

Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione

a cura di
Alberto Lucarelli

contributi di
Alberto Lucarelli, Gérard Marcou
e Ugo Mattei



La scuola di Pitagora editrice

Assise

5

Quaderni di formazione

*Il bene dello Stato
è la sola causa di questa produzione*

GAETANO FILANGIERI

Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione

a cura di Alberto Lucarelli

contributi di
Alberto Lucarelli, Gérard Marcou e Ugo Mattei



La scuola di Pitagora editrice

Napoli 2012

Questa collana è promossa dalla Società di studi politici ed è coordinata da Nicola Capone

In collaborazione con l'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici

Si ringrazia Francesco Iannello per la collaborazione

Copyright © 2012
Società di studi politici
www.studipolitici.it

La scuola di Pitagora editrice
Piazza Santa Maria degli Angeli, 1
80132 Napoli
www.scuoladipitagora.it
info@scuoladipitagora.it

ISBN 978-88-89579-63-3 (versione cartacea)

ISBN 978-88-6542-040-9 (versione digitale nel formato PDF)

Printed in Italy - Stampato in Italia

Indice

Introduzione	
Idee e proposte per la ricostruzione del diritto pubblico	9
<i>di Alberto Lucarelli</i>	
Politiche di liberalizzazione ed espansione del diritto pubblico	17
<i>di Gérard Marcou</i>	
1. Verso un ordine pubblico economico	20
2. La regolazione come nuova funzione del potere pubblico	31
Conclusioni	37
Crisi e ricostruzione del diritto pubblico	
<i>di Alberto Lucarelli</i>	
1. Le "riforme deformanti": quindici anni per demolire lo stato sociale e far regredire il diritto pubblico a strumento di tutela dei sog- getti "forti"	39
2. Ruolo e funzioni del diritto pubblico nei pro- cessi evolutivi del liberalismo autoritario: organizzazione del potere e tutela delle li- bertà individuali	41

3. Il diritto pubblico tra politica e amministrazione	42
4. Dal liberalismo autoritario alla forma di Stato democratico-sociale: la funzione sociale del diritto pubblico attraverso la sintesi tra politica e amministrazione	43
5. Il profilo tridimensionale del diritto pubblico: politico-amministrativo-sociale	46
6. Costituzione e funzione sociale del diritto pubblico	49
7. Il <i>vulnus</i> dell'effettività: la non applicazione dei principi costituzionali e la proliferazione di regole eversive	53
8. Processi di riforma: dal disarmo del diritto pubblico al diritto pubblico autoritario	55
9. Ruolo e funzioni del diritto pubblico nel processo di integrazione europeo	59
10. Conclusioni	61

Ballando sul ponte del Titanic. Cronaca di una catastrofe annunciata <i>di Ugo Mattei</i>	65
---	----

Introduzione

Idee e proposte per la ricostruzione del diritto pubblico

di Alberto Lucarelli

Una crisi lenta ma continua colpisce da alcuni anni, e in maniera sempre più preoccupante, il diritto pubblico; né recenti interventi di carattere finanziario e di sostegno al sistema capitalistico vanno intesi come un processo di rivalutazione delle sue radici più profonde. Piuttosto, il ricorso in questi mesi da parte di alcuni governi a strumenti tipici del diritto pubblico, rappresenta un *deja vu* dello Stato moderno ad intervenire nei momenti di crisi a sostegno di determinate classi economico-sociali.

Anzi va rilevato come si stia riaffermando quella funzione del diritto pubblico tipica del liberalismo autoritario della fine dell'800, ovvero l'ipocrita logica di democrazia formale, sostanzialmente finalizzata a regolare l'organizzazione dello Stato e a tutelare le libertà individuali della borghesia, in particolare quelle riconducibili alla sicurezza e all'esercizio del diritto di proprietà. Dunque, e lo si nota anche dall'orientamento della spesa pubblica, è come se si fosse arrestato quello straordinario processo che aveva visto il diritto pubblico protagonista, contribuendo al passaggio dal liberalismo autoritario non democratico al modello democratico-sociale; processo inverato-

si in Italia, quanto meno dal punto di vista formale, con l'entrata in vigore della Costituzione. Un processo che ha negli anni attribuito al diritto pubblico funzioni di giustizia e di regolamentazione dei conflitti sociali, di analisi e soluzione a esigenze reali e concrete.

Si assiste ad una restaurazione della visione formalistica del diritto pubblico, tesa prevalentemente al buon funzionamento dell'organizzazione del potere, ma non idonea a dare risposte ad un crescente numero di persone, alle quali mancano i presupposti sociali per la realizzazione delle garanzie di libertà giuridica. Ci si ritrova sempre più dinanzi ad un diritto pubblico appagato dalla mera titolarità della *res publica*, piuttosto che dinanzi ad un diritto pubblico che fino a qualche anno fa si era posto tra i suoi compiti quello di gestire la *res publica* in funzione del perseguimento di interessi generali. L'azione dello Stato si sta involgendo da *dominium* a *imperium*. Si assiste ad un regresso da quella funzione del diritto pubblico che aveva contribuito, attraverso l'insorgere dello Stato sociale, a quella sintesi tra piano politico, di derivazione germanica e piano amministrativo di derivazione francese.

L'erosione della sovranità statale dall'alto, attraverso l'azione *lobbystica* e corporativa svolta dalle organizzazioni internazionali a carattere economico e l'azione tecnocratica, piuttosto che politica, dell'Unione europea e l'erosione dal basso, attraverso il ruolo sempre più attivo delle regioni come centro economico-finanziario di determinazione delle politiche pubbliche, ha innescato un lento ma graduale processo politico-normativo di disarmo delle pubbliche amministrazioni centrali e locali ed in senso più ampio degli istituti giuridici classici del diritto pubblico.

Una crisi che ha colpito proprio gli istituti del diritto pubblico che storicamente si erano assunti il compito e la responsabilità di erogare i servizi pubblici essenziali e quindi di soddisfare i diritti fondamentali dei cittadini; quelle istituzioni più prossime ai cittadini che avevano contribuito a trasformare gli individui in cittadini, a trasformare l'individuo in *homo civicus*, consapevole dei propri diritti e doveri.

Un disarmo associato a dissennati processi di privatizzazione, spesso non accompagnati da liberalizzazioni, incapaci di influire sugli aspetti economici della produzione e dell'occupazione, in grado di incidere prevalentemente nel mondo della finanza e della borsa; con le conseguenze che oggi sono sotto gli occhi di tutti.

Un processo che ha colpito le istituzioni pubbliche, non soltanto nelle loro funzioni redistributive o di regolazione, ma soprattutto nella capacità produttiva, nella loro capacità di soddisfare direttamente i diritti, contribuendo alla formazione ed all'evoluzione dello Stato sociale.

In questa fase sarebbe utile una rilettura del pensiero di Spaventa laddove evidenziava come lo Stato moderno fosse la più grande istituzione etica che gli uomini avessero fondato, che accorda a tutti assistenza e protezione, che assicura alle moltitudini la partecipazione al benessere, che garantisce le ragioni del diritto e della giustizia, e impedisce che esse vengano concolcate dagli interessi dei partiti, dalle *lobbies*, da quelli che oggi vengono definiti poteri occulti.

Ricostruire il diritto pubblico, anche in una dimensione sovranazionale, significa partire dall'Unione europea, rivalutando e valorizzando i principi "politici" ispiratori del modello sociale europeo. Occorre determinare degli

interessi generali europei, ponendo i presupposti per una regolamentazione speciale dei servizi pubblici essenziali, in deroga alla regola della concorrenza, o meglio al di fuori della regola della concorrenza e dagli interessi espressioni di *lobbies* e del mondo della finanza.

Ricostruire il diritto pubblico, anche in prospettiva europea, significa attribuire al Parlamento europeo l'effettivo compito di determinare un indirizzo politico teso al raggiungimento di interessi pubblici europei.

Ricostruire il diritto pubblico, anche in una prospettiva europea, significa riconquistare lo spazio pubblico di sfere giuridiche, inopinatamente occupate dal "mercato", al fine di rappresentare il presupposto per la costruzione di un modello europeo capace di garantire le libertà a tutti e ad eguali condizioni; di tutelare i deboli e gli ultimi; di dare effettive garanzie agli "invisibili", cioè a tutte quelle persone alle quali non è riconosciuto lo *status* di cittadino, o è riconosciuto solo formalmente, e quindi sostanzialmente negato, secondo l'ipocrita logica borghese delle due democrazie: quella formale e quella sostanziale. L'insorgere dello Stato di diritto in Europa, attraverso il lento ma graduale processo di democratizzazione delle istituzioni, va accompagnato all'esigenza di affermare e far circolare nello spazio giuridico europeo, i principi politici dello Stato sociale e tutti i diritti ad esso riconducibili.

Ricostruire il diritto pubblico significa configurare, in armonia con la Costituzione, un modello di organizzazione pubblica non soltanto regolatore delle dinamiche economico-sociali, ma altresì in grado di gestire l'attività produttiva e di assolvere a funzioni dall'alto impatto sociale.

Ricostruire il diritto pubblico, impone la legittimazione di interventi pubblici diretti, in deroga alla regola della

concorrenza. Occorre finalmente intendere la coesione economico-sociale quale principio-obiettivo e non quale mero strumento; obiettivo che difficilmente può raggiungersi senza l'intervento dello Stato.

Ricostruire il diritto pubblico significa intendere il potere di regolazione come una funzione propria del potere pubblico (Marcou), che mira alla soddisfazione dei bisogni collettivi, anche nell'ambito di attività economiche a carattere concorrenziale e a tutelare esigenze collettive anche nel mercato. Una tesi che trova, in merito all'ordinamento giuridico italiano, diretto fondamento nel art. 41, comma II, della Costituzione; una tesi che giustifica, anche nell'ambito del mercato, l'espansione del diritto pubblico, piuttosto che del diritto privato (Marcou).

Ricostruire il diritto pubblico significa sostenere, a tutti i livelli di governo, che il principio della coesione sociale sia interpretato, sempre più, dai legislatori dei singoli Stati membri, come un pre-requisito alle politiche pubbliche e come un obiettivo da raggiungere per mezzo delle politiche stesse. La coesione economico-sociale va letta in termini di omogeneità ed osservanza del principio di eguaglianza, divenendo un vero e proprio principio costituzionale, dal valore prescrittivo e non meramente programmatico.

Ricostruire il diritto pubblico impone che il paradigma della coesione economico-sociale non possa più essere costituito unicamente dal binomio libertà-solidarietà, ma vada implementato con i valori contenuti nel principio di eguaglianza sostanziale ed in senso più ampio della democrazia sostanziale. Significa combattere, come sostiene Mattei nel suo saggio, quella insopportabile retorica celebrativa della libertà, intesa come disuguaglianza sociale

fondata sulla santificazione della proprietà privata e dell'impresa; significa ripensare alla socializzazione dei più importanti mezzi di produzione, con cogestione dell'impresa qualora essa rimanga privata, alla redistribuzione radicale delle risorse (tramite tassazione progressiva ed imposta patrimoniale).

Ricostruire il diritto pubblico significa ridare dignità al lavoro ed effettività ai diritti dei lavoratori, così come sanciti nella Carta costituzionale. Occorre ribadire che all'inattuazione del progetto giuridico e politico-costituzionale espresso dalla Carta del 1948 si associa un progetto giuridicamente eversivo, attraverso l'adozione di un complesso di regole, alcune anche di rango costituzionale, o di provenienza comunitaria, obiettivamente in contrasto con i principi costituzionali.

Ricostruire il diritto pubblico significa riaffermare le priorità costituzionali dell'istruzione e della ricerca pubblica, messe in grado dal punto di vista organizzativo e finanziario, di essere realmente autonome rispetto al mercato e agli interessi di natura privatistica. Occorre evitare la mistificazione che pone il principio dell'autonomia a servizio della mercificazione della ricerca e dell'istruzione in totale dispregio del principio di eguaglianza.

Ricostruire il diritto pubblico significa dare giuridicità alla nozione di bene comune, uscendo dalla ipocrita dicotomia mera titolarità pubblica del bene-gestione privata del servizio, riservando alla gestione pubblica i beni di appartenenza collettiva (governo pubblico partecipato dei beni comuni), configurando un nuovo modello di sviluppo, imperniato sulla qualità della vita di tutti come comunità e non sulla quantità delle risorse che a ciascuno, individualmente, compete per controllare e consumare (Mattei).

Ricostruire il diritto pubblico significa che soltanto sulla base di una attenta, equa ed organica legislazione statale e regionale di riferimento è possibile immaginare un ruolo efficiente dei comuni, nella gestione dei servizi pubblici locali essenziali, cioè di quei servizi non orientati fisiologicamente al mercato.

Ricostruire il diritto pubblico significa riaffermare i principi costituzionali dell'autonomia della burocrazia rispetto ai partiti, alle correnti di partito; riaffermare il principio che la pubblica amministrazione sia servente al perseguimento degli interessi generali e non a singoli esponenti politici, attraverso la mistificazione del principio dello *spoil system*.

Ricostruire il diritto pubblico, dunque, anche per fronteggiare modelli di *welfare mix*, *welfare society* o di c.d. sussidiarietà orizzontale, che hanno ispirato le riforme regionali e degli enti locali negli ultimi anni. La tutela effettiva di diritti fondamentali della persona, ed in senso più ampio dei c.d. diritti condizionati alla erogazione di risorse finanziarie, non può spiegarsi all'interno di un c.d. *welfare* municipale, comunque foriero di disomogeneità e disuguaglianze.

Ricostruire il diritto pubblico significa anche configurare un sistema di controlli meno autarchico di quello attuale; ripensando i controlli amministrativi esterni sugli atti pubblici.

Ricostruire il diritto pubblico significa contribuire a trasformare le istanze partecipative in effettivi diritti di partecipazione, in grado di incidere realmente sulla determinazione ed attuazione delle politiche pubbliche.

Tutto ciò però impone una *inversione di rotta*, un forte senso dello Stato che sappia trovare il proprio fonamen-

to nei principi costituzionali, in quei principi che devono continuare a conservare il loro carattere prescrittivo-normativo.

Tutto ciò, però, impone un forte senso dello Stato ed una “cultura delle riforme”, che significa innanzitutto attuare e rendere effettivi tutti quei principi costituzionali, a tutt’oggi del tutto inascoltati e non applicati.

Tutto ciò però impone un’ascesa della “fantasia al potere”, che abbia il coraggio, come afferma Mattei, di schierarsi sistematicamente dalla parte dei perdenti dei processi sociali capitalistici.

Politiche di liberalizzazione ed espansione del diritto pubblico

di Gérard Marcou

Secondo un'idea molto comune, le politiche di liberalizzazione dell'economia, di privatizzazione ed il processo di globalizzazione portano al ritiro dello Stato nell'economia e, di conseguenza, al disarmo del diritto pubblico nell'ordine giuridico. In effetti, il mercato si basa su rapporti di diritto privato tra soggetti economici; quindi, l'espansione di rapporti di mercato dovrebbe tradursi nel disarmo dello Stato e del diritto pubblico che ad esso è legato.

Un'osservazione più attenta agli sviluppi degli anni scorsi suggerisce un quadro più complesso ed un po' paradossale. Dapprima, la tesi del disarmo dello Stato dovrebbe essere precisata. Non è per il fatto che lo Stato non produce più tabacco ovvero automobili, o rinuncia a gestire le reti telefoniche che il suo ruolo recede. Il mercato non è un ordine spontaneo, ma una costruzione istituzionale e giuridica che non potrebbe esistere senza lo Stato. Inoltre, nuovi problemi richiedono l'intervento di poteri pubblici: per esempio, ognuno sa che la sfida dello sviluppo sostenibile non si risolverà nel libero gioco del mercato; la disuguaglianza delle situazioni personali e territoriali spinge di nuovo alla realizzazione di politiche di solidarietà; la moltiplicazione dei rischi che possono riguardare i cit-

tadini porta lo Stato a stabilire meccanismi di garanzia quando le soluzioni esistenti non bastano più.

Inoltre, potrebbe profilarsi una fase di ritorno dello Stato e del settore pubblico. In molti paesi, infatti, il controllo dello Stato sul capitale d'impresa di servizio pubblico o di settori considerati strategici pare di nuovo necessario per fare prevalere l'interesse pubblico. L'ultimo rapporto della Corte dei conti, in Francia, critica l'Agenzia statale delle partecipazioni pubbliche per avere perseguito una politica puramente patrimoniale, e raccomanda al governo di determinare obiettivi d'interesse pubblico rispetto alla gestione di partecipazioni pubbliche, incluse la presa di controllo permanente o temporale di certe imprese attraverso la partecipazione statale¹. Ma sarebbe il tema di un'altra relazione.

Se la funzione del diritto pubblico è, da una parte organizzare la vita della città, e dall'altra regolare i rapporti tra poteri pubblici e soggetti di diritto, è chiaro che i cambiamenti che possiamo osservare non portano ad un disarmo del diritto pubblico. Tuttavia, al di là di questa constatazione piuttosto evidente, sono più interessanti le trasformazioni del diritto pubblico che accompagnano il cambiamento dell'ordine economico e sociale.

Prima d'andare più avanti, appare utile rilevare che il diritto pubblico non è di per sé il diritto della solidarietà, o un diritto altruistico, mentre il diritto privato sarebbe il

¹ *L'Etat actionnaire: apports et limites de l'Agence des participations de l'Etat*, in: Cour des Comptes, *Rapport 2008 au Président de la République*, Ed. Journal Officiel; André Delion, *De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire*, «Revue française d'Administration publique», gennaio-febbraio 2008.

diritto degli scambi individuali e, come tale, un diritto di relazioni egoiste. Il diritto pubblico non è il diritto dello "Stato sociale", così come il diritto privato non è il diritto la cui espansione rifletterebbe la vittoria dell'ultra-liberismo. Una tale concezione sarebbe caricaturale. Invece, gli strumenti del diritto pubblico sono necessari per realizzare anche una trasformazione liberista dell'economia, mentre la legislazione ha già tanto regolato i contratti tra privati che una certa socializzazione può constatarsi anche per gli strumenti del diritto privato. È vero che furono sviluppati dal diritto pubblico concetti sempre attuali che riflettono i bisogni della vita sociale, come i concetti di servizio pubblico, di ordine pubblico, di polizia, ma l'espansione attuale del diritto pubblico appare soprattutto come servente il neo-liberismo.

Così, la tesi dell'espansione del diritto pubblico dopo le politiche di liberalizzazione non è una tesi politica, non è una difesa del diritto pubblico in sé, ma una riflessione sulle trasformazioni del diritto, in questi primi anni del ventunesimo secolo, rispetto alle funzioni dello Stato in tutte le sue dimensioni, e tenendo conto della attuale diffusione di queste funzioni tra diversi livelli.

Per svolgere questa tesi, vorremmo concentrarci su due manifestazioni delle trasformazioni cui si fa riferimento.

La prima è l'emergere dell'ordine pubblico economico a seguito delle politiche di liberalizzazione. La concorrenza, non è più soltanto un principio dell'economia e dei rapporti tra privati, ma è diventata un principio dell'ordine giuridico dell'economia di mercato generalizzato. La sua realizzazione necessita di una nuova forma di polizia attuata da organi dello Stato.

La seconda   la funzione di regolazione, che deriva dall'apertura alla concorrenza dei settori tradizionali di servizio pubblico e dalla conseguente necessit  di risolvere gli altri conflitti tra il mercato generalizzato e le scelte fondamentali delle politiche pubbliche. Ci  non significa che tutta l'economia si risolva soltanto in rapporti di mercato (in quanto esistono pure decisioni politiche e rapporti interni delle organizzazioni private che non sono determinati dal mercato), nell'ambito dei quali la concorrenza sia in ogni caso la norma superiore dell'ordine economico.

Sarebbe possibile estendere l'argomento dell'espansione del diritto pubblico, anche fuori dell'ordine economico, alla riforma della giustizia amministrativa dopo l'inizio degli anni '90. Con lo sviluppo dei procedimenti d'emergenza, i rapporti tra il giudice amministrativo, l'amministrazione ed il ricorrente si sono trasformati. Il numero di questi ricorsi aumenta sempre pi , la discussione sui fatti tra le parti e il giudice prevale sui documenti scritti scambiati prima dell'udienza, a differenza del procedimento tradizionale dei tribunali amministrativi. Ne risulta che i tribunali ordinari non sono pi  un'alternativa credibile alla giustizia amministrativa.

1. VERSO UN ORDINE PUBBLICO ECONOMICO

L'ordine pubblico economico non   un concetto giuridico totalmente nuovo. L'economista tedesco Walter Eucken gi  scriveva dopo la seconda guerra mondiale che l'ordine economico non era un ordine spontaneo, ma che necessitava di principi di ordine stabiliti dal sistema giuridico ed assimilabili a una costituzione economi-

ca². Tuttavia, la nozione giuridica di ordine pubblico è più stretta e ci porta a concepire una nozione d'ordine pubblico economico basata sulle istituzioni del diritto pubblico, in particolare le nozioni di libertà e di polizia, ma non sulla totalità delle norme che costituiscono i rapporti economici (punto a).

Il diritto amministrativo francese integra, oggi, concetti ed il tipo d'analisi dei fatti del diritto della concorrenza, ma cercando un equilibrio con altri principi (punto b).

Sebbene l'ordine pubblico economico si basa su diritti fondamentali, alcuni dei quali vengono a limitare l'esercizio dei primi. Così vediamo che l'ordine pubblico economico non è assimilabile ad una Costituzione, ma rimane sottomesso alla Costituzione dello Stato (punto c).

a) *Ordine pubblico: libertà e polizia*

Ci sono diverse concezioni dell'ordine pubblico, e questa parola è conosciuta come una cosa che non si può definire, sebbene la nozione sia molto corrente nel dibattito giuridico.

Possiamo tuttavia distinguere due accezioni del concetto di ordine pubblico. La prima indica un complesso di norme tanto essenziali che i giudici le applicano anche se le parti non le hanno invocate, e che prevalgono con autorità assoluta sulle convenzioni contrarie delle parti. Si parla abitualmente di norme d'ordine pubblico, che giocano un ruolo importante nel diritto amministrativo così

² W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Springer-Verlag, 8. Hrsg, Berlin /Heidelberg/New York 1965, in particolare p. 241.

come nel diritto privato. Nella seconda accezione, l'ordine pubblico riflette il compromesso sanzionato dallo Stato tra le regole essenziali della vita sociale e le esigenze della libertà individuale che s'impongono allo Stato³.

In quest'ultimo senso, esso è a fondamento della concezione della polizia amministrativa nello Stato liberale come fu elaborata dalla scienza del diritto amministrativo⁴. Dalla Rivoluzione francese in poi, lo Stato ha assunto su di sé il compito di tutelare libertà, proprietà e sicurezza degli individui. A tal fine è necessario mantenere l'ordine pubblico. Ne deriva che la polizia amministrativa riguarda la sicurezza delle persone e dei beni. Secondo la teoria liberale, lo Stato deve mantenere le restrizioni alla libertà individuale al minimo necessario all'ordine pubblico. Nel corso dell'Ottocento ed all'inizio del Novecento nuovi rischi e preoccupazioni per la sicurezza hanno portato allo sviluppo di numerose polizie amministrative speciali che si distinsero dalla polizia generale per restrizioni più ampie dei diritti individuali. Tuttavia, la polizia non ha mai scopi economici; lo Stato liberale protegge la libertà economica degli individui e la proprietà ma non persegue la creazione di ricchezze. Come diceva la professoressa Jacqueline Morand-Deville: «L'ordine pubblico non è un ordine pubblico economico»⁵. Riassumendo, dietro la dimensione materiale dell'ordine pubblico (la sicurezza

³ G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, Parigi 1963; Jean-François Romain, *L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme*, in particolare pp. 31-34; in: J.-F. Romain et alii, *L'ordre public. Concept et applications*, Bruylant, Bruxelles 1995.

⁴ E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, Parigi 1978.

⁵ J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, Parigi 2001⁷, p. 538.

pubblica, i disordini), l'ordine pubblico è uno spazio normativo nel quale si esercita la libertà. Nel senso giuridico, la libertà non esiste senza l'ordine pubblico.

La trasformazione del sistema economico suggerisce oggi che la nozione unitaria dell'ordine pubblico non basti più. Con le politiche di liberalizzazione e di privatizzazione lo Stato si ritira dalle attività economiche, ma non rinuncia a promuovere lo sviluppo economico. L'Unione europea persegue, secondo il trattato di Lisbona, la costruzione del mercato interno ed opera a favore dello sviluppo sostenibile, basandosi sulla crescita equilibrata, sull'economia altamente competitiva, orientata alla piena occupazione, etc. (art. 3 del Trattato sull'Unione europea). La liberalizzazione significa quindi un cambio maggiore di politica economica ma non un ritorno all'Ottocento. La nuova politica economica si basa sull'assunzione, che il mercato generalizzato e la concorrenza leale portino l'economia a maggiore produttività e finalmente a migliorare il benessere.

Ne deriva che le libertà economiche e la concorrenza non riguardano più solo i rapporti privati, ma anche l'interesse generale e le condizioni di realizzazione degli scopi di politica economica. È per tale ragione che possiamo formulare l'ipotesi della formazione dell'ordine pubblico economico, come una lettura sistematica dei mutamenti giuridici in armonia con le trasformazioni economiche. Questi mutamenti portano all'uso di nuovi strumenti di diritto pubblico, ampliando la sfera d'attuazione dello stesso.

L'ordine pubblico economico può essere definito come lo spazio normativo della libertà economica, un'espressione particolare della libertà nell'ambito dei rapporti econo-

mici, che si basa sui diritti di propriet . La garanzia di questa libert  deriva dalla tutela della concorrenza esercitata dalle autorit  dello Stato. La funzione di proteggere l'esercizio della libert  economica, di prevenire e reprimere i comportamenti dei soggetti economici che non rispettano le regole della concorrenza,   il compito della polizia amministrativa. Dopo il trattato sulla Comunit  europea, gli ordini giuridici nazionali degli Stati membri hanno conformato le loro legislazioni al Trattato ed istituito autorit  di concorrenza fornite di poteri d'indagine, di prevenzione e di repressione, e con garanzie d'indipendenza allo scopo d'assicurare la loro imparzialit . Questa funzione di polizia amministrativa ha lo scopo di evitare ovvero eliminare il turbamento dell'ordine pubblico che risulta da intese o da abusi di potere dominante sul mercato, al fine di garantire la libert  economica. Non ci sono altri motivi per l'esercizio della polizia sulla concorrenza.

Si tratta di polizia, perch  la funzione di tutela della concorrenza non   quella di giudicare i conflitti tra interessi privati – una funzione che tribunali ordinari hanno esercitato da tempo sulla base del diritto civile o commerciale – ma di garantire il rispetto dell'ordine pubblico economico, il cui contenuto normativo corrisponde alle esigenze nuove di politica economica. Il diritto della concorrenza diventa cos  in gran parte una materia di diritto pubblico, in particolare del diritto amministrativo, nell'ambito nazionale o comunitario.

Il controllo amministrativo delle concentrazioni gi  era considerato in Francia come una polizia speciale classica in merito all'ordine pubblico generale. Tuttavia, il diritto amministrativo integra oggi la concorrenza nel controllo della legittimit  dei provvedimenti o regolamenti.

b) *L'integrazione della concorrenza nel diritto amministrativo francese*

Possiamo considerare l'ordinanza del 1° dicembre 1986 sulla libertà dei prezzi e della concorrenza, come il passo decisivo dell'adeguamento del diritto pubblico francese al nuovo ordine economico. Quest'ordinanza, come modificata, istituì il Consiglio della concorrenza come un'autorità amministrativa, riconosciuta dal Consiglio costituzionale come un organismo indipendente, dunque un'autorità amministrativa indipendente, che compie la sua funzione attraverso provvedimenti. È vero, che la legge aveva attribuito alla Corte d'appello di Parigi (una corte civile) la competenza di giudicare sui ricorsi contro i provvedimenti del Consiglio della concorrenza, e alla Corte di Cassazione il potere di verificare l'applicazione del diritto, ma non vi è dubbio sulla natura delle decisioni del Consiglio della concorrenza: si tratta di decisioni di natura amministrativa, poiché il Consiglio costituzionale aveva stabilito che l'attribuzione di questi ricorsi alla Corte d'appello deviava, allo scopo della buona amministrazione della giustizia, dal principio di valore costituzionale secondo il quale la competenza per giudicare la legittimità degli atti amministrativi spetta al giudice amministrativo. Come dimostrato dal professor Delvolvé, la Corte d'appello di Parigi attua in questo procedimento la funzione di giudice amministrativo con poteri di piena giurisdizione⁶, cioè molto vicina alla funzione che il Consiglio di Stato avrebbe potuto compiere.

⁶ P. Delvolvé (1992), *La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative, Etudes en l'honneur de Jean-Marie Auby*, Dalloz, p. 47.

Il cambio di prospettiva e l'integrazione della concorrenza nel diritto amministrativo, attraverso l'allargamento delle norme di riferimento al giudice amministrativo, si riconosce anche riguardo alla libert  dell'industria e del commercio.

Nel diritto amministrativo classico, la libert  del commercio e dell'industria era il limite dell'intervento pubblico nell'economia. Nella sentenza del 1930 "*Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*", il Consiglio di Stato giudic  che le attivit  economiche sono riservate ai soggetti privati e che le persone pubbliche non possono competere con questi. Nell'anno 1960, il Consiglio di Stato riconobbe la libert  dell'industria e del commercio come principio generale del diritto. Per riassumere, la concorrenza non pu  esistere in diritto tra persone pubbliche e private.

Tuttavia, il Consiglio di Stato integra dal 1997 la concorrenza nel controllo di legittimit . Nella sentenza "*Million et Marais*", accetta di controllare la decisione che aveva attribuito la concessione ad un'impresa di pompe funebri, riguardo alle disposizioni del trattato di Roma e dell'ordinanza del 1986 sulle intese e sull'abuso di posizione dominante. Nel parere contenzioso del 2000 "*Jean-Louis Bernard Consultants*", il Consiglio di Stato sembr  abbandonare la giurisprudenza "*Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*", affermando che nessun principio giuridico ostacolasse la partecipazione di una persona pubblica ad un appalto, se questa non aveva utilizzato il ricorso al servizio pubblico per migliorare la sua situazione competitiva nei confronti delle altre imprese. Tuttavia, nella sentenza del 31 maggio 2006 ("*Ordine degli Avvocati di Francia*"), il Consiglio di Stato ricordava

che questa norma valeva solo nella misura in cui la detta persona pubblica non fosse uscita dai limiti della sua competenza. Deriva da quest'evoluzione giurisprudenziale che il giudice amministrativo riconosce un principio di libera concorrenza che si applica a tutti soggetti di diritto, sia di natura pubblica che privata, ma questo principio di libera concorrenza non permette alla persona pubblica di ignorare i limiti della sua competenza.

Per di più, si può osservare che il Consiglio di Stato, come giudice amministrativo della concorrenza, si è impegnato nell'analisi sostanziale, cioè superando le qualificazioni formali ricerca la qualificazione che riflette i rapporti giuridici reali⁷. Esso riprende nei suoi motivi l'analisi dei fatti economici, consultando il Consiglio della concorrenza quando necessario. L'importanza attribuita ai fatti si ritrova nelle sue decisioni di "référé", che portano a sospendere un provvedimento.

Quest'approssimazione dei fatti del giudice amministrativo in questioni legate alla concorrenza non è molto dissimile dalla sua pratica tradizionale nel controllo delle misure di polizia che riguardano la salvaguardia dell'ordine pubblico generale: da molto tempo, il giudice analizza i fatti ed avverte se la misura è proporzionata allo scopo che persegue.

Infine, il giudice amministrativo, valutando i fatti economici al fine di giudicare la legittimità del provvedimento, stabilisce anche un compromesso tra le regole di concorrenza ed i principi tradizionali del diritto amministrativo, come dimostrato dal caso "Ordine degli Avvocati di

⁷ Sulla nozione d'analisi sostanziale, vedi G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, Parigi 2004, p. 108.

Francia". Quest'orientamento giurisprudenziale si riflette anche nelle sentenze che riguardano i provvedimenti e i regolamenti delle autorit  di regolazione di cui parleremo pi  avanti.

La formazione dell'ordine pubblico economico implica rapporti complessi tra questo spazio normativo ed i diritti fondamentali, oggi riconosciuti e protetti, non solo a livello costituzionale nell'ordine nazionale, ma anche al livello internazionale da diverse convenzioni.

c) Ordine pubblico economico e diritti fondamentali

L'ordine pubblico si caratterizza oggi per il fatto che lo integrano norme che si impongono all'ordine giuridico nazionale, cio  agli Stati.   vero per l'ordine pubblico generale come per l'ordine pubblico economico.

Una particolarit  dell'ordine pubblico economico nell'ambito dell'Unione europea   che il quadro delle libert  economiche e delle regole di concorrenza (art. 102 e ss. secondo la nuova numerazione degli articoli), posti dal Trattato, hanno sottratto agli Stati la maggiore parte della competenza riguardo le norme essenziali dell'ordine pubblico economico, mentre la funzione di polizia si divide tra Stati membri e Commissione europea (come l'autorit  pi  alta di tutela della concorrenza). L'efficienza dell'ordine pubblico economico oggi deriva, soprattutto, dalla prevalenza del diritto comunitario sui diritti nazionali.

Esiste una tendenza a considerare che l'importanza delle istituzioni nell'ordine economico porti a riconoscere una Costituzione economica, le cui basi si trovano oggi nel diritto comunitario. Di certo quest'idea era presente, sebbene in maniera non esplicita, nella teoria di Walter

Eucken, e sembra avere ispirato i redattori del Progetto di trattato costituzionale per l'Europa del 2004. La sua distinzione, tra l'ordine come fatto e l'ordine come "ordo" istituito dal diritto, lo portava a parlare della "costituzione economica" (*Wirtschaftsverfassung*), ma si trattava di analogia piuttosto che della nozione giuridica di costituzione. Autori della scuola dell'analisi economica del diritto pure riconoscono l'importanza del diritto e delle istituzioni nell'efficienza dell'economia, ma non con riferimento particolare ai diritti fondamentali. Già fu proposto di riconoscere l'esistenza, almeno in Germania, del valore costituzionale dell'economia di mercato come conseguenza dell'applicazione del Trattato sulla Comunità europea⁸.

Tuttavia, le costituzioni democratiche non pongono un sistema economico ovvero una politica economica. Invece, la teoria costituzionale dominante sostiene la tesi della neutralità della Costituzione, cioè che diverse politiche economiche possano essere realizzate all'interno del quadro costituzionale.

Vero è che prescrizioni costituzionali hanno un impatto sulla formazione dell'ordine pubblico economico, ma queste prescrizioni rappresentano piuttosto i limiti dentro i quali l'ordine pubblico economico s'impone alle attività economiche.

I diritti fondamentali hanno una doppia funzione rispetto all'ordine pubblico economico. Da una parte, ne sono le basi; dall'altra ne costituiscono i limiti.

La libertà economica sotto diversi aspetti, il diritto di proprietà, la garanzia individuale nella sua dimensione

⁸ F. Lohkamp, *Die rechtliche Bedeutung der Marktwirtschaft im europäischen Gemeinschaftsvertrag*, Logos, Berlin 2003, pp. 59 ss.

economica (la sicurezza giuridica) sono le basi minime dell'ordine pubblico economico per il fatto che contribuiscono all'istituzionalizzazione del mercato. Si potrebbe concepire un ordine pubblico economico diverso che integri altre norme essenziali, ed il Trattato di Lisbona pare aprire la via a tale evoluzione, nell'articolo 14 del Trattato di Roma e nel nuovo protocollo sui servizi d'interesse generale.

Altri diritti fondamentali ovvero norme sostanziali di livello costituzionale costituiscono limiti all'ordine pubblico economico per due motivi. Da una parte, essi costringono le attivit  economiche entro principi e valori non economici, come la protezione dell'ambiente (per esempio la carta costituzionale dell'ambiente in Francia), ovvero l'obiettivo costituzionale di assicurare un alloggio degno, che possono giustificare misure imposte alle attivit  economiche. Dall'altra, essi potrebbero prevalere sulle norme comunitarie dell'ordine pubblico economico nei limiti della riserva di costituzionalit  mantenuta dalle corti costituzionali degli Stati membri.

Per riassumere, l'ordine pubblico economico, deriva in gran parte dal diritto comunitario, ma non integra il livello costituzionale. Tuttavia esso trova basi e limiti nei diritti fondamentali e prescrizioni sostanziali della Costituzione. Infine, s'impone alle attivit  economiche attraverso gli strumenti di diritto amministrativo, cio  della funzione di polizia, la quale prende nuove forme consistenti nelle esigenze del mercato.

2. LA REGOLAZIONE COME NUOVA FUNZIONE DEL POTERE PUBBLICO

La regolazione è diventata una delle parole più utilizzate dei discorsi politici, come di scienza sociale, sebbene non è sempre chiaro in quale senso sia utilizzata.

Non c'è dubbio, tuttavia, che la regolazione esiste, che ha dato luogo a diverse istituzioni nuove, e che la teoria giuridica deve integrare questa nozione. Già furono pubblicati numerosi contributi sul tema, ma è mancata spesso una riflessione sul valore di questa nozione nel diritto pubblico, o piuttosto nel diritto amministrativo.

La tesi che proponiamo qui è che la regolazione deve essere considerata come una nuova funzione del potere pubblico, uguale alla polizia ed al servizio pubblico. Ciò significa un cambio importante nella teoria del diritto amministrativo e nell'analisi delle funzioni dell'amministrazione. Questa tesi si basa sull'esempio del diritto amministrativo francese, ma mi pare che può essere estesa ad altri sistemi giuridici; essa presuppone pure l'adozione di una definizione sufficientemente precisa in termini giuridici. Vedremo che la regolazione costituisce un nuovo ambito dello svolgimento del diritto amministrativo, per determinare la funzione e gli strumenti della regolazione.

a) *La funzione*

Osserviamo dapprima che la causa di numerose confusioni riguardo alla regolazione viene dall'ambiguità della terminologia inglese ed americana. In effetti, la parola "*regulation*" significa dapprima "regolamentazione" (o "*déréglementation*" in francese). Le prime "*Federal*

Regulatory Commissions”, stabilite dopo la fine dell’Ottocento, non furono mai concepite allo scopo di regolare la concorrenza, ma allo scopo di attribuire attraverso provvedimenti diritti esclusivi di sfruttamento in diversi settori dell’economia, tenendo conto di diverse particolarit . Solo negli anni ’70, dopo la critica della “*regulation*” degli economisti, fu introdotta la politica detta di “*deregulation*”, allora tradotta correttamente da “*d g mentation*” in francese e “deregolamentazione” in italiano, allo scopo d’introdurre la concorrenza dove non esisteva.

Altro fattore di confusione   l’incertezza della nozione utilizzata. Solo tra giuristi possiamo distinguere almeno tre concezioni diverse della regolazione, ovviamente ognuna con varianti. La prima, che deriva essenzialmente del discorso degli economisti,   che la regolazione esprimerebbe il tipo di relazione tra lo Stato e l’economia, e che dopo la fase interventista del keynesianismo, subentr  un’altra fase che riconosceva la liberalizzazione del mercato come la politica pi  efficace per favorire la crescita e la produttivit ⁹. La seconda deriva dalla teoria del diritto: la regolazione rifletterebbe la complessit  del diritto, riconoscendo le interazioni tra il processo di produzione delle norme ed il processo della sua attuazione; inoltre, la regolazione nascerebbe dal ritiro della legge, determinato dalla moltiplicazione di regole particolari e concrete¹⁰.

⁹ Cfr. G. Ari o Ortiz, *Economia y estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid 1993; B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po, Paris 2004.

¹⁰ Cfr. G. Timsit, *L’archipel des normes*, PUF, coll. «Les Voies du droit», Paris 1997.

Secondo l'ultima concezione, la regolazione sarebbe una polizia economica mirante all'introduzione della concorrenza e al suo mantenimento, mediante strumenti di polizia¹¹.

Benché l'ultima sia più vicina al suo contenuto sostanziale, le manca come alle altre un fondamento sufficiente di diritto positivo. Di certo, si parla della regolazione dall'inizio delle politiche di liberalizzazione, come di un mezzo per compensare i rischi della libertà della concorrenza. Tuttavia, l'analisi della legislazione e della giurisprudenza di diversi paesi porta a cogliere una concezione più stretta e più operativa della regolazione¹².

Così possiamo proporre la definizione seguente. La regolazione è una funzione del potere pubblico che, da una parte mira ad introdurre la concorrenza in settori di monopolio naturale e, dall'altra, tende a stabilire, nell'ambito di mercato concorrenziale, un compromesso tra obiettivi e valori economici e non economici, che possono anche essere antinomici. La regolazione impone questo compromesso di strumenti giuridici agli operatori economici sul mercato, ai quali è affidato il compito di garantire che le attività economiche, svolte in regime concorrenziale, soddisfino nel contempo anche i bisogni collettivi. Possiamo riassumere i detti obiettivi di natura non economica nei servizi pubblici (per esempio l'energia), nello sviluppo sostenibile, nella tutela di diritti fondamentali

¹¹ P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, pp. 561 ss.; Y. Gaudemet, *La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction*, «RFAP», 2004, n. 109, p. 14.

¹² G. Marcou/F. Moderne (a cura di), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, L'Harmattan, 2 vol., Parigi 2005; G. Marcou, *La notion juridique de régulation*, «AJDA», 2006, n. 7, 20 febbraio, pp. 347-353.

rispetto ad evoluzioni economiche che potrebbero indebolire la sua garanzia.

Significa che la tesi secondo la quale la regolazione sarebbe una funzione che mirerebbe alla costruzione del mercato in settori che sarebbero dapprima organizzati in monopoli regolamentati dallo Stato, e a costringere l'operatore storico a lasciare parti di mercato ai suoi concorrenti, non basta. La funzione di regolazione che sembra emergere dal diritto positivo   durevole, e strutturalmente legata alla necessit  di garantire la soddisfazione di certi interessi oppure bisogni collettivi anche nell'ambito del mercato.

La funzione di regolazione si distingue pure della funzione di polizia per il suo oggetto. Mentre la funzione di polizia deve solo vigilare il rispetto dell'ordine pubblico economico, la funzione di regolazione   pi  complessa, poich  integra la considerazione di obiettivi di politiche pubbliche determinate dalla legge, e quindi una dimensione politica. Tuttavia, funzioni distinte non sono sempre separate. Le istituzioni si consultano in relazione alle rispettive funzioni e la legge disciplina questa cooperazione. Un'istituzione pu  esercitare una funzione di polizia congiuntamente alla regolazione (esempio della detta "*Commission bancaire*" in Francia). Altro esempio, se il diritto della concorrenza integra norme di tutela dell'ambiente l'autorit  di vigilanza della concorrenza partecipa alla regolazione.

Con la regolazione appaiono nuovi principi di diritto amministrativo come: il diritto d'accesso alle reti; il principio di separazione tra lo sfruttamento delle infrastrutture e lo sfruttamento dei servizi; tariffe basate sui costi; autorit  di regolazione indipendenti dalle imprese del settore.

I conflitti tra operatori del settore si risolvono con provvedimenti della detta autorità.

Con la disaggregazione delle funzioni allo scopo di costruire segmenti di mercato aperti alla concorrenza, appaiono pure come problemi i rapporti giuridici dove prima esistevano solo problemi tecnici. Per esempio, mentre il monopolio elettrico nazionale comunicava i piani di produzione secondo criteri tecnici, spetta oggi all'operatore della rete comunicare i piani di produzione soprattutto secondo criteri legali di ordine e contratti, con diverse eccezioni. Il problema tecnico si converte in un problema giuridico con rischi di contenzioso.

Infine, la regolazione non si sostituisce alla regolamentazione. Al contrario di quanto sostenuto dai difensori del nuovo sistema, la regolazione non diminuisce la regolamentazione ma invece necessita di maggiore regolamentazione. La costruzione e l'organizzazione del mercato necessitano di un complesso di norme del quale non necessitava il monopolio. Per esempio, in Francia la liberalizzazione del settore dell'elettricità e del gas necessitò di 5 leggi, di più di 150 decreti del governo e ordinanze dei ministri, senza contare le regole economiche e tecniche emanate dall'autorità di regolazione.

Si vede così che l'espansione dello spazio del mercato non porta all'espansione del diritto privato, ma all'espansione del diritto pubblico.

b) Istituzioni e strumenti

La regolazione non necessita di istituzioni e strumenti nuovi. Anzi essa ha utilizzato risorse già esistenti nel sistema giuridico del paese. Così in Francia, quando apparve

la necessità di assicurare l'indipendenza della regolazione delle telecomunicazioni, al tempo di *France Telecom* era ancora un'impresa pubblica, si è utilizzata l'istituzione dell'autorità amministrativa indipendente già introdotta negli anni anteriori allo scopo di tutelare i diritti fondamentali nell'ambito del settore audiovisivo. Quando si parla di autorità di regolazione non si tratta di un tipo particolare d'istituzione, ma del tipo di funzione, assimilato alle istituzioni che la esercitano, nello stesso modo in cui si allude alla funzione di polizia quando si parla di autorità di polizia, le quali sono di forme giuridiche molto diverse.

Si può osservare lo stesso rispetto agli atti emanati nell'esercizio della funzione di regolazione. Malgrado le ipotesi sulle particolarità delle funzioni e istituzioni di regolazione negli anni Ottanta, non si può citare un solo esempio di atto specifico di regolazione.

Tuttavia, la regolazione si distingue dal procedimento d'emanazione. Provvedimenti di regolazione emanati da autorità amministrative indipendenti sono soggetti, in Francia, alle prescrizioni derivate dall'articolo 6 della Convenzione europea di tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione sostengono l'esigenza di rispettare queste prescrizioni, al di là della Corte europea che verifica che siano rispettate nel procedimento davanti alla corte nazionale se si introduce un ricorso. Osserviamo così una tendenza alla giurisdizionalizzazione materiale del procedimento contenzioso, davanti alle autorità di regolazione, il quale rimane un procedimento amministrativo che si chiude con l'emanazione di provvedimenti.

CONCLUSIONI

Sembra un paradosso ma non lo è. Il liberalismo non significa meno diritto pubblico e più diritto privato. Il diritto amministrativo classico è un diritto del liberalismo.

Le trasformazioni che osserviamo nel diritto pubblico oggi si legano anche alle trasformazioni dei rapporti economici. Lo svolgimento del mercato generalizzato è la forza che spinge l'espansione del diritto pubblico oggi nella disciplina di questi rapporti.

In tal senso, il diritto pubblico potrebbe trasformarsi ancora di più e perdere i concetti e valori che spesso portano ad opporlo al diritto privato. In questa prospettiva un ruolo maggiore si lega alla nozione di servizio pubblico. Riflesso dell' "interdipendenza sociale" secondo Duguit, il servizio pubblico va occupando un posto essenziale nel diritto amministrativo di numerosi paesi, tra cui la Francia, perché esso offre nell'ordine giuridico un riferimento unitario a tutte le funzioni collettive, da cui derivano principi comuni della sua disciplina.

Oggi, i giuristi propongono che il servizio pubblico sia abbandonato come superato dal cambiamento di condizioni economiche o perché il diritto comunitario avrebbe elaborato la nozione di servizio d'interesse generale, che potrebbe sostituirlo ed armonizzare i diritti dei diversi paesi membri.

Non condividiamo questa valutazione. Come nozione giuridica e come valore, il servizio pubblico deve essere mantenuto. Esso ha preso con la ricchezza dei lavori dottrinali una portata scientifica al di là del diritto positivo. La nozione di servizio pubblico è uno strumento analitico importante per valutare la disciplina giuridica di numero-

se attività. È anche un riferimento sintetico per la cittadinanza rispetto alle politiche pubbliche. Tuttavia il futuro del servizio pubblico dipenderà dalle politiche pubbliche più che dal diritto.

Crisi e ricostruzione del diritto pubblico

di Alberto Lucarelli

1. LE “RIFORME DEFORMANTI”: QUINDICI ANNI PER DEMOLIRE LO STATO SOCIALE E FAR REGREDIRE IL DIRITTO PUBBLICO A STRUMENTO DI TUTELA DEI SOGGETTI “FORTI”

Le riforme degli ultimi quindici anni (privatizzazioni, semplificazione dell'apparato amministrativo, indebolimento dello Stato sociale, potenziamento del ruolo politico delle regioni), alcune di esse palesemente in contrasto con i principi costituzionali, hanno progressivamente ridimensionato e/o trasformato il ruolo del diritto pubblico, ed in particolare la sua funzione perequativa raggiunta faticosamente durante i processi evolutivi dello Stato democratico.

Tali riforme, che hanno coinvolto il quadro istituzionale e i rapporti tra economia e diritto, indebolendo l'effettiva tutela dei diritti sociali, sono anche, e soprattutto, il risultato di un coacervo di eventi economico-finanziari e geo-politici, esogeni ed endogeni al nostro ordinamento giuridico. Eventi spesso disarticolati e disomogenei tra loro, indotti da crisi economico-finanziarie, da crisi energetiche, ambientali, alimentari, caratterizzati, con logiche neo-colonialiste, dallo sfruttamento sempre più violento

dei soggetti deboli. Un processo involutivo che sta recidendo le radici dello Stato sociale, creando insicurezze e conflittualità sempre più drammatiche.

La sostituzione progressiva dei processi decisionali pubblici e dell'atto pubblico a vantaggio di scelte economiche, espressione di modelli neo-contrattuali, *lobbistici* e neo-feudali, mi ha spinto ad interrogarmi sul senso più profondo del diritto pubblico oggi. Su quale può essere in questo momento storico la sua funzione; una funzione democratica di regolamentazione raggiunta attraverso lotte e sacrifici che hanno contrassegnato il passaggio dalla formula astratta e formale dello Stato di diritto, caratterizzante i modelli del liberalismo autoritario dell'Europa continentale a cavallo tra il XIX e il XX secolo, allo Stato sociale. Un ruolo che aveva trovato il proprio fondamento e la propria consacrazione nella Costituzione del 1948.

Pertanto, la mia analisi, estremamente sintetica e a volte apodittica, partirà proprio dalle configurazioni e dal ruolo assegnato al diritto pubblico nelle monarchie costituzionali della seconda parte dell'800¹, evidenziando come il diritto pubblico abbia contrassegnato, e a volte accelerato, il processo di democratizzazione del liberalismo autoritario ed il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse. Un ruolo indispensabile dunque che, pur nascendo con l'obiettivo dichiarato di salvaguardare lo *status quo*, e in particolare gli interessi della nobiltà delle rendite e della borghesia emergente degli affari, ha saputo progressivamente tracciare le piste dei processi economici e regolare

¹ Periodo che segna il passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse.

i conflitti sociali, spostando il baricentro della democrazia da formale a sostanziale.

2. RUOLO E FUNZIONI DEL DIRITTO PUBBLICO NEI PROCESSI EVOLUTIVI DEL LIBERALISMO AUTORITARIO: ORGANIZZAZIONE DEL POTERE E TUTELA DELLE LIBERTÀ INDIVIDUALI

Nell'ambito della natura tipica del liberalismo autoritario della fine dell'800, in particolare nell'Europa continentale, la funzione del diritto pubblico, secondo un'ipocrita logica di democrazia formale, era sostanzialmente finalizzata a regolare l'organizzazione dello Stato e a tutelare le libertà individuali della borghesia, in particolare quelle riconducibili alla sicurezza e all'esercizio del diritto di proprietà.

Il passaggio dal liberalismo autoritario non democratico al modello democratico-sociale, al di là della parentesi autoritaria, inverte in tutta la sua forza, quanto meno dal punto di vista formale, con l'entrata in vigore della Costituzione, ha progressivamente attribuito al diritto pubblico funzioni di giustizia e di regolamentazione dei conflitti sociali, di analisi e soluzione ad esigenze reali e concrete.

Il passaggio da una organizzazione del potere di natura politico-amministrativa, interessata prevalentemente alla migliore ed efficiente gestione pubblica (anche e soprattutto con strumenti di diritto privato) ad una organizzazione pubblica che intende assumersi responsabilità in ordine alla gestione diretta di attività economiche e di servizi pubblici e sociali, che intende produrre norme per garantire l'effettivo accesso ai diritti, caratterizza progres-

sivamente il processo di democratizzazione del diritto pubblico. Un processo teso ad andare oltre il classico e formale rapporto autorità-libertà, e che non può non ruotare intorno ad un ruolo attivo delle istituzioni pubbliche.

3. IL DIRITTO PUBBLICO TRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE

È evidente dunque come durante il processo di trasformazione, il diritto pubblico fosse teso alla ricerca continua di una sintesi tra dimensione politica e dimensione amministrativa, in una tensione continua tra studio ed analisi dell'organizzazione da una parte e tutela dei diritti dall'altra.

Scriveva Luigi Rossi nell'*Archivio di Diritto Pubblico* del 1896 come la scienza francese, a differenza di quella germanica, ignorasse il tipo dello *Staatsrecht*, ovvero il livello costituzionale del diritto pubblico... il livello politico del diritto pubblico². Alla base di ciò vi era una scelta non soltanto tecnico-giuridica, ma soprattutto politica; una scelta che in Francia, a differenza dell'Impero prussiano, aveva quale obiettivo l'indipendenza dell'amministrazione dalla politica e la sua subordinazione soltanto alla legge, quale osservanza del principio di legalità.

Un obiettivo dunque teso al raggiungimento di un altro obiettivo, ancora più importante, ovvero realizzare una buona amministrazione, efficiente e non sviata da interessi particolari, delineando una separazione netta tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, nell'ambito della

² L. Rossi, *La moderna scienza del diritto costituzionale nelle nazioni latine*, in «Arch. dir. pubbl.», 1896, pp. 299 ss.

quale la politica non avrebbe potuto influenzare l'amministrazione. Anzi, come diceva Rossi, occorreva evitare l'influenza illecita e corruttrice della politica, cioè quella influenza non diretta ad un'azione amministrativa equa, ma piuttosto subordinata agli interessi del partito e intesa a fini di utilità privata³; un'influenza dominata da un ultimo movente, ovvero il desiderio di cattivarsi l'animo degli elettori.

Occorreva allora introdurre speciali guarentigie per difendere l'amministrazione dalla politica, e l'obiettivo, diceva Rossi, in Francia era stato proprio quello di realizzare un'amministrazione forte, sicura, intelligente, competente⁴.

I due modelli del diritto pubblico: separazione netta tra politica-amministrazione (tedesco) e subordinazione della politica all'amministrazione (francese) stentavano a trovare una sintesi in quello che successivamente potremmo definire l'equilibrio espresso dal diritto pubblico con funzione sociale.

4. DAL LIBERALISMO AUTORITARIO ALLA FORMA DI STATO DEMOCRATICO-SOCIALE: LA FUNZIONE SOCIALE DEL DIRITTO PUBBLICO ATTRAVERSO LA SINTESI TRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE

È evidente che entrambi i modelli su delineati, fondati sulla separazione politica-amministrazione, risultavano più facilmente realizzabili in uno Stato "autoritario" non democratico, privo di dimensione e conflitto sociale, in

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

uno Stato monoclasse, guidato da *elites*, sollevato da oneri relativi a prestazioni sociali.

Questi assetti caratterizzati, seppur con tonalità differenti, da contenuti propri del liberalismo autoritario, sono ben lontani dalla dimensione pubblicistico-democratica, il cui insorgere si lega ad un modello che deve sempre più occuparsi di conflitti e prestazioni sociali. La questione sociale non consentirà più al diritto pubblico di separare il livello politico da quello amministrativo in un'ottica autoritaria e/o tecnocratica; non consentirà più di far prevalere gli aspetti strutturali-formali su quelli funzionali⁵. In contrasto con la teoria pura del diritto si comprende la rilevanza della funzione, piuttosto che la perfezione strutturale ed astratta dell'organizzazione⁶.

Occorre dunque immaginare una sintesi "pubblicistica" del rapporto politica-amministrazione, una sintesi che è possibile cominciare ad intravedere nella teoria dei diritti fondamentali dello Stato sociale. In tal senso, si pensi a titolo esemplificativo all'esperienza *weimariana*; ad un'organizzazione statale nella quale la pubblica amministrazione, oltre alla "buona gestione della cosa pubblica", viene incaricata di responsabilità politico-sociali, di erogare prestazioni di natura socio-economica; prestazioni che non possono prescindere da un indirizzo politico. Un modello poi, ampiamente, ripreso e sviluppato dalla nostra Costituzione.

⁵ Sul punto si veda N. Bobbio, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. Inedito, scritto per gli *Studi in memoria di A. Gioja*, ora in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Bari 2007, pp. 49 ss.

⁶ *Ibidem*, p. 70.

È evidente che in questo quadro di forte sintesi politica-amministrazione debba aumentare il grado di professionalità, responsabilità ed indipendenza della pubblica amministrazione. Quanto più si innalza, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, il livello politico delle scelte da attuare e gestire, tanto più deve aumentare il livello di indipendenza, imparzialità e professionalità della pubblica amministrazione, senza tuttavia riproporre modelli autoritari autarchici e auto-referenziali. Si attribuisce, quindi, proprio al diritto pubblico la funzione di porre in equilibrio questi due momenti.

Si comprende come la visione formalistica del diritto pubblico, o anche tesa unicamente al buon funzionamento dell'organizzazione del potere, non sia idonea a dare risposte ad un crescente numero di persone, per le quali mancano i presupposti sociali per la realizzazione delle garanzie di libertà giuridica. Questo quadro dunque, lasciato a sé stesso, e non affrontato socialmente attraverso un "ruolo funzionale" del diritto pubblico, esprime sempre più una formula vuota, che richiede appunto una formula nuova. Il passaggio dalla democrazia formale alla democrazia sostanziale, dal mero riconoscimento del diritto all'effettiva affermazione del diritto (il c.d. accesso al diritto), richiede, al di là delle forme, un diritto pubblico "militante", in grado di riconoscere diritti di prestazione, ma in grado anche di porli in essere effettivamente attraverso l'azione di una buona amministrazione. Questo segna il passaggio da un diritto pubblico che deve regolare la mera titolarità della *res publica*, ad un diritto pubblico che si pone tra i suoi compiti quello di gestire la *res publica*, in funzione del perseguimento di interessi generali.

Lo Stato, quindi come diceva Heller, assume progressivamente lo scopo di organizzare la cooperazione sociale al fine di raggiungere il massimo rendimento sociale possibile⁷. E proprio nel ventennio a cavallo tra le due guerre mondiali, ma in particolare sotto la spinta dei processi teorici alla base delle Costituzioni sorte dopo la disgregazione degli Imperi dell'Europa centrale, che il diritto pubblico inizia ad assumere una configurazione tridimensionale: politico-amministrativo-sociale.

5. IL PROFILO TRIDIMENSIONALE DEL DIRITTO PUBBLICO: POLITICO-AMMINISTRATIVO-SOCIALE

Al diritto pubblico è assegnato il compito di adattare i fini economici alla situazione politica, ponendosi dunque in una posizione sovraordinata rispetto all'economia, o quanto meno di avere come obiettivo quello di governare i processi economico-finanziari, anche attraverso la determinazione di principi⁸.

In questo senso il diritto pubblico quale sintesi tra politica, amministrazione e società intende affermare la propria indipendenza di fronte alle minacce e allo strapotere dei privati, regolando i conflitti sociali con logiche perequative. Lo Stato per assolvere a tale funzione, anche e soprattutto, attraverso la strumentazione del diritto pubblico, deve avere la volontà e la capacità di emanciparsi politicamente dall'influenza economica dei privati, acquisen-

⁷ In merito si veda R. Treves, *La dottrina dello Stato in Herman Heller*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1957, p. 65.

⁸ *Ibidem*.

do una base di potere economico proprio, tale da consentirgli non soltanto di programmare e regolare, ma altresì di gestire.

Si percepisce l'obiettiva necessità, riportandosi all'insegnamento *hegeliano*, di una superiorità dello Stato sulla società, che non significa subordinazione della società allo Stato, ma al contrario, significa tutelare con processi perequativi gli interessi pubblici, al di là di una mera sommatoria di interessi individuali.

Il sorgere dello Stato sociale attribuisce al diritto pubblico un ruolo molto speciale e peculiare, ovvero il tentativo di trasformare l'azione dello Stato da *imperium* a *dominium*, cioè strumento di compensazione, governo e gestione dei conflitti sociali; strumento teso all'effettiva tutela ed accesso ai diritti fondamentali. Ciò pone in essere una progressiva edificazione dello Stato sociale-amministrativo, attraverso una crescita di apparati burocratici e l'assunzione di nuovi servizi e compiti da parte dello Stato⁹, nella consapevolezza che dove non c'è sfera pubblica non c'è neppure sviluppo, che le spese sociali non vanno concepite come un costoso passivo nei bilanci pubblici, ma come la forma di investimento pubblico sicuramente più produttiva¹⁰, che la miglior politica economica e quella più idonea ad incrementare lo sviluppo è una politica sociale volta a garantire i diritti vitali a tutti.

⁹ M. Fioravanti, *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*, in «Quaderni fiorentini», 13, 1984, p. 592.

¹⁰ L. Ferrajoli, *Effettività primaria ed effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in A. Catania (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano 2005, pp. 155-157.

Un ruolo delle istituzioni pubbliche che implica una separazione pubblico-privato e amministrazione-società, non da intendere, come lo era stato da Gerber a Jellinek, quale autonomia dai conflitti sociali, ma piuttosto quale governo esterno e separato dai conflitti sociali¹¹. Ciò presuppone un forte *continuum* politica-amministrazione, una forte assunzione di responsabilità da parte delle istituzioni rappresentative e quindi la configurazione di un ruolo che non ha nulla in comune con l'ipotesi *steiniana*, cioè di svincolare l'attività amministrativa dagli scopi perseguiti dallo Stato¹².

Per la costruzione pubblicistica del rapporto politica-amministrazione, funzionale alla risoluzione di esigenze concrete e alla determinazione di politiche perequative, Maurizio Fioravanti evidenzia come rimanga fondamentale il contributo di Otto Mayer all'inizio del Novecento che fu in grado di comprendere come il diritto pubblico debba aprirsi proprio alla nascente realtà dello Stato sociale¹³; dunque, da disciplina tesa solo al buon governo e al governo della cosa pubblica, che esaurisce la sua funzione all'interno dello *status quo*, a disciplina consapevole di essere l'unica in grado di risolvere i conflitti sociali e garantire l'accesso ai diritti fondamentali.

¹¹ M. Fioravanti, *Storia costituzionale*, cit., p. 620.

¹² *Ibidem*, p. 633.

¹³ M. Fioravanti, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1983, pp. 601 ss.

6. COSTITUZIONE E FUNZIONE SOCIALE DEL DIRITTO PUBBLICO

Il modello di diritto pubblico, delineato dalla nostra Costituzione, si allontanerebbe, in maniera più o meno evidente, sia dal metodo dello *Staatswissenschaftliche* di von Stein, sia dal metodo giuridico di Gerber, Laband Jellinek, poi recepito in Italia da Orlando, rivolto a regolamentare ed organizzare lo Stato di polizia, il rapporto autorità-libertà, la tutela delle libertà individuali.

Il diritto pubblico, delineato dalla nostra Costituzione, in particolare nella parte relativa ai rapporti economico-sociali, avrebbe dunque la capacità e le potenzialità di collegarsi ai poteri sovrani, ma con il senso politico dell'agire amministrativo; senso politico dell'agire amministrativo che non significa asservimento al potere politico, ma piuttosto assunzioni di responsabilità nella gestione diretta di servizi pubblici e beni comuni. Un diritto pubblico funzionale, dunque, ad una società sempre più carica di aspettative, di bisogni e di conflitti. Un diritto pubblico che è allo stesso tempo norma fondamentale di garanzia, da opporre ai poteri che intendano violarla, ed indirizzo fondamentale per l'azione futura di quei medesimi poteri¹⁴.

Tralasciando la parentesi del diritto pubblico nel ventennio fascista, che meriterebbe una specifica riflessione, la Costituzione italiana rappresenta la "chiusura" definitiva del diritto pubblico con la Scuola del Metodo giuridico *orlandiano*, cioè con quel metodo che portava in sé i modelli privatistici di un'amministrazione servente ad un

¹⁴ M. Fioravanti, *Costituzione e legge fondamentale*, in «Diritto Pubblico», 2006, pp. 486-487.

indirizzo politico tendenzialmente autoritario e comunque orientato, secondo le logiche del liberalismo autoritario, in via primaria alla tutela delle libertà individuali e alla difesa dei valori e degli interessi dello Stato borghese.

Come diceva Mayer, anche innovando la tradizione dell'*Etat administratif* chiuso in se stesso e separato dalla politica, il diritto pubblico andava posto al servizio della nuova realtà dello Stato sociale¹⁵; superando il continuo ricorso al diritto privato, comunque ispirato ai due cardini dello Stato borghese-autoritario: proprietà privata e contratto.

Questo sembra essere il senso più profondo della nostra Costituzione, nella quale la funzione del diritto pubblico non intende confondere il quadro politico-costituzionale con quello amministrativo-gestionale, né confondere la dimensione pubblicistica con quella privatistica; non c'è confusione tra Stato e società, né si intende creare confusione tra il modello socio-centrico ed il modello stato-centrico.

Nel nuovo diritto pubblico "costituzionale", secondo la già delineata visione tridimensionale, vi è invece una percezione politica e non solamente giuridica, di necessaria estensione progressiva delle forme pubblicistiche al contesto dei rapporti economico-patrimoniali. La configurazione di un modello che si contrappone all'azione amministrativa, intesa secondo schemi formalistici e del diritto privato e orientata prevalentemente al c.d. "buon governo" della cosa pubblica.

È evidente che dall'entrata in vigore della Costituzione il vero compito del diritto pubblico, o meglio quello più

¹⁵ M. Fioravanti, *Otto Mayer*, cit., p. 633.

profondo, non sarà in prevalenza quello di difendere le libertà individuali, restando all'interno della griglia autorità-libertà, ma di divenire diritto di prestazioni, con una percezione politica forte, in grado di comprendere i problemi sociali.

La "frattura" con la *panpublicistica* autoritaria di ispirazione *labandiana* e quindi anche con il metodo *orlandiano* è evidente; in tali costruzioni, infatti, non si configurava un vero spazio giuridico publicistico, il diritto pubblico aveva quale priorità "l'organizzazione del potere del sovrano", si affrontava il tema dei diritti soggettivi pubblici dei cittadini, unicamente quale scienza che studia il diritto dello Stato. Inoltre, in questa visione privatistica del diritto pubblico si insisteva anche sulla gestione patrimoniale e privatistica di servizi e beni pubblici, anche di quelli c.d. essenziali. Per Orlando, anche nell'ambito di fini eminentemente pubblici, si poteva restare nel campo del diritto comune.

Un diritto pubblico, dunque, al servizio dello Stato, ma non in grado di percepire e regolare fenomeni dall'alto impatto sociale, né di proporsi quale intersezione tra politica e amministrazione, allorquando nel dibattito fa ingresso il grande tema della giustizia sociale e dell'egualianza sostanziale. Un diritto pubblico che ovviamente va anche oltre la lungimirante intuizione di Santi Romano che, pur percependo una società in evoluzione e la conseguente incapacità del modello publicistico *orlandiano* a dare risposte efficaci alle nuove esigenze, non delinea *in toto* le nuove responsabilità cui esso deve far fronte. Santi Romano, pur realizzando il pericolo di una rivolta della società contro lo Stato, affida alla teoria del pluralismo e dei gruppi di interesse, piuttosto che alla funzione sociale

del diritto pubblico, la risposta ad una società complessa per la soluzione dei nuovi conflitti¹⁶.

La vera dimensione del diritto pubblico si avverte, invece, in tutta la sua pienezza, quando esso mostra un radicato interesse per la politica sociale; quindi, piuttosto che composizione di interessi diffusi ed orizzontali, il diritto pubblico percepisce e si propone di risolvere le ingiustizie, i conflitti, le contraddizioni, disseminante nel rapporto istituzioni-società e all'interno della società stessa. Quanto più è grave e profondo è il conflitto sociale, tanto più si percepisce l'esigenza del diritto pubblico e se ne esalta il ruolo.

Si passerebbe dunque da un approccio strutturale ad un approccio funzionale del diritto pubblico, con la consapevolezza che il primo, piuttosto che il secondo, agevola contaminazioni ideologiche, apparentemente asettiche rispetto alla dimensione politica. Il diritto come mezzo per raggiungere fini, e il fine non va inteso come un problema storico, ma piuttosto di assoluta rilevanza giuridica in quanto rientrante nella sfera dell'effettività e dell'accesso reale al diritto¹⁷.

La Costituzione italiana del 1948 si caratterizza proprio per la sua dimensione pubblicistica, per la vocazione funzionale di alcuni istituti, quali l'iniziativa economica, la proprietà, e i servizi pubblici, volti all'utilità ed alla funzione sociale.

¹⁶ N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in «Amministrare», 1975, ora in Id., *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, cit., p. 156.

¹⁷ In merito si veda N. Bobbio, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, cit., 51 ss.

7. IL *VULNUS* DELL'EFFETTIVITÀ: LA NON APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI E LA PROLIFERAZIONE DI REGOLE EVERSIVE

Sarebbe dunque possibile affermare che la dimensione della sovranità statale, unitamente alla dimensione sociale – dalle quali potremmo far discendere definizioni quali beni sovrani e beni sociali piuttosto che demanio e patrimonio indisponibile – troverebbero una perfetta sintesi nella Costituzione del 1948. Ma questo quadro che, come è noto, esprimeva, o meglio, avrebbe dovuto esprimere un indirizzo politico dai contenuti normativo-prescrittivi perde progressivamente forza sul piano della effettività. È come se la dominante matrice giuridico-culturale del diritto pubblico in Costituzione non riuscisse sul piano legislativo-giudiziario ad esprimere tutta la sua potenzialità¹⁸.

La sintesi contenuta nella triade buon governo, qualità della pubblica amministrazione e dimensione sociale, espressa proprio dal diritto pubblico, non riesce sul piano

¹⁸ Basti pensare, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, alla celebre e discussa sentenza della Cassazione, Sez. Unite Penali, del 7 febbraio 1948, con cui si introduceva una tripartizione tra le norme costituzionali, distinguendosi tra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita, che per dispiegare la loro forza normativa richiedevano un intervento attuativo del legislatore, prima del quale non potevano esplicare alcun effetto cogente o abrogativo, e norme direttive o meramente programmatiche, che si distinguevano da quelle precedenti perché lasciavano al legislatore discrezionalità quasi senza limiti per la loro attuazione. Ciò rappresentava un evidente freno alla forza normativa-innovativa della Costituzione, in difesa di valori e principi consolidati della borghesia di matrice liberale.

dell'effettività ad affermarsi. All'inattuazione del progetto giuridico e politico-istituzionale costituzionale si associa un progetto giuridicamente eversivo, ovvero l'adozione di un complesso di regole, alcune anche di rango costituzionale, o di provenienza comunitaria, obiettivamente in contrasto con tali principi¹⁹.

Penso ad esempio alla riforma del Titolo V con la configurazione, tra l'altro, di un c.d. diritto pubblico regionale, non del tutto in armonia con la prima parte della Costituzione o ad una serie di atti e sentenze di provenienza comunitaria che hanno "mitizzato" la concorrenza, innalzandola a principio orientatore delle politiche pubbliche, in contrasto con le parti economico-sociali della nostra Costituzione. Regole, dunque, che ponendo in primo piano, dal punto di vista economico-sociale, la persona sia individualmente (atomismo-liberale), sia attraverso formazioni sociali (sussidiarietà orizzontale), hanno di fatto posto in discussione l'impianto pubblicistico della Costituzione.

¹⁹ Come è noto, il potere reale non si manifesta in dichiarazioni e formalizzazioni solenni di principi, ma nella concreta possibilità di incidere effettivamente sui diritti. I principi se non resi effettivi dal punto di vista dell'accesso e della garanzia rischiano di essere compressi o relativizzati da regole o modelli neo-contrattuali che possono diventare, secondo l'espressione di Dworkin, *The Philosophy of Law*, Oxford 1977, *passim* "assi pigliatutto".

8. PROCESSI DI RIFORMA: DAL DISARMO DEL DIRITTO PUBBLICO
AL DIRITTO PUBBLICO AUTORITARIO

In Europa, il modello dello “Stato leggero”, fortemente caldeggiato e sostenuto dal *new labour blairiano*, fondava le proprie strategie su un progressivo disarmo delle istituzioni pubbliche, ritenute “inefficienti e costose” e quindi non in linea con i parametri finanziari di Maastricht²⁰. Il *Welfare* andava sostituito con variegate applicazioni del principio di sussidiarietà orizzontale (*workfare, welfare society, welfare mix*) modelli che si caratterizzano per un coinvolgimento della società civile nell'erogazione dei servizi pubblici, anche essenziali; dove anche il policentrismo della sussidiarietà verticale gioca un ruolo negativo attraverso la frammentazione delle responsabilità politiche²¹.

Questo modello configura un quadro istituzionale che si reggerebbe su non ben definiti processi di *governance* che si sviluppano in assenza di un fondamento giuridico prescrittivo (regolamenti, direttive), proponendo un c.d. neo-contrattualismo²², svincolato da principi, e che si

²⁰ S. Holmes e C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti*, Bologna 2000, *passim*, chiariscono come non sia vero che soltanto i diritti sociali richiedano sforzi finanziari ingenti alla comunità, mentre i cosiddetti diritti negativi sarebbero una sorta di dono di natura, di cui l'individuo si limita a godere senza onere per la società.

²¹ Sul punto sia consentito rinviare a A. Lucrelli, *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in «Rass. dir. pubbl. europeo», 1, 2006, pp. 5 e 6.

²² A. Burgio, *Per un lessico critico del contrattualismo moderno*, Napoli 2006, *passim*. Evidenzia come progressivamente il

muove in un groviglio di regole semi-pubbliche. Un modello che contribuisce al disarmo delle istituzioni pubbliche, dell'atto pubblico ed obiettivamente in opposizione alla formazione e all'insorgere di un diritto pubblico europeo dell'economia²³. Un disarmo delle istituzioni classiche del diritto pubblico determinato anche dall'incalzare del potere politico delle regioni che, proponendo, appunto, un discutibile "diritto pubblico regionale", non soltanto ha indebolito le autorità centrali, ma ha altresì innescato un progressivo indebolimento dei comuni. Ciò sta determinando una progressiva erosione dell'attività dei comuni, amplificata da una fortissima restrizione dei trasferimenti di risorse finanziarie.

Un disarmo, dunque, che sta colpendo proprio quelle istituzioni che storicamente si erano assunte il compito di erogare i servizi pubblici e quindi di soddisfare bisogni primari dei cittadini; un disarmo al quale stanno contribuendo dissennati processi di liberalizzazione e privatizzazione, incapaci di influire sugli aspetti economici e della produzione, in grado soltanto di incidere, nel breve periodo, nel mondo della finanza e della borsa.

Un processo che ha colpito le istituzioni pubbliche, non soltanto nelle loro funzioni redistributive o di regolazione, ma nella capacità produttiva, nella loro capacità di soddisfare direttamente i diritti che, in particolare dagli anni Sessanta, anche grazie ad un ruolo prezioso svolto

contrattualismo sia divenuto uno strumento che ha contribuito a conferire legittimità a una vicenda intessuta di violenza e sopraffazione.

²³ A. Lucrelli, *Principi costituzionali*, cit., p. 6.

dalla magistratura²⁴, ha contribuito alla formazione ed all'evoluzione dello Stato sociale²⁵. Ci si è trovati di fronte a processi di riforma utilizzati in modo eversivo per supportare progetti politici, interpretando la Costituzione come una legge qualsiasi. Dalla grande riforma Craxi-Amato della fine degli anni '70, alle riforme Bassanini a c.d. Costituzione invariata degli anni '90, alla Bicamerale D'Alema, alla riforma del Titolo V, fino alla legge costituzionale del 2006 – avente ad oggetto tutta la seconda parte della Costituzione – voluta dal governo Berlusconi e poi bocciata dal referendum confermativo, è in corso un processo di strumentalizzazione politica del concetto di riforma; un processo che sembrerebbe adesso voler riprendere con un non ben definito metodo *bipartisan*.

Ma ancora più preoccupanti sono le minacce di questi ultimi giorni. Infatti dal disarmo delle istituzioni pubbliche sembrerebbe risorgere un diritto pubblico autoritario, minaccioso e violento che intende attribuire allo Stato unicamente la funzione di paladino della sicurezza e della proprietà privata, assolutamente irresponsabile nei con-

²⁴ Basterà ricordare a questo proposito la mozione conclusiva del XII Congresso indetto dall'Associazione nazionale dei magistrati del 1965, secondo cui spetta al giudice applicare direttamente le norme della Costituzione e interpretare tutte le leggi in conformità ai nuovi principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale.

²⁵ Si pensi in particolare alla legislazione sociale degli anni Sessanta in materia di diritti dei lavoratori, di scuola, di famiglia, di edilizia, chiaramente collegati ai principi della Costituzione, ed anzi spesso in modo esplicito emanate in attuazione della Costituzione.

fronti dei conflitti sociali. Ciò azzera i successi dello Stato democratico, facendolo regredire allo Stato di polizia della fine dell'Ottocento.

I recenti provvedimenti del governo Berlusconi, in tema di sicurezza e rifiuti, da una parte esprimono intolleranza verso tutte le differenze, fissando nuovi reati (penso a quello di clandestinità), dall'altro militarizzano parti del territorio, limitando le istanze partecipative e la libertà di riunione, diritto com'è noto, costituzionalmente garantito. Pertanto il rischio è quello di annullare quel processo di democratizzazione che, attraverso un ruolo attivo del diritto pubblico, aveva contrassegnato il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato democratico-sociale.

Il timore è che dopo il disarmo del diritto pubblico sia cominciato il percorso inverso, un *déjà vu* autoritario e incostituzionale, una vandalizzazione dei principi costituzionali – penso in particolare ai principi di eguaglianza e solidarietà – un'azione dei poteri pubblici che mette in pericolo i diritti umani. Mi auguro tuttavia che oggi, seppur tra tante ambiguità ed ipocrisie, questo processo possa trovare ostacoli da parte del diritto internazionale e del nascente "diritto pubblico europeo".

Io credo fermamente che il vero processo di riforma, l'unico che possa fronteggiare disarmi ed involuzioni autoritarie, sia quello di ripartire dalla Costituzione, da tutti quei principi di equità e giustizia sociale ancora non attuati e quotidianamente disattesi. Sono convinto che tutta la dimensione pubblicistica della nostra Costituzione sia stata abbandonata e "messa in soffitta". Si è interrotto proprio quel processo di responsabilizzazione funzionale del diritto pubblico, quale naturale luogo di incontro tra politica, amministrazione e società che trovava il proprio

fondamento in Costituzione; si è interrotto quel processo di consolidamento dello Stato sociale sostituito da un'irresponsabile e frammentata mucillagine istituzionale che troverebbe le sue basi nella convergenza del principio di sussidiarietà orizzontale con la sussidiarietà verticale.

9. RUOLO E FUNZIONI DEL DIRITTO PUBBLICO NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEO

Il processo di integrazione europeo, fino ad oggi, si è svolto su di un piano tecnocratico-politico che ha svilito gli istituti classici del diritto pubblico a vantaggio di un ricorso sempre più frequente alla strumentazione del diritto privato. Al contrario, ritengo che tale processo non possa prescindere dagli istituti classici del diritto pubblico, seppur evidentemente in una prospettiva europea, tali da rivalutare e valorizzare i principi ispiratori del modello sociale europeo. Occorre determinare degli interessi generali europei tali da porre, ad esempio, i presupposti per una regolamentazione speciale dei servizi pubblici essenziali, in deroga alla regola della concorrenza, o laddove possibile, al di fuori della regola della concorrenza²⁶. Non è immaginabile un processo di integrazione europeo nel quale lo spazio giuridico sia dominato da modelli *lobbisti*

²⁶ Il recente Trattato di Lisbona prevede uno specifico protocollo (n. 26) sui servizi di interesse generale che formalizza e inserisce nel TCE la differenza tra servizi di interesse economico-generale e servizi di interesse generale. La disciplina di questi ultimi è lasciata all'assoluta competenza degli Stati membri.

ci e neo-feudali, e nel quale gli strumenti contrattualistici assurgano a prevalente fonte giuridica.

Ricostruire il diritto pubblico, anche in prospettiva europea, significa attribuire al Parlamento europeo l'effettivo compito di determinare principi e un indirizzo politico teso al raggiungimento di interessi pubblici europei²⁷.

La riconquista dello spazio pubblico di sfere giuridiche, inopinatamente occupate dal "mercato", dovrà rappresentare il presupposto per la costruzione di un modello europeo capace di garantire le libertà a tutti e ad eguali condizioni. L'insorgere dello Stato di diritto in Europa, attraverso il lento ma graduale processo di democratizzazione delle istituzioni, si accompagna all'esigenza di affermare nello spazio giuridico europeo, i principi politici dello Stato sociale.

Il modello pubblicistico in una dimensione europea va dunque rafforzato e valorizzato, non appare sufficiente il riconoscimento, tra l'altro debole, nella Carta europea dei diritti fondamentali, dei diritti sociali, né il richiamo alle tradizioni comuni delle Costituzioni europee. Non appare sufficiente difendere le conquiste dello Stato sociale, raggiunte dai singoli Paesi, dinanzi ad un panorama sempre più crescente di soggetti deboli e sfruttati, ai quali sono

²⁷ In questo senso va letto il nuovo art. 14 TCE (ex art. 16 TCE), relativo alla coesione sociale e ai servizi di interesse economico-generale, laddove attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio il potere di fissare principi e condizioni affinché i servizi di interesse economico-generale possano assolvere i propri compiti, che sono innanzitutto quelli di favorire il raggiungimento della coesione sociale e territoriale. Nell'ambito di tali principi è fatta salva la competenza degli Stati membri di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi.

negati anche i più elementari diritti fondamentali. Il principio di eguaglianza sostanziale va affermato e garantito nello spazio giuridico europeo, ed in questo senso occorre *fondare* politiche pubbliche intorno a principi di giustizia sociale in grado di fronteggiare e reagire a modelli privatistici e neo-contrattualistici di gestione della cosa pubblica e dei beni comuni.

10. CONCLUSIONI

In conclusione, dunque, anche in relazione al processo europeo di integrazione, ricostruire il diritto pubblico, ripartendo proprio dall'attuazione dei principi costituzionali, significa:

1. configurare un modello di organizzazione pubblica non soltanto con funzione di regolazione esterna ai processi economici, ma altresì in grado di gestire l'attività produttiva e di assolvere a funzioni dall'alto impatto sociale;

2. prevedere interventi pubblici diretti, in deroga alla regola della concorrenza, considerando il principio della coesione economico-sociale quale obiettivo e non mero strumento di attuazione di politiche pubbliche, interpretandolo come un vero e proprio principio costituzionale, dal valore cogente e non meramente programmatico.

3. imporre che il paradigma della coesione economico-sociale non sia più costituito unicamente dal binomio libertà-solidarietà, ma sia implementato attraverso i valori contenuti nel principio di eguaglianza sostanziale e della giustizia sociale, con l'adozione di specifiche politiche di perequazione in settori dall'alto impatto economico-sociale;

4. prevedere, sulla base di una attenta, equa (in particolare per quanto attiene alla distribuzione delle risorse finanziarie nel territorio) ed organica legislazione statale di riferimento, un ruolo efficiente dei comuni e dei consorzi tra comuni, nella gestione dei servizi pubblici locali essenziali, e di tutti quei servizi non orientati fisiologicamente al mercato;

5. riaffermare i principi costituzionali dell'autonomia della burocrazia rispetto ai partiti ed alle correnti di partito e la volontà che essa sia servente al perseguimento degli interessi generali e non a singoli esponenti politici, attraverso il ricorso ad istituti quali lo *spoil system*, di recente dichiarati illegittimi dalla Corte costituzionale²⁸;

6. guardare con prudenza i modelli di *welfare mix*, *welfare society* o di c.d. sussidiarietà orizzontale, che hanno ispirato le riforme degli enti locali negli ultimi anni, indebolendo le istituzioni pubbliche a vantaggio di disarticolati ed "egoistici" interessi diffusi presenti nella società;

7. guardare con sospetto il ricorso ai modelli di *welfare* municipale, nella considerazione che la tutela effettiva dei diritti fondamentali della persona, ed in senso più ampio dei c.d. diritti condizionati alla erogazione delle risorse finanziarie, non possa essere garantita all'interno di un sistema locale che ha come conseguenza la frammentazione della tutela dei diritti;

²⁸ Il meccanismo di tradizione anglosassone dello *spoil system* è in contrasto con gli artt. 97 e 98 della Costituzione che stabiliscono i principi-guida della P.A., imparzialità e buon andamento, come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 103 del 23 marzo 2007 e da ultimo nella sentenza n. 161 del 2008.

8. “lottare” per una legge che stabilisca i principi di coordinamento della finanza pubblica, assicurando, in ogni caso, ai sensi dell’art. 119, comma 4 Cost., il finanziamento integrale delle funzioni attribuite ai comuni, oltre alla tutela dei livelli essenziali inerenti ai diritti sociali;

9. configurare un sistema di controlli meno autarchico di quello attuale, ripristinando i controlli amministrativi esterni sugli atti pubblici.

Tutto ciò però impone una decisa *inversione di rotta*, un forte senso dello Stato, che trovi il proprio fondamento naturale nei principi costituzionali, in quei principi che devono continuare a conservare il loro carattere prescrittivo-normativo.

Tutto ciò però impone un forte senso dello Stato ed una “cultura delle riforme” che significa innanzitutto attuare e rendere effettivi tutti quei principi costituzionali che sono a tutt’oggi non applicati, o che peggio sono compressi e relativizzati dall’adozione di regole o modelli neo-contrattuali .

Tutto ciò però impone un grido di orgoglio e un senso di riscatto da parte di quei giuristi che ancora si riconoscono nei principi fondanti il Patto costituente; in quel processo culturale che attribuiva al diritto pubblico il ruolo più alto e nobile per la convivenza civile e sociale e per la sopravvivenza delle generazioni future.

Ballando sul ponte del Titanic. Cronaca di una catastrofe annunciata

di Ugo Mattei¹

1. Provare ad utilizzare le categorie di Guy Debord nel riflettere sulle grandi trasformazioni in corso apre interrogativi profondi con cui occorre confrontarsi preliminarmente a qualsiasi ipotesi di “riforma” o di “riarmo” del settore pubblico.

È noto come il “dottore in nulla” nella sua *Società dello Spettacolo* (1967) avesse introdotto due modelli contrapposti, lo “spettacolo concentrato” proprio delle società totalitarie e dittatoriali, e lo “spettacolo diffuso” proprio delle c.d. democrazie occidentali, dominate dal consumismo. Successivamente nei *Commentari* (1988), scritti nel bel mezzo del terremoto che in pochi mesi fece crollare la più spettacolare epifania dello spettacolo concentrato (l'impero sovietico), Debord tracciò il percorso che avreb-

¹ Questo saggio riproduce, con qualche modifica puramente cosmetica, quattro interventi apparsi sul quotidiano «Il Manifesto» e rispettivamente, per il primo, *La crisi tra passato e presente. Il codice della continuità*, del 2 novembre 2008; il secondo, *I guardiani del mercato in nome dell'impresa*, del 3 dicembre 2008; il terzo, *La lunga marcia della talpa neoliberista*, del 13 maggio 2008; il quarto, *Economia del saccheggio nel segno della continuità*, del 14 novembre 2008.

be portato alla nascita di ciò che definì “spettacolo integrato”. Il crollo del modello sovietico e l’apparente scioglimento dell’equilibrio del terrore avrebbero necessariamente trasformato le “democrazie occidentali”, togliendo loro ogni incentivo alla virtù (o alla “moralità” per dirla con un recente libro di Laura Pennacchi). Il sistema si sarebbe così trasformato in una combinazione fra i due modelli precedenti, uno spettacolo integrato appunto, caratterizzato da cinque punti: «Il continuo rinnovamento tecnologico; la fusione economico-statale; il segreto generalizzato; il falso indiscutibile; un eterno presente».

Difficile negare che il modello statunitense dominante successivamente alla caduta del Muro di Berlino e poi ancor più marcatamente a partire dall’elezione di George W. Bush abbia prodotto un ventennio di “spettacolo integrato”. Nel capitalismo finanziario della ricchezza “inventata” per valori di decine di volte superiori a quelli del Prodotto Interno Lordo globale (12 volte considerando i soli derivati!) “la forma di merce e il rapporto di valore dei prodotti di lavoro nel quale si presenta non ha assolutamente nulla a che fare con la loro natura fisica...”, come già stava scritto proprio in quella parte del *Capitale* (Editori Riuniti, 1970, p 86) che maggiormente influenzò Debord (e anche Beaudrillard).

Oggi potremmo esser di fronte ad un crollo sistemico tanto violento quanto quello dell’Impero Sovietico o per lo meno possiamo ragionevolmente interpretare così diversi segnali. Ma se crolla il capitalismo finanziario, potrà disgregarsi lo “spettacolo integrato”? Il capitalismo finanziario, noto con tanti altri nomi da “turbo-capitalismo” a “super-capitalismo” a “modello neo-americano” o “neo-liberista” (ma chissà perché neo?) si sta effettivamente

te schiantando? Possiamo goderci in modo un po' meschino quel senso di giustizia inutile (o assai crudele se coinvolge innocenti) che magari abbiamo provato incontrando schiantata sull'orlo della strada due curve più avanti la vettura sportiva di un cretino che poco prima ci ha superato in curva a velocità folle? Come crolla uno "spettacolo" e che rimane dopo il crollo? Stiamo davvero assistendo al crollo dello "spettacolo integrato", effettivamente realizzati nell'ultimo ventennio, o semplicemente si tratta di una scossa di assestamento di "un'integrazione spettacolare" che ancora deve completarsi cancellando le specificità delle periferie? Se il capitalismo finanziario contemporaneo (*corporate capitalism*) corrisponde in modo impressionante ai sette punti debordiani, a che cosa corrisponde il capitalismo di stato cinese che attende sornione che le acque del fiume facciano transitare il cadavere del nemico Americano? A che cosa corrisponde il modello Europeo, che talvolta si sente invocare come alternativa sociale? Esiste un pensiero (o una prassi) alternativa desiderabile che non sia l'insopportabile riproposizione del Keynesianesimo allegramente assolto dalle sue responsabilità belliche (vedi premio Nobel al Clintoniano Krugman)? Sono quello cinese ed europeo davvero modelli diversi o semplici differenze di stadio "evolutivo-involutivo"? Semiperiferie, a volte riottose ma dominate in fondo dalla stessa logica accumulatrice del centro? È quella tecnocratica Europea l'alternativa "sociale" che dovremmo desiderare? E l'alterità vera, quella di mondi che l'arroganza eurocentrica anche di sinistra considera "senza storia", "senza tecnologia", "senza diritto e diritti", "senza democrazia", "senza parità ed emancipazione dei sessi"? Lì vivono, certo non senza cultura, la maggior parte degli

umani che maggiormente stanno in equilibrio con la natura. Dobbiamo necessariamente "inventare" questa alterità come un residuo arcaico, o potremmo finalmente cercare di conoscerla per una ragione diversa dal desiderio di deprenderla? Potrebbe essere ciò che resta dopo che lo "spettacolo integrato" avrà finito, letteralmente, la benzina!

In sintesi: ha senso utilizzare un modello interpretativo che si fonda su radicali *discontinuità* temporali (prima e dopo "il crollo") e spaziali (modello Statunitense, Cinese, Europeo...) oppure ancora una volta a prevalere sono gli elementi di *continuità* nell'espansione capitalistica, che hanno superato guerre, rivoluzioni, carneficine, decolonizzazioni, nazionalismi, e perfino qualche emancipazione e rara isola felice? E cosa sta dietro questa continuità destinata a finire forse solo con l'esaurirsi (prossimo) della pazienza della natura rispetto all'antropizzazione?

La predazione legittimata dal diritto e dalla scienza non mostra significative soluzioni di continuità negli ultimi cinquecento anni in occidente dove, accoppiandosi con la tecnologia, crea un modello proprietario per cui la natura "appartiene" all'uomo mentre l'uomo, a differenza di ogni altro essere vivente, "non appartiene" alla natura ma ne sta al di sopra e la domina tramite le sue leggi. Così facendo le leggi umane, sovraordinate a quelle di natura, producono un'antropomorfizzazione e poi singolarizzazione delle comunità e delle organizzazioni sociali, che riduce la prospettiva istituzionale ad una distanza sempre più corta e a tempi sempre più brevi. Si sviluppa in un mondo conquistato dall'ideologia dell'efficienza economica un parossismo di fiducia collettiva nell'eternità delle risorse naturali da sfruttare, dalla quale potrebbe svegliarci soltanto uno schianto apocalittico.

Di fronte alle attuali avvisaglie di crollo, (certo non solo la finanza, ma anche lo scioglimento dei ghiacci il riscaldamento globale, la distruzione delle risorse ittiche e l'esaurimento dell'acqua) un'umanità sotto l'effetto dell'oppio spettacolare (in tutte le sue impressionanti manifestazioni ideologiche e culturali) crede in formulette di breve periodo quali quelle di cui ci parlano i G7.

E così facciamo pure il tifo perché il *bailout* si trasformi in una nazionalizzazione di banche ed assicurazioni e perché magari si cominci a riparlare di socialismo... ma non facciamoci troppe illusioni, perché strutturalmente siamo di fronte ad un'ennesima scorreria della predazione capitalista col colletto bianco travestita da legalità "democratica". Grandi risorse pubbliche vere o inventate sono trasferite a privati; la creazione di uno stato di emergenza "costruisce" la necessità del capitalismo finanziario e fa preoccupare perfino un comunista senza un soldo in borsa per le sorti di Wall Street! Sulle prime pagine dei giornali gli stessi che l'anno scorso straparlavano sostenendo che il liberismo è di sinistra (Giavazzi, Alesina), invece di vergognarsi oggi berciano che si tratta di una crisi della "regolamentazione" o di un crollo dell'"etica" della grande impresa, (Giddens) concezione anche questa al limite dell'ossimoro, ma accettabile nella società dello spettacolo, così come è accettabile chiamare la guerra operazione di pace. In più si continuavano a tessere gli elogi e la necessità dell'"innovazione" anche finanziaria (Shiller).

Ma non è un problema di etica, né di regolamentazione. È un problema profondamente radicato nell'arroganza storica dell'occidente dominante con la sua tecnologia e la sua concezione proprietaria della legalità e del potere.

Intorno a noi prendiamo coscienza delle vere continuità storiche: i pirati, gli schiavi, la tortura, l'esecuzione...Le fondamenta profonde del diritto occidentale sono complici se non direttamente protagonisti di quest'ergersi dell'uomo a signore della natura e a creatore di disordine cosmico.

2. L'occidente è ufficialmente in recessione, il che significa stagnazione e arresto della crescita. Di per sé potrebbe trattarsi di un semplice arresto ciclico, ed anzi buona parte dei media "ufficiali", anche in Italia, cercano di far passare questa idea. Uno, due anni di "vacche magre"; qualche modifica istituzionale nella regolamentazione del capitale finanziario; una nuova "Bretton Woods", come ormai si usa dire, e il modello capitalistico, fondato sulla liberal-democrazia, tornerà ad essere il miglior sistema possibile. Secondo altri osservatori, potremmo invece trovarci di fronte ad un crollo sistemico, paragonabile a quello che ha travolto il modello comunista sovietico. Entrambe le prospettive sono compatibili con il fatto che la leadership internazionale dell'occidente sia perduta e che il G7 (esteso a G8 quando si pensava di aver domato Putin) sia soltanto un brutto ricordo (non sappiamo se ci attenderà un G 20 o un G 14).

Per l'Europa, la cui egemonia fondata sul progresso tecnologico, sul colonialismo, sul dominio privato e sul saccheggio della natura, era stata già persa a favore degli Stati Uniti da lungo pezzo, si tratta di un nuovo trauma, cui si è giunti completamente impreparati in preda a divisioni e paure. Sotto la guida di leader privi di qualsiasi credibilità culturale prima ancora che politica, si continua a vagheggiare di "patrimonio valoriale dell'occidente", di "radici giudaico-cristiane" e di altre simili sciocchezze, che invano cercano di dare una patina di rispettabilità al

razzismo dilagante, che non sa scendere a patti col fatto che gli equilibri del mondo sono mutati a nostro sfavore.

Per gli Stati Uniti, si tratta della prima macroscopica battuta d'arresto in una storia di costante crescita di influenza planetaria fin dalla propria nascita, mai in precedenza interrottasi, neppure nel periodo della guerra fredda. Un modello radicato in Europa e potente veicolo di esportazione dell'arroganza dell'uomo europeo (era Woodrow Wilson a parlare dell'onere dell'uomo bianco), ancorché sotto le diverse spoglie, non meno brutali, di privatizzazione, messa in vendita e dollarizzazione (strutturale a partire da Bretton Woods), piuttosto che della diretta colonizzazione. A differenza che in Europa, dove gli ipocriti e velleitari volti dei Brown, dei Sarkozy, dei Barroso (forse un po' meglio figura Merkel, ma non parliamo di nostri provincialissimi e ininfluenti leaders) sono la dimostrazione ultima di una crisi irreversibile della politica, gli Stati Uniti riescono a sfoderare Obama. Si tratta di un leader che, se non fosse esistito, avrebbe dovuto essere inventato, tanto incarna la logica della postmodernità: l'ibridazione culturale al servizio del capitale. Ma forse è troppo tardi, perché con un mercato finanziario del valore di 20 volte il PIL mondiale annuo (ossia vent'anni di economia reale) in cui la fiducia, fondata sul delirio di onnipotenza di una crescita e di uno sviluppo continuo, è crollata al primo sussurro che "il re è nudo!", un buon Presidente USA (ammettendone la possibilità) potrebbe essere condizione necessaria ma certo non sufficiente per la salvezza.

Invero, la catastrofe economica attuale non è gestibile attraverso strumenti compatibili con il capitalismo finanziario che l'ha prodotta e quindi non può certo essere risol-

ta dal principale prodotto politico del capitalismo finanziario medesimo, ossia il Presidente degli Stati Uniti. L'impatto della catastrofe al di fuori degli Stati Uniti, (della cui economia, dopo Bretton Woods, tutto il mondo è succube), può essere attenuato, certo non evitato, *soltanto con strumenti politici, culturali ed istituzionali fortemente antagonisti* rispetto al modello Americano. La speranza è che almeno la sinistra se ne renda conto. Occorre perciò combattere innanzitutto quella insopportabile retorica celebrativa della libertà, intesa come diseguaglianza sociale fondata sulla santificazione della proprietà privata e dell'impresa. Cosa che certamente l'occidente, ipnotizzato da decenni di ciance mediatiche sulla competizione, sulla meritocrazia, sullo sviluppo, sulla crescita, sulla legalità astratta, sui diritti umani ecc. non è pronto a fare, a meno di non esservi costretto da forze e da movimenti politici capaci di produrre una vera rivoluzione copernicana che porti a rendere possibile ciò che oggi pare impossibile.

Bisogna che l'elaborazione sia pronta e sappia ripensare *adesso* alla socializzazione dei più importanti mezzi di produzione (con cogestione dell'impresa, qualora essa rimanga privata), alla redistribuzione radicale delle risorse (tramite tassazione progressiva ed imposta patrimoniale), alla costruzione di un modello misto in cui l'interesse pubblico sappia davvero imporsi, con le buone o con le cattive, su quello privato e sul conflitto di interessi. Si tratta di metter mano *adesso* ad istituzioni democratiche "di lungo periodo", capaci di bonificare il nostro modello di sviluppo, creandone uno nuovo, imperniato sulla *qualità della vita di tutti come comunità* e non sulla quantità delle risorse che a ciascuno, individualmente, compete per controllare e consumare.

Una simile trasformazione non può essere guidata dagli stessi leader e dalle stesse forze che ci hanno portato a questo disastro sociale e politico, prodotto dell'individualismo consumistico. Può essere immaginata soltanto nel quadro di un'ascesa della "fantasia al potere", che abbia il coraggio di ridiscutere gli stessi spazi e gli stessi tempi del politico, schierandosi *sistematicamente dalla parte dei perdenti dei processi sociali capitalistici*. Non ovviamente una fantasia astratta ma, al contrario, il coraggio di saper scegliere, senza pregiudizi, dal ricco menu culturale che la civiltà umana anche oggi propone. Si tratta di disporsi con umiltà di fronte all'immensa ricchezza di culture regressive e vittimizzate dallo sviluppo capitalistico, al fine di recuperarle in via dialogica ed accompagnarne la ricollocazione al centro delle istituzioni globali prima che sia troppo tardi per tutti. Ma se salvare l'occidente da se stesso, dai suoi miti e dalle sue paure, appare un'impresa titanica, non c'è dubbio che si tratti pure di un'urgenza, che potrebbe comunque diventare molto presto una necessità assai più che una scelta.

L'Africa affamata ed assetata dal continuo saccheggio, ed un mondo islamico rispetto al quale l'atteggiamento razzista di ingiustificata superiorità non sembra mutato a partire dall'XI secolo, stanno dando ampi segnali di come i cicli demografici finiranno per prevalere anche in Europa. D'altra parte essi offrono modelli di civiltà meno atomizzati e più aggreganti.

L'America Latina, già da qualche anno principale beneficiaria dell'annunciato crollo dell'impero Americano, distratto dalle sue folli avventure belliche in Medio Oriente, costituisce in questo momento il più importante laboratorio politico di alternative "umane" al capitalismo finanziario

(Cuba, Ecuador, Bolivia, Argentina se non vogliamo fare lo sconto a Lula e Chavez). Essa non ha comunque smesso di premere sull'incivile muro lungo il Rio Grande, e di "ibridare" la società statunitense con milioni di lavoratori sfruttati, a loro volta spinti da fame e privazioni.

Cina e India non sono in recessione, sebbene la seconda sia stata ben più americanizzata della prima, e ne soffra le conseguenze. La crescita potrebbe rallentare, scendendo sotto quell'incredibile 10% annuo dell'ultimo decennio. Ma si assesterebbe sul 6-7%. Fra mille contraddizioni, e con differenze notevoli, i due giganti asiatici riescono in qualche modo a cogliere i frutti della prudenza, della propensione al risparmio e del mantenimento in vita del primato dello Stato e dell'elaborazione politica. Lo sforzo in atto soprattutto in Cina di perequare finalmente campagne e città e di sviluppare un'economia meno fondata sull'esportazione di prodotti finiti a buon mercato, potrebbe far pensare ad una volontà di Pechino di chiedere il rendiconto agli Stati Uniti, rifiutando di continuare a finanziare le abitudini della cicala. Sarebbe una novità globale dalla portata immensa. Pechino detiene 2000 miliardi di riserve in dollari e 1200 miliardi in buoni del tesoro USA...

Ma nel mondo post-occidentale ci sono molti altri protagonisti capaci di fornire modelli politici e culturali che, per scelta o per necessità, dovranno essere considerati. Il Giappone, in sofferenza da oltre un decennio, che tuttavia offre un modello di settore pubblico e di burocrazia altamente professionalizzata, fortemente armata sul piano politico e culturale, e capace di dialogare alla pari con il settore privato. Se ne avrebbe gran bisogno anche in occidente, dove per l'assenza di un ceto professionalde di *civil*

servants, perfino il *bailout* americano costituisce un nuovo episodio di privatizzazione di funzioni pubbliche alle grandi *law firms* di Wall Street (vero e proprio saccheggio se, come pare, Paulson sta pagando le securities con denaro pubblico il doppio di quanto Warren Buffet, privato, abbia fatto). E non parliamo della nostra Italia dove, senza pudore, il “nocchiero dell’economia”, pur autore di mediocri libri antimercatisti, continua a proporre oscene privatizzazioni-saccheggio (compresa, da ultimo, l’acqua), purtroppo col sostegno di “opposizione” e governi locali, intenti a far affari con i servizi e le partecipate pubbliche....

E la vecchia protagonista della Guerra Fredda, quella Russia il cui crollo imperiale ha trascinato con sé il Welfare State in occidente? Ne chiacchieravo con Marcello Cini: forse il modello Putin è quello su cui si sta fondando il “consenso” al crepuscolo dell’economia liberale di mercato: autoritarismo, nazionalismo, militarismo, saccheggio...

3. Difficile trovare un termine del gergo politico Italiano contemporaneo, più diffusamente utilizzato di “riformismo”. Difficile trovare pure un’ideologia politica maggiormente responsabile della recente catastrofe elettorale delle forze democratiche di questo paese (una volta si parlava di arco costituzionale per escluderne i missini), simboleggiata dallo striscione con scritto “Veltroni santo subito” esposto dai fascisti nuovi padroni del Campidoglio.

Che sia proprio dal recente utilizzo a sinistra del termine “riformismo”, con tanto di gruppuscoli politici e giornali con la locuzione “riformista” in ditta, che si debba partire nella necessaria opera di autocritica ed analisi della

sconfitta dell'arco costituzionale, mi pare fuori discussione. La necessità di "fare le riforme", già al centro degli sciagurati attacchi (nel senso etimologico di portatori di sciagure) di Bersani ai taxisti, poi esca berlusconiana cui ha voracemente abboccato Veltroni nelle settimane dell'idillio "grande coalizione", è stata invocata indistintamente in campagna elettorale dai leaders politici di destra e di sinistra, tanto da costituire il vero e proprio minimo comune multiplo della politica italiana contemporanea; una litania ripetuta sia nelle macro analisi che nelle diverse politiche settoriali: la riforma elettorale, la riforma della scuola, la riforma della sanità, la riforma dell'università, la riforma delle professioni, la riforma del mercato del lavoro...

Che cosa si nasconde dietro alla nuova diffusa ideologia, che la destra ha cavalcato in modo vincente (e.g. la riforma in senso federalista) e che ha obnubilato la mente della Sinistra accettando il confronto politico su un terreno sul quale non si poteva che perdere? È innanzitutto abbastanza ovvio che il termine riformista trasmette un tranquillo messaggio di moderazione, una moderazione che tuttavia nasconde una feroce determinazione securitaria. Il riformista, a differenza del rivoluzionario, non distrugge, non sconvolge, non rivoluziona lo *status quo*. Egli è sempre dalla parte dell'autorità costituita che garantisce sicurezza alla sua proprietà. Egli è insoddisfatto di alcuni aspetti del sistema e, sposandone la logica di fondo, intende migliorarlo, ripensarlo, favorirne lo sviluppo, trasformarlo in modo magari radicale ma armonico, progressivo, in ogni caso compatibile con fondamenti ed assetti proprietari consolidati. Il termine mette a fuoco il processo trasformativo piuttosto che il contenuto della trasformazione, ed implica la necessità di ridisegnare alcuni

aspetti del sistema istituzionale per ottenere *crescita e sviluppo*. È questo il messaggio “bi-partisan” dichiarato tanto dalla maggioranza quanto dall’opposizione nel loro competere secondo le regole elettorali di una “moderna democrazia liberale occidentale”. Questo tranquillo messaggio subliminale, pone il termine “riformismo” (e le ricette che in suo nome si propongono) in una luce di generale favore, bollando ad un tempo di estremismo e di velleitarismo qualunque voce alternativa (dove il rifiuto di apparentamento con l’Arcobaleno). Nell’era del riformismo “bi-partisan”, l’antica opposizione fra conservatore e riformista affonda perché il primo è inevitabilmente condannato di fronte all’“inevitabile” e “naturale” accelerazione storica e tecnologica dell’era postmoderna. D’altra parte, per ragioni in larga misura analoghe ma speculari, affonda pure la contrapposizione fra rivoluzionario e riformista, che pure alla nostra nozione aveva dato i natali all’interno della sinistra storica (oggi cancellata proprio dall’“omicidio-suicidio” riformista).

Infatti, se il termine “reformist” fu coniato da Jeremy Bentham nel 1811, esso venne posto al centro della riflessione politica della Sinistra a metà Ottocento da parte di quell’Eduard Bernstein che, per primo, mise in discussione l’imminenza della rivoluzione proletaria sostenendo, in quello che divenne noto come revisionismo marxista, la necessità di alleanze strategiche e gradualiste con i partiti borghesi. Il riformismo socialista, teorizzato in Francia da A. Millerand in un famoso libro dal titolo omonimo, conquistò alcuni dei più prestigiosi uomini politici del Partito Socialista Italiano all’inizio del secolo breve, tra i quali bisogna almeno ricordare Turati, Treves, Bissolati, Bonomi, Carlo Rosselli, Matteotti e Gaetano Salvemini, in gran parte

espulsi al congresso di Livorno del 1912, proprio in quanto tacciati di revisionismo, un termine che nel frattempo aveva contaminato il riformismo di connotazioni negative.

In ogni caso la corrente riformista, che ebbe notevole peso all'interno della Seconda Internazionale (1889-1914) condivideva sicuramente il progetto di uguaglianza e giustizia sociale del movimento socialista ma si distingueva per il metodo legalista e gradualista piuttosto che rivoluzionario con cui l'obiettivo finale doveva essere raggiunto. In definitiva dunque l'idea di riformismo era sottesa ad *un grande progetto internazionalista, redistributivo e di emancipazione delle classi sociali più disagiate*, un'essenza completamente perduta nella attuale concezione bipartisan, che anzi declina una logica di "darwinismo sociale" perfino più rozza di quella di Herbert Spencer.

Nella sua luce storica, il termine riformista, calato nella dimensione di politica economica, si manifesta nelle grandi trasformazioni del modello liberale propuginate dagli assertori del *welfare state*, in particolare quella visione keynesiana che venne travolta, a seguito della crisi petrolifera di fine anni Settanta dalla "rivoluzione" Reagan-Tatcheriana, che doveva contribuire significativamente di lì a pochi anni, al crollo dell'esperienza del socialismo realizzato. È proprio nel quadro delle trasformazioni del contesto politico-culturale globale che vide i natali l'attuale ideologia del riformismo, una teoria non più sorretta da un disegno primario di giustizia sociale, ma al contrario volta principalmente alla ricostruzione di un sistema capitalistico il più possibile efficiente. In quest'ambito, l'ordinamento giuridico, lungi dal proporsi come strumento di limitazione degli impulsi acquisitivi individuali, si propone di favorirne il libero dispiegarsi, sull'assunto che essi,

incanalati soltanto da un processo privatistico a *mano invisibile*, avrebbero finito per favorire, seppure indirettamente, anche i soggetti più deboli tramite una “ricaduta verso il basso” (c.d. *trickle down effect*) dei benefici di una sostenuta crescita economica. Il progetto Reagan-Tatcheriano, in altri termini non sposò alcun aspetto del modello contro cui si rivoltava ma, visto in prospettiva globale, effettivamente ne travolse, con violenza rivoluzionaria, ogni contenuto politico e di civiltà. Sono infatti proprio i presupposti della costituzione economica di un modello misto (pubblico e privato) che il riformismo welfarista aveva prodotto e costituzionalizzato a partire dall’esperienza di Weimar e poi molto accentuatamente nella Costituzione italiana del ’48 col grande compromesso fra Togliatti, Dossetti ed Einaudi, a crollare insieme al Muro di Berlino, riportando indietro di quasi due secoli il significato di riformismo. Dal punto di vista contenutistico, nel nuovo ordine globale in cui la crescita economica viene considerata prioritaria indipendentemente da ogni preoccupazione distributiva, il riformista al più si propone di mitigare gli aspetti più estremi e disumani del modello dominante, in un’accezione del termine non diversa da quella che ci può far vedere come riformisti sovrani “illuminati” quali Maria Teresa d’Austria, Leopoldo di Toscana, Federico II di Prussia, Carlo III di Napoli o Caterina II di Russia. Una visione profondamente incardinata nella disuguaglianza sostanziale dei diritti di proprietà e che anzi fa di un modello autoritario, classista, etnocentrico, ma tuttavia preoccupato del proprio “volto umano” (emblematico è a questo proposito il piano per l’Africa di Blair o la Fondazione di Bill e Melinda Gates) la sua cifra caratterizzante.

Questo riformismo della “terza via” che con i lavori di Anthony Giddens cerca di espugnare il fronte intellettuale e politico che almeno in Europa separava la Destra e la Sinistra, trova in Tony Blair e Bill Clinton, i due eroi eponimi capaci di naturalizzare e rendere bi-partisan le ricette del neoliberalismo mercatista confezionate nel decennio precedente dai loro predecessori nell’interesse degli attori forti dei mercati finanziari globali (Istituzioni Finanziarie Internazionali, Banche, Compagnie di Assicurazione, Edge Funds ecc.). Due eroi che non restano isolati in Occidente. In Germania Schroeder, con l’aiuto del Fondo Monetario Internazionale, emargina Oskar Lafontaine. In Italia sono Massimo D’Alema, (primo ministro post-comunista ansioso di partecipare alle guerre globali) e poi Romano Prodi a sdoganare il riformismo neoliberale come pensiero “di sinistra” aprendo la via alla grande convergenza bi-partisan (Veltroni non a caso si ispira a Blair e Clinton molto più che a Zapatero).

La creazione di un’ideologia riformista, come strumento che aliena la distribuzione a favore della produzione e dell’accumulo concentrato di ricchezza reale o virtuale, sposa questo modello di sviluppo interamente mercatista (fondato sull’oligopolio reale accompagnato dalla retorica della competizione) che a casa nostra si è continuato a celebrare nel Partito Democratico, proprio mentre la destra sociale neocorporativa lo scaricava giusto in tempo attraverso l’impressionante piroetta di Giulio Tremonti, già campione di privatizzazioni e finanza creativa (*La paura e la speranza*, Mondadori 2008 è stato un bestseller in campagna elettorale vendendo antimercatismo, securitarismo e xenofobia).

Anche a sinistra, non soltanto le periodiche drammatiche convulsioni nei contesti di produzione (crisi dei mer-

cati asiatici del '97, crisi subprime e recessione attuale) ma anche, soprattutto, il progressivo allargamento del baratro fra ricchi e poveri che strutturalmente condanna l'Africa e gli altri paesi periferici subalterni alla sete e alla fame dovrebbero suggerire un *ripensamento onesto* dei termini della questione "riformista". Shumpeter una volta scrisse che così come sono i freni che consentono ad un veicolo di poter avanzare spedito, senza incidenti, altrettanto avviene per un modello economico capitalistico. Quest'idea fu ripresa da Michel Albert nel suo famoso saggio sui due capitalismi, ed è stata sviluppata nella letteratura giuridica ed economica più avveduta (ancorché minoritaria) ma ha ottenuto scarsa eco nel dibattito serio sulla politica economica. Al contrario, il riformismo a casa nostra si misura con il metro delle "lenzuolate" di bersaniana memoria, e fa proprio della crociata contro i "lacci e laccioli" (espressione che risale ad un maestro della grande destra come Guido Carli) la sua bandiera. Le riforme volte alla liberalizzazione denigrano così sistematicamente il controllo giuridico pubblico (i laccioli appunto) nel rivolgersi contro taxisti, farmacisti e notai nell'ambito dei lavoratori autonomi (particolarmente attivi qui i professori Giavazzi e Alesina) e in quello dei dipendenti prendono di mira, in nome della flessibilità le garanzie ottenute dai lavoratori attraverso le lotte sindacali degli anni Sessanta e Settanta (il nome che va citato qui è quello del Prof. Ichino).

Questo riformismo neoliberale presenta evidente l'imprimatur economico, politico e culturale del centro attuale del capitalismo internazionale, quegli Stati Uniti d'America che, seppure oggi in profonda crisi, hanno colonizzato tramite le loro Università, la loro industria

cinematografica e mediatica, la loro moda, e la loro tecnologia spettacolare, l'immaginario post-moderno dell'Europa e delle altre periferie e semiperiferie. Il cosiddetto capitalismo neo-americano, subito dopo aver determinato la fine del socialismo realizzato in Unione Sovietica, ha sferrato un attacco durissimo contro il capitalismo sociale europeo, denigrandone come "lacci e laccioli" che ne impediscono il decollo nell'empireo alato dei mercati finanziari (ma che forse ne impediscono pure il precipitare come fin qui nella questione sub-prime), quelli che invece sono i suoi freni istituzionali. Sotto l'attacco degli attori finanziari globali, rappresentati dalle banche d'affari, dai grandi istituti creditizi e finanziari, dalle agenzie di rating e dal Fondo Monetario Internazionale, ma anche dai grandi studi legali internazionali sono finiti tanto *freni* costituiti da antiche garanzie di una concezione della legalità forse paternalistica ma certamente protettiva dei più deboli e sprovvisti (come il notariato latino), quanto *freni* prodotti da conquiste seguite a dure lotte politiche degli sfruttati contro gli sfruttatori volte a mitigare, con un'iniezione di civiltà, l'innata tendenza del capitale ad assorbire il più possibile del plusvalore prodotto dal lavoro (protezione dei lavoratori).

Sono queste le questioni che si nascondono dietro la desiderabile e rassicurante bandiera del riformismo postmoderno. Una religione della crescita e dello sviluppo sostenuta anche culturalmente dagli oligopolii globali. Una radicale sovversione di quell'ideale riformista che, frutto di un pensiero emancipatorio socialista ed internazionalista, non poteva che porre l'eguaglianza, la giustizia sociale e la *redistribuzione delle ricchezze per mezzo del diritto* al primo posto fra le preoccupazioni di una politi-

ca che voglia dirsi civile e che sappia farsi carico delle esigenze non più procrastinabili di tutto il pianeta. L'attuale riformismo eurocentrico quando non localista, gretto e materialista altro non è che un'ideologia di resistenza dell'occidente opulento che disperatamente difende (con toni più o meno insopportabili) il frutto della sua pluricentenaria predazione. Che sia una politica suicida lo ha sperimentato per ora il Partito Democratico. La demografia ed i nostri fratelli affamati ci mostreranno presto che se non si inverte la rotta di davvero bipartisan c'è soltanto la catastrofe annunciata.

4. Chi sia interessato alla dinamica fra appartenenza pubblica e privata nell'attuale fase caotica del capitalismo finanziario trova di fronte a sé un ricco laboratorio di esperienze diverse, che occorre ridurre ad unità per trovarne un senso. In Argentina Cristina Kirchner denuncia il "saqueo" della compagnia Aerolineas Argentinas, privatizzata a suo tempo su pressione del Fondo Monetario Internazionale. Oggi la compagnia di bandiera argentina è in fase di rinazionalizzazione. Paradossalmente, anche la rinazionalizzazione finisce per trasferire nuove ricchezze pubbliche ai privati, sotto forma di risocializzazione delle perdite e di sostanziose "fees" per i diversi soggetti professionali privati che trattano questi "passaggi".

Anche negli Stati Uniti il "bailout" può essere interpretato in modo ambiguo. Da una parte c'è chi vi legge una radicale "inversione di rotta" in stile quantomeno keynesiano rispetto ad un ventennio di reaganomics, con crescita di potere e prestigio del settore pubblico rispetto a quello privato. Dall'altra, c'è chi vi legge un nuovo imponente saccheggio del tesoro pubblico a favore di interessi pri-

vati. E in effetti quel mare di soldi è stato fin qui utilizzato al solo fine di ripianare libri contabili non sanabili di chi ha creduto (e speculato) sul mercato dei debiti cartolarizzati. Un mercato "scommessa" incapace di svolgere la sua funzione essenziale di segnalare il valore reale tramite il sistema dei prezzi. Vedremo quel che farà il nuovo Presidente ma certo ancora una volta sono chiari i vincitori (il privato) ed i vinti (il pubblico) di questa altalena storica fra impegno e disimpegno (declamato) dello Stato nell'economia.

In Italia la partita del pubblico saccheggio si sta svolgendo di fronte a due entità: la compagnia di bandiera a suo tempo privatizzata e ri-finanziata nei mesi scorsi con il famoso prestito ponte da 300 milioni di Euro, ed ora in fase di trasferimento alla cordata CAI; e l'Università, oggetto dell'attenzione della Legge 133, che pone i presupposti per la sua formale privatizzazione.

La partita dell'Università e quella dell'Alitalia sono collegate. I soldi per il "prestito ponte" (come già ai tempi di Mussi quelli per gli autotrasportatori) sono stati infatti reperiti fra quelli destinati all'Università (non sia mai che si tocchi l'Afghanistan!), sicché il governo si è trovato "costretto" a tagliarne così strutturalmente ed indiscriminatamente i costi da creare un'autentica emergenza per il funzionamento ordinario del sistema (si parla di sedi che già dalla prima parte del 2009 non potrebbero più pagare gli stipendi). L'emergenza ha creato una ghiotta ed immediata opportunità di saccheggio, facile da scorgere anche nel brevissimo periodo, quello che mi pare domini i processi decisionali del capitale. Molti osservatori critici hanno infatti letto nella privatizzazione dell'Università un tentativo di condizionare insegnamento e ricerca veico-

landoli verso orizzonti di interesse privato piuttosto che pubblico: per esempio privilegiando la ricerca applicata rispetto a quella di base o quella tecnologica piuttosto che umanistica, o magari sopprimendo le voci accademiche più critiche. Una tale lettura è incompatibile con la dimensione del brevissimo periodo tipica del capitalismo spettacolare e con il suo conseguente totale disinteresse per la cultura.

La verità sembra ben più triviale. Infatti, la trasformazione delle Università da enti pubblici a fondazioni private consente, con una semplice delibera del Senato Accademico, accompagnata da un decreto dell’Agenzia del Demanio, di privatizzare il regime della proprietà dell’intero ingentissimo patrimonio edilizio delle Università (cortocircuitando fra l’altro la Corte dei Conti), creando le precondizioni essenziali per la sua agevole vendita. Anche la più resistente fra le Università, ridotta alla fame a causa della riduzione del Fondo di Finanziamento Ordinario, finirà per trasformarsi in fondazione privata. È poi ovvio che molto dipenderà dal modello di governance prescelto, ma sembra abbastanza plausibile che questo sarà in parte dettato anche dai finanziatori privati... Una volta operata la trasformazione, la cosa più semplice da fare per reperire risorse è la “razionalizzazione” del patrimonio immobiliare, per esempio vendendo i palazzi di pregio in centro e spostandosi in periferia, magari in affitto dai medesimi soggetti che, finanziando qualche cattedra, potrebbero essere seduti in Consiglio di Amministrazione.

Si sono cioè create per legge le condizioni di una espropriazione della proprietà pubblica a favore di interessi privati, senza nessuna di quelle garanzie (incluso l’indennizzo) che accompagnano storicamente e costitu-

zionalmente i trasferimenti di proprietà privata nella mano pubblica. Un fenomeno largamente simile sta avvenendo per Alitalia. Il più importante asset della nostra compagnia di bandiera non sono infatti gli aerei (ormai piuttosto malandati e vecchierelli) ma gli "slots" dello spazio aereo, principalmente quelli che collegano Milano con Roma. La CAI si appresta ad essere beneficiaria dell'"espropriazione" a suo favore di quell'ingentissima proprietà pubblica in modo del tutto gratuito, senza che sia previsto alcun "indennizzo" per la collettività, autentica proprietaria degli slots.

Insomma, mentre si fa un gran parlare di ritorno dello Stato nell'economia e della fine della sbronza liberista, si dovrebbero invece scorgere i limiti di una tale analisi semplicistica. Ovunque il modello è sempre più nettamente quello della privatizzazione dei benefici e della socializzazione dei costi. D'altra parte, anche all'apice delle politiche neoliberali e perfino negli Stati Uniti, lo Stato non ha mai cessato di essere uno dei più potenti attori economici, prelevando risorse comuni e trasferendole ad alcuni privati, come per esempio nella "privatizzazione" delle carceri, o in quella della guerra. Funzioni che restano pubbliche nei costi ma che divengono private nei benefici. Il "bailout" statunitense e la vicenda delle Aerolineas Argentinas mostrano la continuità in questo modello di trasferimento di risorse pubbliche al "corporate power", al di fuori di qualunque preoccupazione per l'interesse pubblico, tanto in fase di privatizzazione quanto di ri-nazionalizzazione.

Dal luglio 2007 al febbraio 2008 una commissione di giuristi ed economisti presso il Ministero della Giustizia, sotto l'autorevole presidenza di Stefano Rodotà ha affron-

tato le cause strutturali di questo fenomeno e ha presentato il 22 aprile in una sede tanto prestigiosa quanto l'Accademia Nazionale dei Lincei le proprie proposte normative. La riforma, che oggi giace nel cassetto del guardasigilli Alfano, voleva dare attuazione al dettato costituzionale in materia di proprietà pubblica e scongiurare, per quanto possibile tramite una riforma strutturale del diritto dei beni, questa drammatica situazione che sta depauperando sempre più il nostro paese.

L'incremento della presenza dello Stato nell'economia è auspicabile ma, in mancanza di un serio disegno di "riarmo" della Pubblica Amministrazione tale da renderla capace innanzitutto di discernere e di decidere in modo adeguato ed imparziale, non potrà arrestare il flusso continuo di risorse pubbliche a favore del capitale privato mosso da primari interessi di accumulazione di brevissimo periodo. L'incapacità strutturale della mano pubblica di decidere in modo razionale è stata confermata dalla legge 133 che apertamente rinuncia a distinguere fra le situazioni virtuose (poche) e quelle viziose (tante) nell'università pubblica. Il trasferimento di Alitalia ad una cordata di speculatori sta impedendo qualsiasi serio rilancio della compagnia. La sua rinazionalizzazione potrebbe diventare invece l'occasione per un settore pubblico "ristrutturato" e di qualità di far volare aeroplani civili e magari di fare ricerca in materia, assorbendo il capitale sociale che imprese in chiusura come Motorola stanno abbandonando sul lastrico.

Questa sarebbe davvero un'inversione di rotta.

BIBLIOGRAFIA

Il modello del “saccheggio”, che informa questo scritto è esplorato in due recenti libri dal medesimo titolo (Saccheggio): Ugo Mattei-Laura Nader, *Plunder. When The Rule of Law is Illegal*, Blackwell, 2008; e Danny Shechter, *Plunder. Investigating our Economic Calamity and the Sub-Prime Scandal*, News Dissector, 2008.

Sui temi affrontati nella prima parte si vedano:

Gui Debord, *La Società dello Spettacolo*, ed. it. a cura di Carlo Freccero, Baldini e Castoldi, Milano 1997.

Lester Brown, *Plan B, 3.0 Mobilizing to Save Civilization*, Open access on line.

Ugo Mattei-Laura Nader, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell, 2008.

Robert B. Reich, *Supercapitalism. The Transformation of Business Democracy and Everyday Life*, Vintage Books, 2007.

Laura Pennacchi, *La moralità del welfare, Contro il Neoliberismo populista*, Donzelli, Roma 2008.

Robert J. Shiller, *The Subprime Solution. How Today's Global Financial Crisis happened and What to do About It*, Princeton UP, Princeton 2008.

Giorgio Ruffolo, *Il capitalismo ha i secoli contati*, Einaudi, Torino 2008.

Mario Ricca, *Dike meticciosa. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2008.

Sandro Mezzadra, *La Condizione post-coloniale. Storia e politica nel presente globale*, Ombre Corte, Verona 2008.

La riflessione su cosa attenda il mondo al crepuscolo del secolo americano è in corso. La letteratura, anche a destra comincia ad essere abbondante. Si vedano:

Niall Ferguson, *Colossus. The Rise and Fall of American Empire*, Penguin Books, 2004;

Fareed Zackaria, *The Post American World*, WW Norton, 2008.

Robert Kagan, *The Return of History and the End of Dreams*, Knopf, 2008.

Su posizioni meno nostalgiche di un passato imperiale si vedano:

W. H. Overholt, *Asia, America and the Transformation of Geopolitics*, Cambridge University Press, 2007;

Ivan Krastev e Alan Mcpherson, *The Anti-American Century*, Central European University Press, Budapest 2007;

Parag Khanna, *The Second World. Empire and Influences in the New Global Order*, Random House, 2008;

Kishore Mahbubani, *The New asian Hemisphere. The Irresistible Shift of Global Power in the East*, Public Affairs, 2008.

Si veda per posizioni più critiche il recente dossier, *All'alba di un secolo post-Americano*, pubblicato nel «Monde Diplomatique», anno xv, n. 11, novembre 2008.

Il Convegno internazionale dell'Accademia dei Lincei dal titolo "Gestione del patrimonio pubblico, proprietà privata e proprietà pubblica" si è tenuto il 6 giugno 2006 sotto la presidenza di Giovanni Conso. Parte dei lavori sono confluiti in U. Mattei-E.Reviglio-S.Rodotà, *Invertire la Rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, il Mulino, Bologna 2007.

Il testo completo dei lavori della Commissione Rodotà è in corso di stampa per la rivista «Politica del diritto», il Mulino. I lavori sono stati consegnati al Ministro di Grazia

e Giustizia Scotti il 22 aprile 2008 nell'ambito della giornata di lavoro "Dal governo democratico dell'economia alla riforma dei beni pubblici. Presentazione dei lavori della Commissione Rodotà", i cui atti sono in preparazione presso i tipi dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Un'importante analisi di contesto si deve a Giuseppe Guarino, *Stato sociale e sviluppo in Italia (1945-1992): notazioni e ipotesi*, in «Economia Italiana», n. 1, 2007, 129. Si vedano pure, Salvatore Settis, *Italia SPA*, Einaudi, Torino 2007; Giulio Tremonti, *La paura e la speranza*, Mondadori, Milano 2008.

Sono ancora pochi i commenti pubblicati sull'università. È tuttavia uscito Gaetano Azzariti, Alberto Burgio, Alberto Lucarelli, Alfio Mastropaolo, *Manifesto per l'università pubblica*, DeriveApprodi, Roma 2008. Si veda inoltre Roggero Gigi, *Università Globale*, Manifestolibri, Roma 2008. Sulla presenza attiva dello Stato nel capitalismo carcerario per tutto il periodo neoliberista: Todd R. Clear, *Imprisoning Communities*, Oxford University Press, 2007; Bradley R. Shiller, *The Economics of Poverty and Discrimination*, 10th ed. Pearson, Prentice Hall, 2008; Elisabetta Grande, *Il terzo strike. La prigione in America*, Sellerio, Palermo 2007.

