

# **Attraversare i confini del diritto**

**Giornata di studio dedicata  
a Sabino Cassese**

a cura di  
Luisa Torchia

**il Mulino**

**Bologna,  
2016**

## Indice

|                                                                                                                                                 |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Presentazione, <i>di Luisa Torchia</i>                                                                                                          | p. 7 |
| I. Alla ricerca di basi comuni della cultura<br>giuspubblicistica europea: un esercizio per<br>funamboli provetti, <i>di Armin von Bogdandy</i> | 9    |
| II. Metodo e metodi di studio dell'ammini-<br>strazione pubblica, <i>di Marco D'Alberti</i>                                                     | 31   |
| III. Le origini storiche della debolezza dello<br>Stato italiano, <i>di Bernardo Sordi</i>                                                      | 45   |
| IV. I confini e la voglia di attraversarli, <i>di Maria<br/>Rosaria Ferrarese</i>                                                               | 55   |
| V. Amministrazione e mondo nuovo: medici,<br>cure, riforme, <i>di Marco Cammelli</i>                                                            | 77   |
| VI. Disciplina europea del procedimento am-<br>ministrativo: sviluppo e attività di indagine,<br><i>di Jean-Bernard Auby</i>                    | 103  |
| VII. La regolazione dei mercati, <i>di Marcello<br/>Clarich</i>                                                                                 | 111  |
| VIII. La specialità del diritto e della giustizia<br>amministrativa, <i>di Alessandro Pajno</i>                                                 | 129  |
| IX. Le culture della pubblica amministrazio-<br>ne, <i>di Guido Melis</i>                                                                       | 151  |

|       |                                                                                                                           |        |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| X.    | Diritto amministrativo e diritti fondamentali, <i>di Marta Cartabia</i>                                                   | p. 169 |
| XI.   | Il diritto amministrativo e i principi, <i>di Giandomenico Falcon</i>                                                     | 191    |
| XII.  | Diritto amministrativo e diritto commerciale, <i>di Mario Libertini</i>                                                   | 215    |
| XIII. | La geologia del diritto internazionale: i paradigmi dell'amministrazione e della governance, <i>di Joseph H.H. Weiler</i> | 233    |
| XIV.  | Diritto costituzionale e diritto amministrativo, <i>di Giuliano Amato</i>                                                 | 261    |
| XV.   | Il mondo nuovo del diritto pubblico, <i>di Sabino Cassese</i>                                                             | 267    |
|       | Gli autori                                                                                                                | 273    |

## IL MONDO NUOVO DEL DIRITTO PUBBLICO

### 1. Introduzione

Quali rivolgimenti si sono registrati nel diritto pubblico nell'ultimo secolo? Ne vedo molti, tutti di segno negativo. Che, però, tutti insieme hanno esercitato un'enorme forza liberatoria sul diritto pubblico e sul suo studio, dando ragione alla tesi hegeliana dell'enorme forza del negativo<sup>1</sup>.

Il diritto pubblico ha perduto la guida del diritto romano, la bussola della sovranità, la propria esclusività nazionale, i confini interni e la sua specificità, il suo centro, la sua unità, la propria stabilità, la propria storia «ufficiale», per arricchirsi, però, grazie alla liberazione dai troppi limiti di cui era andato caricandosi.

Vediamo uno per uno questi sviluppi.

<sup>1</sup> Il testo è stato preceduto da parole di ringraziamento per aver ideato e organizzato una riflessione sul diritto pubblico non volgendo la in termini personali perché, declinata in chiave personale, «chatouille [...] l'orgueilleuse faiblesse» (Jean Racine, *Iphigénie*, Act I, Scene I); una riflessione che si fissa su un particolare momento della vita di una persona, mentre orientamenti, abitudini, immagini, ardori, delizie, tormenti, ansie, idee, come osserva Diotima nel *Simposio* di Platone, non restano identici; induce a parlare dei meriti, non degli errori, che sono molti, come mostrato da quelli dei grandi del passato: Otto Mayer (che, affascinato dalla teoria francese del *domaine public*, interpretò in quei termini la proprietà privata dei beni degli enti pubblici allora vigente in Germania), Albert Venn Dicey (questi, orgoglioso dell'esperienza inglese, negò che vi fosse un diritto amministrativo in Inghilterra proprio mentre quello vi si stava affermando), Rudolf von Gneist (che, preso da ammirazione per il *self-government* inglese, lo fece diventare qualcosa di più, autoamministrazione, alimentando utopie di tipo comunista), Enrico Guicciardi (che distinse «norme d'azione» e «norme di relazione» quando era cessata o stava cessando la ragione della distinzione), Massimo Severo Giannini (questi negò che esistesse e che potesse esistere un diritto amministrativo europeo, mentre esso si stava sviluppando).

## 2. I rivolgimenti dell'ultimo secolo

Carl Schmitt ha scritto che il rinato diritto romano è stato il padre del moderno diritto pubblico. Il diritto romano ha fornito la grammatica e la forza ordinante al diritto pubblico. Basti ricordare che Paul Laband, Otto Mayer e Rudolf von Gneist in Germania, Maurice Hauriou e Léon Duguit in Francia, Vittorio Emanuele Orlando e Oreste Ranelletti sono nati nel mondo degli studi come romanisti, coltivando e anche insegnando il diritto romano.

Goethe ha notato in una delle «conversazioni» che il diritto romano è come un'anatra: talora scompare sott'acqua, per ricomparire sempre. Oggi l'anatra sembra definitivamente scomparsa. Ci si volge al diritto anglosassone, nonostante che John Austin, nelle sue *Lectures on Jurisprudence* del 1863, avesse osservato che «turning from the study of the English, to the study of Roman law, you escape from the empire of chaos and darkness, to a world which seems, by comparison, the region of order and light»<sup>2</sup>.

Nel 1882 Georg Jellinek ha scritto che «ogni cosa del diritto pubblico può essere spiegata attraverso e dalla sovranità». Ora non esiste più la sovranità, nei termini noti del passato. Nel 1994 Sir Robert Jennings, uno dei maestri inglesi del diritto internazionale, faceva notare a un suo interlocutore che bastava passare per Schiphol, l'aeroporto di Amsterdam, per rendersi conto di quante persone vanno in altri paesi, di cui non sono cittadini, senza un visto, soltanto con un passaporto<sup>3</sup>. Per il 2016, l'International Air Transport Association (IATA) prevede quasi un miliardo e mezzo di passeggeri internazionali, che vanno da uno Stato all'altro, molti senza un visto e alcuni persino senza un passaporto.

Di qui la conclusione che quella che ancora chiamiamo «sovranità» è un *bundle of powers*, un fascio di poteri

<sup>2</sup> J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 3 voll., London, John Murray, 1863, vol. I, p. xciv.

<sup>3</sup> Cfr. A. Cassese, *Five Masters of International Law*, Portland, Or., Hart, 2011, p. 168.

limitati, funzionali, condizionati, non un potere ultimo, onnicomprensivo, finale.

Anche il necessario nazionalismo del diritto pubblico sta scomparendo. La tradizione vuole che il diritto pubblico sia necessariamente nazionale, perché legato a ciascun singolo Stato. Ora non esistono diritti nazionali separati. Come è stato osservato per il diritto tedesco, «il diritto pubblico tedesco non può essere inteso come mero diritto pubblico nazionale, ma deve tener conto del diritto dell'Unione Europea, del diritto internazionale e del diritto degli altri Paesi dell'Unione»<sup>4</sup>. Ora il diritto pubblico europeo, un diritto non nazionale, non solo si impone ai diritti nazionali, ma assume come propri principi quelli che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni. Quindi, queste ultime sono parte di un coacervo, si mescolano, non sono più isolate. E sono assunte dal diritto europeo non come insieme di prescrizioni normative nazionali, ma come insieme di norme e di loro storia (ecco la ragione del riferimento alle «tradizioni»). E non si può dire che la sovranazionalizzazione riguardi solo i settori che sono stati delegati all'Unione Europea, perché, per il principio dei vasi comunicanti, principi nati in questi ambiti esercitano influenza anche in altri ambiti nazionali.

La tradizione vuole che il diritto pubblico sia separato dal diritto privato e si distingue, a sua volta, in diritto «costituzionale», «amministrativo», «internazionale». Oggi, gli argini tra questi settori si rompono. Il diritto privato fa irruzione nel diritto pubblico. È in fase avanzata un processo di costituzionalizzazione del diritto amministrativo, mentre il diritto costituzionale si va amministrativizzando. Tra costituzione e amministrazione si stabilisce piena continuità. Proprietà, contratto, responsabilità, i grandi capitoli del diritto privato, giocano un ruolo nel diritto pubblico non meno importante che nel diritto privato. Il diritto pubblico si dedifferenzia, perde la propria identità, diventa sempre più misto. Come

<sup>4</sup> A. von Bogdandy, *Common Principles for a Plurality of Orders: A Study on Public Authority in the European Legal Area*, in I.CON, vol. 12, n. 4, 2014, p. 982.

potrebbero studiarsi le società pubbliche senza gli strumenti propri del diritto civile, la corruzione senza utilizzare quelli del diritto penale, la giustizia senza la conoscenza del diritto processuale, la globalizzazione amministrativa senza l'utilizzo dello strumentario internazionalistico? Quindi, il diritto pubblico si dedifferenzia, perde di identità, diventa sempre più misto.

Una volta, al centro del diritto pubblico vi erano i principi di autorità e di sovraordinazione. Ora lo Stato e gli altri poteri pubblici operano guidando, orientando, incentivando, invogliando. Ne è prova la parola *nudge*, «stimolo», che ha acquisito una posizione centrale negli studi recenti. Solo quando questi strumenti non hanno successo, i poteri pubblici ricorrono all'autorità, che quindi diventa residuale, rimane allo stato latente.

Per Santi Romano, il diritto costituzionale era il tronco dal quale si dipartono i vari rami del diritto pubblico. Oggi il diritto costituzionale e quello amministrativo si scompongono. Nel diritto costituzionale la materia dei diritti e delle libertà subisce la forza attrattiva delle dichiarazioni sovranazionali dei diritti, con le quali va a far corpo, mentre la restante parte della disciplina costituzionale resta nazionale. Nel diritto amministrativo alcuni rami si separano: così il diritto ambientale, retto dal principio di precauzione, che non sarebbe possibile applicare a tutto il diritto amministrativo. La prova di questa separazione sta nella circostanza che lo stesso insegnamento del diritto ambientale viene separato e in qualche caso, come negli Stati Uniti, acquista importanza pari a quella del diritto amministrativo.

In passato, costituzione e amministrazione erano il regno della stabilità. Ora non più: fino al 2013, in 64 anni di vita, la Costituzione tedesca è stata modificata 59 volte. La legge italiana sul procedimento, del 1990, è stata modificata quasi ogni anno da allora. L'Unione Europea è definita dal Trattato «Unione sempre più stretta», quindi in movimento. Perciò, se in passato alla stabilità faceva da *pendant* la dogmatica, ora al movimento deve far riferimento la dinamica, la legge del movimento (che è cosa diversa dal cambiamento, perché

si produce continuamente, non passa da un punto fermo a un altro punto fermo).

Infine, il diritto pubblico ha costruito la propria storia e la propria genealogia: Gerber, Laband e Mayer in Germania, Hauriou e Duguit in Francia, Orlando e Romano in Italia. Ma la scoperta di nuovi mondi e di nuovi metodi induce a rivedere anche il proprio passato, finora costruito sulla base del *mainstream*, a scoprire – ad esempio – Luigi Rava (lo studioso del diritto amministrativo, ma anche della scienza dell'amministrazione, uno dei padri dello Stato sociale italiano) e a collocarlo accanto e forse sopra a Orlando. Dunque, anche la storia va riscritta.

### *3. Le conseguenze sul diritto pubblico*

Come osservato all'inizio, tutti questi fattori che possono considerarsi negativi stanno esercitando un'enorme forza liberatoria, che arricchisce il diritto pubblico. Questo perché il diritto romano era una costrizione artificiosa, essendo principalmente diritto civile e male attagliandosi al diritto pubblico; la sovranità dello Stato cancellava i centri di potere non statali, e quindi il pluralismo; il nazionalismo giuridico produceva isolamento e incomunicabilità; i confinamenti interni producevano settorializzazione e perdita di unità del diritto a danno dell'uguaglianza; il riferimento all'autorità preservava l'origine assolutistica del diritto pubblico come diritto del principe; l'ambizione a un'unità interna del diritto pubblico ne proteggeva il lato autoritario; l'idea di stabilità accentuava il carattere conservatore del diritto pubblico; il riferimento a un'unica discendenza serviva da organo selettore, impedendo linguaggi diversi.

In conclusione, se da un lato il diritto pubblico è stato privato di una parte di se stesso e della sua storia, dall'altro si è arricchito, o almeno è stato posto nella condizione di aprirsi a nuovi territori, metodi, scuole. Tutto questo ha provocato anche oscillazioni e sbandamenti. Ma questo è un discorso che faremo un'altra volta.