

LO STATO PRESENTE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO *

SABINO CASSESE

SOMMARIO: 1. Il diritto amministrativo in senso oggettivo: un diritto dell'intera società. — 2. Un diritto consacrato dalle norme, ma non ordinato dal legislatore. — 3. Un diritto binomio. — 4. La condizione intellettuale: le tradizioni perdute. — 5. La crisi dell'unità del diritto pubblico. — 6. Instabilità istituzionale e provvisorietà sistematiche. — 7. Anni di sperimentazione: progressi ed esigenze insoddisfatte.

1. Con l'espressione «diritto amministrativo» si indica correntemente sia il complesso degli istituti, delle norme e della giurisprudenza di questo ramo del diritto, sia lo studio che se ne fa (secondo la terminologia diffusa sul continente europeo, ma non nella cultura anglosassone, la scienza del diritto amministrativo).

In molti Paesi, «diritto amministrativo», nel senso di diritto vigente, e «diritto amministrativo», nel senso della relativa disciplina scientifica, fanno tutt'uno, nel senso che il primo vive non solo nella sua concreta applicazione, ma anche nei termini in cui è interpretato dai suoi cultori.

Poiché ciò si verifica nel nostro ordinamento, questo scritto sarà dedicato ad illustrare lo stato presente del diritto amministrativo in ambedue le accezioni e sarà divisa in due parti, una dedicata alla prima, l'altra alla seconda accezione.

Il diritto amministrativo in senso oggettivo, nei due secoli della sua storia, si è venuto configurando come un diritto dell'intera società; come un diritto consacrato in norme, ma non ordinato dal legislatore; come un diritto binomio, composto di una parte «dura» e di un'altra a normatività debole. Provo ad illustrare questi tre caratteri.

Comincio con il «misurare» l'estensione del diritto amministrativo. Un «codice» particolarmente accurato delle leggi amministrative,

quale il Sandulli-Aliberti ⁽¹⁾, una raccolta ricca di circa 8500 pagine, ha circa 2500 «voci» principali, più 5000 «sottovoci». Una «Guida normativa» di largo uso negli enti locali ⁽²⁾, che consta di circa 2500 pagine, ha circa 3100 «voci»: le grandi «materie» di queste raccolte ed esposizioni sono l'amministrazione statale, quella locale, quella parastatale, i beni pubblici, la finanza e i contratti amministrativi, il personale pubblico, la previdenza e l'assistenza, lo stato civile, l'ordine e la sicurezza, i culti, la sanità e l'igiene, la tutela dell'ambiente, i lavori pubblici, l'edilizia e l'urbanistica, le espropriazioni, la difesa, gli affari esteri, la giustizia amministrativa.

Ma, per misurare con precisione l'estensione acquisita dal diritto amministrativo, non basta fermarsi sulle grandi partizioni, occorre anche esaminare da vicino le diverse discipline. Se si fa ciò, si nota che esse si estendono alle gallerie d'arte e alle gare sportive, alla fluitazione e al libertinaggio, alle puericultrici e ai lebbrosi, all'accensione di razzi e all'abbruciamiento delle stoppie, alle feste nazionali e ai barbieri e parrucchieri, alle sostanze psicotrope e all'alimentazione degli animali, agli spedizionieri e ai suonatori girovaghi, ai tronchi all'interno degli abitati e ai giocattoli, alla nascita a bordo di aereo o nave e all'estumulazione, all'uso della bandiera nazionale e alle tettarelle e ai tiralatte, alle bande musicali e alle servitù di scolo delle acque, ai pubblici proclami e all'accensione di fuochi nei luoghi abitati, ai viaggi gratuiti degli indigenti, alle piantagioni e alle acque jemali.

Chi legga i grandi testi unici del passato (quello delle leggi di pubblica sicurezza, quello sulle acque e gli impianti elettrici, quello delle leggi sanitarie), o quegli ammassi informi di norme di oggi che si chiamano leggi finanziarie (presto sostituite dalle leggi di stabilità), o le leggi chiamate comunitarie, si rende conto che non c'è campo dell'attività umana che sfugga alla regolazione amministrativa, e non solo per quanto attiene ai rapporti con le pubbliche amministrazioni.

Quindi, è sbagliato affermare — come si fa di frequente — che il diritto amministrativo è la branca del diritto relativa alla pubblica amministrazione. Quest'ultima, pur giocando un ruolo importante in questo settore, non vi è sempre presente. Numerosissime sono le discipline amministrative dirette ai consociati, non sempre e necessa-

⁽¹⁾ A. M. SANDULLI, *Codice della legislazione amministrativa*, Roma, Stamperia nazionale, s.d. (ma 1979), 3 voll.

⁽²⁾ *Agenda dei comuni. Guida normativa*, Bologna, Caparrini (esce annualmente).

riamente intermedie da amministrazioni pubbliche. Queste dovrebbero avere un'estensione vastissima per presidiare normalmente ogni più piccolo angolo di quelle discipline.

Insomma, il diritto amministrativo ha una estensione vastissima, non paragonabile ad alcuna altra branca del diritto («nessuna delle discipline giuridiche investe di sé tanta parte del mondo moderno come il diritto amministrativo», osservava già nel 1897 Vittorio Emanuele Orlando ⁽³⁾). Esso segue le pubbliche amministrazioni e la vita sociale, è il diritto della società organizzata. Per il diritto amministrativo potrebbe ripetersi quello che ha scritto Paolo Grossi di recente, in termini generali: esso è l'«ordinamento plastico del magma sociale» ⁽⁴⁾.

2. Questa vastissima disciplina di quasi ogni aspetto del vivere civile è consacrata in norme, siano esse legislative, siano esse regolamentari. Il diritto amministrativo è, quindi, un diritto legiferato (o, meglio, normativamente regolato).

Ma questo è vero solo dal punto di vista di una concezione statica o formale della divisione dei poteri. In realtà, il diritto amministrativo discende in larghissima misura dal potere legiferante o normante della burocrazia e della società stessa. Sotto la pressione di esigenze, per effetto di eventi, a causa di culture e punti di vista, si formano progetti di norme, che trovano nei Parlamenti e nei governi organi di registrazione o di ratifica. Ogni volta che la società ha bisogno di stabilire standard, regole di condotta, linee guida, o che le burocrazie alle quali sono affidati certi settori riscontrano zone vuote di norme, a Parlamenti e governi pervengono richieste di svolgere una funzione che, per un verso, rispetto all'autore della proposta, è notarile; per altro verso, rispetto ai consociati, è di legittimazione. È così che nasce e si sviluppa il diritto amministrativo, non per atto del Principe. In esso «i fatti regolano le norme, più di quanto le norme regolino i fatti» ⁽⁵⁾.

Il fenomeno era ben presente già nel XIX secolo al costituzionalista inglese Albert Venn Dicey, il quale, nelle sue lezioni di Harvard,

⁽³⁾ V. E. ORLANDO, *Prefazione*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, I, Milano, Società editrice libraria, 1897, XIII.

⁽⁴⁾ P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, n. 32, vol. II, 1899 ss.

⁽⁵⁾ R. CAPONI, *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2009, n. 1, 163.

poi pubblicate con il titolo *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion* ⁽⁶⁾, riconobbe il ruolo importante della *public opinion* e il suo legame con la *law-making opinion* (o *legislative opinion*).

Dunque, il «legislatore» (il Parlamento e il governo) è formalmente il *dominus* del diritto amministrativo. Ma, sostanzialmente, questo sfugge ad esso ed è invece legato alla potenza legiferatrice della società stessa e della burocrazia.

Il fenomeno si è accentuato negli ultimi decenni a causa dello sviluppo di norme comunitarie. Queste non solo provengono da un ordine giuridico superiore, ma sono anche ispirate da bisogni, regole, eventi produttivi di norme, nati in altre società, ma che si impongono ad un campo più vasto.

3. Infine il diritto amministrativo è ormai divenuto un diritto binomio, composto di una parte «dura» e di un'altra a normatività debole.

La prima parte è quella più nota, composta del diritto amministrativo inteso come «macchina dell'obbedienza». Ne fanno parte il sistema amministrativo-fiscale, l'ordinamento della pubblica sicurezza, il sistema dei limiti alla proprietà privata.

Meno nota è la seconda parte, composta di norme di tipo convenzionale, che non impongono ottemperanza, ma richiedono soltanto adempimento. Sono le prescrizioni di ogni società ben ordinata, quelle che richiedono di tenere le zone cimiteriali fuori dei centri abitati, che dispongono norme di sicurezza per l'uso di energia elettrica e del gas, dettano le regole sanitarie.

Questa parte del diritto amministrativo è composta di quelle che gli studiosi di *Law and Economics* chiamano *social norms*, in cui sono presenti le istituzioni formali della società e quelle informali, e il loro rispetto è dovuto sia all'azione di vincoli giuridici, sia all'azione diretta della società ⁽⁷⁾.

Dunque, il diritto amministrativo è composto di un nucleo duro, intorno al quale sono disposte parti la cui osservanza è fondata su regole di convenienza sociale, piuttosto che su comandi.

A dimostrazione di questa differenza, basta notare la enorme

⁽⁶⁾ Lezioni tenute nel 1897-1898. Il volume, edito a Londra da MacMillan nel 1905, è stato riedito nel 1962 (si veda spec. p. 399 della riedizione).

⁽⁷⁾ A.N. LICHT, *Social Norms and the Law: Why Peoples Obey the Law*, in 14 *The Review of Law and Economics* (2008), 715.

diversità di estensione tra il diritto amministrativo oggetto di norme e quello portato all'esame dei giudici. Il primo, molto più ampio, è il diritto del quotidiano, non dà luogo se non raramente a conflitti. Potremmo chiamarlo diritto «pacificato». Proprio per questo attira di meno l'attenzione degli studiosi. Il secondo, molto più limitato, è quello conflittuale, che richiede la mediazione giudiziaria. Proprio per questo, richiama maggiormente l'interesse del mondo degli studi (specialmente là dove questo è composto in larga misura da avvocati).

Per rendersi conto di questo divario, basta mettere a confronto — con le dovute cautele suggerite dalla diversità di criteri seguiti — le circa 5.000 «sottovoci» della raccolta normativa prima citata e le circa 3.100 «voci» della guida normativa, con le meno di 900 «voci» di una raccolta annuale di giurisprudenza amministrativa ⁽⁸⁾.

Da questo forte divario discende anche lo strabismo del diritto amministrativo, per un lato attento al rapporto autorità-libertà e ai conflitti (specialmente giudiziari) che vi sono connessi; per altro interessato alla vita sociale che si organizza, e ai corpi e alle società intermedie che sviluppano il proprio potere ordinatorio (basti pensare alle organizzazioni professionali e ai sindacati).

4. Passo ora ad esaminare lo stato presente della riflessione giuridica nel settore. Questa è caratterizzata dalla perdita di almeno tre delle maggiori tradizioni culturali dei due secoli precedenti; dalla crisi dell'unità del diritto pubblico; dalla provvisorietà indotta dalla instabilità delle istituzioni stesse.

Nel corso dei due secoli della sua vita, la riflessione giuridica nel campo del diritto amministrativo si è fondata, in Italia, su tre elementi fondamentali: la tradizione romanistica, la cultura germanica, il ruolo svolto da alcuni grandi maestri, che hanno orientato l'intero settore disciplinare.

La romanistica è stato un enorme cantiere nel quale quasi ogni disciplina, ma specialmente quelle di più recente nascita (come il diritto amministrativo), ha trovato i materiali di costruzione delle relative scienze. La grammatica del diritto amministrativo è stata fornita dal diritto romano (sia quello antico, sia quello della rinascita, costituito dalla reinterpretazione pandettistica). Questo ha operato come forza ordinante. Come osservato, in termini generali, da Carl

⁽⁸⁾ Il calcolo è stato fatto su annate recenti della rivista *Giurisprudenza amministrativa*.

Schmitt, scrivendo durante il secondo conflitto mondiale, «il diritto romano è diventato un vocabolario comune, la lingua della comunità della scienza giuridica, il riconosciuto modello del lavoro concettuale giuridico» (9).

Ricordo che alcuni dei maggiori studiosi del diritto amministrativo provenivano da studi di diritto romano (in Italia, Oreste Ranelletti; nell'area germanica, Paul Laband, Otto Mayer, Rudolf von Gneist) e che, comunque, tutti gli studiosi e i professori avevano nel loro bagaglio culturale solidi studi romanistici.

Anche per la scienza del diritto amministrativo si può ripetere quando scritto da Carl Schmitt sulla scienza giuridica moderna in generale, che il suo padre è il rinato diritto romano, la madre la chiesa di Roma; la figlia si separò dalla madre e scelse di stare con il padre; cercò una nuova casa e la trovò nello Stato (10).

Dobbiamo a Goethe la famosa metafora del diritto romano come un'anatra: «istituzione intramontabile, la quale, simile a un'anatra che si immerge nell'acqua, di tanto in tanto scompare, ma non va mai interamente perduta e prima o poi riemerge in tutta la sua vitalità» (11). Ora, nell'ultimo quarto di secolo, l'anatra non è più riapparsa.

Questa è una non piccola responsabilità degli studi romanistici, specialmente di quelli italiani, dove vi è la maggiore concentrazione mondiale di cultori della materia, ma la scienza è divenuta impenetrabile, perché ha perduto di vista l'esigenza storicistica propria dell'epoca moderna.

Lasciata senza la guida concettuale della cultura di origine romanistica, la scienza del diritto amministrativo ha cominciato a ondeggiare, ed è divenuta persino insicura nell'uso dei concetti e dei termini

(9) C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* (1943), tr. it., s.l. (ma Roma), Pellicani, 1996, 47.

(10) «[...] la scienza giuridica è un fenomeno specificamente europeo. Essa non è solo saggezza pratica, né unicamente tecnica. È profondamente coinvolta nell'avventura del razionalismo occidentale. In quanto spirito, discende da nobili genitori. Il padre è il rinato diritto romano, la madre la Chiesa di Roma. La separazione dalla madre si compì finalmente, dopo parecchi secoli di ardui conflitti, all'epoca delle guerre civili di religione. La figlia scelse di stare con il padre, il diritto romano, e abbandonò la dimora materna. Cercò una nuova casa e la trovò nello Stato» (C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, tr. it., Milano, Adelphi, 1987, 71-72).

(11) J.P. ECKERMANN, *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita*, tr. it., Torino, Einaudi, 2008, 265.

di base: situazione giuridica soggettiva e posizione giuridica vengono spesso confuse; non vengono tenuti distinti «status» e capacità; si usa obbligo per obbligazione.

In secondo luogo, la cultura giuridica italiana, dopo il felice esordio romagnosiano, ha avuto la propria rinascita ad opera di Vittorio Emanuele Orlando, e, successivamente, di Santi Romano, di Federico Cammeo e di Oreste Ranelletti. Ora, tutti costoro (e i loro allievi, diretti e indiretti) avevano lo sguardo rivolto alla rinascita della pubblicistica germanica, a Gerber, Laband, Jellinek padre.

La germanofilia dei padri fondatori e dei loro discendenti era peculiare, vista con i nostri occhi. Essi, infatti, prescindevano dal diritto positivo dell'area germanica, ed erano interessati ai paradigmi, alle «teorie», al metodo degli studiosi, con quali, peraltro, intrattenevano ben pochi rapporti, limitandosi spesso semplicemente a leggere i loro libri.

Comunque, dopo la seconda guerra mondiale, questa germanofilia si è perduta: si potrebbe dire che, caduto l'Asse, è caduta con esso l'attenzione per la cultura di lingua tedesca, anche perché soppiantata con la cultura giuridica dei vincitori, quella anglosassone. Lo sguardo è stato rivolto verso il Regno Unito e verso gli Stati Uniti.

La cultura giuridica di quest'ultimo Paese, in particolare, è stata oggetto di grande attenzione, pur senza passare, in Italia, attraverso quella grande revisione concettuale che è stato il *legal realism*, anzi, mantenendo fermi i postulati del positivismo normativistico: il risultato contraddittorio si può comprendere.

Oltre alla filiazione romanistica e alla fratellanza germanica, è andato perduto un altro elemento della tradizione, quello dei maestri nazionali. Fino alla prima metà del XX secolo, accadeva che Jaccarino inviasse un giovane Sandulli a studiare a Padova sotto la guida di Donato Donati o che Santi Romano consigliasse al giovane Giannini di apprendere ad usare i ferri del mestiere nel campo finanziario a Pavia con Griziotti. Dopo la seconda guerra mondiale, Giannini e Benvenuti (in misura minore, Nigro) sono stati poli di attrazione, nel senso che anche allievi di altre scuole locali si rivolgevano a loro per consigli. Ma già era attenuato il rapporto, rispetto all'epoca precedente, perché più episodico. Più tardi, specialmente con i concorsi locali, si sono create scuole locali, di carattere territoriale, e nessuno più ha svolto un compito di orientamento generale.

5. Un secondo fattore che contraddistingue il presente stato del

diritto amministrativo è la crisi dell'unità del diritto pubblico. Questa richiede un breve esame retrospettivo.

Secondo i canoni prevalsi quando la figlia si accasò nello Stato — per ripetere la metafora schmittiana — il diritto pubblico costituisce un ramo unitario comprendente diritto costituzionale, amministrativo, internazionale, processuale, ecclesiastico. Tuttavia, la scienza giuridica italiana (ma neppure quella tedesca) non ha coltivato questi campi in modo unitario: ad esempio, non vi sono teorie unitarie dei procedimenti, legislativi, amministrativi e giurisdizionali, oppure tentativi di ricondurre a unità lo studio dei diversi processi, costituzionale, amministrativo, civile, penale (o almeno dei principi fondamentali che stanno alla loro base). Le eccezioni sono poche: in Italia, la sintesi mortatiana.

Tuttavia, le due culture erano tenute insieme — potremmo dire — sotto il profilo soggettivo: Orlando e Romano, in misura minore Giannini e Sandulli coltivarono, sia pur tenendoli separati, più di uno di questi campi. In particolare, Romano studiò e insegnò il diritto costituzionale, quello amministrativo, quello internazionale, quello ecclesiastico.

Più tardi, i cultori di questi rami prenderanno strade interamente separate, tra le quali sono piuttosto rari gli incontri. Il diritto costituzionale, in particolare, ha preso la strada del *Verfassungsgerichtspositivismus* (la felice espressione è di Isensee⁽¹²⁾), attratto dall'instaurazione della giurisdizione costituzionale. Esso si è, quindi, concentrato sulle prescrizioni della prima parte della Costituzione e molto sugli aspetti processuali (o sul modo in cui questi si legano a quelli di diritto sostanziale). Ha trascurato la seconda parte della Costituzione. Pochi sono gli studi su Parlamento, partiti, sindacati, governo. Troppa attenzione è prestata agli aspetti anche minimi della giurisprudenza costituzionale (e troppo poco alle sue tendenze di fondo). Tra le due sue tradizioni, quella che risale ad Esposito e quella che fa capo a Mortati, è prevalsa la prima. Si è in certa misura trasformato in studio del diritto costituzionale processuale.

Un indirizzo opposto ha preso lo studio del diritto amministrativo. Questo ha alle sue spalle una lunga tradizione in cui diritto sostanziale e giustizia amministrativa erano strettamente legati. Poi ha scoperto che il diritto amministrativo è anche la vita concreta dell'amministra-

⁽¹²⁾ Si veda anche B. SCHLINK, *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft*, in 73 *Der Staat* (1980), 89.

zione, è fatto anche di prassi. E che lo Stato e l'Europa occupano un posto importante sulla scena del diritto amministrativo. Dunque, è andato nella direzione opposta a quella del diritto costituzionale, verso l'allargamento, piuttosto che verso la chiusura nel recinto del giudice.

6. Lo stato presente della riflessione giuridica è, infine, influenzato dalla instabilità istituzionale, nel senso che essa produce provvisoriamente sistematica.

Da un lato, la Costituzione del 1948, pur più volte modificata (più frequentemente di quella nordamericana, molto meno frequentemente di quella tedesca e di quella francese), è, ormai da un quarto di secolo, in attesa di una riforma maggiore. Dall'altro, l'amministrazione centrale è in una sorta di cantiere permanente, sia per la lentissima, ormai quarantennale, attuazione dell'ordinamento regionale, sia per il rioridino periodico delle strutture ministeriali.

Istituzioni transeunti, sempre in attesa di un assetto stabile, frenano la stessa scienza, restia a dedicarsi a ricostruzioni sistematiche di un sistema che tale non è. Basti l'esempio della giustizia amministrativa, ritenuta da studiosi come Giannini un para-sistema, e quindi non degna di studi di carattere sistematico, tutt'al più di incursioni, analisi parziali, sondaggi.

Quello che Maurice Hauriou, scrivendo circa un secolo fa, ha chiamato un *état perpétuellement révolutionnaire* ⁽¹³⁾, prodotto dalle continue modificazioni normative, ha indotto una scienza giuridica abituata alla relativa eternità delle istituzioni e incapace di costruire le proprie basi sullo studio del movimento legislativo, a ridursi al commento.

Questo stato di cose ha causato l'assenza di sicuri punti di riferimento; la prevalenza di micro-problemi e di studi settoriali, su cui si fanno sperimentazioni e prove; un forte divario tra la letteratura «alta» e il *sermo humilis* dei cultori delle note a sentenza, dei commentatori, dei postillatori; infine, una certa incomunicabilità interna tra queste due diverse culture, tra le quali il dialogo è difficile, perché lavorano ad altezze diverse.

7. Che cosa hanno prodotto questi anni di sperimentazione? Segnalo i progressi e le esigenze insoddisfatte.

In questi anni lo Stato è stato spogliato della sua veste sacrale,

⁽¹³⁾ M. HAURIUO, *Principes de droit public*², Paris, Larose, 1916, XI.

sono stati analizzati i limiti interni ed esterni della sovranità, sono stati indagati i limiti dell'imperatività e il «governo con il consenso» (o, meglio, la necessità del consenso per governare), con ciò che ne è conseguito in ordine alle embricazioni tra diritto pubblico e diritto privato. È stata spostata l'attenzione dal solo diritto legislativo a quello giurisprudenziale e a quello che si forma nelle amministrazioni (le *policies*). Si è portata l'attenzione sulla finanza. Si sono aperti gli studi giuridici alla scienza politica, alla statistica, all'economia e alla sociologia.

Basti citare, scegliendo solo tra le opere recenti, due libri — simbolo, come quello di Aldo Sandulli sulla storia della scienza del diritto amministrativo ⁽¹⁴⁾ e quello di Giulio Napolitano e di Michele Abrescia sull'analisi economica del diritto pubblico ⁽¹⁵⁾. Nonostante il loro carattere sperimentale, son due libri significativi. Il primo, perché, in un certo senso, rompe il tradizionale ordine disciplinare, secondo il quale agli storici del pensiero è riservato lo studio del pensiero degli amministrativisti. Al contrario, ogni scienza che non riflette anche su stessa è destinata a rimanere incompleta. Il secondo, perché stabilisce un ponte tra economia e diritto, aprendo ai giuristi la prospettiva di arricchire le loro analisi con le tecniche dell'analisi economica.

Per questi aspetti, la scienza giuridica italiana può dirsi soddisfatta dai progressi da essa compiuti in questo campo e guardare con attenzione al fiorire del *New Administrative Law* e della *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, che può ben a ragione sentire di aver percorso.

Al passivo del bilancio vanno segnalate le esigenze insoddisfatte, gli studi che mancano. Vi è un importante deficit culturale — non solo tra i giuristi — relativo alla convivenza di istituzioni di democrazia e di istituzioni di garanzia. Non si è studiato il fenomeno della espansione, della contrazione e della ri-espansione dello Stato, né quello della sua nuova articolazione. È stato consegnato troppo presto agli storici lo studio dell'esperienza fascista, troppo rapidamente e superficialmente considerata totalitaria (e che andrebbe reinterpretata alla luce delle continuità, piuttosto che delle cesure e delle parentesi). È stata dimenticata la lezione di Savigny, quella per cui non è buon giurista chi non

⁽¹⁴⁾ A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009.

⁽¹⁵⁾ G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009.

padroneggi i principi. Non sono stati superati i limiti di una scienza statica, d'impronta ottocentesca (distingue, classifica, ordina), resi più evidenti dai progressi di altre scienze, come quella economica (che sono riuscite a introdurre nel proprio corpo disciplinare lo studio delle leggi del movimento). Si è fermi ad un impianto positivistico, per cui norma è il dettato del legislatore, al quale si possono tutt'al più suggerire nuove norme (distinzione *de jure condito* e *de jure condendo*). Manca, infine, il riesame degli strumenti concettuali, che risalgono quasi tutti ancora alla pandettistica e alla *post*-pandettistica, riesame che richiede analisi accurate e ricostruzioni complessive, non limitate al breve termine.

Di tutto questo passivo, la componente che grava più pesantemente sugli studi odierni è quella metodologica. Gli espedienti per l'aggiornamento e la sistemazione del diritto vigente non sono molto diversi da quelli utilizzati dai giuristi del basso medioevo⁽¹⁶⁾: interpretazione letterale dei testi, loro divisione in parti logiche, rielaborazione sistematica, enunciazione di casi paralleli, lettura del testo alla luce del contesto, indicazione della natura dell'istituto, delle sue caratteristiche distintive, della sua ragione di essere e delle sue finalità, ulteriori osservazioni e obiezioni all'interpretazione proposta.

Su questa trama si è venuto ad aggiungere, a partire dal XIX secolo, il positivismo normativistico. Questo — come quello scientifico —, fiducioso nell'assolutezza delle proprie proposizioni, corre continuamente il pericolo di trasformare la scienza in metafisica: ha la pretesa di applicare al pensiero scientifico una categoria caratteristica della metafisica, l'assoluta sistematicità e coerenza logica.

Da ultimo, il diritto amministrativo ha adottato la prospettiva epistemologica ermeneutica (che mira a cogliere il significato di fatti ed azioni) e quella sistematica (che aspira a riordinare la realtà secondo un codice di riferimento), non quella naturalistica, di matrice neopositivistica (caratterizzata dalla capacità di accertare cause o regolarità empiriche).

Il compito del giurista oggi è lo stesso indicato mezzo secolo fa da Carl Schmitt: «Non possiamo sceglierci, secondo i nostri gusti, i regimi e i mutevoli detentori del potere, ma tuteliamo, con il cambiare delle situazioni, ciò su cui poggia un modo razionale di essere uomini che non può fare a meno dei principi del diritto. Di tali principi fa parte un

⁽¹⁶⁾ A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 1999, 139.

riconoscimento della persona che non venga meno neppure nella contesa e che poggi sul rispetto reciproco; una sensibilità per la logica e per la coerenza dei concetti e delle istituzioni; il senso della reciprocità e del livello minimo di regolarità procedurale, del *due process of law*, senza cui non c'è diritto» ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ C. SCHMITT, *La condizione* cit., 83. Una riflessione importante sul compito della scienza giuridica in ambito europeo è stata avviata da A. VON BOGDANDY, *The past and promise of doctrinal constructivism. A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe*, in 7 *I-Con* (2009), 364, su cui G. NAPOLITANO, *Sul futuro delle scienze del diritto pubblico: variazioni su una lezione tedesca in terra americana*, in questa *Rivista*, 2010, 1 ss.