

IGNAZIO M. MARINO  
Socio effettivo

## DIRITTO, DEMOCRAZIA, GLOBALIZZAZIONE\*

La calamità dell'uomo è credere di sapere.  
*Michel de Montaigne*

### 1. EVOLUZIONE DEI SISTEMI A DIRITTO AMMINISTRATIVO E GLOBALIZZAZIONE.

L'evoluzione del diritto amministrativo dei Paesi dell'Europa continentale occidentale: i Paesi che adottano il sistema a diritto amministrativo ed in cui la locuzione diritto amministrativo ha assunto un significato del tutto particolare, impatta oggi, fra gli altri<sup>1</sup>, con l'accelerazione di un fenomeno non nuovo, la globalizzazione. Per altro verso ci si può interrogare su quale diritto disciplina le "Amministrazioni" della globalizzazione, i loro rapporti con Stati ed individui: se vi siano e, nel caso, quali caratteristiche abbiano, e così via. Si tratta, con tutta evidenza, di due differenti analisi.

Il diritto amministrativo dei sistemi a diritto amministrativo dell'Europa continentale occidentale - dalle sue radici nella Francia rivoluzionaria alla sua catalizzazione nella Restaurazione<sup>2</sup>, con la centralità della legge a garanzia di libertà ed eguaglianza per il

---

\* Questo scritto deriva dall'intervento alla Tavola rotonda di chiusura al Convegno internazionale su *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, organizzato dalla facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Reggio Calabria, 30 e 31 ottobre 2003.

<sup>1</sup> Anzitutto il pluralismo. Sulla "complessità" postmoderna v. J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, in "Revue du droit public", 1998, 659; *ivi* ulteriori indicazioni.

<sup>2</sup> V. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1964, XII, 855 ss.; più di recente P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 59 ss. e *passim*.

“cittadino”- si è progressivamente evoluto. nell’arco di due secoli, con grandi trasformazioni nell’ultimo periodo: quello che si suole definire come post-moderno o della seconda modernità: la sua evoluzione prevalente ha fissato le tappe dell’evoluzione delle democrazie occidentali in Europa.

Sono noti, infatti, i progressivi passaggi: dal diritto eminentemente garantista dello Stato liberale all’effettività dello “Stato sociale” e, nei tempi più prossimi, dalla erosione dei tratti caratteristici del diritto amministrativo unitamente al tradizionale principio di legalità, contestualmente alla costruzione di una nuova dignità del cittadino, con un nuovo pluralismo delle fonti del diritto, con, in breve, una nuova “complessità” che ha condotto ad un diritto “flessibile” e “negoziato”<sup>3</sup>.

Il primo aspetto, pertanto, comporta la riflessione su *quale* diritto amministrativo si confronta con la globalizzazione e se la globalizzazione abbia inciso, ed eventualmente in che misura, sul diritto amministrativo. Tenendo nella dovuta considerazione che ad impattare con la globalizzazione è ormai il fantasma del diritto amministrativo che nell’Ottocento e nel Novecento ha dominato la scena dell’Occidente del continente europeo ed occorre valutare se la globalizzazione non abbia contribuito ad imprimere a questo diritto un ulteriore colpo di grazia, concorrendo a segnare la sua metamorfosi.

Può essere sufficiente richiamare alcuni aspetti fra loro complementari: la dissoluzione del tradizionale principio autoritativo a vantaggio della tendenziale parioridinazione fra cittadino e amministrazione; la ridefinizione del principio di legalità conseguente all’inflazionata produzione legislativa, all’ingresso di nuove fonti, di un nuovo pluralismo normativo<sup>4</sup>; l’effetto indotto dalla normazione internazionale ed europea che ha contribuito a minare definitivamente la “sacralità” della legge, trasformata spesso nella “forza ingiusta della

---

<sup>3</sup> J. CHEVALLIER, op. cit., 660 ss.

<sup>4</sup> Su questi due aspetti sia consentito per comodità il rinvio, anche per ulteriori indicazioni, ai miei, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel quadro dell’evoluzione del rapporto fra pubblico e privato*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Padova, CEDAM, 2001, 151 ss.: *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, Palermo, Quattrosoli, 87 ss, e *passim*.

legge<sup>5</sup>; il progressivo apprezzamento delle convenzioni sui diritti umani<sup>6</sup>; i principi europei nati dall'elaborazione giurisprudenziale delle Corti<sup>7</sup>. Tutti aspetti che concorrono a rendere la trasformazione del diritto amministrativo profonda e permanente.

Per altro verso, il diritto delle Amministrazioni della società globale è un diritto sorto per dominare scenari prima inimmaginabili e, soprattutto, un diritto che non ha alla spalle il travaglio di un corpo sociale, bensì è riconducibile ad Organismi internazionali i cui processi decisionali sono ben lontani dal potersi paragonare a quelli di uno Stato democratico<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. D. TURPIN, *Les libertés publiques sous la V<sup>e</sup> République*, in *Rev. Droit Public*, 1998, 1838.

<sup>6</sup> Nella Costituzione europea l'aspetto di grande momento è la costituzionalizzazione delle Carte sui diritti umani.

<sup>7</sup> Sul progressivo dissolvimento delle caratteristiche del diritto amministrativo per effetto del diritto comunitario v., di recente, G. COCCO, *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche e applicazioni pratiche*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, 447; *ivi* ulteriori indicazioni, anche giurisprudenziali.

<sup>8</sup> Con riferimento all'FMI e alla Banca Mondiale è stato detto di recente che "essi sono assai lontani dagli elettori, ma sono assai accessibili per le imprese", e con riferimento al WTO si è lamentata la scarsa trasparenza dei meccanismi decisionali, le barriere frapposte alla partecipazione di molti gruppi d'interesse nazionali e transnazionali, la sordità di fronte alle preoccupazioni espresse da esponenti della società civile, il deficit di legittimità e di *accountability* democratica delle scelte politiche. Ci si riferisce al lavoro di A. MARTINELLI, *La democrazia globale*, Milano, Università Bocconi, 2004, 69 ss., con richiami ad ulteriori osservatori internazionali (ad esempio, C. LINDBLOM, *The Market System*, Yale University, 2001). La globalizzazione del mercato ha consumato la scissione fra Stato, economia e territorio e le misure di *deregulation* richieste con successo agli Stati hanno finito con l'apportare alla sovranità degli Stati stessi "limitazioni ben maggiori di quelle derivanti dalla loro adesione a processi d'integrazione politica e a trattati internazionali costitutivi di organismi federativi (o similari)", mentre il legislatore nazionale finisce con il recepire istituti creati dall'abilità degli studi legali delle imprese multinazionali (si sono ripercorsi alcuni passaggi dello scritto di A. MASSERA, *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*,

Può dirsi così, in sintesi, che l'evoluzione del diritto amministrativo in Europa segue in buona misura l'evoluzione delle forme di Stato democratiche, in ciò corrispondendo anche alla "erosione" dello Stato dal basso (a partire, com'è naturale, dalla crescita dell'autonomia territoriale) e alla stessa perdita delle tradizionali caratteristiche del diritto amministrativo; mentre l'evoluzione del diritto sovranazionale, in particolare quello delle Organizzazioni internazionali, può sovrapporsi agli Stati per ben altro che corrispondere al principio di democraticità e dovrà, comunque, dimostrare, di volta in volta, se con la tutela di determinati interessi si tenda ad un processo di globalizzazione "giusto", legittimato e democratico, che sia "fattibile" e non deluda persone e territori.

## 2. ORGANIZZAZIONE, INDIVIDUO E "CORPO SOCIALE".

Se, tuttavia, per un verso l'evoluzione del "normativismo" ha contribuito a segnare la trasformazione del diritto amministrativo nel Continente europeo, con la progressiva preminenza dell'aspetto della *pluralità* degli ordinamenti giuridici, per altro verso, il riferimento alla teorizzazione di Santi Romano<sup>9</sup> ha anche fatto privilegiare il momento organizzativo degli ordinamenti giuridici<sup>10</sup>: l'organizzazione, rispetto agli altri elementi, rispetto alla normazione, ma anche rispetto ai soggetti<sup>11</sup>.

---

in "Riv. Trim. Dir. Pubbl.", 2001, p. 5 e ss., riprendendo per l'ultima notazione da F. GALGANO: ivi ulteriori indicazioni).

<sup>9</sup> *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962 (prima edizione, 1918).

<sup>10</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, già in *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici* (1950), ora in *Scritti*, volume terzo, Milano, 2003, p. 417 ss.

<sup>11</sup> I (singoli) soggetti sono, invece, al centro dell'ordinamento giuridico di G. CAPOGRASSI (*Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, ora in *Opere*, IV, Milano 1959, p. 181 ss.; il lavoro è del 1936 e fu riveduto ed ampliato nel 1939): «Questo fatto [delle associazioni o delle società dei soggetti] si trasforma in ordinamento, acquista valore di ordinamento, in quanto i singoli soggetti riconoscono una legge o principio di verità inerente alla loro propria verità, per il quale: a) essi debbono rimanere fedeli nella loro azione allo scopo comune; b) e per conseguenza fare che la propria azione realizzi

Due elementi questi ultimi quasi dati per scontati: l'elemento pluri-soggettivo in senso prevalentemente formale e la normazione come principio della centralità della legge.

Eppure la teoria dell'ordinamento giuridico di Santi Romano, le teorie istituzionali e della "fondazione" del diritto<sup>12</sup>, sono state fra i capisaldi di un diritto amministrativo correlato al "corpo sociale" sin dalla sua nascita. Un diritto sviluppatosi secondo un percorso di progressiva "pubblicità"<sup>13</sup> che esaltava in maniera inconfondibile lo scopo che con l'attribuzione legislativa del potere si voleva raggiungere: scopo pubblico che identificava (e identifica) il principio di legalità rendendolo "giusto" perché riferito alla collettività, ai suoi bisogni, ai suoi pur articolati interessi. La progressiva esaltazione dell'organizzazione, invece, ha portato via via ad un rovinoso scollamento fra i cittadini, la comunità, e l'organizzazione stessa, corrispondendo alle preoccupazioni, non solo weberiane, di costruire l'apparato contro la democrazia<sup>14</sup>.

In realtà, dimenticando il legame strumentale dell'organizzazione con gli scopi che attraverso l'organizzazione si vogliono perseguire e

---

questo scopo comune e cioè creare una realtà nella quale questo scopo si realizza; c) e nella quale ogni soggetto partecipa di questa realtà, negli sforzi e nei vantaggi che da essa nascono. Il fatto della società fra i soggetti diventa quindi ordinamento in quanto questo fatto è colto e realizzato nella necessità etica che esso implica per i singoli soggetti: a) di mantenersi fedeli allo scopo comune e alle esigenze che esso impone; b) di mantenere, in questa realtà comune, la propria autonomia mediante la partecipazione nello sforzo e nel vantaggio».

<sup>12</sup> È d'obbligo, unitamente a Santi Romano, il richiamo a M. HAURIOU, ora in *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Milano 1967.

<sup>13</sup> Sul più autentico significato del progressivo ribaltamento della regola del segreto in quella della pubblicità v. J. CHEVALLIER, *L'évolution du droit administratif*, in "Revue du droit public", 1998, p. 1794.

<sup>14</sup> Sul punto può vedersi G. E. RUSCONI, *Razionalità, razionalizzazione e burocratizzazione in Max Weber*, in *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Torino, 1981, p. 198 ss. e *passim*.

raggiungere<sup>15</sup>, anzi, dimenticando che l'organizzazione deve conformarsi alle esigenze corrispondenti ai bisogni delle comunità<sup>16</sup>, ci si è progressivamente avviati verso organizzazioni tendenzialmente auto-referenziali<sup>17</sup>, scollate dall'uomo e dalla realtà sociale ed economica in cui è collocato.

Frattanto è maturata anche l'aggravante della nascita di un "apparato" politico-professionale.

Le trasformazioni della politica, anche attraverso i nuovi "sistemi" elettorali<sup>18</sup>, si sono tradotte, almeno in Italia, nella creazione, non sol-

<sup>15</sup> Sul punto lucidamente U. ALLEGRETTI, *Riforma delle autonomie locali e nuova amministrazione*, in "Le regioni", 1983, p. 677. È appena il caso di ricordare pure alcuni effetti pratici della perdita degli scopi da parte delle organizzazioni, come il fenomeno degli "enti inutili".

<sup>16</sup> Ora principio di efficacia e dei risultati. Su questi, anzitutto L. IANNOTTA, a partire da *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, 299 (da ultimo, a cura del medesimo A., *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003). Si vedano, inoltre, gli atti del Convegno di Palermo (27-28 febbraio 2003) organizzato da Maria Immordino su *Principio di legalità e amministrazione di risultati*.

<sup>17</sup> Il problema dell'autoreferenzialità è ben più vasto. Un tentativo di leggerlo in chiave di contrapposizione fra moderno e post-moderno, da ultimo in G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2001, p. 380 (ivi il richiamo a R. RORTY: «L'ironia è che gli scenari politico modernisti sono diventati un fine autoreferenziale, piuttosto che un mezzo per conseguire un particolare obiettivo o scopo sociale»). Sull'autoreferenzialità dello "apparato", che ha come fine supremo "quello di riprodursi e di accrescere indefinitamente la propria capacità di realizzare fini", sulla tendenza all'affermarsi monopolistico dell'organizzazione scientifico-tecnologica (rispetto all'organizzazione ideologica), v. E. SEVERINO, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano 1988, pp. 41, 46 ss., 59 e *passim*. Che l'autoreferenzialità sia sinonimo di una forma organizzativa chiusa appare assodato, così come l'autoreferenzialità del diritto prodotto dalle organizzazioni internazionali; v. G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, a cura di A. Febbrajo e C. Pennisi, Milano, 1996, pp. 24 ss., 56 ss. e *passim*.

<sup>18</sup> Da ultimo, sulla possibile inutilità delle elezioni quando la democrazia si riduca ad un "semplice meccanismo". v. A. SEN, *La democrazia degli altri*, Milano 2004, pp. 61 s.

tanto di una classe di politici di professione. chiusa ad un ricambio effettivo<sup>19</sup>. ma anche nello scollamento di questa classe politica dal territorio, dalle istanze della comunità. La classe politica si è costituita così in un vero e proprio apparato, che si posiziona e riposiziona. senza porsi problemi di legittimazione effettiva da parte delle comunità elettrici. su tutto il territorio nazionale. Ciò contribuisce a far sì che non si tratti di una vera classe *politica*, bensì di un apparato che trova al suo interno, nei suoi stessi vertici, la sua legittimazione; di una *casta* chiusa. com'era (ed in parte ancora è. nonostante gli sforzi dei primi anni Novanta) l'apparato burocratico.

Le conseguenze sono evidenti: apparati che remano spesso contro la democraticità del sistema e tendono a dimenticare gli scopi per i quali essi stessi sono stati "voluti" e creati.

Che tutto ciò sia anche ingenerato dalla progressiva esaltazione dell'organizzazione rispetto agli altri elementi degli ordinamenti giuridici e che, pertanto, coinvolga pure l'evoluzione degli studi giuridici è aspetto da prendere in seria considerazione, perché sottovalutarlo potrebbe contribuire a trasformazioni ancora più grandi (e gravi) di quelle attuali. Vi è, infatti, il rischio concreto che, resa opaca la forza

---

<sup>19</sup> Il "punto decisivo" della democrazia non può invero essere «*unicamente* la destituibilità del governo, senza spargimenti di sangue» (K. R. POPPER. *Sulla teoria della democrazia*, 1987, in K. R. POPPER, *Tutta la vita è risolvere problemi*. Milano 1996, p. 190) ed è estremamente riduttivo considerare la democrazia soltanto come politica: bisogna dare, infatti, la giusta considerazione, in corrispondenza all'evoluzione del nostro ordinamento giuridico, alle "funzioni amministrative": bisogna riscoprire l'etica della democrazia iniziando dall'amministrare, piuttosto che confinarla nella politica. Anzi, bisogna fermamente credere che politica e amministrazione coincidano, null'altro essendo la politica che buon amministrare (G. MIELE, *(Le regioni: politica o amministrazione?*, ora riportato negli *Scritti giuridici*, Milano, 1987. II, ultima pagina): questo ha in sé una carica democratica, etica e giuridico-istituzionale, che siamo ancora lungi dall'aver convenientemente apprezzato. Tuttavia l'impossibilità (o l'estrema difficoltà) di ricambio politico mina alla radice la democrazia: scollata dalla possibilità del ricambio, rassegnato al rapporto del politico con la Comunità, la democrazia non può esistere, né per il suo aspetto "formale", né per il suo aspetto etico.

delle teorie istituzionali, della centralità del soggetto<sup>20</sup> e del “corpo sociale”. opacizzata la forza della plurisoggettività come elemento fondante degli ordinamenti giuridici, ne risulti altrettanto opacizzato l’uomo nella sua identità individuale e comunitaria<sup>21</sup>.

Allo stesso modo, una distorta esaltazione del positivismo giuridico può significare esaltarne i peggiori aspetti “ideologici”<sup>22</sup>, come l’indifferenza rispetto ai contenuti normativi e l’imperturbabilità rispetto ai bisogni della Comunità. La stessa esaltazione del positivismo giuridico come metodo, anzi, come *il* metodo scientifico avalutativo<sup>23</sup>,

---

<sup>20</sup> La critica di G. CAPOGRASSI (*Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, cit., 190 s.) alla teoria della istituzione può considerarsi come un completamento della stessa per il verso del soggetto: la teoria della istituzione coglie la vita autonoma delle forme concrete dell’esperienza, che nascono per realizzare un fine o un’idea attraverso una organizzazione di forze, ma non coglie «l’atto di volontà nel quale appare, con la sua inconfondibile autonomia, con la sua assoluta, cioè irriducibile e irrisolvibile, personalità, il soggetto» e questo è «il vero e centrale difetto della teoria della istituzione».

<sup>21</sup> Emblematiche in proposito le considerazioni di N. BOBBIO (*Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 53 e *passim*) su grande impresa e amministrazioni pubbliche sinora non intaccate dal processo di democratizzazione; o quelle di G. DE RITA (*Il regno inerme (società e crisi delle istituzioni)*, Torino, 2002, 47 e *passim*) sul processo di de-istituzionalizzazione.

<sup>22</sup> Positivismo “etico estremistico”, come N. BOBBIO (*Il positivismo giuridico*, Torino 1977, 282 s.) definisce la posizione reazionaria di alcuni giuspositivisti tedeschi della seconda metà dell’Ottocento. All’opposto, il positivismo “etico moderato” è apprezzato per valori, quali la certezza, l’ordine, l’eguaglianza formale, dello Stato liberale-democratico.

<sup>23</sup> Non può essere questa la sede per affrontare la solidità dei presupposti del positivismo giuridico, a partire dalla distinzione fra diritto e scienza del diritto (se ne è ripresa l’attenzione, da ultimo, da parte di M. TROPER, *Cos’è la filosofia del diritto*, Milano, 2003, 20 ss.) su cui dovrebbe fondare il profilo più solido del positivismo (si veda in proposito, M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987, 7 ss.), anche con riferimento al diritto: l’avalutatività della scienza e, pertanto, il metodo positivisticò come metodo scientifico (sui vari aspetti del positivismo giuridico –metodo, teoria e ideologia- si rinvia a N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., *passim*). Sulla problematicità a cui tutto questo è sottoposto può richiamarsi H. M. PAWLOWSKI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, Milano,



tende a separare il comando “legale” dal “giusto”<sup>24</sup>, facendolo scendere di significato anche giuridico<sup>25</sup>: ciò quant’anche si abbia consapevolezza che il diritto non è un “dato”, bensì un “fatto” dell’uomo e che rientra, pertanto, nella storia del comportamento “istituzionale”<sup>26</sup>.

---

1993, 173 ss. Problematico è, infatti, secondo l’A., il “contenuto del diritto”: «Il peculiare vincolo di necessità e positività (arbitrio, condizionamento storico), a differenza che nel relativismo etico, non è più espressione del carattere fideistico dei giudizi di valore o del radicarsi di questi ultimi nelle profondità irrazionali dell’uomo, nella sfera emotiva o istintuale. Essa [la struttura del diritto], al contrario, è frutto (anche) del progresso della conoscenza del diritto e in quanto tale, rappresenta l’oggetto specifico della scienza giuridica. La quale, al pari delle altre discipline, dovrà provvedere a definire i caratteri e i contorni del proprio oggetto in conformità allo stato delle proprie cognizioni» (pag. 186). L’A. (dopo aver ripreso, di seguito, la teoria del “sistema autopoietico” di Luhmann) perviene alla conclusione che, anche prendendo le distanze dalle proprie convinzioni non si può impedire che il giurista faccia del diritto e della sua intrinseca giustizia una “questione personale”: «*ma al giurista, per il quale il diritto è e rimane una mera tecnica e non la manifestazione - ancorché imperfetta - della giustizia, esso risulterà sempre incomprendibile*». (Pag. 229; il corsivo è mio).

<sup>24</sup> Sul limiti del “senso della giustizia”, ma anche sull’errore “di vivere nella convinzione che la scienza sia in grado di dar vita dal nulla, unicamente per via razionale, a una intera cultura con tutto ciò che essa comporta” (nonché sulla dottrina “pseudo democratica” e sul crollo morale e culturale che porta con se), sia consentito di limitare il rinvio a K. LORENZ, (*Die acht Todsünden der zivilisierten Menschheit*, München, 1973), *Gli otto peccati capitali della nostra civiltà*, Milano, 1996 (ventiduesima edizione), 70 ss., 92, 120 ss. e *passim*.

<sup>25</sup> V. G. PERTICONE, *Diritto naturale (teoria moderna)*, in “Nov.mo Digesto Italiano”, V, Torino 1960, p. 957. Importante rilevare la ripresa d’attenzione degli studi in questa direzione, particolarmente nei sistemi di *common law*: v. in proposito, S. FINNIS, *Natural law and natural rights*, Hoxford 1992 (1980 f. p.), particolarmente, 160 ss., 363 ss.

<sup>26</sup> Sul punto valga il richiamo allo studio di I. BERLIN, *Il divorzio tra le scienze e gli studi umanistici*, ora in *Controcorrente*, a cura di H. Hardy, Milano, 2000, 140 ss.: *ivi* la magistrale interpretazione del pensiero di Giambattista Vico.

Organizzazione e positivismo sono, pertanto, idee che tendono a diventare l'ideologia di una sorta di monismo<sup>27</sup> "politico". di onnipotenza "politica".

Osserviamo, tuttavia, che, quasi paradossalmente, sull'onda della nuova centralità dei procedimenti, è l'apparato burocratico a tentare la via di una nuova legittimazione<sup>28</sup>: quella procedimentale. Il procedimento, infatti, introducendo il cittadino nel percorso decisionale, finisce con il legittimare<sup>29</sup> "direttamente" l'organo burocratico che onori il procedimento, raggiungendo più congrui e legittimi<sup>30</sup> risultati. Al tempo stesso sorgono principi e criteri, che filtrano le puntuali norme positive, come imprescindibile attestato dell'evoluzione degli ordinamenti giuridici contemporanei dell'Europa continentale occidentale<sup>31</sup>: evoluzione spesso sollecitata dall'Ordinamento comunitario<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Sulla costruzione del pluralismo (non relativismo) come valori molteplici ed oggettivi e sul monismo come "radice di tutti gli estremismi", si rinvia a I. BERLIN, *(The Power of Ideas) Il potere delle idee*, edizione italiana a cura di Henry Hardy, Milano, 2003, 38 ss. e *passim*.

<sup>28</sup> In un Ordinamento giuridico possono convivere più forme di legittimazione democratica.

<sup>29</sup> Sul procedimento e la partecipazione come momento di legittimazione dell'amministrazione «per dirigenti» v. I. M. MARINO, *Dirigenza locale e Unione europea*, in *Amministrazione civile*, 2, 1993, 25 ss.; di recente G. BERTI, *Unità e pluralità delle giurisdizioni secondo le proposte della commissione bicamerale e secondo la nuova legislazione amministrativa*, in "Scritti in onore di Elio Casetta", I, Napoli, 2001, 224 («L'amministrazione si legittima attraverso il procedimento e non per essere lo spazio dei poteri sovraordinati»).

<sup>30</sup> Il principio di *legittimità-legittimazione*, anche come profilo dell'effettività, viene fatto risalire a Weber (possono vedersene gli sviluppi in N. BOBBIO, *La teoria dello stato e del potere*, in *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Torino, 1981, 224 ss., ma *passim*: "nessun ordinamento diventa legittimo per il solo fatto di essere effettivo, cioè di durare come ordinamento coattivo che ottiene l'obbedienza, ma al contrario un ordinamento è effettivo soltanto se può contare sulla legittimità del potere che lo ha costituito e continua a sostenerlo coi suoi comandi").

<sup>31</sup> Emblematico il principio di ragionevolezza su cui si è più a lungo esercitata la nostra Corte costituzionale: possono vedersi esemplificativamente,

Al fondo anche ciò scaturisce dall'insufficienza di un certo modo d'intendere il positivismo giuridico, dalla consapevolezza che la progressiva, esorbitante espansione della legislazione ha offuscato, quasi per necessità, la dottrina esegetico-positivistica<sup>33</sup>, a vantaggio di una ripresa d'attenzione per il "diritto naturale", riscoperto sotto forma di principi e diritti fondamentali.

La crisi della legge, come crisi di valori, dimostrata, quasi per *tabulas*, dall'abuso legislativo<sup>34</sup>, ha comportato una ridefinizione delle fonti del diritto, emblematicamente rappresentata, da ultimo, dal nuovo titolo V della Costituzione. E la ridefinizione del rapporto fra centro e periferia ha anche costretto a rivedere, ad un tempo, il rapporto fra amministrazione e legislazione<sup>35</sup>: l'amministrazione tende sempre più a legittimarsi "direttamente", mentre la legislazione tende a delegittimarsi, sia perché l'organo di produzione tende ad allontanarsi dal corpo sociale (che pure formalmente lo elegge), sia perché lo stesso prodotto, la legge, tende ad assicurare troppo spesso interessi particolari, estranei agli interessi del corpo sociale.

---

Corte Cost. 23 aprile 1998, n. 135 e 5 marzo 1998, n. 40; in dottrina v., anche per le ulteriori indicazioni, L. PALADIN, *Ragionevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, aggiornamento, 1997, *ad vocem*, nonché, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994; P. M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 11 ss. e *passim*, anche per la ricostruzione del principio come cogente per la totalità dei pubblici poteri.

<sup>32</sup> Basti pensare al principio di proporzionalità, su cui v., fra altri, E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 25 s. e *passim*; M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 145 s. e *passim*.

<sup>33</sup> Ulteriori considerazioni sul punto in J. CHEVALLIER, *Doctrine juridique ed science juridique*, in *Droit ed Société*, 2002, 103.

<sup>34</sup> Sul punto si rinvia a J. CHEVALLIER, *La dimension symbolique du principe de légalité*, in *Revue du droit public*, 1990, 1651.

<sup>35</sup> Sul punto sia consentito rinviare al mio, *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, ora in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, cit., 87.

### 3. GLOBALIZZAZIONE. LEGITTIMAZIONE. SOGGETTI.

Il problema della legittimazione effettiva dell'organizzazione si pone parimenti per le "Istituzioni" della globalizzazione. come pure per le "Istituzioni" che ne subiscono gli effetti.

Una rilevante parte del discorso sulla globalizzazione è costituita, infatti, dalla imperturbabilità degli apparati di fronte alle conseguenze che le loro decisioni hanno sulle zone più depresse del Globo, sui Paesi meno forti, più in generale, sugli uomini.

La perdita progressiva di ruolo, di significato, del Fondo Monetario Internazionale, della Banca mondiale o del WTO, sorti per scopi anche solidaristici e trasformatisi in apparati contro gli scopi originari<sup>36</sup>. O il caso drammatico dell'*Uruguay round* che decide, a tutela della proprietà intellettuale, i prezzi mondiali dei medicinali provocando milioni di morti nei Paesi poveri, nei quali neppure i Governi possono permettersi di agevolare l'acquisto di medicine di prima necessità<sup>37</sup>.

Ma il problema si pone anche per le Organizzazioni che non sono Organizzazioni della globalizzazione e tuttavia dai processi di globalizzazione raccolgono *input* che provocano interventi tali da incidere pesantemente sulla vita di individui e comunità.

Pure in casa nostra abbiamo esempi significativi di comportamenti "istituzionali" provocati da una sorta di effetto globalizzante indotto dal mercato unico europeo<sup>38</sup>.

La Banca d'Italia, com'è noto, ha condotto negli ultimi anni una forte politica di concentrazione bancaria, con effetti devastanti di cui dobbiamo ancora percepire fino in fondo gli esiti. Sicuramente ha a-

---

<sup>36</sup> V. anzitutto, J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002, 7 ss., 13 ss., 20 e *passim*. Per l'FMI, la Banca Mondiale e il WTO v., da ultimo, A. MARTINELLI, *La democrazia globale*, Milano, 2004, 69 ss. Sull'evoluzione del GATT, della Banca Mondiale e dell'FMI v. L. C. THUROW, *Il futuro del capitalismo*, Milano, 1997, 137 ss.

<sup>37</sup> I dati sono tratti da J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, 7 ss., 20 e *passim*.

<sup>38</sup> L'Europa non è *sempre* la possibile risposta alla globalizzazione; lo è qualora l'Unione Europea ristabilisca la priorità della politica, il controllo democratico, la capacità d'azione economica, ma anche sociale, degli Stati europei uniti (in tal senso può essere accolta la tesi di U. BECK, (*Was ist Globalisierung*, 1997) *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, 2000, 187 ss.).

gevolato la crescita del divario fra ricchi e poveri, oggi aumentato in Italia ed in tutta l'Europa: ha accresciuto il divario fra il Nord e il Sud del Paese; ha agito forzatamente sulla distribuzione della ricchezza; ha contribuito in maniera sostanziosa alla perdita del rapporto delle banche con il territorio-comunità.

Si è trattato anche qui di un'organizzazione priva di legittimazione in senso proprio, se non quella derivante dalla ben nota competenza tecnica. La Banca d'Italia è intervenuta a tutela prevalente, se non esclusiva, di altre "organizzazioni" (quelle bancarie), senza guardare agli scopi per i quali spesso le stesse organizzazioni erano nate, senza valutare il mercato con riferimento alle sedi locali in cui esso opera, senza pensare ad articolare le offerte ed i servizi bancari in relazione alle vocazioni produttive delle diverse aree geografiche del Paese, senza che venisse fatta, nelle sedi legittimate, alcuna valutazione politica delle conseguenze. Anche qui, pertanto, organizzazione tecnica contro valori individuali e comunitari, apparato contro democrazia<sup>39</sup>, contro le possibili scelte politiche, legittimamente assunte sulla base di un equilibrio fra i diversificati interessi e gli articolati bisogni della collettività nazionale.

Il problema della legittimazione, infatti, affiora prepotentemente, anche nella sua necessaria riconversione nella *legittimità* dell'intervento della Banca d'Italia: nell'esigenza di legittimità dell'intervento di un organismo tecnico che rischia di stravolgere il sistema socio-economico della Nazione<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Possono richiamarsi in proposito le considerazioni di J. K. GALBRAITH (*American Capitalism*, Boston, 1952) riferite al peso della "tecnostuttura" nel sistema americano: lo Stato non è tanto il comitato d'affari della borghesia, quanto "il comitato d'affari della tecnostuttura" (J. K. GALBRAITH, *Il capitalismo americano*, Milano, 1978, Introduzione di V. Valli).

<sup>40</sup> Non si vuole affatto disconoscere la rilevanza sociale dello sviluppo economico e, pertanto, l'esigenza di salvaguardare la produttività, anzi, si dà per scontato che, come è stato da tempo sostenuto (da V. OTTAVIANO, *L'iniziativa privata, fra intervento pubblico ed esigenze di produttività* (1977), ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1992, II, 38, 50 e *passim*), sviluppo economico e produttività costituiscono il «presupposto per il conseguimento dei fini sociali indicati dalla Costituzione». Assicurare il funzionamento e lo sviluppo del sistema economico consente agli Stati anche di realizzare la re-

La globalizzazione tende così a difendere i produttori: è globalizzazione dei produttori, anche nel senso dei produttori della ricchezza; tende a difendere le *élites*, è globalizzazione dei centri “forti”. Soltanto con grande difficoltà tende ad accreditarsi come globalizzazione degli utenti-consumatori.

La misura di gran lunga minore con cui la globalizzazione funziona per i consumatori e di come questo sia imputabile ad un *deficit* organizzativo è palesata anche dalla tendenza dei consumatori verso l'organizzazione (associazioni di consumatori). Con una doppia constatazione: la forza delle organizzazioni tende a generare altre organizzazioni che vi si contrappongano: il rischio per queste ulteriori organizzazioni, costituite per non consentire ad una pluralità di soggetti di essere schiacciata dalle organizzazioni che la contrastano, di costruire a loro volta un'organizzazione che tenda anch'essa a divenire autoreferenziale e scollata dagli scopi per i quali è stata costituita: l'organizzazione tende così a percorsi organizzativi e ad avvitarci su se stessa.

A questo punto si può convenire su taluni esiti della riflessione sulla globalizzazione di Dani Rodrik<sup>41</sup>: a) la globalizzazione non deve essere “profonda”, bensì fattibile; b) la globalizzazione deve andare di pari passo con il miglioramento della democraticità; c) è necessario ricondurre la globalizzazione ai territori, alle persone ed alla realtà socio economica a cui appartengono. Bisogna, in breve, “integrarsi”, non soltanto con intelligenza, ma soprattutto, in buona fede, con senso “etico” del mercato, della politica, del diritto, della giustizia.

Se, infatti, l'economia globale, con le sue interrelazioni economiche e lo sviluppo tecnologico, “ha portato prosperità a molte diverse aree del pianeta”<sup>42</sup>, ciò potrà consolidarsi soltanto attraverso il consolidamento delle istituzioni che sostengono e favoriscono le nostre libertà<sup>43</sup>, le nostre capacità e qualità umane.

---

distribuzione della ricchezza prodotta e, comunque, di conseguire ogni ulteriore fine sociale.

<sup>41</sup> Harvard University, August 2002.

<sup>42</sup> A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002, 17 s.

<sup>43</sup> *Ibidem*, 133. Purtroppo lo stesso A. ammette che una “visione integrata” della libertà, che deve indicare la strada del nostro futuro, “tende ad anda-

#### 4. ECONOMIA E DIRITTO FRA TECNICISMI FORMALI ED ESIGENZE DI VALUTAZIONE.

A questo punto è evidente che al rapporto fra diritto e globalizzazione si perviene attraverso un ineludibile passaggio di ordine economico: quello fra l'economia e gli aspetti ulteriori che l'economia coinvolge, simbolizzati dall'*etica*.

L'*etica*, la "prudenza", è stata da sempre sottesa all'imprenditoria ed all'economia *tout court*: il modello del mercato che si autoassesta è legato, sin da Adam Smith<sup>44</sup>, ad una fase storica in cui gli imprenditori, i produttori per il mercato sentivano fortemente la loro responsabilità nei confronti delle risorse ed avevano fortemente il senso della dignità della loro posizione. Il denaro non era considerato fine a se stesso: i sistemi non erano degenerati fino al punto da far ritenere, anche a scienziati fisici<sup>45</sup>, che occorresse schierarsi contro l'economia capitalistica perché essa crea una svista fondamentale tra mezzi e scopi: il denaro non può essere lo scopo, occorre riconsiderarlo con forza uno strumento diretto a raggiungere scopi; gli scopi non sono soltanto il benessere di chi il denaro possiede, ma anche la sicurezza, la solidarietà fra le generazioni, gli stessi scopi "egoistici" di trarne una qualche utilità meno effimera del possederlo.

La "prudenza" che aveva caratterizzato i primi passi e una buona parte dello sviluppo dell'economia di mercato si è ormai dissolta e bastano a dimostrarlo i due esempi richiamati da Giuliano Amato in una recente relazione<sup>46</sup>: a) un divario oltre ogni misura e morale fra salari medi e remunerazione dei più alti amministratori d'impresa; b) i Paesi poveri che per essere più concorrenziali distruggono fondamentali ri-

---

re perduta nei dibattiti su mercati, globalizzazione, democrazia, opportunità sociali".

<sup>44</sup> Può ricordarsi che Adam SMITH non è soltanto l'Autore della *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, ma anche della *Teoria dei sentimenti morali* (traduzione italiana, Milano, 1995), dove il sistema giuridico viene ricavato dai principi della morale naturale.

<sup>45</sup> Ad esempio E. EINSTEIN (*Einstein*, Milano, 1980, 169 (tratto da *Monthly Review*, 1949)).

<sup>46</sup> G. AMATO, *Quei confusi confini fra etica e impresa*, La Repubblica, 27 ottobre 2003 (riproduce la Relazione annuale dell'Ucid del 17 ottobre 2003).

sorse ambientali e si sottraggono ad elementari regole di salvaguardia della sicurezza dei lavoratori nelle imprese<sup>47</sup>.

Deve, pertanto, considerarsi acquisito che le leggi economiche vadano supportate dall'etica "sociale"<sup>48</sup>, a maggior ragione se si riconduce anche la democrazia a valori morali<sup>49</sup>.

La globalizzazione impone più che nel passato un'etica del "progresso": progresso tecnologico, economico, ma anche delle democrazie e delle libertà, nonché progresso nell'attenzione per i deboli.

L'altro aspetto per giungere a chiarire il rapporto fra diritto e globalizzazione è squisitamente giuridico e riguarda i problemi via via posti dal positivismo giuridico.

<sup>47</sup> Aggravando un problema che attiene al «modo stesso di operare del sistema concorrenziale» ed ai costi sociali intrinseci al modello della concorrenza e del mercato (sfruttamento concorrenziale abnorme di risorse naturali non inesauribili, di fonti di energia, di patrimonio boschivo, ecc.), come è stato da tempo segnalato da F. CAFFÈ (*Considerazioni intorno al settore pubblico dell'economia*, in *Saggi critici di economia*, Roma, 1958, 87 ss.).

<sup>48</sup> Basterebbe a provarlo i premi Nobel assegnati agli economisti che in epoca più recente, a partire da Amarthia Sen, si sono riportati ai profili sociali dell'economia (da ultimo, Kaneman e Smith).

<sup>49</sup> V., ad esempio, R. RUFFILLI, *Motivazioni etiche alle origini della democrazia moderna: il caso europeo continentale*, e E. BERTI, *Momenti della rifondazione etica della democrazia*, in *Valori morali e democrazia*, a cura di G. Galeazzi, Milano, 1986, rispettivamente, 37 e 114. Sui problemi della democrazia che impatta con l'economia di mercato ("democrazia contro mercato"), v. L. C. THURLOW, *Il futuro del capitalismo*, cit., 265 ss. Si veda, tuttavia, A. SEN (*La democrazia degli altri*, cit., 52 ss. ed *ivi* il richiamo a J. M. BUCHANAN (*Social Choice, Democracy and Free Markets*, 1954): «la democrazia non è incompatibile con lo sviluppo economico». Sul profilo della democrazia legata alla consapevolezza del "comune destino" che lega l'umanità, v. N. BOBBIO (*Il futuro della democrazia*, (1984), Torino, 1995, 30): «In nessun Paese del mondo il metodo democratico può perdurare senza diventare costume. Ma può diventare costume senza il riconoscimento della fratellanza che unisce tutti gli uomini in comune destino?». Altrimenti opinando non rimarrebbe che ritenere con J. MARITAIN (*La tragedia delle democrazie -1943-*, Roma, 1990) che «la tragedia delle democrazie moderne consiste nel fatto che non siamo ancora riusciti a realizzare la democrazia» (pag. 35).



Nel pensiero giuridico più consapevole non vi è stato un divario fra diritto naturale e positivismo giuridico<sup>50</sup>. Si è avvertita piuttosto l'esigenza di un equilibrio fra contenuti e forme, fra il giusto ed i suoi mezzi giuridici di espressione<sup>51</sup>. Ma, se da una parte i cultori di diritto naturale hanno tenuto a mantenere questo diritto in equilibrio con il positivismo giuridico, è avvenuto meno l'inverso: il positivismo, in lotta con il giusnaturalismo, ha avuto la tendenza a degenerare in formalismo ed a perdere i riferimenti contenutistici.

Questa deriva del positivismo giuridico ha proceduto di pari passo con il percorso dei sistemi a diritto amministrativo in cui il principio di legalità si è espresso all'inizio come principio di superiorità della legge, non soltanto portato delle idee filosofiche, ma soprattutto del ruolo svolto dalla legge nella rivoluzione francese a garanzia di libertà ed eguaglianza, ruolo che ha proseguito sviluppando come conseguenza il discredito di tutte le altre fonti del diritto: in particolare del diritto consuetudinario e del diritto dei giudici.

Il percorso della legge si consolida con l'enorme suggestione delle codificazioni, che confermano la "sacralità" della legge (statale)<sup>52</sup>. È un processo, tuttavia, che inizia ad erodersi con l'inversione di tendenza dovuta alla "necessità" e, via via, alla "voglia" di disporre con

---

<sup>50</sup> Il positivismo giuridico, tuttavia, nasce e si sviluppa in maniera "intenzionalmente polemica" nei confronti del diritto naturale (Bobbio); più in generale, sulla derivazione del positivismo giuridico dal giusnaturalismo illuministico a cui vuole contrapporsi, v. M. A. CATTANEO, *Positivismo giuridico*, in Nov.mo Dig. It., XIII, Torino, 1966 316 s.

<sup>51</sup> G. PERTICONE, *Diritto naturale (teoria moderna)*, cit., 956.

È nota la propensione di N. BOBBIO (*Il giusnaturalismo*, in "Storia delle idee politiche, economiche e sociali", diretta da Luigi Firpo, vol. IV, t. I, Torino, 1981, pp. 31 ss.) nel ritenere che l'antitesi del giusnaturalismo non è la teoria dello Stato hegeliano, ma la teoria della società (Saint-Simon), la nascita della società industriale, il movimento che procede dallo Stato alla società senza Stato.

<sup>52</sup> Sul positivismo come preminenza della legge statale implicante una concezione coattiva legata allo statualismo: ma anche sulla sua possibile sopravvivenza condizionata dal riconoscimento di una pluralità di ordinamenti e di "sistemi di riferimento della condotta umana", v. F. MODUGNO, *Positivismo giuridico*, in *Enc. del Diritto*, XXXIV, Milano, 1985, 450 s.

legge in maniera puntuale, facendo così perdere alla legge le caratteristiche per le quali veniva considerata funzione: generalità ed astrattezza<sup>53</sup>.

La nuova tendenza del legislatore ad operare con legge provvedimento<sup>54</sup>, sia pure per i nobili scopi iniziali, ben presto inflaziona la legge, che finisce con il tradursi nella volontà di disporre continuamente, tanto da fare scrivere in proposito a Léon Duguit, già agli inizi del secolo scorso, che occorre “organizzare una forte e pacifica resistenza all’applicazione delle leggi oppressive”<sup>55</sup>.

Oggi i principi del diritto, sia interno, sia di formazione comunitaria, a partire dalla ragionevolezza, introducono forti limitazioni alla

<sup>53</sup> Ricorda Kelsen (H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, 1930), *Lo Stato come integrazione*, Milano, 2001, 113) che «legislazione dal punto di vista della funzione significa produzione di norme generali» (il problema viene affrontato in occasione della critica a R. Smend sulla distinzione fra “legge in senso formale e “legge in senso materiale”).

<sup>54</sup> Sulla legge provvedimento è noto il saggio di E. FORSTHOFF, *Le leggi provvedimento* (1955), nel volume a cura di C. Amirante, E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 101. L’A., tuttavia, richiede come contrappeso un rafforzato controllo della Corte Costituzionale sullo scopo delle leggi provvedimento e sulla *proporzionalità* fra scopo e mezzo (126 ss.). Sulla qualità delle leggi che incidono su condizioni di indole individuale perché norme generali violerebbero la “giustizia materiale” e sugli scopi come essenziali alla norma giuridica (“Perché l’ordinamento giuridico non sussiste per amor proprio, ma è funzionale a tutti gli scopi del soggetto, tanto degli individui quanto dello Stato”), si veda già G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, 1887, ora nella traduzione di C. Forte, *Legge e decreto*, Milano, 1997, 180 ss. e *passim*.

<sup>55</sup> L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, (Paris, 1922, II ed.), Firenze, 1950, 78. L’autore, comunque, respinge «energicamente la dottrina del diritto naturale e tuttavia si richiama al principio di democrazia come “governo della ragione”» e, pertanto alla legge che s’impone soltanto «allorquando è conforme alle condizioni di vita attuali, transitorie e mutevoli di una data società, determinate dalla osservazione e dell’analisi razionale della sua evoluzione e della sua struttura» (p. 81). La precisazione scaturisce dalla convinzione che sia «un grande errore il credere che il processo sociale si misuri dal numero delle nuove leggi che pubblicano i governanti».

legislazione, proprio perché la legislazione è diventata, nell'Europa continentale occidentale, particolarmente invasiva, mettendo a repentaglio le stesse libertà individuali e sociali.

Anche nella Costituzione Europea i principi fondamentali assolvono il ruolo di delimitazione e contenimento normativo (=legislativo, in particolare statale). Il principio di "attribuzione", correlato ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, è principio valido anche nel rapporto fra lo Stato e le articolazioni normative e provvedimentali al suo interno, a vantaggio delle quali vige, per converso, il principio della residualità o generalità delle attribuzioni.

Ma sono, anzitutto, gli altri due principi, sussidiarietà<sup>56</sup> e proporzionalità, che oggi si impongono all'Unione ed agli ordinamenti interni di tutti gli Stati dell'Unione. E non si tratta di principi che tendono soltanto a salvaguardare competenze, bensì di principi che tendono a salvaguardare libertà.

La sussidiarietà cosiddetta orizzontale salvaguarda, infatti, anche la capacità espressiva dell'individuo, le sue capacità, a livello individuale e sociale, di intrapresa e di realizzazione: il principio di proporzionalità è ancor più un principio di non invasività a garanzia della libertà di ciascuno e delle comunità a cui si appartiene, un principio di probità del legislatore e di correlazione necessaria fra gli obiettivi della Costituzione e l'azione dell'Unione nei suoi contenuti e nella sua forma<sup>57</sup>.

Occorre, pertanto, riscoprire un nuovo equilibrio fra positivismo e "valori". Ritenendo, infatti, che il positivismo giuridico equivalga alla scientificità e fornisca una "descrizione avalutativa di ciò che il diritto obiettivamente è", si è degenerato fino al nichilismo<sup>58</sup>, all'indifferenza, con le enormi conseguenze pratiche che si sono sopra accennate.

---

<sup>56</sup> Sul principio di sussidiarietà si veda la recente sentenza della Corte Costituzionale 1 ottobre 2003, n. 303 ed il commento alla stessa nel paragrafo 5 del quarto capitolo del volume di I. M. MARINO, S. LICCIARDELLO, A. BARONE, *L'uso del territorio*, Milano, 2004.

<sup>57</sup> Si veda anzitutto l'art. 9 della Costituzione europea, nonché il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

<sup>58</sup> E. GLIOZZI, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2003, 807 ss. e *passim*. Sul nichilismo si veda il lavoro di

“La lotta per il diritto” non può essere, tuttavia, che la lotta per il giusto<sup>59</sup>; l’ordinamento giuridico deve adeguarsi al fine della giustizia: da questo punto di vista è apprezzabile il tentativo degli ordinamenti giuridici internazionali di creare norme di giustizia. E la giustizia non si può esaurire in un comando; il diritto ha bisogno, *in maniera essenziale*, del suo contenuto, della sua *giusta* sostanza: *iustum* non può essere contro *iustum*. Non per nulla la più recente dottrina finisce con il considerare il positivismo giuridico e lo stesso post-modernismo giuridico, come presupposti del dispotismo<sup>60</sup>.

## 5. DIRITTO AMMINISTRATIVO E GLOBALIZZAZIONE A CONFRONTO.

Il diritto amministrativo prodotto dai sistemi dell’Europa continentale occidentale ha costituito un sistema giuridico circoscritto, forse più di altri, al suo territorio ed alla sua storia: è un prodotto “recente”, frutto della storia degli ultimi due secoli di una parte dell’Europa. La globalizzazione, invece, lo fa impattare con esigenze giuridiche universaleggianti, rispetto alle quali lo stesso tradizionale diritto del mercato cerca di trovare la strada<sup>61</sup>.

---

K. LÖWTH (Stuttgart, 1983), *Il nichilismo europeo*, edizione italiana cura di Carlo Galli, Roma-Bari, 1999.

<sup>59</sup> G. PERTICONE, *Diritto naturale (teoria moderna)*, cit., p. 957.

<sup>60</sup> E. GLIOZZI, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, cit., §22 ss. È un’idea dispotica del diritto quella secondo la quale dal punto di vista giuridico “ogni scelta legislativa vale ogni altra, per quanto ingiusta o incoerente appaia, così ogni interpretazione, per quanto assurda o infondata, ha la stessa validità di ogni altra. A questa cultura, che non è oggi quella dominante fra i giuristi, finiscono per dare un avallo tanto il positivismo, quanto il postmodernismo giuridico” (su quest’ultimo occorre richiamare J. F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris, 1979, ora in traduzione C. Formenti, Milano, 1997 decima edizione).

<sup>61</sup> V. in proposito N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 1159. Il mercato, spaziale o globale, risponde ad una logica oggettiva ed al gergo della tecnico-economia; gli “individui imprecisi” non sono ammessi. «Il mercato globale, spogliando l’uomo di qualsiasi identità e riconducendolo a funzione del produrre e dello scambiare, non genera

Gli ordinamenti continentali europei sono ordinamenti che hanno già conosciuto la cameralistica<sup>62</sup>, come scienza utile per la funzione di governo dei sovrani della fine del Seicento e del Settecento: questa poteva tendere all'universale, ma aveva poco a che spartire con il diritto amministrativo che, nell'Ottocento e nel Novecento, assume il suo ruolo storico sui portati della Rivoluzione Francese. Non si corrisponde più agli interessi del sovrano, ma agli interessi del cittadino e delle comunità a cui il cittadino appartiene. Tale scopo pubblico è essenziale al principio di legalità, alla funzione amministrativa, al diritto amministrativo.

Un ritorno a un diritto che predichi l'efficienza organizzativa senza che siano chiari gli scopi a cui questa è funzionale, per i quali questa è strumento, rischia di farci regredire anche rispetto alla stessa cameralistica. Con l'autoreferenzialità le Organizzazioni diventano un

---

comunità... L'unica loro appartenenza riguarda la tecnica» (pagg. 1163, 1169). «Logorando e svuotando lo Stato, abbiamo aperto un abisso, dove si scontrano, venute dal basso e dall'alto, le forze dell'epoca: la volontà planetaria di profitto e l'oscuro movimento delle offese diversità». Il diritto tende a scadere in mera tecnica legislativa e si scatena un "positivismo tecnicizzato" (pag. 1164 ss.). Per altro verso, la globalizzazione viene considerata un potente fattore di unificazione e di "normalizzazione" nel campo dei contratti impiegati per le transazioni commerciali e finanziarie, la globalizzazione tende a costituire un ordine giuridico "leggero", con un ruolo centrale spettante alle corti, agli organi giudiziari: M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2000, 1060, 1063 ss.

<sup>62</sup> Sul punto P. SCHIERA, *La concezione amministrativa dello Stato in Germania (1550-1750)*, in *Storia delle idee politiche, economiche, sociali*, diretta da Luigi Firpo, IV, Torino, 1980, 363. Il lavoro è fondamentale anche per le considerazioni sulla politica sociale «che è sempre meno il prodotto diretto di un fiat legislativo», bensì è soprattutto perseguita dall'Amministrazione e dalla sua continuità. Ma attenzione a spogliare di qualsiasi contenuto di valore l'attività amministrativa e ad isolarla in un'arida dimensione tecnica o tecnologica, bisogna, invece, augurarsi che si torni a studiare con maggiore interesse le possibili implicazioni "politiche", cioè valutative, presenti nell'amministrazione, nel tentativo di comprendere e controllare razionalmente «le forze "cieche" (cioè di valore) che spesso ne dirigono l'azione, almeno non illudersi che esse non esistano» (pagg. 428 ss.).

*monstrum* giuridico, economico, sociale ed etico rispetto al quale si è sempre in ritardo nel correre ai ripari.

La globalizzazione è ancora lontana in questa fase dall'aver costruito i suoi tratti etico-giuridici, pur avendo costruito una parvenza di tratti economici. Il diritto potrebbe giocare un ruolo decisivo nella costruzione "etica" della globalizzazione. Ma l'interrogativo che si pone è quale diritto si confà a tale scopo.

Il diritto amministrativo è nato come un diritto statocentrico, fondato su cittadini, comunità e territori. La globalizzazione è "un processo essenzialmente a-nazionale oltre che a-territoriale"<sup>63</sup>.

Il nostro retaggio positivista, nella deriva in cui è per adesso avviato, non è in grado di offrire la giustizia e l'eguaglianza<sup>64</sup> come contenuti essenziali al diritto: occorre sperare che i "principi", via via sempre meglio elaborati, siano in grado di imporsi al positivismo.

L'eguaglianza morale degli individui non consiste, peraltro, nel loro avere interessi o nel loro avere diritti, quanto nell'aver diritto ad un'equa parte dei vantaggi attuali e possibili della cooperazione sociale (ed a costi equamente ripartiti)<sup>65</sup>; questioni di giustizia non sono questioni di efficienza né questioni di libertà negativa<sup>66</sup>, bensì questio-

<sup>63</sup> G. DE RITA, *Il regno inerme*, cit., 48.

<sup>64</sup> Eguaglianza "sostanziale", trattamento diseguale della diseguaglianza e così via. L'argomento non può neppure essere sfiorato. La letteratura in materia è molto vasta; sia consentito il rinvio a I. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali*, in *Dir. e Soc.*, 1990, 36 ss., anche per indicazioni bibliografiche fino agli anni Ottanta. Sta di fatto che tuttora la Corte costituzionale è in buona parte impegnata, anche se non sempre a proposito, su questioni di eguaglianza-giustizia. Da ultimo la Corte è stata chiamata, ad esempio, ad intervenire sulla violazione del principio di eguaglianza per leggi supposte irrazionali ed inique sul concorso alle spese pubbliche in ragione della capacità contributiva (Corte costituzionale, 28 luglio 2004, n. 289) o collegando il principio di eguaglianza a quello di ragionevolezza (Corte costituzionale, 28 luglio 2004, n. 285) o su principio di eguaglianza e presunzione di comprensione ai fini penali (Corte costituzionale, 21 luglio 2004, 257) e così via.

<sup>65</sup> S. VECA, *La società giusta ed altri saggi*, Milano, 1988, 154.

<sup>66</sup> Le tesi di Isaiah BERLIN sulla libertà ("libertà da" e "libertà di") sono state compiutamente esposte nei *Four Essays on Liberty* (Oxford, 1969); può

ni di “eguaglianza distributiva” per quanto attiene alle eque condizioni di cittadinanza.

La scarsa capacità di *Welfare*, il crescente divario fra ricchi e poveri, anche in Europa, fanno regredire le conquiste via via ottenute con l'evoluzione del diritto amministrativo: da mero diritto di garanzia, espressione dello “Stato di diritto”, a diritto dell'*effettività*, secondo le aspirazioni sociali degli articoli 2 e 3 della nostra Costituzione<sup>67</sup>.

La definizione di “*giusto*”, che ormai accompagna il procedimento amministrativo dovrà sempre più comportare (a differenza del giusto riferito al processo) che definendo il giusto si definiscano, in realtà, questioni di giustizia sociale, anche nei confronti del legislatore. La stessa ripresa d'attenzione per le teorie contrattualistiche è riconducibile, anzitutto, alla necessità di interpretare l'uguaglianza come un passaggio di giustizia (sociale)<sup>68</sup>.

La riflessione ritorna alla “impossibilità” di costruire ordinamenti giuridici come organizzazione dimentica dei soggetti: l'uomo e il suo ambiente naturale costituiscono gli scopi primi degli ordinamenti giuridici, conferiscono i contenuti primi agli ordinamenti giuridici, parametrano i valori degli ordinamenti giuridici: l'uomo deve rimanere l'elemento primo dell'aggregazione sociale organizzata.

La globalizzazione, infatti, può contribuire alla crisi dei valori umani<sup>69</sup>. Non si tratta della globalizzazione della solidarietà o della globalizzazione delle conoscenze, bensì della globalizzazione dell'indif-

---

leggersi la traduzione in italiano (M. Santambrogio) dell'opera originaria (*Two Concepts of Liberty – 1958*) in *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, Milano, 2000. Sono temi molto insistiti dall'A., da ultimo in *Il potere delle idee*, cit., 42 ss.

<sup>67</sup> Su “Stato sociale” e Costituzione sia consentito il rinvio al mio, *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali*, cit., 24 ss.

<sup>68</sup> Si veda ancora S. VECA, op. cit., 156 s.

<sup>69</sup> Il problema dei valori rimane, comunque, centrale: il positivismo scientifico, paradigma del *razionale* nel significato di scienza neutrale rispetto ai valori oppure la possibilità e oggettività dei giudizi di valore che, ad esempio, J. MARITAIN (a partire dalle *Nove lezioni sulle prime nozioni della filosofia morale*, su cui v. ora V. POSSENTI, *L'azione umana – morale, politica e Stato in Jacques Maritain*, Roma, 2003, 36 ss.) contrappone a Nietzsche e (in parte) a Weber.

ferenza dell'economia rispetto all'immensa varietà delle condizioni, delle aspirazioni, delle vocazioni umane e, per altro verso, della permeabilità al lobbismo politico "privilegiato", al potere lobbistico negli affari<sup>70</sup>.

Gli economisti, peraltro, sono oggi in una fase più avanzata rispetto ai giuristi, perché sono ritornati a calare l'economia nella società, sono diventati economisti sociali, leggono l'economia anche secondo principi di giustizia sociale. I giuristi non hanno ancora avuto altrettanto coraggio. Anzitutto il coraggio scientifico di abbandonare categorie ed approcci privilegiati in passato, a cominciare dal coraggio di ritornare, per così dire, ad un riequilibrio interno alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico. Se per questo sono necessarie rivisitazioni del positivismo giuridico, sulla base di principi indotti, anzitutto, dalle Carte dei diritti umani, occorre avere il coraggio di farlo. La stessa Costituzione europea sarebbe relegata al rango di testo unico o, al più, a quello di "ricognizione storica"<sup>71</sup> se non costituzionalizzasse principi, valori, diritti fondamentali. È compito dei giuristi recuperare le deficienze e riguadagnare il tempo perduto.

---

<sup>70</sup> Sul punto C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, 103, 109 s. e *passim*.

Sulla rilevanza che assume, peraltro, la globalizzazione della conoscenza scientifica: "la conoscenza pubblica", non mette conto di insistere. Basterà ricordare di recente E. BONCINELLI (*Il posto della scienza*, Milano, 2004), non senza sottolineare i legami indispensabili fra scienza e democrazia: la scienza come "impresa collettiva" o "attività sociale" (J. ZIMAN, 1968). Sulla tesi di Ziman V.A. CROMER, *L'eresia della scienza*, Milano, 1996, pp. 198 ss.

<sup>71</sup> Senza per nulla sottovalutare l'importanza dell'esame dell'evoluzione dell'ordinamento comunitario per percepire il significato e la portata acquisiti, nel corso dell'evoluzione, dalle basi culturali delle enunciazioni ora costituzionalizzate: sul punto, N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in "Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.", 2003, p. 1171.