova, 1969.

⁽¹⁰⁾ Cfr. la costruzione proposta da A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004.

da) ad es., la scoperta che certi sistemi per l'innanzi pensati come salvaguardia del pubblico, è il caso delle procedure contrattuali ad evidenza pubblica, sono in realtà sistemi pensabili per la salvaguardia dei privati, parità e concorrenza;

db) e, viceversa, che la disciplina della concorrenza può essere un formidabile ed esaustivo strumento a tutela della libertà, e non solo a tutela della libertà economica; debbo ancora capire quali sono le ragioni giustificative di una RAI così imponente come quella che abbiamo (non entro nel merito della riforma recente), al di fuori di quelle riferibili alla legittima ma non costituzionalmente necessaria esigenza di avere consenso, in specie in relazione a certi ceti sociali; ho l'impressione che un' incisiva disciplina della concorrenza poteva e potrebbe essere la soluzione;

e) la scoperta che lo Stato sociale non è lo stato assistenziale: le privatizzazioni;

f) l'interesse legittimo: non dimentichiamo che la risarcibilità dell'interesse legittimo fa capolino, sul piano normativo, con disposizioni nazionali di attuazione di direttive comunitarie; e la risarcibilità dell'interesse legittimo è un terremoto per il sistema del diritto amministrativo e del suo giudice;

g) la considerazione che la Costituzione ha un impianto, in realtà, debole, nel senso che l'equilibrio fra potere pubblico e privati è al ribasso (la notazione, acuta, è di Di Gaspare) ⁽¹⁾; in proposito è illuminante il cenno ai diritti costituzionali concepiti come interessi legittimi; la circostanza che detta qualificazione operi in primo luogo per i diritti economici non è affatto confortante, perché la natura di interesse legittimo imposta ai diritti economici non serve affatto - in ipotesi - per affermare la natura di veri diritti dei diritti sociali: no, sono interessi legittimi anche questi; ecco perché siamo dinanzi ad un equilibrio al ribasso. Esempio la vicenda della conformazione "espropriativa": la conformazione, quale impostata con riferimento alla proprietà immobiliare, è il segno della debolezza della Costituzione e della giurisprudenza della Corte costituzionale sul piano dei diritti: significa che un diritto può essere sostanzialmente azzerato, e non consola il fatto che si tratti della proprietà: lo schema vale o può valere in generale, come accade per ogni costruzione giuridica: anche se nasce in vista di un qualche cosa o di un qualcuno, una volta nata sfugge al suo padrino, e può essere invocata - come è giusto - da chiunque;

h) il suggerimento di ricominciare a costruire i rapporti fra cittadini e istituzioni pubbliche a partire (sempre mi ricordava Andrea Orsi Battaglini) dalla libertà, e se a questo fine serve partire dalla libertà economica, ben venga, perché mai dobbiamo dimenticare che si tratta, anche in questo caso, non di un mero fatto economico, ma di una libertà, dunque anche di un valore della persona, sia pure colto attraverso la dimensione economica, che è una delle dimensioni decisive per la nostra esistenza.

Per questi aspetti il diritto pubblico dell'economia è modernizzazione e la sua proiezione non è in termini di distacco dal sistema, ma di concorso all'edificazione del sistema

5. Con questo, siamo al secondo dei punti preannunciati: il diritto pubblico dell'economia non è e non deve essere disciplina autonoma.

Il problema è che dietro e dentro ad alcune delle voci sta anche una "modernizzazione", che non è tale (o comunque una "modernizzazione" che non

⁽¹⁾ Vedi *Diritto cit.*, p. 126 ss. e 131.

vogliamo); vi stanno fatti di questo genere, come sottolinea Cabiddu⁽¹²⁾: l'abbraccio mortale fra poteri politici ed economici; la privatizzazione intesa come privatismo, cioè come una riedizione di un sistema feudale, in cui lo Stato, bene che vada, è il garante di chi riesce vincitore non in virtù del diritto ma della forza o della furberia; la flessibilità che diventa abbandono; l'equivocità e l'ambiguità dell'amministrazione di risultato.

Ancora, come denuncia Berti: l'allargamento "a dismisura (di) un programma di interventi e di opere pubbliche, pur prevedendone in gran parte l'affidamento ad imprese," comporta "schemi di governo dirigista o interventista, basati non già sull'economia generale o sulla produzione economica, ma sui condizionamenti che alla libera economia derivano dalla creazione di una quantità di infrastrutture, che contengono in se stesse una nuova ed in un certo senso coperta idoneità a dirigerne le dinamiche. E' come se mediante la manipolazione di fattori produttivi essenziali si promuovesse una nuova economia fatta calare sulle imprese dall'alto delle decisioni politiche"⁽¹³⁾; l'"uso smodato, scomposto e arbitrario delle fonti del diritto"; la mancanza di un vero programma, che è l'unica condizione che, ai sensi dell'art. 41, legittima l'indirizzo ed il coordinamento dell'attività economica⁽¹⁴⁾.

Ora, tutti questi aspetti negativi ripropongono il valore della dimensione giuridica in termini di entità unitaria e formale, nel senso che il diritto o è uno o non è⁽¹⁵⁾; e si possono contrastare solo presupponendo il sistema, che vi sia comunque un sistema a cui è appartiene anche il diritto pubblico dell'economia e con cui il diritto pubblico dell'economia deve fare i conti, pur se in modo dialettico: qui è il motivo che impedisce la separatezza ("scientifica") del diritto pubblico dell'economia.

D'altra parte, in un momento in cui l'illusione dello stato paternalista, sia in versione pre-rivoluzionaria sia in versione post-moderna, segna il passo, perché vi è bisogno di libertà, di fantasia, di autonomia, in cui l'ordine di idee dell'autoritatività (pubblicistica) come ragione di differenziazione tecnico-giuridica da altre esperienze diviene sempre più misterioso (certo non lo chiarisce il c. 1-bis dell'art. 1 legge n. 241/1990), in cui si afferma la necessità di praticare principi di equità e ragionevolezza anche nel diritto privato e nelle relazioni fra privati ("Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: ... alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali...": art. 2 D. lgs. n. 206/2005, *Codice del consumo*), in cui vi è la necessità di sempre più elaborate procedure volte a identificare nuovi paletti, nuovi limiti all'area della politica, perché il mondo globalizzato e lo sviluppo della scienza e della tecnica mostrano l'esistenza di vincoli oggettivi (penso ad esempio al saggio di P.Paolillo)⁽¹⁶⁾, l'unica misura capace di ordinare la complessità non può che

⁽¹²⁾ *Introduzione cit.*, pp.16, 22, 24.

⁽¹³⁾ *La "legge obiettivo" nel quadro costituzionale*, in M. A. CABIDDU, *Modernizzazione cit.*, pp. 51-52.

⁽¹⁴⁾ *La "legge obiettivo" cit.*, p. 53

⁽¹⁵⁾ Come torna a ricordare G. BERTI, *La "legge obiettivo" cit.*, p. 54: "le forme giuridiche garantiscono proprio quando non sono affette da sostanze speciali e non vengono modellate su queste sostanze" (già in *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1992).

⁽¹⁶⁾ *La questione degli standard comunali: dal vincolo di carta all'avvio della programmazione attiva dei servizi*, in M. A. CABIDDU, *Modernizzazione cit.*, p. 209 ss.

essere il diritto, pura forma, ma al tempo stesso precipitato reale della storia sinora percorsa.