

2010

ANNO LX

Rivista trimestrale di diritto pubblico



GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO
FASCICOLO N. 1

Articoli

GIULIO NAPOLITANO, <i>Sul futuro delle scienze del diritto pubblico: variazioni su una lezione tedesca in terra americana</i>	1
GIANLUCA SGUEO, <i>Proactive Strategies in the Global Legality Review</i>	21
EDOARDO CHITI, <i>Le trasformazioni delle agenzie europee</i>	57
DARIO BEVILACQUA, <i>L'uropeizzazione dell'Istat</i>	91

Note

SIMONA RODRIQUEZ, <i>Law-making e policy formulation: il ruolo della società civile</i>	125
STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, <i>L'evoluzione della politica della casa in Italia</i>	163

Rassegne

ROBERTA CALVANO, <i>I libri di diritto costituzionale 2007-2008</i>	211
ALDO SANDULLI, <i>I libri di diritto amministrativo 2007-2008</i>	235

Rivista bibliografica

Opere di *Benjamin N. Schiff* (Elisa D'Alterio); *Angela Del Vecchio* (Mariangela Benedetti); *Karen J. Greenberg - Joshua L. Dratel - Jeffrey S. Grossman* (Edoardo Chiti); *José Bermejo Vera* (Margherita Ramajoli); *Christopher McCruden* (Hilde Caroli Casavola); *Giovanni Piccirilli* (Renzo

SUL FUTURO DELLE SCIENZE DEL DIRITTO PUBBLICO:
 VARIAZIONI SU UNA LEZIONE TEDESCA
 IN TERRA AMERICANA

GIULIO NAPOLITANO

SOMMARIO: 1. Un dibattito in prospettiva comparata. — 2. Sui caratteri e sul metodo. — 3. Primati, crisi e trasformazioni, dentro e oltre lo Stato. — 4. Influenze e derive giurisprudenziali. — 5. Istituzioni, politiche e riforme. — 6. La sfida dell'analisi economica.

1. Nel numero 3 del luglio 2009, l'*International Journal of Constitutional Law* ospita un ampio dibattito sul ruolo della scienza del diritto costituzionale, e del diritto pubblico più in generale, in una prospettiva comparata ⁽¹⁾.

La discussione è avviata da una lezione tenuta presso la *New York University* prima e quella di Toronto poi da Armin Von Bogdandy, direttore del *Max Planck Institut* per il diritto internazionale e pubblico comparato di Heidelberg ⁽²⁾. Il suo intervento costituisce un'appassionata perorazione della funzione ordinatrice della scienza giuridica, che sarebbe storicamente legata all'affermarsi in Germania di un metodo positivista. Tale funzione (definita in termini di *doctrinal constructivism*) risulterebbe ancora oggi fondamentale non soltanto per assicurare il corretto funzionamento dei sistemi democratici contemporanei, ma anche per dare più solide basi all'identità europea. In questa chiave, le riflessioni del giurista tedesco toccano anche i mute-

⁽¹⁾ Si v. *The role of constitutional scholarship in comparative perspective: An exchange among Armin von Bogdandy, Robert Post, Mattias Kumm, and Alexander Somek*, con una prefazione di Michel Rosenfeld, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, 361 ss.

⁽²⁾ A. VON BOGDANDY, *The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, 364 ss.

voli rapporti tra diritto costituzionale e diritto amministrativo e la loro proiezione su scala sovranazionale.

La lezione di Armin von Bogdandy è commentata da due costituzionalisti di lingua tedesca ora docenti negli Stati Uniti, Mattias Kumm ⁽³⁾ e Alexander Somek ⁽⁴⁾ (quest'ultimo, austriaco), e da Robert Post ⁽⁵⁾, *dean* della facoltà di legge di Yale. Il dibattito consente di mettere a fuoco una differenza fondamentale tra l'approccio europeo continentale e quello statunitense. Nel primo, la scienza giuridica assume un ruolo dominante nella costruzione dell'ordinamento e dei suoi istituti fondamentali e nell'influenzare gli orientamenti giurisprudenziali delle corti. Negli Stati Uniti, invece, la scienza giuridica sembra svolgere un ruolo più limitato, di commento e di critica alle decisioni della Corte suprema. I processi di transnazionalizzazione e di globalizzazione del diritto, tuttavia, pongono le premesse per una crescente convergenza e ibridazione di soluzioni istituzionali e soprattutto per una sempre maggiore circolazione di modelli culturali.

Lo scambio di idee finisce così per toccare questioni teoriche e argomenti pratici, per mettere in discussione verità consolidate e per evocare nuovi scenari, sia all'interno dei sistemi giuridici nazionali sia all'esterno degli stessi, in vista della loro integrazione. Sorge di qui l'idea di proporre alcune 'variazioni' a questa lezione tedesca in terra americana, nella speranza che un approccio meno identitario, sia in termini nazionali, sia dal punto di vista disciplinare, possa più facilmente collocare in una prospettiva critica gli argomenti trattati ⁽⁶⁾.

A tal fine, si metteranno a raffronto i principali sviluppi del diritto costituzionale e del diritto amministrativo e delle rispettive scienze, con l'avvertenza che l'unità scientifica dei due rami in un comune e più generale diritto pubblico è per molti versi fittizia, per almeno tre ragioni ⁽⁷⁾. In primo luogo, non esiste una trattazione unitaria dei

⁽³⁾ M. KUMM, *On the past and future of European constitutional scholarship*, *ivi*, 401 ss.

⁽⁴⁾ A. SOMEK, *The indelible science of law*, *ivi*, p. 424 ss.

⁽⁵⁾ R. POST, *Constitutional scholarship in the United States*, *ivi*, 416 ss.

⁽⁶⁾ Per una conferma della varietà di prospettive, d'altra parte si v. gli atti del XX colloquio del Gruppo europeo di diritto pubblico (Atene, 11-12 settembre 2009): in particolare le relazioni di J.-B. AUBY, *Le droit administrative en Europe, 20 ans après*, e di S. CASSESE, "Le droit tout puissant et unique de la société". *Paradossi del diritto amministrativo* in questa *Rivista*, 2009, p. 879 ss.).

⁽⁷⁾ Questa, in particolare, è una convinzione diffusa nella scienza giuridica

relativi istituti, che, ad esempio, ponga a raffronto l'organizzazione politica e l'apparato burocratico, gli atti normativi e i provvedimenti amministrativi, la giustizia costituzionale e il contenzioso amministrativo. In secondo luogo, il diritto amministrativo è parte del diritto pubblico, ma si compone anche di istituti di diritto privato, speciale o modificato, di cui l'amministrazione si avvale sempre più frequentemente. In terzo luogo, vi sono altre scienze del diritto pubblico (i diritti processuali, il diritto penale, il diritto internazionale) tradizionalmente trattate separatamente e su cui in questa sede non ci si soffermerà ⁽⁸⁾.

2. Per l'osservatore continentale — e in particolare per un giurista tedesco come Armin von Bogdandy — la scienza giuridica gioca un ruolo fondamentale nello sviluppo dell'ordinamento degli Stati membri dell'Unione europea. La scienza giuridica, infatti, non si limita a descriverlo dall'esterno, ma lo plasma dall'interno. L'identità stessa dello Stato e del relativo sistema istituzionale appare forgiata dalle creazioni concettuali della scienza giuridica: basti pensare alla teoria della sovranità in Germania (*Staatsouveränität*), a quella del servizio pubblico in Francia, o, ancora, a quella del primato del Parlamento in Gran Bretagna ⁽⁹⁾.

La scienza giuridica, in questa prospettiva, plasma concetti e strutture fondamentali, chiarisce e legittima il diritto vigente alla luce di principi generali, ispira o critica gli sviluppi dell'ordinamento, forma le future generazioni di giuristi. La dottrina giuridica, allora, può considerarsi una scienza, almeno nel senso del termine tedesco di *Wissenschaft*. Armin von Bogdandy, naturalmente, si mostra ben consapevole delle ambivalenze e delle criticità di una siffatta conclusione. Basti pensare che in questo campo la distinzione tra affermazioni vere e false ha un valore limitato; che la riflessione sul metodo è soltanto

italiana: da ultimo, S. Cassese, "Le droit tout puissant et unique de la société". *Paradossi del diritto amministrativo*, cit.; in precedenza, per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*⁸, Padova, Cedam, 1969, I, 52 ss.

⁽⁸⁾ A tale riguardo, peraltro, può essere utile richiamare una recente tesi, secondo cui il diritto costituzionale e il diritto amministrativo presenterebbero significative assonanze in quanto entrambi volti a disciplinare gli Stati e l'esercizio della sovranità, l'uno in una prospettiva interna, l'altro in una prospettiva esterna (si v. J. GOLDSMITH e D. LEVINSON, *Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law*, in *Harvard Law Review*, 122, 2009, 1792 ss.).

⁽⁹⁾ A. VON BOGDANDY, *The past and promise of doctrinal constructivism*, cit., 365-366.

rudimentale; che l'attiva partecipazione di molti studiosi all'attività pratico-professionale così come a quella politica può mettere in dubbio il valore della neutralità. Ciò nonostante, la conclusione positiva può essere mantenuta ove si consideri che i giuristi operano all'interno di un ambiente culturale in cui riflessioni, studi e pubblicazioni sono destinati all'esposizione sistematica del diritto. Questa è fondata su uno schema concettuale 'freddo', lontano dalle dispute che inevitabilmente sorgono attorno a singoli casi 'caldi'. La ricerca e l'insegnamento del diritto, d'altra parte, sono strettamente legati l'uno all'altro; sono stabilmente collocati all'interno delle università; godono della protezione costituzionale riconosciuta alla libertà della scienza ⁽¹⁰⁾.

Nella sua lezione americana, Armin von Bogdandy evidenzia come l'affermazione delle scienze del diritto pubblico quali discipline autonome di studio e di insegnamento avvenga alla fine del XIX secolo in un contesto culturale dominato dal positivismo. Un contributo fondamentale in tal senso proviene dalla scuola tedesca del positivismo giuridico dello Stato (*staatsrechtliche Positivismus*), attraverso le elaborazioni di Gerber e Laband. Fondamentale è la ricerca di una piena autonomia dalla scienza politica, dagli studi storici e dalla dottrina del diritto naturale. In questa fase, l'intera scienza dal diritto pubblico volge il suo sguardo a quella del diritto privato, per acquisirne gli istituti fondamentali e 'doppiarli' con corrispondenti e speculari istituti del diritto pubblico. Il diritto viene così separato dalla realtà sociale e fondato su concetti astratti e ordinanti come quelli di Stato, persona giuridica pubblica, sovranità, autorità, diritto pubblico soggettivo. In questo modo, il diritto pubblico, nei suoi diversi rami, assume una posizione intermedia tra il diritto naturale, oggetto di studio della filosofia, e le concrete previsioni del diritto positivo, che rientrano invece nel dominio della politica e della giurisprudenza. È la capacità ordinatrice dei concetti da essa elaborati che consente così alla scienza giuridica di affermare la propria superiore competenza nell'ordinare razionalmente una realtà altrimenti dominata dal caos ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ A. VON BOGDANDY, *The past and promise of doctrinal constructivism*, cit., p. 365-366. Nella letteratura italiana, sull'«oggettivamente basso grado di scientificità, cioè a dire di controllabilità, che può annettersi al discorso giuridico», A. BALDASSARRE, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Atti del Seminario di studio dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Messina, 23 febbraio 1996, Padova, Cedam, 1997, 90 ss., qui 101.

⁽¹¹⁾ A. VON BOGDANDY, *The past and promise of doctrinal constructivism*, cit., 367-368.

Il primato del positivismo giuridico, tuttavia, è da tempo entrato in crisi, grazie agli orientamenti giusrealisti affermatasi nel corso del XX secolo. Si sono così abbandonate le astrazioni concettuali che avevano condotto a perseguire itinerari e percorsi intellettuali come quelli della teoria generale dello Stato.

Può essere utile al riguardo evidenziare come la scienza giuridica italiana sia stata tra le più nette e conseguenti in tal senso. Basti pensare, ad esempio, alla chiara affermazione secondo cui il diritto costituzionale è «per eccellenza legato alla storicità delle costituzioni dei singoli paesi» e affronta «problematiche che variano nel tempo e nello spazio in modi sempre diversi». Diversamente dal diritto privato, dove vi sono molteplici istituti plurisecolari che, in quanto tali, sono passibili di teorizzazioni generali, il diritto costituzionale conosce pochissimi «istituti storicamente ormai scarsamente variabili». In larga parte, dunque, le costituzioni «sono ordinate attorno a variabili»⁽¹²⁾.

Il superamento del positivismo, tuttavia, non comporta certo la fine della missione propria del giurista. Da un lato, rimangono in piedi alcune concettualizzazioni che la dottrina impiega per intendere e distinguere le diverse normazioni positive e la loro evoluzione⁽¹³⁾. Dall'altro, come sottolinea uno dei commenti 'euro-americani' alla lezione tedesca, la scienza giuridica resta fedele a tre fondamentali postulati che distinguono il proprio metodo da quello degli altri scienziati sociali. In primo luogo, oggetto specifico di studio è la norma giuridica in quanto tale. In secondo luogo, le norme giuridiche sono analizzate da una prospettiva interna all'ordinamento. In terzo luogo, l'interprete muove dal postulato della coerenza dell'ordinamento giuridico e risolve sulla base di esso eventuali antinomie tra singole disposizioni⁽¹⁴⁾.

3. Armin von Bogdandy evidenzia come, nel corso del tempo e nei diversi contesti nazionali, le scienze del diritto pubblico conoscano vicende alterne. Sul piano delle tradizioni culturali, infatti, l'autonomia delle due discipline varia da paese a paese. Ad un estremo si colloca la

⁽¹²⁾ Per riprendere le parole di M.S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, Bulzoni, 27-29.

⁽¹³⁾ In tal senso, ad esempio, M. LOUGHLIN, *In defence of Staatslehre*, in *Der Staat*, 2009, 1 ss.

⁽¹⁴⁾ Sull'importanza di questi tre postulati insiste M. KUMM, *On the past and future of European constitutional scholarship*, cit., 409.

tradizione inglese, dove la concezione del diritto costituzionale come baluardo contro i privilegi dello Stato impedisce, per oltre mezzo secolo, la nascita di un'autonoma scienza del diritto amministrativo. All'altro estremo, l'esperienza francese sembra evidenziare ancora oggi un primato della scienza del diritto amministrativo su quella del diritto costituzionale, dovuta anche al maggiore prestigio del *Conseil d'Etat* rispetto al *Conseil Constitutionnel* ⁽¹⁵⁾.

In tutti i paesi dell'Europa continentale, tuttavia, dalla seconda metà dell'Ottocento fino alla prima metà del Novecento, le strutture portanti dello Stato sono quelle offerte dal diritto amministrativo. Diventa così possibile teorizzare che «il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta». A partire dagli anni Quaranta del XX secolo, invece, l'adozione di costituzioni scritte e rigide, concepite per durare nel tempo, modifica questi equilibri. Il diritto amministrativo è visto in funzione ancillare del diritto costituzionale, come sua «concretizzazione». I principi della disciplina delle pubbliche amministrazioni sono fissati nella Costituzione e la legislazione amministrativa si deve ad essi ispirare.

Il fenomeno non riguarda soltanto l'amministrazione. L'«ascesa al trono» e l'«incoronamento» del diritto costituzionale — per riprendere le evocative espressioni impiegate da Armin von Bogdandy per segnalarne la 'sovranità' disciplinare e scientifica — si fondano sul tentativo di trasformare la formale supremazia della carta fondamentale in un'influenza dominante del discorso costituzionale in ogni campo del diritto e della stessa vita civile. Vanno in questa direzione il rafforzamento dei diritti fondamentali e la conformazione dell'intero ordinamento da parte dei principi costituzionali, intesi come strumento di identità collettiva e di integrazione sociale ⁽¹⁶⁾. La seconda metà del XX secolo è così segnata dall'avvento dello «Stato costituzionale», che si pone pertanto in sequenza naturale con le esperienze dello Stato di diritto e dello Stato sociale ⁽¹⁷⁾.

Rispetto a queste trasformazioni, la dimensione valoriale tradizionalmente propria del diritto amministrativo entra in crisi. La dialettica

⁽¹⁵⁾ A. VON BOGDANDY, *The past and promise of doctrinal constructivism*, cit., 386.

⁽¹⁶⁾ A. VON BOGDANDY, *The past and promise of doctrinal constructivism*, cit., 381.

⁽¹⁷⁾ Per riprendere la formula di P. HABERLE, *Lo Stato costituzionale*, trad. it., Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2005, su cui si v. E. CHELI, *Intorno ai fondamenti dello «Stato costituzionale»*, in *Quad. cost.*, 2006, 263 ss.

tra autorità e libertà, centrale nella visione ottocentesca dello Stato, appare chiaramente disallineata rispetto alla mutata concezione dei rapporti tra cittadini e pubblici poteri derivante dalla tutela dei diritti fondamentali dalle ingerenze governative e dal riconoscimento costituzionale dei diritti sociali a prestazioni positive da parte degli apparati burocratici.

Ai processi espansivi interni si aggiungono poi i successi del costituzionalismo a livello internazionale, dove la democrazia ordinata e garantita da apposite carte costituzionali diventa il regime dominante, grazie al suo riconoscimento in un numero crescente di Stati. Basti considerare che, rispetto alla fine della seconda guerra mondiale, il numero dei regimi democratici è triplicato⁽¹⁸⁾. Si realizza così un traguardo fondamentale: «l'estensione ad altri parti del pianeta dei principi del costituzionalismo»⁽¹⁹⁾. A ciò si aggiunga che la protezione dei diritti fondamentali gode di riconoscimenti e di tutele sempre maggiori a livello internazionale, talora persino più forti di quelli esistenti nei paesi di democrazia matura. Si sviluppa così la tendenza ad una crescente universalizzazione dei diritti, la cui realizzazione è talora affidata alle stesse corti nazionali⁽²⁰⁾.

Accanto all'affermarsi del diritto costituzionale e del suo primato è bene però segnalare anche i processi in atto di segno inverso, che possono portare alla sua 'detronizzazione'. A tale riguardo vanno menzionati almeno due diversi fenomeni, uno sul fronte interno, l'altro su quello esterno.

Sul primo, la trasformazione delle società europee, con i suoi processi talora disgregativi, rende sempre più difficile il riconoscimento diffuso e condiviso in un vincolo costituzionale da altri formulato e sottoscritto⁽²¹⁾. Il confronto con l'esperienza nordamericana, da

⁽¹⁸⁾ Su questo fenomeno, in chiave politologica, P. GRILLI DI CORTONA, *Come gli Stati diventano democratici*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

⁽¹⁹⁾ Così A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Bologna, il Mulino, 1999, 37.

⁽²⁰⁾ Su queste prospettive, ad esempio, G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in questa *Rivista*, 1996, 297 ss.

⁽²¹⁾ Nella scienza giuridica italiana, la crisi dei valori costituzionali «alla prova dei fatti» è ricondotta, con formula volutamente provocatoria, ad un processo di «decostituzionalizzazione della (...) Costituzione». Si v. a tal riguardo la replica di A. RUGGERI, *Teorie e usi della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 519 ss. a R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, *ivi*, 2007, 11 ss. In termini generali, M. AINIS, *Vita e morte di una costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

questo punto di vista, consente di mettere in luce come le costituzioni europee non abbiano ancora superato la prova del trapasso generazionale dei padri fondatori, a differenza di quanto avvenuto negli Stati Uniti. In questi ultimi, infatti, il patto costituzionale coincide con la conquista dell'indipendenza del Paese e con l'atto fondativo di quella comunità. Secondo alcuni, addirittura, la peculiarità dell'esperienza costituzionale nordamericana dipende dal fatto che gli Stati Uniti sono una nazione di immigrati: è dunque proprio la Costituzione, e non l'etnia, a unire e vincolare i cittadini ⁽²²⁾.

Dall'altro, sul fronte per così dire esterno, va invece sottolineato come la crisi dello Stato porti con sé anche la crisi delle costituzioni che a quella dimensione nazionale sono storicamente legate. I valori sanciti nelle costituzioni sono così erosi da fenomeni di 'delocalizzazione' sia di politiche pubbliche, sia di attività economiche private. A ciò corrisponde, sul piano formale, il fatto che le disposizioni dell'ordinamento interno, anche quelle ritenute attuative di precetti costituzionali, sono integrate o modificate da fonti internazionali, sebbene sulla base di meccanismi di cessione della sovranità previsti nelle stesse carte fondamentali ⁽²³⁾.

La vicenda europea, da questo punto di vista, è emblematica. Il processo di integrazione europea costituisce una straordinaria assicurazione per la pace e lo sviluppo del continente. Ma ciò finisce anche per ridimensionare la rilevanza delle democrazie nazionali. Due terzi circa delle decisioni legislative degli Stati membri sono condizionati da decisioni comunitarie, ma la prospettiva politica di classi dirigenti e cittadini continua ad essere nazionale. Si produce così una «schizofrenia democratica», derivante dal fatto che la 'lotta politica' rimane nazionale, mentre molte scelte politiche sono diventate europee ⁽²⁴⁾.

Il diritto amministrativo sembra soffrire meno questa crisi, perché maggiormente disponibile alle «aperture laterali» richieste dagli ordi-

⁽²²⁾ In tal senso, R. POST, *Constitutional scholarship in the United States*, cit., p. 418. Nella letteratura italiana, sulla dimensione temporale del patto costituzionale, da ultimo, L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009, 93 ss.

⁽²³⁾ Su questi problemi, nella letteratura italiana, si cfr. M. DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quad. cost.*, 2008, 795 ss. In precedenza, per tutti, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss.

⁽²⁴⁾ Per riprendere le recenti parole di S. FABBRINI, *Affanni da giovane democrazia*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 ottobre 2009, 10.

namenti sovranazionali. Nella scienza giuridica italiana si è anzi osservato come, di fronte alla «neghittosità dei “principi elettori”», si cerchi di «realizzare l’unità dell’Europa dal basso» attraverso l’integrazione tra la «legalità amministrativa europea» e quella vigente nei singoli ordinamenti statali ⁽²⁵⁾. Gli studi di diritto amministrativo europeo, d’altra parte, evidenziano l’operare di amministrazioni nazionali in funzione comunitaria, la composizione di fasi procedurali su più livelli istituzionali e l’esistenza di un sistema di giustizia europea di cui costituiscono parte integrante i giudici amministrativi nazionali ⁽²⁶⁾. Questa condizione unica e peculiare del diritto amministrativo è accentuata dallo sviluppo del diritto amministrativo globale, fondato sulla *rule of law* e su meccanismi di democrazia deliberativa o procedurale ⁽²⁷⁾.

Rispetto a queste trasformazioni, l’evoluzione del diritto costituzionale è più lenta e tormentata. A livello globale, se vi è ormai una amministrazione ultrastatale, manca invece una costituzione cosmopolitica, sia essa scritta o meramente consuetudinaria. Rimane così aperto l’interrogativo: se il costituzionalismo, sorto per limitare il potere dello Stato al servizio dei diritti dell’uomo, possa essere utilizzato per costruire un potere sovranazionale, al servizio dei diritti dell’uomo ⁽²⁸⁾. Fino ad oggi, tuttavia, l’espansione globale dei principi fondamentali del costituzionalismo moderno, fondati sul dominio della *rule of law*, rafforza, nell’interazione tra le Corti, la dimensione dei diritti, ma non quella delle istituzioni sovranazionali.

Altrettanto incerte sono le prospettive del costituzionalismo europeo. Fallito il grande progetto di una «costituzione europea» scritta, il Trattato di Lisbona invita l’Unione europea a rispettare le identità nazionali degli Stati membri, così come plasmate dalle loro fonamen-

⁽²⁵⁾ Così, da ultimo, F. MERUSI, *L’integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43 ss.

⁽²⁶⁾ Per tutti, M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*², Milano, Giuffrè, 2008.

⁽²⁷⁾ In tal senso, S. CASSESE, “Le droit tout puissant et unique de la société”. *Paradossi del diritto amministrativo*, cit.; si v. anche G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, il Mulino, 2009.

⁽²⁸⁾ È questa, ad esempio, l’interrogativo formulato da A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., 41. Più in generale, sulle prospettive del neocostituzionalismo, A. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quad. cost.*, 2009, 351 ss., specialmente, 375 ss.; sulla dimensione sovranazionale del costituzionalismo, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 149 ss. Nella letteratura europea, si v. *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 83 ss.

tali strutture politiche e costituzionali. Lo sviluppo di uno spazio giuridico europeo, pertanto, richiede di essere accompagnato dalla formazione di un sistema comune di studi giuridici, in cui le diverse tradizioni nazionali siano reciprocamente conosciute e poste confronto ⁽²⁹⁾.

La sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Trattato di Lisbona, tuttavia, illustra bene le minacce che un malinteso «patriottismo costituzionale» pone al processo di integrazione europea. Le radici della vecchia dottrina dello Stato di stampo germanico, infatti, riemergono nella proclamazione dogmatica di un unico modello di potere pubblico, in cui la democrazia si realizza soltanto nello Stato attraverso i meccanismi della rappresentanza parlamentare nazionale ⁽³⁰⁾. L'identità costituzionale degli Stati membri, lungi dal costituire un fattore di integrazione, diventa criterio di controllo delle decisioni comunitarie, la cui 'purezza' dovrebbe essere salvaguardata dalle corti nazionali, anche al prezzo di un esito dissonante ⁽³¹⁾.

4. Nella ricostruzione offerta da Armin von Bogdandy, l'affermazione del diritto costituzionale appare fortemente legata allo sviluppo del sistema giustiziale.

Si tratta, peraltro, di uno sviluppo relativamente recente, determinato dall'istituzione, nella seconda metà del Novecento, di corti e tribunali costituzionali e dal rapido prodursi di una copiosa giurisprudenza che ha ben presto interessato i più diversi aspetti della convivenza civile. In questo mutato contesto, la scienza del diritto costituzionale finisce per concentrare l'attenzione su due campi fondamentali. Il primo è quello dei principi, valori e dei diritti, così come rielaborati

⁽²⁹⁾ È questa la prospettiva coltivata dal progetto di ricerca sullo *ius publicum europaeum* promosso dal Max Planck Institut di Heidelberg. Si v. in proposito *Handbuch Ius Publicum Europeum, I. Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, II, Offene Staatlichkeit — Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, a cura di A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón e P.M. Huber, München, Mueller 2007-2008.

⁽³⁰⁾ Sul carattere necessariamente ermafrodita che dovrebbe invece avere la Costituzione europea, G. AMATO, *Costituzione europea*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, I.

⁽³¹⁾ BundesVerfassungsgericht, 2 BvE 2/08 vom 30 juni 2009, Absatz-Nr. (1-421). Sul rischio della 'cacofonia', S. Cassese, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1003 ss.

dalla giurisprudenza. Il secondo è quello degli istituti del diritto processuale costituzionale ⁽³²⁾.

I pregi di questo approccio sono molteplici e sono stati più volte sottolineati anche dalla scienza giuridica italiana. In primo luogo, lo studio del diritto costituzionale viene ancorato alla ricostruzione giurisprudenziale della vita concreta dell'ordinamento, depurata da indagini storiche, filosofiche o comparatistiche. In secondo luogo, muovere dalla giurisprudenza consente di mantenere uno stile di riflessione analitico e rigoroso, che, almeno apparentemente, non ha bisogno di contaminazioni con altre scienze. Il riempimento di formule inevitabilmente ampie e generiche avviene così esclusivamente grazie all'attività logico-interpretativa dei giuristi. In terzo luogo, la prospettiva giurisprudenziale risulta funzionale ad un disegno 'imperiale' del diritto costituzionale. Le decisioni delle Corti, infatti, toccano materie e casi regolati da discipline diverse, finendo per sovraordinare il parametro di costituzionalità a ciascuna di esse.

L'emersione in Europa del diritto costituzionale giurisprudenziale, tuttavia, segna soltanto apparentemente un avvicinamento con l'esperienza statunitense, perché rimane profondamente diverso il modo in cui è studiata l'attività delle corti.

Nell'Europa continentale, la giurisprudenza costituzionale è meticolosamente annotata. Le decisioni, quindi, sono commentate, ora in senso favorevole ora in senso critico, nella maggior parte dei casi sulla base di una valutazione di coerenza costituzionale, condotta secondo metodi più o meno elastici a seconda dell'approccio prescelto ⁽³³⁾. Gli orientamenti giurisprudenziali, infine, sono via via assimilati nelle trattazioni istituzionali del diritto costituzionale, in cui le singole sentenze vengono citate a corredo della sua illustrazione astratta e sistematicamente composta.

Nell'esperienza scientifica e didattica statunitense, invece, come evidenziato in una delle repliche al discorso di Armin von Bogdandy, il diritto costituzionale letto attraverso la lente della Corte Suprema è

⁽³²⁾ Da ultimo, si v. i contributi raccolti nel *dossier special, L'exception d'inconstitutionnalité: un chantier difficile*, in *Revue du droit public*, 2009, 566 ss.

⁽³³⁾ Su questi temi, nella letteratura italiana, si v. ad esempio S. BARTOLE, *L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, e A. RUGGERI, *Dottrine della costituzione e metodi dei costituzionalisti*, entrambi in *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, rispettivamente 13 ss. e 28 ss.; F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Id., Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, 199 ss.

presentato non come un sistema astratto di concetti sapientemente ordinati, ma come «a cornucopia of practical reason»⁽³⁴⁾. La costituzione statunitense, infatti, è analizzata attraverso raccolte di casi e materiali, in cui sono esposte decisioni giurisprudenziali, *dissenting opinion* di singoli giudici e riflessioni della scienza giuridica.

Il diritto costituzionale è così rappresentato dinamicamente come l'esito del confronto tra una pluralità di argomenti diversi. Per chi proviene da un ambiente culturale come quello europeo, educato al rigore formale e insieme al dogmatismo delle trattazioni istituzionali, la giurisprudenza della Corte suprema e la riflessione critica sulla stessa offrono allora «un universo deliberativo» eccezionalmente ricco e aperto, capace di far emergere le tensioni politiche, economiche e sociali sottostanti⁽³⁵⁾. In questo contesto un ruolo fondamentale è giocato anche dalla cultura costituzionale degli attori non giudiziari, nella quale si esprimono le credenze e le convinzioni più profonde della nazione americana⁽³⁶⁾.

A prescindere dalle differenze nelle modalità di studio dell'attività delle corti, poi, la scienza giuridica europea, soprattutto in alcuni paesi, sembra vivere una sorta di 'deriva' giurisprudenziale e smarrire così l'altra via maestra del diritto costituzionale, quella dello studio delle istituzioni politiche⁽³⁷⁾.

L'approccio giurisprudenziale, infatti, consente di allargare lo sguardo a ogni aspetto della vita civile regolato dalla Costituzione; ma, contemporaneamente, finisce per restringere l'oggetto degli studi alla tutela dei diritti fondamentali. A ciò corrisponde la tendenza delle corti a ergersi come custodi esclusivi dei valori essenziali della comunità: al punto che, come provocatoriamente denunciato da Joseph Weiler, la limitazione di potere così imposta al decisore politico viene accompagnata «da una vasta dose di auto-ampliamento di potere del

⁽³⁴⁾ Così A. SOMEK, *The indelible science of law*, cit., 424.

⁽³⁵⁾ In tal senso A. SOMEK, *Loc. ult. cit.*

⁽³⁶⁾ Sul ruolo del fattore culturale, R.C. POST, *Fashioning the Legal Constitution, Culture, Courts, and Law*, in *Harvard Law Review*, 117 (2003), 4 ss. Un'esposizione dei termini del dibattito nordamericano al lettore italiano in A. VESPAZIANI, *Il costituzionalismo statunitense all'inizio del nuovo secolo*, in *Quad. cost.*, 2005, 605 ss.

⁽³⁷⁾ In tal senso, S. CASSESE, *Martines e le due tradizioni del diritto costituzionale italiano*, in *Rassegna Parlamentare*, 2001, 269 ss. Sul caso francese, J.M. DENQUIN, *Repenser le droit constitutionnel*, in *Droits*, n. 32, 2000, 3 ss.

giudiziario e da una non minore quantità di pretestuoso moralismo»⁽³⁸⁾.

6. Nel ragionamento di Armin von Bogdandy rimane così in ombra il fatto che, in molti paesi europei, diversamente da quanto postulato dal positivismo giuridico, l'attenzione al concreto funzionamento delle istituzioni politiche ha continuato a rappresentare, anche nel XX secolo, una componente fondamentale della scienza del diritto costituzionale.

Non a caso in Francia, la rivista più antica e ancora oggi più importante fa riferimento congiuntamente al *droit public* e alla *science politique*. Nel Regno Unito, è sufficiente ricordare il contributo fondamentale di Lasky, Robson e Jennings, tutti e tre docenti presso la *London School of Economics and Political Science*, allo studio dell'evoluzione delle istituzioni politiche e amministrative. La stretta integrazione tra diritto pubblico e scienza politica è stata coltivata anche dalla successiva generazione di studiosi e appare ancora oggi dominante⁽³⁹⁾. Non si tratta, allora, di contrapporre *legal constitutionalism* e *political constitutionalism*, ma di ragionare su come il concetto stesso di diritto possa essere meglio definito quando si riflette sul ruolo della costituzione che regge la comunità⁽⁴⁰⁾.

In Italia, Costantino Mortati è stato forse il principale esponente di un orientamento di studi e di ricerche attento al concreto funzionamento delle istituzioni democratiche. Mortati, in particolare, richiama l'esigenza di «rivolgere un vigile e penetrante sguardo alla realtà sociale sottostante all'ordine giuridico»; respingeva la tesi dell'«estranità per la considerazione giuridica delle valutazioni politiche»; af-

⁽³⁸⁾ Così J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: integrazione e feticismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 521 ss., 526.

⁽³⁹⁾ Si pensi alla trattazione istituzionale di C. Harlow e R. RAWLINGS, *Law and administration*, e ai lavori di M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992; Id., *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, M. LOUGHLIN, *Towards a Republican Revival?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 2006, 425 ss., in part. 435-436. Diversi approcci al tema in P. CANE, *Theory and Values in Public Law*, in P.P. CRAIG e R. RAWLINGS (a cura di), *Law and Administration in Europe. Essays in Honour of Carol Harlow*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 1 ss.; P.P. CRAIG, *Theory and Values in Public Law: A Response*; *ivi*, 23 ss.; M. LOUGHLIN, *Theory and Values in Public Law: An Interpretation*, in *Public Law*, 2005, p. 48 ss. Da ultimo, M. GORDON, *The Conceptual Foundations of Parliamentary Sovereignty: Reconsidering Jennings and Wade*, in *Public Law*, 2009, 519 ss.

fermava l'esistenza per la scienza del diritto costituzionale di un indeclinabile obbligo a collaborare all'attività legislativa al fine - si direbbe oggi - di assicurare la qualità delle leggi; l'invitava, infine, a contribuire attivamente alla predisposizione di «nuovi congegni organizzativi» e alla verifica delle condizioni necessarie ad assicurare la «sufficiente funzionalità agli istituti in atto ed a quelli in via di realizzazione». Si trattava dunque di coltivare un compiuto ordine di ricerche nel campo di una «scienza della legislazione costituzionale», che avrebbe dovuto assolvere una funzione analoga a quella esercitata su un diverso piano dalla scienza dell'amministrazione⁽⁴¹⁾.

L'indicazione di Mortati, tuttavia, è rimasta in parte inascoltata nella seconda metà del XX secolo⁽⁴²⁾. Lo studio delle istituzioni democratiche, infatti, è diventato appannaggio quasi esclusivo (e solitario) degli studiosi di scienza politica. Non a caso, tra gli stessi costituzionalisti c'è oggi chi denuncia la scarsa attenzione negli studi recenti per i temi dello Stato, delle istituzioni e delle strutture di governo dell'economia⁽⁴³⁾. Gli impegni professionali dei costituzionalisti, d'altra parte, si sono sempre più spostati dalla politica alla Corte, ora come giudici ora come avvocati.

In questo contesto, anche i disegni di riforma della Costituzione sono stati elaborati in sede politica, senza il contributo attivo dei costituzionalisti, se non di quelli (sempre meno ormai) presenti in

(41) Così C. MORTATI, *Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 960.

(42) Non a caso a Mortati è stato rimproverato proprio di non aver individuato la linea di confine tra l'attività del giurista e quella del cultore di scienze sociali: per tutti S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *D. disc. pubbl.*, IV, Torino, Utet, 1989, 310. Sull'insensatezza di tale critica, A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in *'Una e indivisibile', ed. fuori commercio*, Milano, Giuffrè, 2008, 17-18.

(43) Si v. A. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quad. cost.*, 2009, 351 ss., (p. 377). D'altra parte, può essere interessante notare che dei ventidue convegni annuali dell'Associazione italiana dei costituzionalisti dal 1986 a oggi (così come indicati nel sito), dieci sono stati dedicati a temi concernenti diritti e valori costituzionali, quattro alla materia delle fonti, due alla storia costituzionale, due alla costituzione europea e soltanto quattro al funzionamento delle istituzioni politiche e alla revisione costituzionale. Nella scienza politica si v. invece ad esempio i volumi pubblicati nella serie dedicata a *Le istituzioni della democrazia*, a cominciare da S. FABBRINI e S. VASSALLO, *Il governo. Gli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

Parlamento⁽⁴⁴⁾. Gli altri, invece, in sede accademica hanno per lo più criticato i singoli progetti via via predisposti e, più in generale, manifestato una contrarietà di fondo a modifiche costituzionali in via legislativa (e dunque politica), preferendo interventi attuativi e di adattamento in sede interpretativa (attraverso cioè l'opera ordinatrice dei giuristi, siano essi giudici costituzionali o scienziati creatori)⁽⁴⁵⁾.

L'esito positivo delle grandi riforme costituzionali in Francia e nel Regno Unito, così come dei continui interventi di manutenzione costituzionale in Germania, potrebbe allora spiegarsi anche con la maggiore maturità di quei sistemi politici nel preparare le riforme e nell'attivare a tal fine un dialogo fecondo con il sapere tecnico dei giuristi⁽⁴⁶⁾. Questi ultimi, a loro volta, in quei paesi appaiono certo

⁽⁴⁴⁾ La riduzione del numero di giuristi, in particolare dei costituzionalisti, presenti in Parlamento, tuttavia, è stata per taluni versi compensata dalla moltiplicazione di associazioni e fondazioni, a cominciare da Astrid e Magna Carta, animate dall'impegno riformatore politicamente orientato di molti studiosi.

⁽⁴⁵⁾ Nel senso che «se si vuole cambiare la costituzione per migliorarla, si incominci per intanto a farla funzionare nel modo migliore», attraverso «un atteggiamento rivolto a rimuovere una per una, nel quotidiano lavoro concreto, le cause delle disfunzioni», invece che mediante la presentazioni di grandi progetti di riforma costituzionale, G. ZAGREBELSKY, *I paradossi della riforma costituzionale*, in AA.VV., *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einuadi, 1997, 293 ss. qui 314. Contro «l'idea che attraverso riforme, anche vaste, della costituzione si possano costruire le basi giuridiche per migliorare il funzionamento del sistema politico», R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, cit., 43; in una prospettiva di «difesa della Costituzione», si v. M. DOGLIANI, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., 201 ss. La stessa limitata riforma costituzionale del 2001, d'altra parte, è avvenuta soprattutto sulla base di una valutazione politica, senza che essa fosse adeguatamente preparata da una valutazione scientificamente fondata della realtà istituzionale dello Stato e delle autonomie locali istituzioni locali e del modo migliore di ridisegnarne le competenze legislative e amministrative. L'intervento della scienza giuridica è stato così meramente successivo e ancora una volta ancillare alla copiosa giurisprudenza della Corte, chiamata a sciogliere le non poche antinomie e incongruenze di una riforma forse troppo frettolosa anche sul piano del *drafting* normativo.

⁽⁴⁶⁾ Sulle sfide che l'adozione di una Costituzione scritta comporta nel Regno Unito, V. BOGDANOR e S. VOGENAUER, *Enacting a British Constitution: Some problems*, in *Public Law*, 2008, 38 ss., per i quali tuttavia il tempo delle scelte normative è ormai venuto, perché «we cannot be said to know what our constitution actually is, much less to understand it, until we have attempted to enact it» (p. 57). Sulla revisione della Costituzione francese del 23 luglio 2008 si v. gli atti del VII Congresso francese di diritto Costituzionale pubblicati in *Rev. fr. dr. const.*, 2009, 5 ss.; in part., sulle profonde differenze tra il progetto iniziale e la riforma approvata, R. GHEVONTIAN, *La révision de la Constitution et le Président de la République: l'hyperprésidentialisation n'a pas eu lieu*, *ivi*, 119 ss.

consapevoli del rischio di contaminazione con la politica che ogni discorso sulle riforme costituzionali inevitabilmente comporta: «but if the price of preserving the purity of constitutional law is that one must ignore the political pros and cons of what are, after all, our most essential laws, then I would say that the price is too high and the lack of realism is excessive» (47).

Rispetto alle vicende del diritto costituzionale, la parabola della scienza del diritto amministrativo è per molti versi opposta. Nella seconda metà dell'Ottocento, la nascita del diritto amministrativo si deve proprio al lavoro della giurisprudenza, soprattutto grazie all'operare di un giudice speciale dell'amministrazione, come il Consiglio di Stato in Francia e in Italia. La scienza giuridica influenza gli orientamenti della giurisprudenza e li erige a sistema, portando così a compimento il disegno di un autonomo diritto amministrativo.

Distaccandosi progressivamente da queste origini, tuttavia, il diritto amministrativo ha da tempo compreso che il proprio oggetto è l'amministrazione nel suo concreto operare e che per coglierne le dinamiche fondamentali la prospettiva del sindacato giurisdizionale attivato dagli interessi privati è insufficiente (48). La riscoperta della scienza dell'amministrazione e degli studi aziendalistici hanno quindi posto le basi per un radicale processo di riforme amministrative, anche se il loro impatto su apparati burocratici prigionieri di un'educazione giuridico-formalista ha spesso finito per attenuarne i concreti benefici (49).

Il progressivo abbandono dell'originaria impronta giurisprudenziale ha così consentito al diritto amministrativo e ai suoi studiosi di occuparsi anche di funzioni, organizzazioni, personale, procedure, risultati. Il discorso sulle riforme amministrative che hanno copiosamente interessato tutti i paesi a democrazia avanzata è così patrimonio integrante della riflessione teorica e dell'esperienza pratica degli scienziati del diritto amministrativo (50).

(47) Così M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, cit., 25.

(48) In tal senso, S. CASSESE, "Le droit tout puissant et unique de la société". *Paradossi del diritto amministrativo*, cit.

(49) Come emerge chiaramente dai contributi raccolti in F. FORTE - L. ROBOTTI (a cura di), *La gestione manageriale nella pubblica amministrazione*, Milano, Franco Angeli, 2006.

(50) Per alcune significative testimonianze, S. CASSESE, *Il difficile mestiere di ministro della Funzione pubblica*, in *Riformare la Pubblica Amministrazione*, Torino, Fondazione Agnelli, 1995, 135 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione*.

Ciò ha consentito loro di seguire da vicino i processi di espansione e poi di riduzione dell'area pubblica; quelli di penetrazione del diritto pubblico nell'area privata; e quelli opposti di contrattualizzazione dell'attività amministrativa ⁽⁵¹⁾. Il movimento tra i due poli, quello pubblico e quello privato, è così riconosciuto come caratteristico del diritto amministrativo, tanto che pubblico e privato sono divenuti due parti essenziali di esso. In altri termini, non si può più dire — come una volta — che il diritto amministrativo sia (soltanto) un ramo del diritto pubblico ⁽⁵²⁾.

7. Il dibattito suscitato dalla lezione di Armin von Bogdandy consente infine di toccare un'ultima questione metodologica. È Robert Post a evidenziare come, negli Stati Uniti, il ruolo fondamentale che il diritto costituzionale interpreta in ambito europeo sia giocato invece dalla *law and economics*. La *law and economics*, infatti, incarna il medesimo ideale di autonomia disciplinare e produce un ricco corpo di studi, che si contraddistingue per il suo carattere sistematico, per un metodo presentato come oggettivo e universale e per un organico programma di lavoro ⁽⁵³⁾.

In realtà, questa concezione dogmatica della *law and economics* appare destinata a conoscere la stessa fine del positivismo giuridico nel XX secolo, dato che, anche nel suo ambito, è ormai diffuso il riconoscimento dell'inevitabile pluralità di approcci e di metodi e della relatività delle conclusioni raggiungibili anche con l'impiego di modelli matematici altamente formalizzati ⁽⁵⁴⁾. Non è dunque sostituendo

Documenti di un itinerario riformatore, Torino, Giappichelli, 2002; M. CAMMELLI, F. BASSANINI, F. FRATTINI e L. NICOLAIS, Tavola rotonda, *Trasformazioni e processi di riforma delle pubbliche amministrazioni in Europa*, in G. D'ALESSIO e F. DI LASCIO (a cura di), *Il sistema amministrativo a dieci anni dalla «riforma amministrativa»*, Torino, Giappichelli, 2009, 253 ss.

⁽⁵¹⁾ Su questi fenomeni, ad esempio, W. LEISNER, *Privatisierung des Öffentlichen Rechts. Von der "Hoheitsgewalt" zum gleichordnenden Privatrecht*, Duncker & Humblot, 2007.

⁽⁵²⁾ Come si è cercato di mostrare in *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁽⁵³⁾ In tal senso, R. POST, *Constitutional scholarship in the United States*, cit., 416 ss., in part. 421 ss.

⁽⁵⁴⁾ Sui termini di questo dibattito si v., ad esempio, i contributi raccolti in M.D. WHITE (a cura di), *Theoretical Foundations of Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

nuove a vecchie certezze dogmatiche che l'analisi economica può utilmente contribuire al rinnovamento delle scienze giuridiche.

Nello stesso ambiente statunitense, d'altra parte, si è osservato come la *law and economics* eserciti un'influenza ridotta sulla scienza del diritto costituzionale ⁽⁵⁵⁾. Una ragione risiede nel fatto che quest'ultimo ritiene fondamentale che la costituzione rimanga fortemente legata al mutare delle condizioni politiche. Pertanto, mal tollera il fatto che l'analisi economica sia invece guidata da una sua autonoma agenda segnata dall'obiettivo dell'efficienza e da una pretesa superiorità scientifica del suo metodo che finirebbe per squalificare automaticamente quello giuridico ⁽⁵⁶⁾.

Ancora maggiori, naturalmente, sono le resistenze in ambiente europeo. Qui la prospettiva economica è sostanzialmente ignorata. E quando viene incidentalmente evocata, è subito liquidata, ad esempio, in termini di «aziendalismo costituzionale»: un sistema in cui la «costituzione retrocede e avanza l'organizzazione aziendale», in nome di una «democrazia decidente» identificata con il trionfo del mero «potere per il potere» ⁽⁵⁷⁾. Nel campo del diritto amministrativo, d'altra parte, l'applicazione della *law and economics* risulterebbe largamente preclusa dal fatto che l'azione dei pubblici poteri e le loro relazioni con i privati sono minuziosamente disciplinate dalle leggi, lasciando margini ridotti di disponibilità per valutazioni di efficienza da parte degli operatori e degli interpreti. Di fronte a tali vincoli, sarebbe possibile fare soltanto discorsi di politica del diritto ⁽⁵⁸⁾.

Eppure, se si abbandona il piano delle astrazioni teoriche, ci si accorge di quanta parte dell'azione dei pubblici poteri sia ormai condizionata da analisi economiche. Negli ultimi trent'anni, i paesi europei sono entrati nell'era della regolazione. Ma l'intervento pub-

⁽⁵⁵⁾ Un saggio significativo dell'ostilità dei giuristi e degli scienziati politici alle 'invasioni' dell'analisi economica, come quella operata nella fondamentale opera di R. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2000, in D. HERZOG, *Externalities and Other Parasites*, in *University of Chicago Law Review*, 67, 2000, 895 ss.

⁽⁵⁶⁾ Lo rileva R. POST, *Constitutional scholarship in the United States*, cit., 422.

⁽⁵⁷⁾ Per riprendere le parole di G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno annuale dell'Associazione italiana costituzionalisti tenuto a Milano 11-12 ottobre 2002, Padova, Cedam, 2004, 67 ss., qui 97.

⁽⁵⁸⁾ In tal senso, F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 427 ss.

blico, sia a livello comunitario, sia a livello nazionale, è stato subordinato a generali strategie di miglioramento e di riforma della regolamentazione e a specifiche analisi di impatto e di valutazione comparata costi-benefici, caso per caso. Allo sviluppo di nuovi principi e processi generali di buona regolazione si è accompagnata poi la crescente attenzione per la diversità delle risposte comportamentali che differenti attori forniscono in ciascun ambiente regolatorio ⁽⁵⁹⁾.

Ciò, inevitabilmente, è destinato a mutare anche le prospettive della scienza giuridica e le sue interazioni con quella economica. Quest'ultima, per molto tempo, ha limitato il suo interesse a specifici campi dell'intervento statale, spesso coincidenti con quelli tradizionalmente studiati in prospettiva giuridica dal diritto pubblico dell'economia. La *law and economics* amplia questa prospettiva, in due direzioni. Da un lato, rivolge la sua attenzione anche allo svolgimento del processo politico e alle logiche del comportamento burocratico, secondo la prospettiva del mercato delle leggi e della delega alla pubblica amministrazione. Dall'altro, approfondisce la varietà delle tecniche e degli effetti della regolazione, con l'obiettivo di porre rimedio ai fallimenti del mercato al minor costo; ovvero con il minor rischio di fallimento dello Stato ⁽⁶⁰⁾.

L'approccio economico, in questo modo, lungi dal legittimare l'esercizio di un potere assoluto in nome della sua superiore efficienza, diventa un'ulteriore tecnica di controllo sull'azione pubblica, sia a livello politico-legislativo sia a livello amministrativo. D'altra parte, proprio questa apertura interdisciplinare consente di cogliere l'ideale continuità tra diritto costituzionale e diritto amministrativo. Entrambi, infatti, si occupano della sfera pubblica regolando le diverse manifestazioni delle scelte e delle azioni collettive. Nella logica politico-economica che descrive la vita pubblica come una catena di rapporti di agenzia, il diritto costituzionale regola i rapporti di delega tra cittadini e rappresentanti politici, mentre il diritto amministrativo disciplina i rapporti tra questi ultimi e gli attori burocratici chiamati ad attuarne le decisioni nell'interesse dei cittadini (gli originari deleganti). È in

⁽⁵⁹⁾ Su queste trasformazioni, A. OGUS, *Regulation Revisited*, in *Public Law*, 2009, 332 ss.

⁽⁶⁰⁾ Una prima trattazione unitaria della materia in questa duplice prospettiva in G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009; sull'utilità e sui limiti dell'approccio economico nel diritto pubblico si v. i contributi di G. Amato, S. Cassese, M. Clarich, G.M. Gros-Pietro, A. Nicita, in questa *Rivista*, 2009, 765 ss.

questa chiave fenomenica, piuttosto che in quella delle strutture e degli istituti giuridici, che emerge allora un profilo unitario nello studio del diritto pubblico, quale risultante appunto della continuità logica tra diritto costituzionale e diritto amministrativo: quest'ultimo, come la pace rispetto alla guerra, diventa la prosecuzione del primo con altri mezzi.