

Sabino Cassese

**A PROPOSITO DI
«VERWALTUNGSRECHTLICHE
DOGMATIK»
DI EBERHARD
SCHMIDT-ASSMANN.
UN NUOVO CORSO DEL DIRITTO
AMMINISTRATIVO?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

A PROPOSITO DI «VERWALTUNGSRECHTLICHE
DOGMATIK» DI EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN.
UN NUOVO CORSO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO?

SABINO CASSESE

Scritto con elegante stile assertivo, questo libro ripercorre i luoghi classici del diritto amministrativo (fonti, atto, organizzazione, giustizia), alla ricerca di prospettive nuove. È una sintesi di ricerche svolte dall'autore e da un gruppo di studiosi a lui legato. Fa riferimento agli apporti scientifici di altre culture nazionali, ma svolge una analisi e ragionamenti diretti in primo luogo alla cultura tedesca. Si muove tuttavia sempre nella prospettiva del diritto europeo.

Ne è autore uno studioso notissimo, professore di diritto pubblico dal 1972 al 1979 alla Ruhr-Universität di Bochum e dal 1979 fino al termine del suo insegnamento all'Università di Heidelberg, autore di opere notissime, tra le quali menziono in particolare quella su *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung* (Berlin, Springer), del 2004, nel quale emergevano gli interessi sistematici dell'autore e la sua propensione ad affrontare i principi reggenti la disciplina.

I punti salienti del libro sono i seguenti. Il diritto amministrativo si amplia e differenzia, per cui richiede modelli nuovi, dialogo con le altre scienze, comparazione. Il nuovo centro sta nella direzione. Divenuta l'amministrazione policentrica e pluridimensionale, la legge perde il suo tradizionale posto centrale, non è più la fonte dominante del diritto. Assumono importanza l'attuazione della legge, i principi giuridici generali, il *soft law*, il diritto internazionale, mentre la gerarchia delle fonti si dequota e assumono rilievo criteri funzionali e legati alla legittimazione dell'autorità che pone le norme. Accanto all'attività formalizzata, diventa importante l'attività informale (ad esempio, l'informazione); ma la de-formalizzazione non vuol dire mancata sot-

toposizione al diritto. Tra le forme dell'azione amministrativa, o accanto ad esse, acquisiscono importanza anche la pianificazione, l'attuazione e gli effetti, particolarmente importanti ai fini del diritto europeo e della cooperazione. La tutela giurisdizionale, a sua volta, muta. Ne cambiano i parametri (specialmente l'intensità e l'ampiezza del controllo del giudice). Cambiano i rapporti tra le diverse tutele (nazionale e sovranazionale). Infine, il diritto dell'organizzazione amministrativa acquisisce particolare importanza, in quanto attraverso di esso passano le maggiori modificazioni della statualità (carattere politico del diritto dell'organizzazione, sue basi costituzionali, legittimazione, componenti procedurali, scelta tra i tipi di organizzazione).

L'ambizione di questo scritto e dei molti studi dell'autore e degli studiosi del suo cerchio è quella di indicare il nuovo corso che ha preso il diritto amministrativo rispetto alla tradizione che risale a Otto Mayer. Prima di indicarne i punti critici, debbo aggiungere che le idee dei sostenitori del «nuovo diritto amministrativo» hanno avuto vasta risonanza in Europa: mi limito a menzionare la traduzione spagnola delle analisi generali di Schmidt-Assmann *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2006 e la versione francese *Droit administratif et justice administrative. Permanence et renouveau*, in *Revue française de droit administratif*, 2008, mai-juin, 427 ss. e juillet-août, 667 ss., nonché il saggio in lingua inglese di W. Kahl, *What is 'New' about the 'New Administrative Law Science' in Germany?*, in 16 *European Public Law* 1 (2010), 105 ss.

I punti critici dell'analisi dello studioso di Heidelberg sono tre, e su questi vorrei fermare brevemente la mia attenzione: direzione, interdisciplinarietà, dogmatica.

Direzione o indirizzo («Steuerung»), non «governance», dice l'autore, assume un posto centrale nel nuovo diritto amministrativo. Si tratta di attività spesso trascurate dalla scienza del diritto amministrativo, come le pianificazioni, gli incentivi, le attività informali, quelle preparatorie. L'autore propone, in sostanza, di allargare lo sguardo all'intero processo di decisione (ma anche a quello che non si conclude con decisioni in senso formale, come le attività informative). Questo è un ampliamento interessante, conquista nuovi campi alla comprensione della realtà amministrativa. Ma resta, tuttavia, indeterminato il concetto di direzione o indirizzo, che finisce per rimanere più come un suggerimento per ulteriori ricerche che come la pietra di fondazione di un nuovo corso della disciplina.

Anche l'interdisciplinarietà rimane nel vago, ma questa volta in un senso diverso. Infatti, la scienza del diritto amministrativo si è aperta da tempo allo studio di altre discipline, e ne ha utilizzato lo strumentario. Basta che citi la «behavioral economics», che sta dando luogo agli istituti e alle procedure che ruotano intorno al «nudging» (si veda, per tutti, R.H. Thaler e C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008) e alla stessa scienza economica, di cui ha fatto ampia applicazione al diritto amministrativo G. Napolitano nel suo *La logica del diritto amministrativo* (Bologna, il Mulino, 2014) e i cui studiosi riconoscono l'importanza del ruolo delle istituzioni e del diritto (basti ricordare due libri recenti, quello degli americani D. Acemoglu e J. Robinson, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, London, Profile Books, 2012 e quello dell'italiano E. Felice, *Perché il Sud è rimasto indietro*, Bologna, il Mulino, 2013). Intendo dire che l'interdisciplinarietà ha fatto ormai grandi progressi e non è a senso unico, perché i giuristi applicano teorie economiche, gli economisti interrogano le istituzioni. Non ci si può limitare, quindi, a predicarla, bisogna praticarla.

Infine, la dogmatica. Questa è insieme di tecnica e di metodo propri della area culturale germanica. Ha avuto applicazione, in passato, anche in un numero limitato di altri paesi, come l'Italia. È re-interpretata dall'autore di questo libro come metodo giuridico che non espunge gli elementi considerati come non giuridici e come uso di concetti, ma non nel senso proprio del formalismo. Tuttavia, essa è strettamente legata a un capitolo proprio della storia intellettuale dell'area germanica. Assume l'esistenza di paradigmi, concetti, istituti, a-temporali. È stata sottoposta a molte e convincenti critiche. È stata rivisitata criticamente negli anni d'oro dello strutturalismo. Ci si può chiedere, allora, se possa essere ancora il giusto veicolo di un ripensamento del diritto amministrativo che miri a non essere meramente nazionale, aspiri a contribuire alla ricostruzione di uno spazio europeo della cultura giuridica.