

SULLA GIURIDICITÀ DEL NUOVO ORDINE ECONOMICO

Sommario

1. La "normalizzazione" del mercato.
2. Diritto ed economia: legge sovrana o autoregolazione soggettiva assistita dalla legge?
3. L'ordine giuridico del mercato come espressione del potere (pubblico o privato).
4. L'amministrativizzazione del mercato.
5. La dialettica tra economia e diritto: le Autorità indipendenti.
6. Interventismo pubblico o sussidiarietà delle istituzioni? La giuridicità del nuovo ordine dell'economia.

1. Intervenedo nel dibattito innescato dai gravi fatti di frode contabile, perpetrati da alcune aziende americane nei confronti dei propri azionisti, Giuliano Amato ha sorprendentemente dichiarato: "La lezione di questi anni - recepita alla fine anche dal presidente della Federal Reserve, Alan Greenspan, prima di diverso avviso - è che il mercato non riesce ad autoregolarsi: non c'è alternativa al varo di un nuovo e più efficace sistema di regole". Invero, secondo quello che un tempo era il cantore delle virtù del mercato, "l'operatore parte da una visione magari più lucida, ma sempre parziale, egoistica. E può fare scelte squilibrate. Se non si interviene con le regole si scivola fino alle patologie che sono sotto i nostri occhi: agenzie di revisione che, anziché vigilare sui conti delle società, colludono con esse e si spartiscono utili inesistenti". Gli ha fatto eco l'analista Marco Vitale il quale, forte dell'esperienza maturata presso la principale società di revisione statunitense, la Arthur Andersen, anch'essa peraltro coinvolta in casi d'infedeltà e per questo travolta dallo scandalo, ha certificato "la caduta della capacità di autoregolamentazione del mercato e delle professioni, che era stato sino ad ora uno dei cardini del mondo americano", e ha indicato nella sottoposizione di Wall Street ad un "nuovo sistema di rigorosa regolamentazione" l'unico modo per ripristinare la fiducia dei risparmiatori.

Che le attuali vicissitudini dell'economia possano indurre a vistosi ripensamenti del rapporto tra diritto e mercato anche nel nostro contesto istituzionale è testimoniato dal mutamento di posizione dell'organismo di vigilanza sulla Borsa, passato dal sottolineare, nella relazione sull'attività svolta nel 1997, che la "fiducia è il fondamento stesso nel sistema finanziario", per cui non vi sarebbe "apparato regolamentare, ispettivo, sanzionatorio" che possa funzionare a prescindere dalla considerazione della personalità degli operatori, alla condivisione dei dubbi di Bertolt Brecht sulla efficacia degli imperativi morali. "E' dubbio che basti affidarsi a un ritorno all'imperativo morale per riparare i danni che il gioco di tanti e così compositi interessi ha prodotto al sistema" ha, infatti, affermato il presidente della Consob, Luigi Spaventa, nella relazione per l'anno 2001. A ciò va aggiunto il decreto legge con cui il Governo alla fine della scorsa estate, sconsigliando l'operato dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, fondato su indagini di mercato, ha bloccato le tariffe, mettendo in discussione quegli spazi di autonomia che, col declino dello Stato gestore, si sono aperti per il mondo dell'economia proprio tramite le Autorità indipendenti.

Oltralpe lo stato d'animo non deve essere tanto diverso, se si è avvertita la necessità di riformare la disciplina della concorrenza, delle attività economico-finanziarie e della corporate governance, promulgando *Les Nouvelles Régulation Economiques*. Con tale provvedimento, infatti, al fine di "organizzare i comportamenti economici, cercando di 'moralizzarli' laddove il diritto tradizionale ha rivelato le proprie carenze, e di 'normalizzarli', nel senso di disciplinare con norma, dove le previsioni mancavano", il legislatore francese "inquadra e regola, impone restrizioni e divieti, sostituisce, in altre parole, la propria mano invisibile a quella del mercato". Così come l'Unione europea, sempre sull'onda dello sdegno nei confronti dei bilanci truccati delle aziende e dei conflitti d'interessi in cui sono incappati gli analisti economici, ha adottato una direttiva, che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il luglio del 2004, sugli "Abusi di mercato". E la stessa Commissione di Bruxelles, simbolo e custode dell'economia di mercato, consacrata nei Trattati, è continuamente sotto attacco. Per rendersene conto, basta scorrere le proposte, presentate in sede di Convenzione per la redazione della Costituzione europea, volte a ridimensionarne il ruolo in favore dei governi nazionali.

Pertanto di fronte all'ennesimo 'fallimento del mercato', incapace di frenare le intemperanze degli operatori, si riscopre che compito indefettibile delle istituzioni è quello di conferire ordine all'agire economico mediante l'esercizio della potestà normativa. I frequentatori dei mercati finanziari, in particolare, sembrano del tutto inidonei ad instaurare delle relazioni affidabili, al punto da far evocare l'aforisma guicciardiano secondo cui "Chi disse uno popolo disse veramente uno animale, pazzo, pieno di mille errori, di mille confusioni, senza gusto, senza diletto, senza stabilità".

Deve aggiungersi che la rivisitazione del ruolo del mercato è all'ordine del giorno nell'agenda politica dei Paesi occidentali, in quanto il nostro tempo, diviso tra globalizzazione economica e tensioni internazionali, fornisce il destro

per un ritorno in grande stile all'esercizio diretto dell'attività economica da parte dello Stato. Ciò viene ricondotto, in particolare, o alla necessità di salvare imprese in crisi, per cui sembra annunciarsi una nuova stagione di aiuti pubblici, o all'inedito successo dei boiardi di Stato che, contro ogni previsione, hanno dimostrato l'efficienza e la capacità di fare utili da parte dell'impresa pubblica. Sicchè sembra esservi motivo per ritenere che il terzo millennio si sia aperto all'insegna della restaurazione della supremazia dello Stato sulla vita economica.

2. Senonché nella lettura della reazione istituzionale alla crisi economico-finanziaria di questi anni bisogna tener presenti altri elementi che paiono di segno opposto rispetto a quelli appena indicati. In primo luogo va considerato, come ha fatto Francesco Galgano parlando dei caratteri della giuridicità nell'epoca della globalizzazione ai filosofi del diritto riuniti a Macerata per il loro XXIII Congresso nazionale, che la legge approvata negli Stati Uniti per superare le disfunzioni del mercato, evidenziate dal caso Enron e da altri dissesti ugualmente clamorosi di grossi gruppi imprenditoriali, non prevede l'istituzione di un'agency, di un organismo cioè dipendente dal Dipartimento di Stato, bensì un board costituito da cinque saggi e avente natura non profit, espressione della società civile. Del pari non può non tenersi presente che la delega per la riforma del nostro diritto societario, la legge 3 ottobre 2001 n. 366, nell'enunciare i principi generali cui deve ispirarsi la legislazione delegata, all'art. 2 prescrive di "ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria", mostrando così di aderire alla visione contrattuale del diritto commerciale, nel senso del suo fondamento nell'autoregolazione degli operatori.

Si potrebbe obiettare che il riferimento al contratto non costituisce prova in contraddittoria del tipo di rapporto esistente tra diritto ed economia, in quanto l'istituto negoziale solo apparentemente è attratto dal polo del mercato, mentre in realtà conduce alla incisione legislativa dell'assetto di interessi prefigurato dalle parti contraenti. Tant'è che si è parlato di un paradosso del contratto, perchè esso "dà forma ai rapporti che naturalmente il meccanismo della competizione economica determina. Così trasformandosi da veicolo per la sanzione della libertà di tutti, a veicolo per la sanzione della libertà di pochi e per una nuova soggezione di quanti rimangono esclusi dalla partecipazione alle decisioni economiche". Di qui la configurazione della legge come superamento degli squilibri di poteri, che il contratto di per sé tenderebbe a sancire. Del resto anche chi vede, nell'odierno incremento delle norme imperative, "confermata una visione del rapporto tra autonomia contrattuale e legge nel senso della prevalenza dell'autonomia, e del ruolo di supporto integrativo della legge", in quanto il singolo, adducendo l'avvenuta violazione della norma, può agevolmente liberarsi dal vincolo contrattuale tutte le volte che è venuto meno il suo interesse per un determinato affare, è poi costretto a lamentare la "perdita delle fattispecie". Ci si sente invero orfani di una legge che, "nel delicato e cruciale settore dell'autonomia contrattuale", determini in modo puntuale gli elementi di fatto a cui riannoda il prodursi degli effetti giuridici.

A ben vedere in entrambe le posizioni sembra annidarsi un pericoloso equivoco: l'identificazione dell'autonomia soggettiva con il potere di fare tutto quello che aggrada, senza limiti e senza remore. Con la conseguenza di vedere nella legge l'argine all'autonomia stessa, in modo da impedire l'affermarsi di una condizione di signoria della volontà individuale, che finirebbe con il privare di ogni cogenza le relazioni intersoggettive.

Che non sia questo il significato cui intende riferirsi il Parlamento, quando indica nell'autonomia statutaria uno dei pilastri del nuovo diritto societario, lo si evince dal tenore della relazione che accompagna il progetto di legge Mirone poi sfociato nella delega al Governo. "Una caratteristica del progetto di riforma - si legge nella relazione illustrativa predisposta dalla commissione ministeriale - è la ricerca di un equilibrio tra norme imperative e norme derogabili". "Laddove il legislatore riconosce alle parti la possibilità di autonomia regolamentazione, norme di diritto dispositivo dovranno essere previste per ovviare alle inevitabili lacune della contrattazione privata e per offrire, nella concreta configurazione dell'assetto societario un modello di riferimento capace di ridurre i costi di transazione". Il singolo sembra accreditato della capacità di perseguire l'ordinato sviluppo dei propri affari, intervenendo la legge soltanto per colmare le eventuali deficienze del regolamento individuale e per predisporre un modello cui le parti possano riferirsi nell'esercizio dell'autodisciplina dei propri interessi.

Ancora più esplicita sul punto è la relazione che accompagna il disegno di legge presentato in materia dall'onorevole Veltroni e da altri parlamentari, in cui si afferma che finalità caratterizzante della riforma è quella di "ricondurre tendenzialmente il diritto societario nel suo alveo più proprio, che è quello di supporto alle scelte dei soci e di soluzione dei problemi di incompiutezza contrattuale che tipicamente caratterizza il contratto di società". La legge è vista come sussidiaria nei confronti dell'autoregolamento predisposto dalle parti interessate, integrandolo in primo luogo con tutto ciò che appartiene alla normalità dell'operazione economica in esso rappresentata, dando così rilievo ad una valenza intrinseca, potremmo dire oggettiva, al rapporto instaurato.

Vale la pena di precisare che siffatto modo d'intendere la funzione della legge si differenzia dal modo in cui comunemente si concepisce il fenomeno dell'integrazione degli effetti del contratto ad opera della fonte legale. A prescindere dalla posizione di chi ritiene che in tal caso l'atto sarebbe snaturato, perderebbe cioè il suo carattere di autonomia, in quanto le parti rimarrebbero vincolate a qualcosa di diverso da quanto volontariamente pattuito, l'intervento della legge viene infatti inteso come una forma di 'pubblicizzazione' del contratto, peraltro auspicata per motivi affatto diversi. Invero si sostiene che, grazie all'integrazione legale, il contratto diventerebbe manifestazione "non soltanto dell'interesse dei contraenti, ma pure di uno qualitativamente diverso"; oppure che l'intervento legislativo segnerebbe la "sostituzione della legge all'iniziativa e al potere di decisione del privato". Tali rappresentazioni dell'influenza esercitata dalle istituzioni sull'atto di autonomia soggettiva sarebbero, secondo le parole di uno degli stessi protagonisti della querelle interpretativa, "riflesso del modo con cui viene configurato l'antagonismo esistente alla base:

come antagonismo tra potere privato forte e istituzioni statali (pubbliche), oppure come antagonismo interno alla società civile tra gruppi contrapposti, tra classi contrapposte". In entrambe le concezioni, comunque, la legge sottomette l'atto negoziale in quanto la volontà pubblica si sostituisce a quella delle parti contraenti, divenendo il contratto strumento dello Stato, o per far valer la propria volontà o quella dell'appartenente al gruppo che è in posizione di debolezza sociale. Sicché risulta frustrato il tentativo esperito dagli agenti negoziali di comunicare a mezzo della regolazione dei propri interessi, e obliata la consapevolezza che la "trasfigurazione dei fatti sociali ed economici attraverso il diritto non è una falsificazione dei fatti, ma la riduzione dei loro contorni e dei loro significati, una sorta di stilizzazione adatta a rendere visibile la 'verità' occorrente alla disciplina giuridica".

Il disegno riformatore delle società per azioni riconosce l'esistenza di un diritto endogeno, espresso dagli operatori economici, da cui la legge prende le mosse nel momento in cui prefigura il nuovo ordinamento dell'impresa. A tal riguardo bisogna tener presente che gli storici del diritto hanno messo in evidenza come, per un verso, il diritto civile, nelle acquisizioni più consapevoli della dottrina, "ha assunto sempre più l'immagine di autentica espressione d'una civiltà che vive la sua storia autoordinandosi, autoordinandosi per viverla appieno" e, per l'altro, che il diritto pubblico dell'economia, di fronte all'affermarsi dell'economia di mercato, si è trasformato "in diritto della concorrenza e in diritto dell'economia, se non addirittura in economia del diritto". Non si dovrebbe più indugiare, pertanto, nel riconoscere che il fenomeno giuridico "ha riassunto il suo carattere ontico, cioè di realtà radicale vivente nel profondo d'una società e non nella sua cortecchia superficiale". Il che significa, per quanto ci riguarda, che l'economia rappresenta un "terreno su cui il singolo può porsi come persona, sviluppando la sua creatività e il suo impegno morale", con l'avvertenza che ciò "non esclude che il sistema statale fornisca il proprio appoggio integrativo al sistema dell'economia".

In definitiva nell'attuale panorama istituzionale, in ordine alla annosa questione se il singolo rappresenti il fuoco dei rapporti economici ovvero il principale ostacolo al loro dispiegarsi, e conseguentemente se compito del legislatore sia quello di intervenire facendo leva sulla regolarità degli operatori stessi oppure di trascenderli imponendo loro la propria volontà, due posizioni opposte sembrano contendersi il campo. La prima incentrata sull'eteronomia della legge; la seconda sull'autoregolazione individuale assistita dalla legge.

3. Di fronte all'alternativa tra un intervento della legge concepito come costitutivo dell'ordine giuridico dell'economia e uno rappresentato come sussidiario rispetto all'ordine espresso dalle relazioni economiche, occorre chiedersi se essa sia dovuta al fronteggiarsi di diverse Weltanschauung o, più semplicemente, di diversi approcci al fenomeno. Questa seconda possibilità sembra suggerita da Amartya Sen quando, denunciando l'impoverimento subito dalla natura dell'economia moderna, ricorda che quest'ultima "ha avuto due origini alquanto diverse, entrambe collegate alla politica, ma in modi alquanto diversi, interessati rispettivamente all' 'etica' da una parte, e a quella che potrebbe essere chiamata l' 'ingegneria' dall'altra". Nel primo caso le relazioni economiche vengono riguardate considerando l'essenza umana così come essa emerge dalle condotte degli operatori, nel secondo si prescinde da ciò, in quanto il singolo viene in rilievo in funzione della costruzione di un predeterminato sistema economico.

Si tratta di due diverse modalità di conoscenza: l'una di tipo dialettico e sostanziale, l'altra meramente convenzionale e operativa. Nel primo caso si elabora un sapere strutturato in modo an-ipotetico e con funzione puramente conoscitiva: un sapere per sapere, al modo proprio della conoscenza filosofica; nel secondo un sapere la cui struttura è ipotetico-deduttiva e la funzione operativa: un sapere per operare, secondo i dettami della conoscenza scientifica.

Di ciò hanno precisa consapevolezza i giuristi, che però con l'affermarsi della scienza giuridica moderna hanno preso ad interessarsi al diritto in termini esclusivamente ipotetici (come se) per conseguire determinati risultati (al fine di). Per effetto di tale assolutismo scientifico si sono delineate delle "geometrie legali", le quali dalla convenzione del singolo come unico hanno desunto l'incapacità soggettiva a relazionarsi, enunciando la categoria della sovranità quale chiave di lettura del sistema giuridico in cui i singoli sono sottoposti all'azione di un'entità superiore non recognoscens, che limita corregge e si sostituisce alle loro attività assunte come intrinsecamente anomiche.

Nel campo dei rapporti economici ciò ha indotto a ravvisare nella legge l'unica fonte di disciplina, nel senso che sarebbe il titolare del potere normativo a creare ex nihilo l'ordine del mercato, regolarizzando con il suo volere le condotte sregolate degli operatori economici. Apparentemente sono all'estremo opposto i fautori dell'analisi economica del diritto, e in particolare quanti vedono nell'ordinamento giuridico la mera mimesi del mercato che non deve alterarne le logiche interne, ma uniformarsi alle stesse in quanto le regole mercantili sarebbero dotate di autoreferenzialità. In realtà entrambe le posizioni riducono il diritto ad espressione di potere: del soggetto pubblico, cioè dell'uomo o dell'assemblea di uomini dalle mani non legate, secondo la definizione hobbesiana; oppure di quello privato, ossia dell'imprenditoria egemone che conduce la mano del nomoteta.

Come si vede, il tema del rapporto tra economia e diritto richiede di essere rivisitato nella prospettiva di una teoria generale filosoficamente orientata. Solo riportando la riflessione giuridica sul terreno del sapere an-ipotetico e non operativo si potranno superare le aporie in cui s'imbattono le concezioni che riducono il fenomeno giuridico a materia disponibile dallo Stato, che la plasma a secondo dei suoi intendimenti, ovvero a protesi dell'economia, tale cioè da tradurre in regole giuridiche tutto quanto è solo ciò che risulti funzionale all'efficienza del sistema economico. In questo modo si potrà cogliere il substrato antropologico e l'apporto specifico del diritto all'instaurazione del corretto svolgimento dei rapporti economici, revocandosi in dubbio l'opinione secondo cui "Contratto e legge non fanno che congelare posizioni, che sarebbero fluide, cristallizzare posizioni di interessi, di vantaggi, di usi di cose che la logica economica tenderebbe incessantemente a sciogliere, quasi si direbbe a risolvere nella perpetua ricerca dell'utilità e dei massimi edonistici, nel perpetuo conflitto tra risultati e costi. Quello che veramente caratterizza l'apparizione del diritto,

l'apparizione del contratto e della legge, è proprio questa apparizione di centri di sfere, di punti sottratti alla fluidità e al fluire delle correnti economiche".

Si tratta di distinguere le posizioni dottrinali giurisprudenziali e normative di matrice geometrica, le quali mirano ad instaurare il controllo sociale dell'agire economico da parte di un potere, pubblico o privato che sia, da quelle che invece si prefiggono di favorire l'ordinamento delle relazioni economiche, quale processo mediante il quale si perviene al riconoscimento del proprio di ciascuno. Tra soggetti che si relazionano a mezzo di scambi economici. Questo perché, come magistralmente evidenziato, "nella globalità dell'esperienza umana il problema giuridico è quello dell'ordinamento".

4. Nel momento in cui le difficoltà economiche spingono gli imprenditori a rivolgersi ai propri governanti per invocarne l'intervento così biasimato fino a l'altro giorno, un bilancio sugli studi di diritto amministrativo nel secondo Novecento, tracciato per indicare continuità e discontinuità di problematiche rispetto alla prima parte del secolo, ha evidenziato la "fioritura degli studi dedicati alla disciplina pubblica dell'economia". Novità di tutto rilievo, si può osservare dal punto di vista storiografico, se si considera che, ancora negli anni Trenta, l'amministrativista nutriva forti perplessità nei confronti del diritto pubblico dell'economia, reputando gli interventi dello Stato nel mercato "gli esperimenti più effimeri e più discutibili di un regime alla rincorsa di novità".

In verità, la materia economica costituisce un settore tradizionale della disciplina statale. Come da tempo messo in luce dal Giannini, "gli Stati, quando nell'età moderna sorgono e acquistano una loro fisionomia sociale e giuridica, sono nettamente interventisti", per cui la disciplina (pubblica) dell'economia "non è un avvenimento storicamente nuovo". Funzionale al loro compito d'ordine nei rapporti intersoggettivi, infatti, è regolare la vita economica, in modo da garantire prevedibilità e calcolabilità laddove vi sarebbe, secondo i postulati propri del pensiero giuridico moderno, soltanto disordine e irregolarità.

Non deve peraltro meravigliare che il controllo delle attività economiche sia talvolta esplicato mediante l'attribuzione di privilegi al singolo imprenditore. "Nel periodo di formazione degli Stati nazionali, la regolazione si è concretata essenzialmente in concessioni di privilegi, patenti e monopoli alla classe mercantile e ha recato vantaggi a singole imprese", così come un tale atteggiamento ha pervaso il secolo che si è appena concluso, caratterizzato da "una nuova stagione di concessioni amministrative" e dalla "copertura legislativa a monopoli e cartelli". E' accaduto che, quando il singolo ha percepito che attraverso lo strumento della legge avrebbero potuto trovare spazio i suoi particolarismi, vi è stata la rincorsa al titolo pubblico, che qualificando come meritevoli di un regime speciale, gli appetiti e i bisogni individuali, ne avrebbe consentito la soddisfazione. Anche in questo caso, però, l'imprenditore è in una condizione di sudditanza nei confronti del potere, essendo il mero esecutore delle sue determinazioni. Si deve infatti considerare che, nel sistema della programmazione economica, gli incentivi pubblici rappresentano gli "strumenti di indirizzo dell'attività economica privata verso gli obiettivi del programma, cioè verso finalità eterogenee rispetto agli interessi privati, assumendo insomma un compito di trasmissione delle decisioni del programma alle imprese". Più in generale, va tenuto presente che quando l'intrapresa economica individuale è frutto di un atto ottriatto, ciò significa che al "soggetto individuale viene previamente sottratta la disponibilità di certi beni, o la pertinenza di certe attività, che l'amministrazione potrà eventualmente consentirgli di utilizzare o di esplicare, ma solo sul fondamento di una sua concessione, e quindi solo a certe condizioni".

Pertanto, nella prospettiva in cui il diritto è volto a 'far fare', ad ottenere cioè la conformità individuale alle decisioni assunte dal soggetto pubblico, vi è un continuo, oltre che tra prescrizione normativa e concessione amministrativa, con l'attività contrattuale. La remunerazione dell'imprenditore può costituire, infatti, il modo più semplice ed efficace per ottenerne l'omologazione. Con un sedicente contratto, che al di fuori di qualsiasi corrispettività tra le prestazioni delle parti attribuisce a quella pubblica la migliore ragione di scambio, il potere ottiene l'appiattimento degli imprenditori sulla sua volontà con la minor spesa possibile, anche rispetto a quella comportata da una decisione unilaterale. Insomma, il dominio dello Stato sull'economia ha comportato l'amministrativizzazione del mercato, l'assunzione diretta o indiretta cioè della gestione dell'economia da parte del potere pubblico, che in questo modo ha ricondotto nel suo campo d'azione l'organizzazione produttiva e commerciale del Paese per subordinarla al raggiungimento di fini eteronomamente determinati.

5. Quando si è percepito che l'intervento pubblico, esautorando l'intrapresa economica individuale, stava minando le basi della prosperità stessa della società, questo consolidato modello di rapporti tra economia e istituzioni è venuto in discussione. "Fino a due o tre decenni or sono l'intera generazione degli studiosi italiani ed europei di diritto amministrativo ha dedicato le proprie migliori riflessioni alle imprese pubbliche, all'intervento operativo dello stato nell'economia e nei servizi; gran parte di quegli stessi studiosi oggi si occupa del pubblico soprattutto per evidenziarne i limiti e delimitarne in senso restrittivo gli ambiti operativi".

Si è fatta strada la consapevolezza che compito della legge non è quello di ingerirsi nell'esercizio delle attività economiche, bensì di intervenire a tutela della parità delle armi degli operatori sanzionando tutto quanto risulti asimmetrico, eccessivo, squilibrato e abusivo nei rapporti di mercato. In una parola a contrastare le prevaricazioni di una parte nei confronti dell'altra che ostacolano l'instaurarsi di un'autentica comunicazione intersoggettiva. "Chi si mettesse a rovistare fra le pubblicazioni economico-istituzionali di vent'anni fa - ha osservato di recente Fabio Merusi - costaterebbe che del mercato non si occupava quasi nessuno e che, in particolare, quasi nessuno si occupava della sorte dei concorrenti che operavano sul mercato o sui singoli mercati. Chi se ne occupava ne parlava male o si occupava di

problematiche desunte da articoli del codice civile considerati marginali rispetto ad un ordinamento orientato del tutto diversamente. Del tutto diverso, infatti, era l'intervento dello Stato nell'economia. Si discuteva se la programmazione dovesse essere generale o, come era stata fino ad un certo momento, soltanto settoriale. Si elencavano e classificavano gli strumenti amministrativi di governo dell'economia. Si discuteva sui meccanismi di finanziamento delle imprese private a carico della collettività (...) ad un certo momento questa letteratura scompare e lascia il posto a libri che parlano di privatizzazioni, di mercato e di concorrenza".

A ciò è corrisposta la creazione di un 'agone' nel quale, grazie all'opera maieutica delle istituzioni, produttori consumatori ed utenti di servizi esplicano l'autoregolamentazione degli interessi in gioco senza la previa determinazione pubblica dei risultati del loro agire. Si è instaurato "un dialogo tra regolatori e regolati che mima e completa la democrazia". Il metodo dialettico, infatti, rappresenta il modo di procedere proprio delle Autorità indipendenti, che di questo nuovo ruolo delle istituzioni nelle questioni economiche costituiscono l'emblema, mirando a far risultare il bene comune attraverso il confronto tra le rappresentazioni delle parti interessate. Invero uno Stato che intende rinunciare alla regolazione autoritaria "non può che adeguarsi alle regole spontanee dell'economia e della società, non può cioè che cercare la sua legittimazione nell'accogliere queste regole anche come regole proprie, alle quali esso deve avvicinarsi per svolgere una funzione che ora è essenzialmente mediatrice".

Nei riguardi della categoria delle Autorità indipendenti bisogna, però, assolvere all'onere della prova in ordine alla sua complessiva estraneità al corpo amministrativo stante che, secondo un pungente rilievo, "sarebbe per la verità curioso che l'ingresso da noi di istituzioni simili a quelle grazie alle quali ebbe i suoi natali il diritto amministrativo nel Regno Unito e negli Stati Uniti, segni invece per noi l'uscita dal medesimo". Esigenza probatoria resa ancor più cogente dal fatto che, stando a una data interpretazione, la globalizzazione dell'economia avrebbe determinato la costituzione "di un sistema a rete di autorità internazionali, comunitarie e nazionali deputate a porre in essere forme di regolazione amministrativa del mercato". In tale prospettiva, infatti, ai fini della tutela della concorrenza, le regole pubbliche sarebbero preferibili alle "politiche della mano libera, innervando un particolare diritto amministrativo di garanzia che origina dalla pubblicità e nella pubblicità trova le ragioni fondamentali della sua perdurante legittimazione". Dove l'alternativa ordine/disordine e garanzia/precarietà viene ricondotta alla dicotomia tra pubblico e privato, ravvisando nel primo l'antidoto all'anarchismo strutturale del secondo. Dimenticando il carattere geometrico delle due categorie, l'essere cioè figlie legittime del razionalismo giuridico che, per giustificare il monopolio statale del diritto, prende le mosse da una mera convenzione quella del singolo incapace di autoregolarsi.

6. Nel momento in cui si esplora, da parte del legislatore e della riflessione giuridica, la possibilità di una regolazione dell'economia diversa dall'intervento pubblico tradizionale, a ciò spinti anche dalle politiche dell'Unione europea la quale impedisce, ad esempio, l'erogazione di sovvenzioni qualora concretino meri aiuti di Stato, ovvero la concessione della gestione di attività, in quanto ormai liberalizzate quelle che erano riservate ai pubblici poteri, si torna a praticare e a teorizzare l'eteronoma predisposizione delle regole dell'agire economico, coonestandola con gli scandali finanziari e con le antinomie della globalizzazione. L'ordine giuridico del mercato viene contrapposto all'operato degli agenti economici ricadendosi negli automatismi di un'ideologia che, postulando l'incapacità individuale di porre ordine nei propri affari, concepisce l'ordinamento giuridico come una camicia di forza della vita economica, imposta per neutralizzare le pulsioni disgregatrici degli individui.

Si ricorre all'uso geometrico del diritto laddove, invece, "i problemi della società capitalistica globale impongono una problematizzazione radicale delle versioni del mondo egemoniche della modernità". Contrariamente a quanto sostenuto dal pensiero giuridico e politico moderno, infatti, gli operatori economici sembrano contribuire attivamente al processo di ordinamento delle loro relazioni, facendosi carico delle esigenze materiali della vita associata, il cui soddisfacimento non appare più l'effetto della decisione pubblica o il risultato inintenzionale dell'agire individuale.

Bisogna pertanto verificare se le trasformazioni istituzionali in atto siano o meno riconducibili ad una valorizzazione nel campo economico della persona umana, nell'ottica del superamento delle concezioni meramente economiciste e legaliste del mercato, espressioni delle moderne geometrie politico-legali. Il rischio è quello di rimanere tetragoni ad una esperienza giuridica che, tra luci ed ombre, sembra evidenziare la centralità dell'autoregolazione degli operatori economici, nei cui confronti le istituzioni si attestano in posizione di sussidiarietà. Adempiono alla funzione essenziale di sostenere i singoli nella individuazione delle linee economiche che, riconoscendo il proprio di ciascuno, sono capaci di coniugare lo sviluppo personale con quello sociale, contrastando quelle condotte che, invece, impediscono l'instaurazione di un rapporto simbiotico tra l'utile del singolo e quello della comunità di appartenenza.

A dire il vero, questi intendimenti non sempre appaiono professati da coloro che sono investiti del compito di orientare l'associazione societaria verso quanto le consente di mettere a profitto le attitudini dei propri componenti. Così un nostro uomo politico, a lungo eminente nel Governo della Repubblica, ha dichiarato che l'affermarsi del principio di sussidiarietà conduce alla configurazione di "istituzioni ed amministrazioni leggere che producono direttamente beni e utilità pubbliche solo quando il mercato non è in grado di assicurarle in modo soddisfacente, che rinunciano a gestire solo quando è sufficiente regolare".

Immemori delle conseguenze nefaste dell'interventismo pubblico per l'autonomia soggettiva e per le finanze sociali, si predica il carattere imprenditoriale delle istituzioni, votandole così a non corrispondere alle attese della società civile di cui pur dovrebbero essere rappresentative. Una società che chiede di essere aiutata nell'esercizio della sua capacità d'intrapresa e, soprattutto, nella elaborazione del proprio progetto di allocazione ottimale delle risorse disponibili, in

modo che le esigenze economiche della comunità politica cui essa ha dato vita siano soddisfatte in conformità alla sua visione del mondo e non alle decisioni del detentore del potere.