

CAPITOLO I

IL DIRITTO DEBOLE

SOMMARIO: I.1. Globalizzazione e debolezza del diritto. – I.2. Il diritto (debole) amministrativo delle origini e la prima teorizzazione di ambiti disciplinari differenziati: il diritto civile amministrativo. – I.3. Privatizzazione, contaminazione ed ibridazione dei diritti. – I.4. La resistenza alla proposta di ambiti disciplinari differenziati.

I.1. GLOBALIZZAZIONE E DEBOLEZZA DEL DIRITTO.

Al cospetto della globalizzazione¹, acquisita ormai co-

¹ La letteratura sulla globalizzazione giuridica è sterminata: *ex multis*, TWINING W., *General Jurisprudence – Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, 2009; HALPIN A.-ROEBEN V. (cur.), *Theorising the Global Legal Order*, Oxford, 2009; FERRARESE M.R., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; ID., voce *Globalizzazione del diritto*, in *Annali IV dell'Enciclopedia del diritto*, Milano, 2011; ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; AUBY J-B., *La globalisation, le droit e l'État*, Paris, 2003. Al tema della globalizzazione giuridica è dedicato il volume AMATO C.-PONZANELLI G. (cur.), *Global Law v. Local Law, Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006. Sulle diverse teorie della globalizzazione, v. ROBINSON W.I., *Theories of Globalization*, in RITZER G. (cur.), *The Blackwell Companion to Globalization*, Oxford, 2007, 125 ss. Peraltro, la dottrina non è unanime nel prevedere il declino degli Stati e anzi, per certi

scienza dell'incidenza dei diritti e poteri sovranazionali, è diffusa la consapevolezza delle trasformazioni in atto nel diritto amministrativo².

Trasformazioni derivanti dal superamento delle categorie tradizionali³, dal declino del paradigma gerarchico, che da sempre ha caratterizzato i poteri pubblici, e dall'assenza di regole generali in grado di governare l'organizzazione e il funzionamento dei poteri⁴.

versi, si sostiene che l'effetto della globalizzazione sia quello del loro rafforzamento (HELD D.-MCGREW A.-GOLDBLATT D.-PERRATON J., *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, Cambridge, 1999, 14 ss.). Se si ritiene che la dicotomia tra declino e rafforzamento degli Stati non rappresenti adeguatamente il fenomeno in atto, comune e condivisa è invece l'opinione che la globalizzazione comporti una trasformazione della concezione dello Stato: SHAW M., *Theory of the Global State: Globality as an Unfinished Revolution*, Cambridge, 2000; LEIBFRIED S.-ZURN M. (cur.), *Transformations of the State?* Cambridge, 2005.

² Sull'influenza della globalizzazione sul diritto amministrativo: BATTINI S., *L'impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 339 ss.

³ Ovviamente l'impatto è stato più rilevante sulle categorie del pensiero giuridico europeo continentale, cfr. IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 625. Recentemente GAMBARO A., *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2019, 779 ss. ha proposto «di analizzare il tema seguendo un approccio, per così dire, casistico, ossia osservando il fenomeno del farsi e del disfarsi delle categorie giuridiche nella loro concreta storicità, ponendo in rilievo il nesso tra la loro attitudine ordinante del reale e gli interessi concreti cui l'ordinamento dà riconoscimento mediante le regole giuridiche. Il che conduce ad una analisi svolta in riferimento a ciascuna categoria poiché è solo a tale livello che diviene possibile verificare la congruenza tra il valore epistemologico del concetto ordinante ed i valori assiologici ordinati».

⁴ Sull'affermazione, peraltro, di principi generali a livello globale, cfr.

In tale contesto, più che constatare passivamente tali trasformazioni sembra opportuno proporre l'idea che, a fronte di tali fenomeni, il diritto amministrativo possa essere o, meglio, tornare ad essere concepito come *diritto debole*⁵, con la consapevolezza che la debolezza non rappresenta abdicazione sul piano scientifico, ma costituisce un percorso⁶, l'assunzione di un atteggiamento, di una prospettiva di indagine non semplice, assai più costosa e meno rassicurante della tradizione scientifica, che rende peraltro possibile l'esplorazione di nuove prospettive ricostruttive nel dialogo con altre discipline⁷.

DELLA CANANEA G. (cur.), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, 2007.

⁵ La prospettiva qui seguita, inutile dirlo, è radicalmente diversa per oggetto e finalità da quella ben più autorevolmente sostenuta da ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

⁶ Sul diritto globale come *work in progress*, tendenzialmente incompiuto, soggetto a nuove sfide, FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato. Inveniva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma, 2006, 20.

⁷ VATTIMO G.-ROVATTI P.A. (cur.), *Il pensiero debole*, Milano, 1983, *passim*. Come ha osservato acutamente GROSSI P., *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in FERRARA L.-SORACE D., *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, I, Firenze, 2016, XXIV e XXV, il tempo pos-moderno è un «tempo difficile per ogni giurista, ma straordinariamente fertile; particolarmente difficile e fertile per l'odierno amministrativista, che si è visto sfilacciarsi tra le mani le due componenti essenziali della sua corazza protettiva: la sovranità dello Stato nazionale e la legge», in cui «gli arnesi del laboratorio dell'odierno amministrativista devono moltiplicarsi per consentirgli di avere un armamentario idoneo a quanto i tempi richiedono». Secondo TWINING W., *Globalization and Legal Theory*, Oxford, 2000, la globalizzazione del diritto non può essere intesa come tendenza all'uniformazione delle risposte, delle norme; ma prima costituisce una prepotente e accorata uniformità delle domande; la necessità di delineare un nuovo *global legal order*, che costituisce un compromesso pluralistico e multiculturale dettato da una sempre più emi-

Il diritto amministrativo e, prima ancora, il diritto costituzionale, in quanto promanazione diretta della sovranità statale, sono stati i primi ad avvertire gli sconvolgimenti più profondi⁸.

A fronte dei nuovi regimi globali, è quindi prevalente l'idea che la risposta debba essere cercata nel diritto privato, nella sostituzione del contratto alla legge e al provvedimento amministrativo⁹, con esclusione del diritto pubblico, espressione di una razionalità politica ormai sostituita dalla razionalità economica dei mercati globali.

Si propongono allora regimi differenziati del diritto privato e nuove forme differenziate di autonomia privata idonee ad includere il rispetto di *standard* che, peraltro, storicamente trovano radice nel diritto pubblico¹⁰.

Quasi che il diritto privato e l'autonomia privata siano le forme più idonee ad assorbire ed interpretare la globalizzazione rispetto alla rigidità ed eterodeterminazione del diritto pubblico.

nente idea di sovranità diffusa e che costringe il giurista ad abbandonare la prospettiva domestica per aprirsi agli stimoli del pensiero globale.

⁸ Sulla crisi del costituzionalismo contemporaneo, GRIMM D., *The achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, in DOBNER P.-LOUGHLIN M. (cur.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, 3 ss.; LOUGHLIN M., *What Is Constitutionalisation?*, *ivi*, 47 ss.; FRIED C., *Constitutionalism, Privatization, and Globalization*, in *Cardozo L.R.*, 2010, 1091 ss.

⁹ GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 93 ss.

¹⁰ BATTINI S., *I "due grandi dualismi" alla prova del diritto (amministrativo) globale*, in BENACCHIO G.A.-GRAZIADEI M. (cur.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, Atti del IV Congresso nazionale SIRD di Trento, 24-26 settembre 2015*, Napoli, 2016, 101 ss., il quale rileva come gli istituti del diritto pubblico e, in particolare, del diritto amministrativo si presentino trasformati sulla scena del diritto globale.

Ma la stessa dogmatica del diritto e dell'autonomia privata mostra i propri limiti¹¹ e ci si avvede che la razionalità economica e la bilateralità del diritto dei contratti non è sufficiente a riflettere i nuovi fenomeni e ad assicurare tutela effettiva dei diritti individuali¹².

Del resto, gli stravolgimenti determinati dalla globalizzazione sono stati anticipati dalla privatizzazione del settore pubblico, dalla sostituzione del diritto pubblico con quello privato, della razionalità politica con la razionalità economica.

Già al cospetto della privatizzazione, la dogmatica del diritto pubblico e del diritto privato hanno mostrato i rispettivi limiti, indugiando passivamente sulla constatazione dell'ibridazione tra i due regimi o patrocinando l'affermazione di un diritto comune¹³.

¹¹ CASTRONOVO C., *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 2, che segnala l'offuscamento del diritto civile «per la diaspora delle fonti, esterne ed interne perché alcune provenienti da oltre i confini tradizionali dell'ordinamento ma con l'effetto di ridisegnarne i confini. Essa riguarda l'ordinamento nel suo complesso, e non poteva lasciare indenne il diritto civile; anzi, quanto più una struttura è coesa e pretesamente autoreferenziale, come poté concepirsi il diritto civile in certi anche lunghi frammenti della storia, tanto più significativa è la disarticolazione che deriva da una pluralità di fonti irriducibili a una chiara e netta gerarchia».

¹² Cfr. in generale IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, cit.; GRAZIADEI M., *Conclusioni, Diritto privato e diritto pubblico: una profonda trasformazione di senso*, in BENACCHIO G.A.-GRAZIADEI M. (cur.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 353 ss., in part. 357.

¹³ Cfr. PROSSER T., *Law and Regulatory Process*, Oxford, 1997 e SKOURIS W., *Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*, in *EuR*, 1998, 111 ss., secondo cui, nel corso della privatizzazione, il diritto privato delle società industrializzate, dovrà compensare, per lo meno in modo

Entrambe tali prospettive sono apparse insoddisfacenti e inadatte a riflettere la complessità dei fenomeni reali.

Gli è che quella del *diritto debole*, nei termini anzidetti, deve essere una prospettiva che riguarda la dottrina del diritto amministrativo quanto quella del diritto privato¹⁴, con la conseguente rispettiva rinuncia agli stilemi classici dei due settori disciplinari e l'impegno a recuperare il dialogo interrotto da più di un secolo.

Un dialogo che deve riprendere sul terreno – a suo tempo condiviso – del rapporto giuridico, eclissatosi con il positivismo giuridico e divenuto ora prerogativa degli studi sociologici del diritto.

È solo la profonda rivisitazione sulla giuridicità delle relazioni intersoggettive¹⁵ che può costituire la base per la ricostruzione di nuovi ambiti disciplinari differenziati che, rimanendo nell'ambito del diritto, possano accogliere la complessità indotta dai fenomeni di privatizzazione e globalizzazione.

Quando razionalità politica e razionalità economica non possono più costituire criteri ordinatori soddisfacenti a spiegare i nuovi fenomeni e viene quindi meno la forza della

parziale, la perdita delle dimensioni democratiche e politiche, ed incorporare, nel suo sistema, elementi di diritto pubblico.

¹⁴ Secondo HABERMAS J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 5 ed., Neuwied-Berlin, 1971, né il diritto pubblico, quale processo politico, né il diritto privato, quale processo economico, sono in grado di sviluppare strutture legali adeguate ai diversi settori della società civile.

¹⁵ Alla necessità di ripartire dal rapporto per risalire ai principi sono dedicate pagine fondamentali da HUECK G., *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1958 e, in Italia, da RESCIGNO P., *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1987, 335 ss.

grande dicotomia tra diritto pubblico e privato¹⁶, occorre ripartire dalla neutralità del rapporto giuridico, inteso come relazione materiale, e di qui prospettare ambiti disciplinari differenziati in un diritto che è comune solo perché non più rispondente al pubblico e al privato.

Un pensiero scientifico che è debole perché rinuncia alle razionalità forti ed ordinanti del passato¹⁷, per sperimentare nuove prospettive ricostruttive fondate sulla neutralità e sulla consapevolezza che quei rapporti che un tempo si ritenevano di confine hanno ormai guadagnato il centro dell'indagine.

¹⁶ Sulla distinzione tra diritto pubblico e privato come una, forse la principale, «grande dicotomia» della scienza del diritto cfr. BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari, 2007, 122 ss. Nota è l'affermazione «tout le droit se divise en deux parties: droit public et droit privé» CARBONNIER J., *Droit civil*, t. I., *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, Paris, 1965. In merito alle vicende storiche e ai significati assunti dalla dicotomia rimane fondamentale il saggio di BULLINGER M., *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968. Sull'attenzione riservata alla dicotomia nelle diverse esperienze giuridiche, cfr. FREELAND M.-AUBY J.-B. (cur.), *The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale?* Oxford, 2006; RUFFERT M. (cur.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?* London, 2009, nonché, più recentemente, IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, cit.

¹⁷ Sulla debolezza come rinuncia al pensiero forte della ragione dominante, cfr. VATTIMO G., *Dialettica, differenza, pensiero debole*, in VATTIMO G.-ROVATTI P.A. (cur.) *Il pensiero debole*, cit., 12 ss. Sull'evoluzione e diffusione della filosofia debole cfr. ZABALA S. (cur.), *Una filosofia debole. Saggi in onore di Gianni Vattimo*, Milano, 2012.

I.2. IL DIRITTO (DEBOLE) AMMINISTRATIVO DELLE ORIGINI E LA PRIMA TEORIZZAZIONE DI AMBITI DISCIPLINARI DIFFERENZIATI: IL DIRITTO CIVILE AMMINISTRATIVO.

A metà del XIX secolo, il diritto amministrativo era scientificamente un diritto debole, una terra di mezzo ovvero un diritto – com'è stato acutamente rilevato – «equidistante tra pubblico e privato: quasi un diritto civile dello Stato»¹⁸, la cui

¹⁸ MANNORI L.-SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 345 s. In Francia, BATBIE A., *Traité théorique et pratique de Droit public et administratif*, Paris, 1861-1868, 198, poteva affermare, citando Darestes, che «pour bien comprendre le droit administratif, il convient de le rattacher au droit civil comme l'on rattache l'exception à la règle»; mentre FOUCAUT F., *Éléments de Droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit positif*, 4 ed., I, Paris, 1855, 11, rintracciava nel diritto di proprietà una delle basi filosofiche del diritto pubblico, il quale «en un mot il protège le droit de propriété». Analoghe considerazioni sugli albori della scienza del diritto amministrativo tedesca in BULLINGER M., *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., 60 ss., che si collocano nell'ambito di un serrato dialogo con la tradizione civilistica, in particolare è evidente il parallelismo con gli omologhi del diritto civile dei concetti di diritto (pubblico) soggettivo e di potere (JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i.B., 1892; GERBER C.F., *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, 3 ss., 18 ss., 29 ss., 36 ss., 63 ss., 75 s., 90 s.), ovvero di rapporto di diritto pubblico (LABAND P., *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5 ed., I, Tübingen, 1911, 447). In questo periodo, si sottolineano le corrispondenze con il diritto privato piuttosto che le differenze, con evidente simpatia per i sistemi di *Common Law*, in cui l'assoggettamento dell'amministrazione al diritto privato è reputata dare risultati altamente soddisfacenti, DE GIOANNIS GIANQUINTO G., *Nuovo diritto amministrativo*, Padova, 1864, 31, fino ad individuare nel diritto privato i «principi vitali» delle teoriche del diritto pubblico, MANNA G., *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia introduzione alla scienza ed alle leggi dell'amministrazione pubblica*, Napoli,

specialità si svolgeva unicamente nei confronti del potere giudiziario¹⁹, assicurando l'autonomia costituzionale del potere amministrativo nella logica della separazione dei poteri²⁰.

Durante la lunga parentesi del contenzioso amministrativo e ancora nella prima esperienza della giurisdizione unica, quando il rapporto tra giustizia e amministrazione non aveva ancora assunto caratteri marcatamente conflittuali, potevano quindi svilupparsi soluzioni armoniche tra diritto pubblico e privato, tra contratto e provvedimento²¹.

1860, 324. Lo stesso diritto amministrativo era concepito come una parte specializzata rispetto al diritto privato solo sul piano analitico-descrittivo, ma non su quello dei principi MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3 ed., Torino, 1892, 3 ss., fino ad affermare che la «libertà del potere, che dicesi autorità, non è cosa essenzialmente diversa dalla libertà del privato, che dicesi semplicemente libertà: il concetto giuridico è il medesimo» (70). Secondo SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 30, il dialogo tra diritto amministrativo e diritto privato era favorito dell'ideale kantiano della coesistenza sociale che animava la dottrina pubblicistica del tempo, come dimostra fulgidamente l'opera di MORTARA L., *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione (R. Università di Pisa 1886-1887)*, rist. 2013, Napoli.

¹⁹ Significativa è la definizione contenziosa del diritto amministrativo di CHAUVEAU A., *Principes de compétence et de juridiction administratives*, I, Paris, 1841, 74: «On a souvent répété que le contentieux était tout le droit administratif», sulla quale criticamente già PERSICO F., *Principi di diritto amministrativo*, 2 ed., Napoli, 1875, 62.

²⁰ MANNORI L.-SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, cit., 348.

²¹ Sebbene nel senso dell'inclusione dei contratti nell'ambito della categoria dell'atto amministrativo: cfr. ROMAGNOSI G.D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 3 ed., Prato, 1835, 179, secondo cui la prima classe degli atti amministrativi «è quella dei contratti», che faceva eco alla definizione amplissima di atto amministrativo di MERLIN P-A., *Acte administratif*, in *Répertoire universelle et raisonné de jurisprudence*, 4 ed., I, Paris, 1812, 72.

Tuttavia, si è trascurato di rilevare che il dialogo con il diritto privato si è potuto instaurare sul terreno del rapporto giuridico, che allora costituiva l'unico modello ricostruttivo della neonata scienza del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo nasce, infatti, come diritto dei rapporti tra cittadino e amministrazione, lasciando la disciplina dell'organizzazione e dell'attività amministrativa al tecnicismo della scienza dell'amministrazione²².

Il dialogo interdisciplinare ha prodotto risultati rilevanti anche per il diritto privato, poiché proprio la riflessione sul rapporto tra cittadino e Stato ha dimostrato la possibilità di tutela dei «diritti di libertà» per mezzo della categoria generale del diritto soggettivo, ponendo quindi le basi per la moderna discussione sull'efficacia dei diritti fondamentali anche nei rapporti tra privati²³.

Ed è proprio in questo periodo, nella prospettiva costituita

²² Come avvertiva GERANDO J-M., *Institutes de droit administratif française ou Éléments du Code Administratif réunis et mise en ordre*, Paris, 1829, 8 s., «Toutes les dispositions des lois ou règlements relatifs à l'administration n'appartiennent pas pour cela à un véritable code administratif. Le code ne doit s'emparer que celles qui fondent un droit qui règlent l'exercice d'un droit, dans ce sens que le terme *droit* prend en ces matières, c'est-à-dire de celles qui concernent les obligations mutuelles de l'administration et des administrés. Il ne doit pas comprendre celles qui n'ont pour objet celles parties purement techniques des différents service publics» (enfasi in originale). A tale prospettiva si ispira la dottrina immediatamente successiva nella stessa Francia (Block, M.F. Laferrière e Batbie), in Germania (Pötzl e von Stein) e in Italia (Garelli, Meucci e in misura minore Persico) cfr. *infra*, par. III.2.

²³ Cfr. LEISNER W., *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960, 3 ss., il quale rileva giustamente che il successivo sviluppo della teoria dei diritti pubblici soggettivi sulla base delle particolarità autoritative del rapporto di diritto pubblico ha invece contribuito storicamente ad ostacolare il riconoscimento della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali.

dal dibattito in Europa sul rapporto tra Stato e cittadino nell'ambito della teoria dei diritti pubblici soggettivi, che si ricorre al «diritto amministrativo civile» per indicare «l'esistenza di numerosi rapporti giuridici cui si applicano con reciproci temperamenti, qualche volta senza che si possa dire quali prevalgano, i principi del diritto pubblico o quelli del diritto privato»²⁴.

La successiva dottrina, al cospetto dell'ampliamento delle funzioni amministrative e degli apparati pubblici²⁵, notava ancora che «la rigidità di certe formule tradizionali mal si adatta alla feconda larghezza di forme che il diritto moderno ha saputo assumere» e «nascono spesso nel campo dell'attività *sociale* dello Stato rapporti di diritto che riuscirebbe impossibile qualificare come alcuna delle vecchie e rigide formule [...]; nasce così un diritto *sui generis* affatto caratteristico agli Stati moderni, che non infelicemente è stato intitolato *diritto civile amministrativo*, con espressione che vuole indicare la duplice attinenza di questa materia»²⁶.

²⁴ ROMANO S., *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, Milano, 1899, 8, che qui, richiamando espressamente l'opera di opera di JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., 50 ss., accoglie una concezione dei rapporti misti diversa da quella prospettata nell'opera sui diritti pubblici soggettivi (cfr. *infra* nel testo).

²⁵ Sugli sviluppi del sistema amministrativo con riferimento a tale periodo storico, CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 15 ss. e più recentemente TORCHIA L., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 23 ss.

²⁶ LONGO A., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, I, 1891, 168 ss., in part. 255 (enfasi in originale). La perfetta conoscenza da parte dell'A. della coeva letteratura tedesca induce a ritenere che il riferimento al «diritto civile amministrativo» richiami qui la teoria del "*bürgerliche Verwaltungsrecht*" di STEIN L., *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungs-*