

Lo spettro di Blanco:una nota ad Ugo Mattei.

Aber fuer ein folgerichtigen Konstitutionalismus steht doch gerade das Verfassungsrecht wiederum in Dienst von "Freiheit und Eigentum" und zwar von Freiheit und Eigentum des einzelnen Privaten.

Ueber die zwei grossen "Dualismen" des heutigen Rechtssystems

I-II terzo grande dualismo

La riflessione di Ugo Mattei sulle nuove forme proprietarie, e cioè sul mutamento strutturale indotto nel concetto giuridico di proprietà dalla funzione primaria di valorizzazione assunta dalla conoscenza, rappresenta per la sua ampiezza, come per la sua collocazione, un momento dottrinale significativo¹. Cifra di questo mutamento è la ridefinizione epocale tanto del rapporto tra pubblico e privato quanto del rapporto fra l'ambito statale, nella sua tradizionale versione sovrana, e quello globale. In realtà la crisi incipente della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato e della simmetrica separazione fra diritto statale e diritto internazionale, era stata denunciata con lucidità già alla fine del primo trentennio del secolo scorso, e con essa la crisi epistemologica inevitabilmente indotta dalla progressiva quanto rapida eclisse dei due grandi dualismi fondativi del sistema giuridico moderno².

L'analisi di Mattei ha però non solo il merito di attestare, in antitesi a perduranti resistenze e residui disciplinari, il compimento di un percorso evolutivo che si è svolto lungo l'arco di tre quarti di secolo, ma soprattutto quello di verificarne gli effetti problematici sull'istituto della proprietà. Ciò avviene ribadendo da un lato senza esitazione la centralità dell'istituto stesso al sistema giuridico, per denunciare dall'altro ogni deduzione univoca del rapporto fra istituto e sistema, fra proprietà ed ordinamento, dal precetto, epistemico quanto dispotico, consacrato nell'art.544 del *Code*. Caratteristica infatti dei nuovi paradigmi possessori individuati da Mattei, ed indice quantomeno in prospettiva, di una vera e propria novazione dell'istituto, è appunto la tendenziale biunivocità della forma proprietaria stessa. Ad un rinnovato dispotismo privato, che rende ormai obsoleta la

¹ U.MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XXVII, in corso di pubblicazione. Tralasciamo intenzionalmente l'ormai straripante bibliografia sui beni comuni.

² C.SCHMITT, *Ueber die zwei grossen "Dualismen" des heutigen Rechtssystems* (1939), ora in C.SCHMITT, *Positionen u. Begriffe*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p.261 ss., da cui la nostra epigrafe.

rifunzionalizzazione sociale del dominio invocata dalla norma costituzionale³, si contrappone infatti una forma comunitaria, che dalla medesima obsolescenza deduce una categoria di beni individuata da un regime giuridico tanto antitetico alla proprietà privata quanto estraneo alla versione sovrana della proprietà pubblica.

Non ci interessa qui discutere il catalogo dei beni comuni, intesi come oggetti materiali od immateriali, a titolarità diffusa, produttivi di fasci di utilità funzionali all'esercizio dei diritti della persona, e, per il momento, i valori a cui vanno riferiti le utilità derivate dai beni comuni stessi. Vogliamo invece insistere, con Mattei, sul fatto che il riferimento alle utilità in questione opera un'inversione rispetto ai canoni del soggettivismo giuridico, implica cioè un metodo di qualificazione che non procede "dai regimi ai beni", ma "dai beni ai regimi"⁴. Allo stesso modo vogliamo sottolineare come il conclamato realismo di questo metodo si fondi su di un assunto radicale: il superamento della distinzione giuridica fra beni e servizi. Ciò perché sia gli uni che gli altri diventano oggetto dei nuovi paradigmi possessori in quanto producono utilità non in virtù di una loro natura intrinseca ma mediante l'immissione in un'organizzazione cognitiva, tecnologica o sociale che essa sia.

Che la questione posta dal superamento di questo terzo grande dualismo investa le basi stesse della scienza giuridica è evidente e Mattei la affronta dandone una compiuta, se non cordialmente condivisibile, soluzione fenomenologica⁵. Quello che però qui ci interessa è verificare le conseguenze del logoramento del dualismo beni-servizi sul

³ Per le conseguenze di questo assunto sulla proprietà intellettuale rimandiamo a M.SURDI, *Code, Compromise and Constitution*, di collocazione incerta, trad.it., M.SURDI, *Codice, costituzione e compromesso*, in AA.VV., *Governance, società civile e movimenti sociali*, Roma, Ediesse, 2009, p.81ss.

⁴ U.MATTEI, *op.cit*, nota 63.

⁵ La soluzione di Mattei si avvale, in ultima istanza, del concetto di *Fundierung* sviluppato da E.HUSSERL, *Logische Untersuchungen*, Hamburg, Meiner, 2009, p.267 ss. Lo stesso riferimento neokantiano può però altrettanto legittimamente portare ad esiti del tutto diversi, quali quelli prospettati da B.ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2001.

rapporto amministrazione-costituzione, o meglio, sul rapporto fra il diritto amministrativo della modernità e la costituzione, classicamente intesa come fonte della separazione dei poteri⁶. Più che di un rapporto si tratta in realtà di un binomio fondativo come attestano tanto la tradizione teorica⁷ quanto il postulato logico-giuridico della sovranità, e della pubblicità, statuali, il monopolio cioè della coazione, e con esso della produzione del diritto. Lo stesso rapporto è però fondato sul presupposto della diversità ontologica di beni e servizi, differenza determinata, come ogni dualismo di questo tipo, non dalla natura della cosa ma dal comando sovrano, comando che a sua volta completa il modello scientifico del diritto positivo con il rimando alla forma. Il superamento, o la riduzione fenomenologica, del dualismo agisce di conseguenza non solo sull'autonomia del diritto amministrativo, ma anche sulla rilevanza del diritto costituzionale. La perdita di effettività della norma costituzionale, in altre parole, è direttamente proporzionale all'obsolescenza del monopolio amministrativo statale.

II-L'astenia dei valori

Se così è, se la forma Stato costituzionale declina con la figura dello Stato regolatore occorre chiedersi quali siano le conseguenze per la forma comunitaria della proprietà. Va tenuto presente infatti che la forma dispotica, ad essa antitetica, è strutturalmente, ed aggressivamente, espansiva, e che le sue necessità amministrative vengono di conseguenza soddisfatte prioritariamente a livello globale. Ciò fa sì che questo paradigma assolutista di dominio non solo non risenta della retrocessione di un'amministrazione locale qual'è per definizione quella pubblico-statale, ma anzi la promuova attivamente. Non vale peraltro l'obiezione per cui anche la forma comunitaria essendo omogenea a quella dispotica nell'oggetto, i beni-servizi cioè prodotti tramite un'organizzazione cognitiva dall'estensione indeterminata, risulta del pari espansiva. Va ribadito a questo proposito come lo specifico di questa forma possessoria sia la garanzia dell'accesso diffuso ai beni in questione, mentre caratteristica della forma dispotica è ugualmente la garanzia, ma del controllo dell'accesso stesso.

⁶Secondo la lezione di M.S.GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), adesso in "Quaderni fiorentini", 2, 1973, p.179 ss.

⁷Bastino G.F.W HEGEL, *Scritti politici*, Bari, Laterza, 1971, p.273ss., (dissentiamo qui in parte dall'interpretazione di G.DUSO, *La rappresentanza politica*, Milano, Angeli, 2003, p.112), *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, 1965, §235-6, p.200, e L.von STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, Stuttgart, Cotta, 1870, p.409 (per O.MAYER v. *ultra* nota 11).

Atteso che comunque di una garanzia giuridica si tratta, gli strumenti disponibili alla forma dispotica, pur comprendendo, come dalla tradizione dello Stato di diritto borghese, la sanzione statale, si estendono a tutta una serie di mezzi, dall'autotutela all'ADR, concepibili solo all'interno di un regime privatistico. La garanzia prestata ai beni comuni è per Mattei, e per contro, esclusivamente di natura pubblicistica, sia pur *sui generis*, assistita quindi dalla forza pubblica e nello specifico ancorata alla salvaguardia dei valori costituzionalmente sanciti. Ora anche tralasciando la tesi per cui ogni collocazione costituzionale di valori è di per se polemica, se non tirannica⁸, resta il fatto che persino l'ermeneutica costituzionale più orientata in senso comunitario dispone di un grado di efficacia nel massimo pari all'effettività della norma costituzionale stessa. L'effettività della norma statale, però, dalla costituzione al regolamento, è funzione del monopolio statale della coazione, precisamente il postulato cioè che abbiamo visto, con Mattei ed altri, declinare assieme alla sovranità, popolare o impopolare, in modo tanto fatale quanto irrimediabile. Non solo, la stessa norma sovraordinata, se è permeabile all'ermeneutica, lo è in entrambi i sensi⁹, ed è ancor più permeabile all'emendamento da parte delle maggioranze legislative, maggioranze a loro volta non impenetrabili al comando della forma proprietaria economicamente, non democraticamente, prevalente¹⁰. Certo il canonico, e canonizzato, dualismo, uno di più, fra costituzione formale e materiale, saldamente ancorata quest'ultima ad un nucleo fondativo di valori, può essere invocato (al bisogno assieme al custode, Capo o Corte, della costituzione stessa) a limitare la portata degli emendamenti in questione, ma non in modo da nullificare, pena l'inerzia dell'intera riflessione qui in discussione, il declino della sovranità statale e la conseguente rifondazione dei modelli possessori. Ciò, insistiamo, è di particolare rilevanza per il regime comunitario, dal momento che è il riferimento ai valori costituzionalmente sanciti ad individuare, come abbiamo visto, le utilità da sottoporre ad una tutela, sempre di tipo pubblicistico, ma non riconducibile al dualismo

* *Alternative Dispute Resolution*

⁸ Cfr. C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie*, Stuttgart, Kohlhammer, 1967, p.37ss., studi, merita ricordarlo, dedicati ad Ernst Forsthoff.

⁹ Cfr. utilmente, in merito all'esproprio per pubblica utilità, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005), esemplarmente ricordata da U. MATTEI, *op. cit.*, con la sentenza del *Reichsgericht* weimariano del 28.2.1930 sulla *Fluchtliniengesetz* prussiana, per cui v. O. KIRCHHEIMER, *Die Grenzen der Enteignung*, Berlin, de Gruyter, 1930, *passim*.

¹⁰ Cfr., *de iure condito*, se non altro, la L. cost. 20.4.2012, n.1.

diritto pubblico-diritto privato, nè, è bene ricordarlo al modello di scienza giuridica che sostiene e questo dualismo e quello fra diritto statale ed internazionale e la distinzione ontologica fra beni e servizi. E' infatti il venir meno di questi dualismi, per il declino del monopolio statale della coazione, e per la tesi che qui andiamo svolgendo, a rendere i valori costituzionalmente sanciti, non più tirannici ma, al contrario, astenici.

III-Lo spettro di Blanco

“*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*”, allora, ancora, con Mayer e Miglio¹¹? La dimensione, adesso globale, dell'ordine giuridico si configura monisticamente come un ordinamento amministrativo planetario, quand'anche 'costituzionalizzato' a più livelli dalla debita e pia invocazione di dogmi democratici¹²? No, e per le stesse ragioni per cui viene meno l'autonomia del diritto amministrativo della modernità, ovvero la sua riconducibilità, secondo la lezione che qui seguiamo¹³, ad un criterio scientifico unitario. Il superamento del dualismo beni -servizi, meglio, il declino della capacità sovrana di statuire questa distinzione nei modi che abbiamo riassunto, imponendola cioè ontologicamente e ricomponendola formalmente, dà infatti origine ad una pluralità di regimi regolatori settoriali, che in mancanza di un canone unificante esplicano la loro funzione affidandosi al primato occasionale della giurisdizione¹⁴. Questa funzione di regolamentazione globale può senz'altro essere considerata come una funzione amministrativa, ma solo in senso lato. La pluralità dei regimi e la conseguente autonomia delle loro istanze giudiziali risultano infatti irriducibili alla razionalità, e cioè alla gerarchia, della giurisdizione amministrativa del modello classico, derivata, una volta ancora, dal monopolio della coazione. E' soltanto lo

¹¹ O.MAYER, *Vorwort a Deutsches Verwaltungsrecht*, Muenchen, Duncker & Humblot, 1924, p.vi.
Sul rapporto tra *Verfassung* e *Verwaltung* indispensabile P.SCHIERA, *Il laboratorio borghese*, Bologna, Mulino, in particolare i capp.III, IV.
G.MIGLIO, *Le regolarità della politica*, Milano, Giuffrè, 1988, in particolare il vol.I.

¹² Per tutti, G. TEUBNER, *Global Private Regimes: Neospontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society?*, in K.LADEUR (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, Ashgate, 2004.

¹³ M.S.GIANNINI, *op.cit.*, p.205ss.

¹⁴ Cfr. S.CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009.

spettro dell'*arret Blanco*, della sentenza del *Conseil d'Etat* del 1873, mito fondativo e fondamento logico del diritto amministrativo¹⁵, ad aggirarsi per il globo.

Abbiamo visto tuttavia che se decade il diritto amministrativo moderno non decade perciò l'amministrazione¹⁶. Che ne è allora del concetto di costituzione? E' concepibile una costituzione speculare e correttiva dell'amministrazione globale, un ordine giuridico comune cioè, sia pure non assimilabile per forma agli statuti statuali? Un ordine cosmopolita del genere implica come principio di individuazione un'omogeneità che non potendo per definizione essere originaria rimanda di necessità ad un elemento comune, un elemento che, per adeguarsi all'archetipo del diritto deve attuare una funzione di mediazione, e deve porsi perciò come una misura, o un bene, comune. Il regime dei beni comuni suscitato dalla riflessione di Mattei, o più esattamente, il paradigma possessorio biunivoco che lo sostiene è compatibile con un bene comune, inteso, è chiaro, al di là ogni rantolo neoscolastico, nel modo che abbiamo indicato? Ci sembra di no. Gli ambiti regolatori settoriali svolgono infatti la loro funzione amministrativa, funzione che per la nostra ipotesi resta concettualmente analoga a quella costitutiva, in assenza, come abbiamo visto, di un criterio unificante, e tendono di conseguenza a produrre la regolazione stessa nella forma di una serie di stati di eccezione, che però sono tali solo se misurati sul metro di una normalità, e perciò di un metodo, obsoleti¹⁷. Il concetto di costituzione corrispondente ad un'amministrazione così caratterizzata (e che in quanto tale nulla ha a che vedere, ci fosse bisogno di ribadirlo, con la *Verwaltung* di Mayer) non può di conseguenza essere sussunto in un principio giuridico che si identifichi in una mediazione e quindi (come la *Verfassung* di Preuss e

¹⁵ Cfr. C. EISENMANN, *Jurisdiction et logique*, in *Mélanges Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, p. 477 ss.

¹⁶ Per il concetto premoderno di amministrazione rimandiamo volentieri a O. BRUNNER, *Vita nobiliare e cultura europea*, Bologna, Mulino, 1972. L'attinenza della *Verfassung* feudale di Brunner agli ordini pubblici contemporanei è questione che esula dai limiti di questa nota.

¹⁷ Concordiamo qui, cautamente, con A. NEGRI, *Sovranità, oggi*, in AA.VV. *Governance, società civile...*, cit., p. 337 ss.

Sinzheimer, o la Costituzione di Fanfani e Mortati) in una sintesi attuata su di una misura, o di un bene comune, comunque definiti¹⁸.

Non può sorprendere che modelli pubblicistici, amministrativi e costituzionali, fondati sulla proprietà privata (o sulla sua socializzazione *ex WRV*, art. 153, III comma o *Cost. it.*, artt. 1, I comma e 42, II comma, per restare nell'esempio), risultino incompatibili con assetti desunti da forme proprietarie nuove ed antagoniste. Va osservato piuttosto come anche i nuovi ordini costitutivi e regolatori globali abbiano carattere giuridico ma che in essi il diritto non assolve al suo scopo tradizionale di ricomposizione degli interessi. Se ne conclude che nella fine, e non nel recupero della mediazione è la vera novazione epistemica annunciata da Mattei.

m.s.

¹⁸ Dissentendo così dalla elegante e sommessata proposta di P. SCHIERA, *La misura del bene comune*, Macerata, EUM, 2012.

