

SCIENZA & POLITICA

per una storia delle dottrine



Lo spettro di Blanco: una nota a Ugo Mattei

The Ghost of Blanco:
A Note to Ugo Mattei

Michele Surdi

Università “La Sapienza”, Roma

michelesurdi@libero.it

ABSTRACT

Registrando la fine del dualismo tra diritto pubblico e privato, tra diritto statale e internazionale e tra beni e servizi, il saggio glossa la dottrina di Ugo Mattei sulle nuove forme di proprietà. Le trasformazioni cognitive tecnologiche e sociali non preludono a una nuova e diversa mediazione giuridica come garanzia del regime comune di alcuni beni. Le nuove forme proprietarie confrontate con il dominio che continua a manifestare la proprietà privata economica non annunciano perciò il dissolvimento del monopolio della coazione statale e tanto meno la sua conseguente gestione solo amministrativa.

PAROLE CHIAVE: Diritto pubblico, Costituzione, Amministrazione, Nuove forme proprietarie

By noting the end of the dualism between public and private law, between state and international law and between goods and services, the article comments and interprets Ugo Mattei's doctrine about new forms of property. Cognitive transformations, both technological and social, do not prelude to a new and different juridical intermediation as guarantee of the communal regime of goods. These new forms of property, when confronted with the domain that private economic property continues to exercise, do not announce neither the dissolution of the monopoly of state coercion, nor the advent of a merely administrative management.

KEYWORDS: Public Law, Constitution, Administration, New Forms of Property

«Ma per un costituzionalismo conseguente proprio il diritto costituzionale sta in concreto di nuovo al servizio della “libertà e proprietà”, e precisamente della proprietà e libertà del singolo privato».

[Carl Schmitt, *Sui due grandi “dualismi” del sistema giuridico odierno*, pp. 443-444].

Il 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 suo rapporto fra l’ambito statale, nella sua tradizionale versione sovrana, e quello globale. In realtà la crisi incipiente della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato e della simmetrica separazione tra diritto statale e diritto internazionale era stata annunciata con lucidità già nel 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 e ordinamento, del precetto, epistemico quanto dispotico, consacrato nell’art.544 del *Code*. Caratteristica, infatti, dei nuovi paradigmi possessori individuati da Mattei, e indice, quantomeno in prospettiva, di una vera e propria novazione dell’istituto, è appunto la tendenziale bi-univocità della forma proprietaria stessa. A un rinnovato dispotismo privato,

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

² C. SCHMITT, *Sui due grandi “dualismi” del sistema giuridico odierno (1939)*, in C. SCHMITT, *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles, 1923-1939 (1988)*, Milano 2007, pp. 435 ss., da cui la nostra epigrafe.



che rende ormai obsoleta la rifunzionalizzazione sociale del dominio invocata dalla norma costituzionale³, si contrappone infatti una forma comunitaria che, dalla medesima obsolescenza, deduce una categoria di beni individuati 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 o immateriali, a titolarità diffusa, produttivi di fasci di utilità funzionali all'esercizio dei diritti della persona né, per il momento, i valori cui vanno riferite 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 sia 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 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 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 fondato però sul presupposto della diversità ontologica di beni e servizi, differenza determinata, come in ogni dualismo di questo tipo, non dalla natura della cosa ma dal

³ Per le conseguenze di questo assunto sulla proprietà intellettuale rimandiamo a M. SURDI, *Codice, costituzione e compromesso*, in AA.VV., *Governance, società civile e movimenti sociali*, Roma 2009, pp. 81 ss.

⁴ U. MATTEI, *Proprietà*, nota 63.

⁵ La soluzione di Mattei si avvale, in ultima istanza, del concetto di *Fundierung* sviluppato da E. HUSSERL, *Ricerche logiche*, Milano 1982, vol. II, pp. 52 ss. Lo stesso riferimento neokantiano può però altrettanto legittimamente portare a esiti del tutto diversi, quali quelli prospettati da B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino 2001.

⁶ Secondo la lezione di M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), «Quaderni Fiorentini», 2/1973, pp. 179 ss.

⁷ Bastino G.F.W. HEGEL, *Scritti Politici*, Bari 1971, pp. 273 ss. (dissentiamo qui in parte dall'interpretazione di G. DUSO, *La rappresentanza politica*, Milano 2003, p. 112; G.F.W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari 1965, pp. 235-236, 200 e L. VON STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, Stuttgart 1870, p. 409 (per O. MAYER v. *ultra* nota 1)).

comando del sovrano, comando che a sua volta completa il metodo 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.

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, a essa antitetica, è strutturalmente e 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, cioè i beni-servizi 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. 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'ADR⁸, 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 sé polemica, se non tirannica⁹, 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 che abbiamo visto, con Mattei e altri, declinare as-

⁸ *Alternative Dispute Resolution*.

⁹ Cfr. C. SCHMITT, *La tirannia dei valori: riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori* (1967), Milano 2008. Merita ricordare che questo testo schmittiano è uscito in origine negli studi dedicati a Ernst Forsthoff.



sieme 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 sensi, ed è ancora 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 a 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 a individuare, come abbiamo visto, le utilità da sottoporre a una tutela, sempre di tipo pubblicistico, ma non riconducibile al dualismo diritto pubblico-diritto privato, né, è bene ricordarlo, al modello di scienza giuridica che sostiene e questo dualismo, e quello fra diritto statale e internazionale e la distinzione ontologica fra beni e servizi. È il venir meno fra 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.

Lo spettro di Blanco

«Verfassungsrechtvergeht, Verwaltungsrecht besteht», allora e 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, a un criterio scientifico unitario. Il superamento del dualismo beni-servizi, o meglio, il declino della capacità sovrana di statuire questa distinzione nei modi che abbiamo riassunto, cioè imponendola ontologicamente e ricomponendola formalmente, dà infatti origine a una pluralità di regimi regolatori settoriali che, in mancanza di un

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

¹¹ O. MAYER, *Vorwort a Deutsches Verwaltungsrecht*, München 1924, p. vi. Sul rapporto tra *Verfassung* e *Verwaltung* indispensabile P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese*, Bologna 1987, in particolare i capp. III-IV; G. MIGLIO, *Le regolarità della politica*, Milano 1988, in particolare il vol. I.

¹² Per tutti, G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili* (2000), Roma 2005, pp. 57-78.

¹³ M.S. GIANNINI, *Profili storici*, pp. 205 ss.

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. È soltanto lo 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? È concepibile una costituzione speculare e correttiva dell'amministrazione globale, ovvero un ordine giuridico comune, 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 a un elemento che, per adeguarsi all'archetipo del diritto, deve attuare una funzione di mediazione, e deve porsi perciò come 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, aldilà di 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 a 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 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 socia-

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

¹⁵ Cfr. C. EISENMANN, *Jurisdiction et logique*, Toulouse 1978, pp. 477 ss.

¹⁶ Per il concetto premoderno di amministrazione rimandiamo volentieri a O. BRUNNER, *Vita nobiliare e cultura europea*, Bologna 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 civili e movimenti sociali*, pp. 337 ss.

¹⁸ Dissentendo così dall'elegante e sommessa proposta di P. SCHIERA, *La misura del ben comune*, Macerata 2012.



lizzazione 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 e 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.