

Sabino Cassese

“Le droit tout puissant et unique de la société”.

Paradossi del diritto amministrativo*

« L'idée d'un droit inhérent à certains individus disparaît rapidement de l'esprit des hommes ; l'idée du droit tout puissant et pour ainsi dire unique de la société vient remplir sa place. Ces idées s'enracinent et croissent à mesure que les conditions deviennent plus égales et les hommes plus semblables ; l'égalité les fait naître et elles hâtent à leur tour les progrès de l'égalité ».

A. De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, II, IIIe tome, Paris, Michel Lèvy, 1874, p. 477.

*Questo scritto contiene, in una presentazione unitaria, tre relazioni, presentate al convegno dell'“European Group of Public Law” (Atene, 11-13 settembre 2009), al “5th European Jurists' Forum” (Budapest 1 - 3 ottobre 2009) e al “Colloque International Politique(s) du Droit Public” (Strasburgo 27 – 28 novembre 2009).

Sarà pubblicato nel fascicolo 4/2009 della “Rivista trimestrale di diritto pubblico”.

Indice

1. Un mosaico di contraddizioni
2. Perché il diritto amministrativo e non il diritto pubblico
3. La storia: a. una vicenda breve e una crescita tumultuosa
4. b. tripolarismo del diritto amministrativo
5. c. un'incerta collocazione nell'ordine giuridico
6. d. diversi modi di intendere il diritto amministrativo
7. Quattro tensioni irrisolte: a. politica e amministrazione
8. b. pubblico e privato
9. c. statale e universale
10. d. nazionale e transnazionale
11. Per una nuova integrazione

1. Un mosaico di contraddizioni

La scienza del diritto amministrativo attraversa una generale crisi, travagliata com'è dal suo stesso progresso. Questo è dovuto all'ampliarsi del suo oggetto, all'accentuarsi delle sue contraddizioni, all'accumularsi delle nuove conoscenze, alla sua arretratezza metodologica, alla sua povertà tematica.

Il diritto amministrativo si estende, fuori dello Stato, ad aree prima sconosciute, come quella europea e quella globale. Diventano, allo stesso tempo, più intensi gli scambi tra i diritti nazionali. Vi penetrano nuovi concetti e modelli (come "governance", "accountability", "new public management", "Steuerung", "expert bodies"), difficili da comprendere e classificare con i paradigmi tradizionali.

Il diritto amministrativo si presenta come un mosaico di contraddizioni. Soggetto per una parte a un veloce cambiamento, è per altre parti l'emblema della stabilità. Tradizionalmente unitario, è diventato pluralista. Figlio dell'accentramento, sopravvive ad un intenso decentramento. Esempio di unilateralismo, ha saputo resistere all'ondata contrattualistica. Regno del formalismo, si vale dell'informalità. Ospita nel suo seno nazionalizzazione e privatizzazioni, regolazione e de-regolazione. Figlio dell'interesse nazionale, è però anche strumento della cooperazione sovrastatale e globale. Subisce allo stesso modo limiti statali e limiti sovrastatali e globali. Tutte queste opposizioni e contraddizioni vivono, come tanti strati sovrapposti e mescolati, secondo il modello dell'"institutional layering", in una tensione permanente, nel diritto amministrativo, rendendo difficile afferrarne, in un esame unitario, le molte componenti.

La scienza del diritto amministrativo, dal canto suo, fatica a liberarsi dei paradigmi da essa stessa costruiti, e che ne hanno assicurato il bisecolare sviluppo. E' fondata su postulati positivistici anche ora che il monopolio della legalità statale vacilla.

Continua a coltivare l'idea della statalità del suo oggetto, mentre questa è erosa sia all'interno, sia all'esterno¹. Fa affidamento sul paradigma della dialettica autorità – libertà anche se esso è valido solo per una piccola parte delle relazioni disciplinate dallo Stato. Studia il procedimento amministrativo come sequenza di atti a mezzo dei quali si forma la decisione amministrativa anche ora che esso è invece lo strumento attraverso il quale si realizza la cittadinanza amministrativa. Insegue temi tradizionali e limitati, perdendo di vista le connessioni tra di essi e le nuove problematiche che si affacciano.

Sono tutti questi i motivi per i quali si parla tanto diffusamente di “déstructuration”, “déstabilisation” e “rénovation”²; oppure di “crise”, “déstructuration”, “mutation” e “rénovation”, di “Reform des Allgemeinen Verwaltungsrecht” e di “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”³, nonché di “New Administrative Law”⁴.

2. Perché il diritto amministrativo e non il diritto pubblico

Perché esaminare il solo diritto amministrativo, e non l'intero campo del diritto pubblico? Una spiegazione è necessaria, e richiede di valutare sviluppo e direzione delle diverse componenti del diritto pubblico⁵.

Il diritto pubblico consta di due parti fondamentali, il costituzionale e l'amministrativo. Tra queste vi sono rapporti molto difficili. Per un verso, il diritto

¹ C. Schmitt, *Ex captivitate salus*, tr. it. Milano, Adelphi, 1987, p. 57 e 64 tr. it. di *Ex captivitate salus. Erinnerungen der Zeit 1945-47*, Berlin, Duncker und Humblot, 1950) ha molto acutamente osservato che l'intera area del diritto pubblico è un campo che va ben oltre i confini di una nazione e ben oltre la legalità positiva.

² J.-B. Auby, *La bataille de San Romano – Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in « AJDA », 20 novembre 2001, p. 912.

³ M. Ruffert, *The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project*, in M. Ruffert (ed.), op. cit. p. 3.

⁴ Alfred C. Aman, *Administrative Law in a New Century*, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, p. 90.

⁵ Naturalmente, in termini generali, senza specifico riferimento ad uno o ad altro Paese, riconoscendo che sia possibile riconoscere principi e metodi di uso comune.

amministrativo subisce la forza attrattiva del diritto costituzionale. I principi fondamentali dell'amministrazione sono scritti nelle costituzioni. Il diritto amministrativo è – per ripetere una delle sue definizioni più famose – “konkretisiertes Verfassungsrecht”⁶.

Per altro verso, i due rami vanno in direzioni opposte. Il diritto costituzionale muove dalla scienza politica e va verso la giustizia. Esso ha subito il fascino che deriva dallo sviluppo, quasi dovunque nel mondo, delle corti costituzionali, che hanno acquisito un ruolo centrale ed hanno attratto in modo quasi esclusivo l'attenzione degli studiosi. All'opposto, il diritto amministrativo, che è nato per effetto del lavoro della giurisprudenza, si muove ormai da tempo nella direzione dell'allargamento e dell'integrazione. Esso ha scoperto che il suo proprio oggetto è l'amministrazione nel suo concreto operare. E che per comprendere quest'ultima non bisogna guardarla solo con gli occhiali del giudice.

Da questa diversità di direzioni dei due rami, che pure hanno tante parti in comune, dipende anche una loro enorme diversità di estensione. Mentre il diritto costituzionale si sofferma principalmente su valori e diritti fondamentali, quello amministrativo si interessa anche di funzioni, organizzazioni, personale, procedure, risultati.

E' probabilmente dovuta a quella stessa diversità la mancanza di unità scientifica dei due rami. E' vero che in alcuni Paesi si insegna “diritto pubblico”. Ma questo è una unità fittizia, dal punto di vista scientifico, perché non vengono studiati unitariamente i diversi istituti dell'uno e dell'altro ramo (ad esempio, procedimento legislativo e procedimento amministrativo, oppure giustizia costituzionale e giustizia amministrativa).

⁶ F. Werner, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in DVBl, 1959, p. 527.

Da ultimo, sarebbe singolare trattare del diritto pubblico in un momento in cui le frontiere pubblico – privato si rivelano tanto mobili: espansione e poi riduzione dell'area pubblica; penetrazione del diritto pubblico nell'area privata; contrattualizzazione dell'attività amministrativa. Il movimento tra i due poli, quello pubblico e quello privato, è caratteristico del diritto amministrativo (mentre non lo è dell'intero diritto pubblico), tanto che pubblico e privato sono divenuti due parti essenziali di esso. Non si può più dire – come una volta – che il diritto amministrativo sia un ramo del diritto pubblico. Dunque, l'attenzione rivolta al diritto pubblico fa correre il rischio di perdere uno dei tratti caratteristici dello sviluppo odierno dell'area pubblica. Ecco un altro buon motivo per evitare un esame del diritto pubblico e concentrarsi sul diritto amministrativo.

Questa condizione unica e peculiare del diritto amministrativo è stata accentuata negli ultimi decenni dallo sviluppo del diritto amministrativo globale. Qui non vi sono basi costituzionali, perché, se vi è ormai una amministrazione ultrastatale, non vi è una costituzione cosmopolitica.

3. La storia: a. una vicenda breve e una crescita tumultuosa

Il diritto amministrativo è pieno di contraddizioni, sia nella sua storia, sia nel modo in cui si presenta oggi.

La sua vicenda è breve, ma caratterizzata da una crescita tumultuosa. Nel suo corso, il diritto amministrativo non si è ordinato intorno a un solo polo, ma ha oscillato tra tre diversi poli. Inoltre, esso ha variamente ondeggiato tra diritto costituzionale e diritto civile. Infine, pur avendo un corpo di temi comuni, è stato studiato in modo differente in diversi Paesi.

Come Roma inventò il diritto civile, Parigi inventò il diritto amministrativo. Ma il primo ramo del diritto nacque più di un millennio fa. Il secondo ha solo duecento anni. Alexis de Tocqueville, nella prima metà del XIX secolo, osservava che il diritto amministrativo era “une science aussi nouvelle et encore aussi contestée”⁷. Il fondatore del diritto amministrativo tedesco, Otto Mayer, notava, all’inizio del XX secolo, che “unser Verwaltungsrecht ist ein junges Recht”⁸.

Anche gli antichi imperi, come quello cinese, ebbero potenti burocrazie e vaste amministrazioni. Alcuni reggimenti antichi si caratterizzarono per l’esistenza di “burocrazie idrauliche”, dovendo regolare il corso e l’uso di grandi corsi d’acqua, come il Tigri e l’Eufrate. Tutte le potenze dell’Antico Regime ebbero eserciti numerosi e dovettero raccogliere imposte per sostentarli, mantennero relazioni esterne con altri Stati, assicurarono al loro interno l’ordine pubblico con ben ordinate forze di polizia.

Ma tutto ciò non produsse la nascita di un diritto amministrativo. Norme, istituzioni e procedure amministrative rimasero indistinte da quelle politiche, anche se alcuni principi e concetti del futuro diritto si possono trovare già nel “droit seigneurial” (oltre che nel diritto canonico).

Il nostro diritto fu il prodotto di una particolare circostanza storica, realizzatasi in un Paese, la Francia. Vi concorsero l’ordinamento uniforme degli uffici pubblici e l’accentramento, l’istituzione di un giudice speciale, la diffusione di una scienza e dell’insegnamento, inizialmente affidato agli stessi giudici amministrativi, che vennero così a ricoprire tre ruoli, quelli di creatori del nuovo ramo del diritto, di studiosi e di insegnanti di esso.

⁷ A. de Tocqueville, *Rapport sur le livre de Macarel, Cours de droit administratif* (1846), in A. de Tocqueville, *Œuvres complètes*, IX *Études économiques, politiques et littéraires*, Paris, Levy, 1866, p. 65

⁸ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, III ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1924, p. 18.

Nato come “macchina del potere”, il diritto amministrativo incontrò sulla sua strada il liberalismo e il socialismo, che contribuirono potentemente, ma in modi diversi, alla sua crescita.

Il liberalismo aspirava a sottrarre le istituzioni amministrative al governo dell'arbitrio. Per far questo, le sottopose al diritto e alla legge. Ciò richiese una vasta legislazione e giudici che la facessero valere per proteggere i cittadini nei confronti dell'amministrazione.

Il socialismo, invece, richiese all'amministrazione di darsi carico dell'esigenza di eguaglianza. Fece sviluppare scuole e ospedali pubblici, istituti diretti a proteggere i lavoratori, servizi pubblici. Produsse l'aumento dei dipendenti pubblici, richiese l'afflusso al Tesoro di grandi somme di denaro, la disciplina minuta di quasi ogni aspetto della vita sociale.

4. b. tripolarismo del diritto amministrativo

Questa oscillazione del diritto amministrativo tra autoritarismo, liberalismo e socialismo ne ha determinato una caratteristica fondamentale, il suo tripolarismo.

Nel diritto amministrativo il polo originario e tradizionale è quello costituito dal potere pubblico. Il diritto amministrativo serve a questo come “macchina dell'obbedienza”. E' il suo involucro autoritario. E' mezzo della realizzazione della volontà del governo. E' chiamato a dare attuazione ad essa con la massima efficacia. In questo senso, il diritto amministrativo opera “ex parte principis”.

In questo primo polo, prevale il diritto amministrativo speciale, derogatorio, unilaterale, privilegiato, perché esso deve imporsi alla collettività. E' la componente autoritaria d'origine che si fa sentire.

Più tardi, lo stesso strumentario sarà utilizzato ad uno scopo diverso, non per consentire alla volontà del governo di imporsi alla società, ma per permettere alla società stessa di realizzare i suoi fini collettivi, prevalendo nei confronti di singoli privati. Anche questa polarità del diritto amministrativo ne fa il vettore del potere e della supremazia amministrativa. Solo che questa volta esso è al servizio di interessi collettivi, non degli interessi di un re, di una casta, di una classe, di un regime, di una “élite”. E’ la componente storica socialista che fa sentire il suo peso.

Il terzo polo del diritto amministrativo opera “ex parte civis”, è quello funzionale alla “lucha contra las inmunidades del poder”⁹. Qui si fa sentire la componente storica liberale. Essa detta i limiti del potere, ispira la giustizia amministrativa, obbliga l’amministrazione a rispettare il principio di trasparenza e a motivare le sue decisioni.

Nel diritto amministrativo queste tre componenti si sviluppano in successione: la prima, poi la terza, infine la seconda. Ma esse sono poi compresenti, consentendo oscillazioni. Il diritto amministrativo si avvicina talora alle istanze autoritarie, talaltra a quelle collettivistiche o socialiste, talaltra ancora a quelle liberali. In questi movimenti vengono accentuati l’accentramento e l’ingiustizia amministrativa, oppure le istituzioni dello Stato Provvidenza, ovvero le libertà e i diritti dei cittadini nei confronti dell’amministrazione.

La stratificazione di queste istituzioni costituisce una delle ragioni dell’inafferrabilità del diritto amministrativo, che si presenta talora strumento dell’autorità, talaltra mezzo per il raggiungimento di fini collettivi, talaltra congegno per assicurare la libertà.

⁹ E. Garcia de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, “RAP”, 1962, p. 38.

5. c. un'incerta collocazione nell'ordine giuridico

Dove si colloca il diritto amministrativo? Qual è la sua posizione rispetto al diritto costituzionale e rispetto al diritto civile? Ecco un'altra domanda alla quale è difficile rispondere.

Il nostro diritto nasce sì in un contesto statale, ma completamente scisso dal diritto costituzionale. Basti ricordare quanto scriveva Otto Mayer nel 1923: “Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht”¹⁰. Se il diritto costituzionale passa e quello amministrativo resta, essi hanno tempi e durate diversi. Sono, quindi, inesorabilmente separati.

Un altro protagonista della vicenda del diritto amministrativo, Fritz Werner, presidente del “Bundesverwaltungsgericht” tedesco, solo un quarantennio dopo, nel 1959, considerava, invece, il “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”¹¹. Se il diritto amministrativo è diritto costituzionale concreto, vuol dire che le strade dei due diritti si sono incrociate, che uno dei due diritti, quello amministrativo, dipende ormai dai principi posti nell'altro. Ciò che trova un riscontro nell'abbondanza di prescrizioni, relative al diritto amministrativo, contenute nelle costituzioni del secondo dopoguerra.

Ma ora la costituzionalizzazione del diritto amministrativo è nuovamente smentita dallo sviluppo del diritto amministrativo globale. Questo va oltre lo Stato, sopravanza il diritto costituzionale, che non riesce a raggiungere confini così vasti. Si libera dei legami con lo Stato, ai quali rimane stretto, invece, il diritto costituzionale. I due diritti hanno sviluppi asimmetrici.

Non diversamente oscillanti i rapporti con il diritto civile. Nel 1831 Tocqueville notava che “le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes

¹⁰ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* cit., p. II.

¹¹ F. Werner, op. cit.

séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemi pour se bien connaître”¹². La ragione di questo stato di cose nella fase iniziale dello sviluppo del diritto amministrativo è semplice. Il diritto amministrativo costituiva un corpo separato di norme. Così come vi erano proprietà, contratto e responsabilità civile, vi erano separate proprietà, contratto e responsabilità amministrativi. Gli istituti del diritto civile erano doppiati da quelli dell’altro diritto.

Da qui comincia un gioco di reciproche conquiste, riassunto dalle opposte espressioni amministrativizzazione del diritto civile e privatizzazione del diritto amministrativo.

“Tout devient droit public”, osserva Georges Ripert nel 1949, segnalando la crescita di divieti, autorizzazioni, imposizioni di obblighi, controlli pubblici¹³.

Ma il diritto privato resiste, ad anzi passa all’attacco, conquistando l’amministrazione. La “regulatory fatigue” richiede l’introduzione di “new regulatory models” fondati su sistemi di incentivi economici. Questi riducono il campo d’azione del diritto amministrativo, delegando al mercato, attraverso il sistema dei prezzi, l’esecuzione di politiche pubbliche¹⁴. L’amministrazione considera più conveniente valersi degli stessi strumenti del diritto civile. Dunque, il diritto amministrativo diventa un diritto meticcio, composto di diritto speciale e di diritto civile, nel quale il primo diviene talora secondario o esorbitante¹⁵.

¹² A. de Tocqueville, *Nouvelle correspondance*, Paris, Levy, 1866, p. 67.

¹³ G. Ripert, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 37.

¹⁴ R. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, in “New York University Law Review”, vol. 78, n. 2, May 2003, p. 437; tr. it. *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in “RTDP”, n. 1, 2004, p. 1.

¹⁵ Su questa vicenda, G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

6. d. diversi modi di intendere il diritto amministrativo

Pur avendo un corpo comune di principii e di temi, il diritto amministrativo è stato studiato in modo diverso.

Nel corso dei due secoli di vita, la scienza del diritto amministrativo non è rimasta sempre eguale e non ha avuto lo stesso sviluppo nei diversi Paesi. In Francia, l'interesse iniziale degli studiosi è stato attratto dalla giurisdizione amministrativa (del "Conseil d'Etat") e dai poteri "esorbitanti" della pubblica amministrazione (quei poteri speciali che la sottraevano al diritto civile).

Più tardi, però, la scienza si è dedicata allo studio di altri temi, come quello dell'organizzazione (a causa delle peculiarità dell'accentramento amministrativo) e del personale pubblico (per spiegare il regime diverso al quale sono sottoposti i dipendenti pubblici).

Una analoga vicenda si è verificata, con un lieve scarto temporale, in Germania, Italia e Spagna.

Regno Unito e Stati Uniti (e con loro i Paesi di "common law") hanno riconosciuto con molto ritardo l'esistenza di un diritto amministrativo, ed hanno cominciato a percorrere la stessa strada della Francia.

Ancora oggi vi sono forti differenze tematiche tra le diverse culture nazionali. Quelle anglosassoni, di più recente sviluppo, sono concentrate prevalentemente sullo studio del procedimento e del processo amministrativi. Culture più antiche, come quella francese, estendono il loro interesse anche ad altri campi, come quelli dell'organizzazione amministrativa, del personale pubblico, dei contratti amministrativi, della polizia amministrativa, dei servizi pubblici, del demanio, dell'espropriazione. Nelle culture amministrative più sviluppate vengono anche esaminati temi come quelli della

regolazione, della finanza pubblica e della crescita ultrastatale (europea e globale) degli istituti amministrativi.

Sulla scelta dei temi influiscono non solo le culture nazionali, ma anche diverse percezioni, pregiudizi, esigenze pratiche.

Vi sono, infine, culture amministrative che si interessano prevalentemente delle parti alte del diritto amministrativo, del diritto federale. Questo è accaduto dapprima negli Stati Uniti, e accade ora nei Paesi che si sono regionalizzati. La molteplicità degli istituti e loro varietà rendono difficile fare analisi d'insieme. Per cui la scienza del diritto amministrativo si dispone su due piani, quello alto e uniforme, quello basso e diversificato. I maggiori ingegni si dedicano al primo, mentre il secondo è lasciato a pratici, a studiosi locali, a specialisti di settore.

7. Quattro tensioni irrisolte: a. politica e amministrazione

Nell'odierno diritto amministrativo sono presenti quattro tensioni irrisolte, intorno alle quali si raccolgono i più grandi problemi di tale diritto. Sono quelle tra politica e amministrazione, tra pubblico e privato, tra statale e universale, tra nazionale e transnazionale. Ad esse sono dedicati i quattro prossimi paragrafi.

L'amministrazione è strumento del governo. I Parlamenti stabiliscono indirizzi e pongono limiti a governi e amministrazioni in nome di interessi collettivi e per proteggere interessi individuali. I giudici, a loro volta, sono chiamati a verificare che le amministrazioni rispettino obiettivi e limiti posti dal legislatore.

Ma non tutta l'amministrazione è sempre regolata dalla legge. Vi sono parti che sfuggono ad essa, specialmente quando si deve intervenire in circostanze eccezionali

(poteri di emergenza¹⁶). Vuoti che il governo necessariamente riempie. Altre parti sulle quali vi è un controllo più limitato del giudice. Lo “Stato di diritto” è necessariamente incompleto.

Inoltre, la stessa legge si presta ad essere usata dal governo. Da limite del governo, diventa suo strumento. Specialmente nei sistemi parlamentari, il governo, agisce come comitato direttivo della maggioranza parlamentare e può agevolmente guidare la funzione legislativa.

A questa situazione si tenta di porre rimedio in diversi modi. In primo luogo, mettendo l’accento piuttosto sul “rule of law” o principio di legalità in senso sostanziale che sul “rule by law” o principio di legalità in senso formale. Il primo, nella tradizione inglese, che risale all’opera di Albert Venn Dicey, fa riferimento al necessario rispetto di alcuni principi essenziali, quali quello di “sovranità” del Parlamento, di imparzialità dei giudici e di supremazia della “common law”¹⁷.

In secondo luogo, consacrando nella stessa Costituzione alcuni principi essenziali sull’amministrazione, in modo da sottrarla alle maggioranze parlamentari prigioniere dei governi che esse dovrebbero tenere sotto controllo con la legge¹⁸. Vi era bisogno di dare ad essi una efficacia superiore, di carattere costituzionale, perché se ne potesse garantire il rispetto. Si è, quindi, realizzata una estensione della disciplina costituzionale dall’ambito

¹⁶ Su cui A. Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law*, in 122 “Harvard law Review” 1095 (2009); si veda anche T. Poole, *Constitutional exceptionalism and the common law*, in “I.Con”, vol. 7 (2009), n. 2, p. 247.

¹⁷ Il principio di legalità sostanziale è riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale italiana, nei rapporti Stato – regioni. Secondo tale principio, non basta una legge vuota di contenuto: occorre che essa circoscriva il potere normativo secondario o quello amministrativo, predeterminandone il contenuto (si vedano Corte cost. 186/2003, 307/2003, 425/2004, 134/2006, 32 e 237/2009).

¹⁸ P. Delvolvé, *La Constitutionnalisation du droit administratif*, in Association française de droit constitutionnel, « 1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française », Ouvrage sous la direction de Bertrand Mathieu, Paris, Dalloz, 2008, osserva che ciò rafforza i poteri e consolida la giustizia amministrativa.

politico a quello amministrativo. Ma questo strumento è necessariamente limitato, non potendosi estendere eccessivamente la parte della costituzione dedicata all'amministrazione.

In terzo luogo, stabilendo legami tra scelte collettive e amministrazione, che non passano attraverso la legge, ma attraverso procedure di democrazia deliberativa (partecipazione diretta degli interessati) e dando maggior voce ai cittadini ("legal empowerment", "enabling State"¹⁹). Anche questo strumento è necessariamente limitato, perché presta il fianco alla "cattura" dell'amministrazione da parte degli interessi organizzati di maggior peso.

Infine, sottolineando il carattere scientifico dell'amministrare, e affidandola quindi ad esperti, perché essi seguano le regole tecniche dei diversi settori²⁰.

Parti dell'amministrazione sfuggono non solo al diritto, ma anche al controllo del giudice. Anche a questo si cerca di porre rimedio "ex ante". Stabilendo regole di "buona amministrazione". Oppure con la "giustizia nell'amministrazione" (ad esempio, applicando il principio dell'audizione delle parti nel corso del procedimento per la decisione), piuttosto che con la "giustizia sull'amministrazione" (la "judicial review").

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dopo aver stabilito i principi di imparzialità, giustizia e tempo ragionevole delle decisioni, riconosce il diritto di essere ascoltati, quello di accedere ai documenti amministrativi e quello di ottenere una decisione motivata (art. 41)²¹.

¹⁹ S. Cassese, *Le prospettive*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 507.

²⁰ Questo approccio va dall'idea dello "scientific management" applicato all'amministrazione, esposta da J. M. Landis (*The Administrative Process*, New Haven, Yale Univ. Press, 1938) alla più recente ondata di "expert administrations", costituita da "independent regulatory agencies".

²¹ La Carta non rispecchia completamente la giurisprudenza comunitaria, perché la portata dei suoi principi è più ristretta: ad esempio, essa stabilisce il diritto di essere uditi limitatamente ai procedimenti che possono concludersi con misure che colpiscano la persona, mentre la giurisprudenza ammette il diritto di essere ascoltati anche nel corso di procedimenti autorizzatori.

Anche a livello globale si sono sviluppati il diritto di partecipazione, l'obbligo di motivazione, il principio di trasparenza. Si può dire, anzi, che il nucleo essenziale del principio di buona amministrazione costituisca la parte principale del diritto amministrativo globale.

La buona amministrazione si è evoluta da principio a diritto. Nella prima veste, ha valore "programmatico", costituisce un obiettivo fissato dalla costituzione e diretto al legislatore. Ha, quindi, una valenza limitata e interna all'apparato statale. Nella seconda veste, si proietta all'esterno della cerchia dello Stato, nella comunità. Conferisce diritti ai quali fanno riscontro obblighi della pubblica amministrazione.

La buona amministrazione ha un contenuto variabile. Si può dire che vi siano alcuni "core principles", quali il diritto di accesso, quello di essere sentiti, quello a ottenere una decisione motivata, quello di difesa attraverso un giudice. Questa parte della buona amministrazione si sovrappone in larga misura con il "rule of law" e con il principio di legalità inteso in senso ampio, nel campo amministrativo ("due process of law"). Fa parte dei diritti procedurali, che hanno tutti una rilevanza esterna.

C'è, poi, una seconda parte, che comprende i principi di imparzialità, ragionevolezza, equità, obiettività, coerenza, proporzionalità, assenza di discriminazioni. Anche questa parte ha rilevanza esterna, ma non si articola, di regola, in forme procedimentalizzate. Infine, la buona amministrazione comprende regole più minute, come il dovere di cortesia, o la regola della risposta scritta alle domande dei privati, che costituiscono norme direttive, normalmente non azionabili. Dunque, la buona amministrazione è una nozione alla quale sono legati contenuti diversi.

Nessuno degli accorgimenti indicati risolve la tensione tra arbitrio e diritto, efficienza e legalità, politica e amministrazione per un semplice motivo: l'amministrazione

è essa stessa politica resa concreta. Il diritto amministrativo resta, quindi, inesorabilmente incompleto.

8. b. pubblico e privato

I due secoli di vita del diritto amministrativo sono scanditi da due moti di lungo periodo. Il primo va dalla metà del XIX secolo al terzultimo decennio del XX secolo ed è caratterizzato da una crescente espansione della sfera pubblica. Il secondo, che comincia negli anni '70 del secolo scorso, è, invece, contraddistinto da una progressiva riduzione della sfera pubblica.

Il costituzionalista inglese e grande oppositore del “droit administratif” Albert Venn Dicey, nel breve corso tenuto all’università di Harvard e poi pubblicato, agli inizi del nuovo secolo (1905), in un volume intitolato *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*²² esponeva la tesi della lenta fine del *laissez faire* nella seconda metà del XIX secolo, sotto la pressione dell’interventismo statale (disciplina dell’industria e del lavoro). Interventismo, a sua volta, alimentato dalla diffusione del collettivismo e da una *legislative public opinion* favorevole alla correzione, da parte dello Stato delle *market failures*, imperfezioni del mercato.

Il secolo XIX ha registrato lo sviluppo del «collettivismo», e cioè l’estensione della protezione pubblica di interessi delle classi lavoratrici, la restrizione della libertà contrattuale, l’egualizzazione dei vantaggi, la preferenza per l’azione collettiva. La prima metà del XX secolo ha visto succedersi progressivi allargamenti del suffragio, due conflitti bellici e una crisi mondiale. I primi hanno aumentato la domanda collettiva di servizi pubblici, specialmente a favore delle categorie sottoprotette. I secondi hanno dato grande

²² Ripubblicato da Liberty Fund, Indianapolis, 2008.

impulso agli interventi pubblici diretti alla ricostruzione e alla riduzione degli squilibri. La terza ha spinto lo Stato ad aumentare la dimensione delle gestioni pubbliche dirette ed a intervenire, con programmi e controlli, nell'economia privata. Tutti questi eventi hanno causato un aumento del ruolo dello Stato, chiamato a sopperire alle debolezze del mercato, a riequilibrare, a dare sicurezza²³. Questo aumento si è verificato essenzialmente sul lato amministrativo, con nuovi organi, più personale, maggior bisogno di risorse, più estesa disciplina.

A partire dall'ultimo quarto del secolo XX, questa tendenza si è invertita. La spesa pubblica, che aveva superato in molti Paesi la metà del Prodotto interno lordo, ha cominciato a scendere. Lo Stato è ancor oggi il maggiore intermediario finanziario (raccoglie risorse attraverso la leva fiscale e le re-distribuisce in forma di servizi), ma la sua quota nell'economia va diminuendo. Si teme che il “government overburdened” possa fare bancarotta.

Nel settore bancario, in quello assicurativo, dell'energia elettrica, del gas e altre fonti di energia, nelle telecomunicazioni, nei trasporti aerei, e in tanti altri settori, enti pubblici sono stati trasformati in società, le azioni di società sono state (parzialmente o interamente) vendute a privati; ma, contemporaneamente, sono state istituite autorità di regolazione, per disciplinare le società privatizzate. Allo Stato-imprenditore si è sostituito lo Stato-regolatore.

Quasi tutti i servizi pubblici sono stati sottoposti ad un processo di li-

²³ S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 1991, n. 2, p. 378.

beralizzazione, che ha trasformato i rispettivi settori da riservati allo Stato in settori ad accesso libero. Contemporaneamente, però, per assicurare finalità sociali (ad esempio, il servizio universale), sono stati stabiliti limiti e controlli pubblici²⁴.

La riduzione della sfera pubblica non è avvenuta soltanto con le privatizzazioni e la de-regolazione, ma anche attraverso le esternalizzazioni e lo sviluppo delle “public-private partnerships”.

Le esternalizzazioni consistono nell’affidamento a privati di funzioni e compiti pubblici.

Sono state sperimentate esternalizzazioni delle più varie attività, relative alla difesa, alle carceri, all’ordine pubblico, alla determinazioni di standard e alla certificazione di conformità di beni industriali, alle imposte, all’istruzione, alla sanità, alla raccolta e allo smaltimento di rifiuti, ai trasporti, ai musei, agli archivi pubblici, alla manutenzione delle strade, alla gestione del personale pubblico, agli acquisti di beni e servizi della pubblica amministrazione, alla progettazione delle opere pubbliche.

L’esempio più significativo, perché attiene ad una tipica funzione statale, manifestazione della sovranità nazionale, ha riguardato le “private military companies” chiamate a svolgere compiti di vario genere, di logistica delle forze armate, di addestramento delle reclute, di aggiornamento dei veterani, oltre che di partecipazione ad operazioni belliche.

E’ stato calcolato che negli ultimi 15 anni i dipendenti di società private specializzate in interventi militari, nel mondo, sia decuplicato, passando da 30 mila a 300 mila, mentre i militari appartenenti ad eserciti regolari sono passati da 30 a 20 milioni.

²⁴ S. Cassese, *La nuova costituzione economica. Lezioni*, Bari, Laterza, 2007, p. 291.

I privati che svolgono per conto di Stati attività militari perseguono un proprio interesse, anche sono incaricati, sulla base di rapporti contrattuali con gli Stati, di una delle più importanti funzioni pubbliche. Appartengono alla stessa nazionalità o ad altre nazionalità, diverse da quella dello Stato belligerante (vi può, quindi, essere una separazione dell'azione militare di uno Stato dalla nazionalità di chi usa la forza). Sono impegnati in operazioni domestiche o all'estero. Non sono soggetti al regime disciplinare dei militari regolari, non godono di immunità dalle giurisdizioni. In guerra sono trattati per lo più come mercenari, non come prigionieri di guerra²⁵.

Infine, le forme di “public-private partnerships” comportano la cooperazione a lungo termine tra settore pubblico e settore privato per l'espletamento di compiti pubblici, con risorse in gestione congiunta e rischi condivisi.

Questa forma di riduzione della sfera pubblica è stata utilizzata tanto diffusamente che l'Unione europea se ne è interessata, distinguendo le forme contrattuali e quelle istituzionalizzate, a condizione che risponda ai seguenti requisiti: lunga durata, finanziamento assicurato dai privati, partecipazione dei privati alle varie fasi del progetto, ripartizione dei rischi²⁶.

Tutte queste forme di riduzione della sfera pubblica pongono non pochi problemi. Il primo di questi riguarda la legittimità della scelta: chi deve decidere se privatizzare, de-regolare, esternalizzare, ricorrere alla collaborazione di privati per lo svolgimento di funzioni e compiti pubblici? Può essere stabilito un limite per le funzioni non delegabili, le cosiddette “core tasks” (come, ad esempio, fatto negli Stati Uniti con la

²⁵ C. Tomuschat, *In the twilight zones of the State*, in J. Buffard – J. Crawford-A. Pellets-S. Wittich (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, 2008, Koninklijke Brill, p. 479.

²⁶ Commissione delle Comunità europee, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico – privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30.4.2004 COM (2004)327 definitivo; risoluzione del Parlamento europeo 16.10.2006.

circolare A-76 e nel Regno Unito dal “De-regulation and Contracting-out Act” del 1994²⁷)? O è meglio stabilire criteri generali (come quelli della eccezionalità, della assenza di strutture interne, della carenza di personale) e requisiti procedurali (come quello di una previa valutazione dei costi e dei benefici)?

Il secondo ordine di problemi riguarda la scelta dei privati che beneficiano delle scelte pubbliche: ad esempio, per la vendita di imprese pubbliche o la scelta dei contraenti privati, va fatta una gara, in modo da assicurare il rispetto della concorrenza? E, una volta affidato a privati il servizio, come garantire che non si crei una struttura oligopolistica del mercato (basti l’esempio della “Correctional Corporation of America”, che gestisce più di ventuno carceri, con oltre 6 mila detenuti negli Stati Uniti, ed ha numerosi contratti anche nel Regno Unito e in Australia)?

Il terzo ordine di problemi riguarda le difficoltà di controllo. Le imprese privatizzate debbono restare completamente libere o vanno sottoposte almeno ad autorità di settore, come quella “antitrust”? E il “third party government”, aggiungendo un ulteriore “layer”, non aumenta le distanze dal governo²⁸, rendendo difficile l’applicazione dei principi essenziali del diritto amministrativo?

Più in generale, la costituzione di un’area privata accanto all’amministrazione, non produce un paradosso, quello di una “quasi-amministrazione”, sottratta alle regole di base del diritto amministrativo (trasparenza, obbligo di motivazione, proporzionalità, partecipazione al procedimento, riesame giurisdizionale delle decisioni)? D’altra parte, se parti di amministrazione vengono interamente o parzialmente privatizzate, non è proprio allo scopo di sottrarle ai limiti propri della burocrazia, di evitare vincoli di

²⁷ E. D’Alterio, *L’esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, n. 4, 2008, p.1018, nota 187.

²⁸ D. G. Frederickson and H. G. Frederickson, *Measuring the Performance of the Hollow State*, Washington, D.C., Georgetown Univ. Press, 2007, p. 181.

bilancio e di personale, di permettere un'azione più rapida ed efficace?

Infine, da molte privatizzazioni derivano carichi finanziari pubblici. Questi spostano sul Tesoro le responsabilità. Non sarà più lo Stato – gestore, ma lo Stato – finanziatore a doversi preoccupare delle attività privatizzate.

Tutti questi cambiamenti – spesso presentati con formule suggestive, quali “hollowing - out the State” o “withering the State” - presentano due fondamentali ambiguità. Da un lato, si presentano come una riduzione della sfera pubblica. Ma, attraverso di essi, spesso la mano pubblica riesce ad andare oltre, anche là dove essa prima non arrivava. Quindi, si può dire che essi rappresentano un arretramento, o non si deve riconoscere che essi sono piuttosto un avanzamento dello Stato?

Dall'altro, con questi cambiamenti, lo Stato si spoglia della veste pubblica, riduce l'area della sua sovranità. Però, ciò avviene negli interstizi, non tocca le complessive funzioni statali (per esempio, il “contracting – out” di funzioni relative alla difesa riguarda attività limitate, marginali, rispetto agli eserciti regolari). Ed avviene per una auto-limitazione dei governi nazionali, che rappresenta essa stessa un esercizio di sovranità statale, per di più rafforzata dalla circostanza che, nel trasferire a privati propri compiti, lo Stato è costretto a costruire un “public law framework”.

Queste ambiguità sono accentuate dagli ultimi eventi economici (crisi finanziaria iniziata nel 2008), che hanno portato a una notevole riespansione della mano pubblica, con il salvataggio di banche, nelle quali i governi hanno acquisito, sia pur temporaneamente, il ruolo di azionisti, con un aumento della spesa pubblica (che condurrà ad un aumento dei deficit e a un necessario successivo aumento del peso fiscale dello Stato) e con un incremento degli interventi sociali, a sostegno dell'occupazione.

Dunque, il moto pendolare del diritto amministrativo tra pubblico e privato sembra non fermarsi: espansione, riduzione, riespansione dell'area pubblica. Ma nessuno di questi moti comprende l'intera amministrazione. Vi sono strati che rimangono stabili e strati che vengono mutati solo parzialmente. Difficile l'opera dello studioso, che deve continuamente seguire questo moto, tener conto delle parti in movimento e di quelle stabili, e contemporaneamente costruire il suo diritto a sistema.

9. c. statale e universale

Il diritto amministrativo è nato come involucro statale (“Seit dem bürgerlichen Rechtsstaat, also etwa seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts, ist die Verwaltung eine rechtlich geregelt Staatstätigkeit“, secondo il maggiore studioso tedesco della generazione di mezzo, Ernst Forsthoff²⁹). Inizialmente, era inconcepibile una sua diffusione fuori dello Stato. Degli istituti del diritto civile si ammetteva la trasferibilità, non di quelli del diritto amministrativo.

Dopo due secoli di storia, invece, uno degli aspetti più importanti del nostro diritto è costituito dalla sua forza espansiva: suoi istituti si trovano applicati in ambiti non statali. Il diritto amministrativo, una volta proprio della zona chiusa nelle mura dello Stato, si applica ora anche tra gli Stati e al di là degli Stati. E un vero diritto dell'umanità.

Questo processo va di pari passo con la perdita di centralità dello Stato³⁰, con lo sviluppo di forme di statalità aperta (“offene Staatlichkeit”, “open statehood”³¹) e con il progresso della globalizzazione giuridica (grazie alla quale gli Stati hanno ceduto quote di

²⁹ E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, VI ed., I Band, München-Berlin, C. H. Beck Verlag, 1956, p. 2 (da quando c'è uno Stato borghese, e cioè dalla metà del secolo scorso, l'amministrazione è un'attività dello Stato regolata dal diritto).

³⁰ Che è, invece, ancora al centro di una delle più importanti e ponderose opere della cultura pubblicistica germanica, l'*Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, curato da J. Isensee e P. Kirchhof, in sette tomi (Heidelberg, Müller, 1987).

³¹ K. Vogel, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr, 1964, p. 35.

sovranità a istituzioni regionali e globali, ma hanno acquisito allo stesso tempo nuovi campi per promuovere la competizione tra nazioni³²).

Questa forza “colonizzatrice” del diritto amministrativo si riscontra nell’ambito sia dei moduli organizzativi, sia delle regole di azione.

Per quanto riguarda i moduli organizzativi, lo spazio ultrastatale ha carattere composito o plurale, nel senso che è costituito di elementi eterogenei, statali e sovrastatali, intergovernativi e interamministrativi, spesso costituiti in cerchi concentrici. E’, quindi, naturale che in tale spazio si sia fatto ricorso a due figure organizzative statali che rappresentano forme di integrazione, quella della supremazia e quella dell’”indirect rule”.

La prima è stata utilizzata nell’ambito degli Stati-nazione come sistema di integrazione di comunità minori (regioni, province, comuni, ma anche corpi professionali). Nella formula della supremazia, gli ordinamenti minori vengono espropriati del proprio potere statutario dagli ordinamenti maggiori. Questo modulo organizzativo ha trovato applicazione nella Unione europea, dove il diritto comunitario si è affermato come “higher law” rispetto ai diversi diritti nazionali.

L’”indirect rule”, che ha trovato applicazione in ordinamenti composti di tipo multi-statale, come l’impero asburgico e quello inglese, assicura l’integrazione delle periferie mediante sottomissione del solo vertice: un nuovo assetto costituzionale, i gradi alti dell’esercito, alcune norme essenziali sono imposti alla periferia, che, per il resto, osserva propri codici, ha un proprio regime di proprietà e di famiglia, conserva sue autorità locali. Accorgimenti analoghi vengono adoperati nell’area ultrastatale e globale, per consentire l’integrazione di ordini giuridici “inferiori” in quelli “superiori”.

³² V. Cable, *The Diminished Nation- State: a Study in the Loss of Economic Power*, in « Daedalus », 1995, Spring, vol. 124, n. 2, p. 23.

L'espansione del diritto amministrativo oltre lo Stato è ancor maggiore per quanto riguarda le regole di azione. Nello spazio globale hanno trovato rapida applicazione principi propri del "rule of law", come quelli di trasparenza, di partecipazione, di obbligo di motivazione, di riesame giurisdizionale.

Oltre lo Stato, infine, il diritto amministrativo non ha solo conquistato l'area pubblica, ma si è esteso anche a quella privata. Principi del procedimento amministrativo si applicano anche ad istituzioni private come l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – Iann, che governa Internet a livello globale, ma è una "non profit corporation" californiana. Ecco un altro esempio di amministrativizzazione del diritto privato. In presenza di questa espansione, non può dirsi, come si faceva tradizionalmente, che il diritto amministrativo è il diritto applicabile all'amministrazione³³, perché esso è andato oltre, si applica anche al di là dell'amministrazione pubblica in senso stretto.

La forza "colonizzatrice" del diritto amministrativo si è rivelata maggiore di quella del diritto costituzionale. Basta confrontare il rapido attecchimento dei principi sopra illustrati con le difficoltà con le quali devono combattere i diritti umani, nonostante che questi ultimi, a differenza dei primi, siano solennemente elencati in più di una convenzione internazionale. La ragione della diversa diffusione sta nelle maggiori difficoltà che incontrano i principi costituzionali, più legati alla sovranità dello Stato e al potere dei governi, rispetto ai principi amministrativi.

Anche questo sviluppo nasconde non poche ambiguità. Una riguarda la natura stessa degli istituti del diritto amministrativo, quando vengono de-contestualizzati. Una volta che la partecipazione del privato nel procedimento o la "judicial review" sono trasportate in un ambito diverso da quello statale, può ancora dirsi che svolgano la stessa

³³ Jean-Marie Pontier, *Qu'est-ce que le droit administratif?*, in « AJDA », 23 octobre 2006, p. 1937.

funzione? Ad esempio, nello spazio globale, vi è spesso l'obbligo di udire, prima di decidere, sia privati, sia governi nazionali. Per questi ultimi, la partecipazione ha lo stesso valore che per i privati? Il valore dell'indipendenza dei funzionari ha lo stesso significato nell'ambito statale (dove riguarda la neutralità rispetto a interessi economici e sociali) e in quello globale (dove attiene anche alla neutralità rispetto ai governi nazionali)?

Un'altra ambiguità deriva dalle doppie qualificazioni. Ad esempio, la nozione stessa di pubblica amministrazione subisce un "dédoublement". La nozione interna e quella esterna si scindono. Se la prima può rispondere a criteri nazionali e, di regola formali, la seconda deve ricorrere a criteri sostanziali. In presenza, infatti, di più ordini nazionali diversi, a livello superiore va stabilito un comune denominatore.

Dunque, il diritto amministrativo è elemento costitutivo sia degli Stati, sia degli ordini superiori agli Stati, dove invade anche istituzioni formalmente private. Ma, mentre si espandono, gli istituti propri del nostro diritto o perdono le loro caratteristiche iniziali, oppure si sdoppiano, per prestarsi al duplice uso, all'interno degli Stati e al di là di essi. Lo studioso dovrà, quindi, combattere con diverse forme di polisemia giuridica, se vorrà comprendere appieno queste nuove realtà.

10. d. nazionale e transnazionale

Gli ordini nazionali, tradizionalmente chiusi l'uno all'altro, non solo sono divenuti permeabili rispetto ad ordini più vasti (europeo, globale), ma sono anche divenuti reciprocamente porosi, consentendo scambi, trapianti, importazioni ed esportazioni, imitazioni, adattamenti reciproci, convergenze, interpenetrazioni, sviluppi paralleli, dialogo, apprendimento comune.

Di questa nuova situazione è testimonianza la formazione di un corpo di istituti comuni, dei quali si è già detto: il principio (in taluni casi, il diritto) della buona amministrazione, comprendente trasparenza, partecipazione, obbligo di motivazione, diritto al giudice; l'articolazione del centro in agenzie e autorità di regolazione indipendenti o dotate di semi-indipendenza; l'articolazione della periferia in regioni, comunità autonome, territori ("Länder"); le esternalizzazioni; gli istituti chiamati a dare alle decisioni amministrative una legittimazione diretta (le inchieste pubbliche, le consultazioni).

Se, tuttavia, si trovano sempre più istituti somiglianti in ordini nazionali diversi, si può dire che essi siano simili? C'è chi è affascinato dai trapianti, dalle similitudini, dalle convergenze. C'è chi – all'opposto - afferma che la superficie dissimula le differenze, che è sbagliato idealizzare gli elementi comuni, che l'essenziale sono le differenze, che bisogna abbandonare la presunzione delle somiglianze, che generalizzare è sopprimere l'originalità del dettaglio, della differenza³⁴.

Nessuno dei due punti di vista convince. Sia perché l'analisi non può essere svolta all'ingrosso, ma sui singoli istituti. Sia perché frequentemente le cose sono più complicate di quanto si descrive.

Vi sono principi organizzativi soggiacenti a ogni aggregato umano, strutture elementari che rispondono ad esigenze funzionali comuni (ad esempio, accentramento di taluni poteri per il governo di vasti territori; delegazione di certe funzioni, per rispettare autonomie locali o funzionali; coinvolgimento di collettività per assicurarsi il loro consenso). Questi principi si radicano e crescono in modo diverso in contesti diversi. Vengono poi trapiantati in altri ordini giuridici, dove trovano un diverso contesto, cioè entrano in contatto con strutture elementari di base nuove, e, quindi, hanno sviluppi diversi.

³⁴ P. Legrand, *European Legal Systems are not converging*, in "Intl. and Comp. Law Quarterly", n. 1, 1996, p. 52; P. Legrand, *Comparer*, in "Revue int. dr. comparé", n. 2, 1996, p. 279.

Questo incrocio di uniformità, prodotta dalla diffusione degli stessi istituti, e diversità, dovuta ai diversi contesti, produce risultati differenti.

Dunque, se vi sono trapianti, questo vuol dire che i sistemi amministrativi possono integrare elementi estranei. Ma se il contesto, l'ambiente giuridico, muta l'istituto trapiantato, ciò vuol dire che esso non può sopravvivere immutato al cambiamento del contesto: c'è un adattamento, un addomesticamento.

Gli studi sulla storia diffusiva degli istituti amministrativi, quali il prefetto francese o l'"Ombudsman" scandinavo, mostrano che la trans-nazionalizzazione dei diritti amministrativi avviene in forme diverse secondo i singoli istituti e con processi complicati, quale – ad esempio - quello ora descritto, perché prevalente (ma non esclusivo).

Si aggiunga che una parte del fenomeno riguarda non il diritto amministrativo, ma la sua scienza: ad esempio, la teoria dei diritti pubblici subbiettivi, sviluppata in Germania nel corso del XIX secolo e diffusasi successivamente in altri Paesi, come Italia e Spagna. Si tratta, in questi casi, di prestiti di teorie, che non mancano di avere conseguenze non solo sulle culture che le ricevono, ma anche, attraverso di esse, sugli istituti.

Per concludere, anche il rapporto tra i sistemi amministrativi e i relativi diritti nazionali mostra un paradosso. I diritti sono sempre meno soltanto nazionali, si trans-nazionalizzano, acquistano caratteri comuni. Ma la comunanza è solo parziale, perché sono diversi gli ambienti. I diritti amministrativi, catturati da altri diritti, finiscono per catturare, a loro volta, questi ultimi. Lo studioso avrà l'impressione di studiare lo stesso istituto, ma dovrà convincersi delle differenze, che derivano in maggioranza dall'ambiente, dal sistema giuridico che l'ha ricevuto.

11. Per una nuova integrazione

Siamo giunti alla fine di questo percorso. Resta da “tirare la morale” dell’analisi, riprendendo il discorso da dove lo si è cominciato, dalla scienza giuridico - amministrativa.

L’analisi – per quanto rapida - ha consentito di porre in luce quattro paradossi della storia del diritto amministrativo e quattro paradossi della sua situazione presente.

Il diritto amministrativo ha una vita breve, ma è cresciuto molto e rapidamente. Si presenta come strumento di autorità e di libertà, come mezzo di cura di interessi statali e di interessi collettivi. Prima è più stabile del diritto costituzionale, poi va di pari passo con esso, infine lo sopravanza. Prima vive in un mondo separato dal diritto civile, poi lo invade, infine ne è invaso. Nel corso del suo sviluppo, viene studiato in modo sempre più comprensivo; ma ancora oggi è inteso e studiato in modo diverso, nonostante che abbia un corpo di principi e istituti comuni.

Al suo centro vi sono quattro contraddizioni. La legge sottopone al suo comando un’amministrazione che inesorabilmente le sfugge; per cui si cercano ulteriori modi per costringere l’amministrazione al rispetto del diritto. L’area pubblica si espande, poi si contrae, infine si riespande, sotto la pressione di pubblicizzazioni e privatizzazioni. Nato statale, il diritto amministrativo si universalizza e viene applicato anche a istituzioni private, ma ciò cambia la funzione dei suoi istituti, che divengono, quindi, diversi. Da un ambito statale, si trasferisce in altri Stati: così cattura altri ordini giuridici, ma è catturato a sua volta da questi ultimi, che lo ri-nazionalizzano.

Se questi sono i grandi paradossi e i grandi temi del diritto amministrativo che intorno ad essi si ordinano, la relativa scienza è stata all’altezza del suo compito?

Essa si è dedicata troppo al tempo breve³⁵, alle superfici evidenti, agli eventi minuti e “locali”, ai piccoli fatti. Ha perso di vista i punti essenziali della sua stessa disciplina, le grandi tendenze, le strutture profonde soggiacenti alle istituzioni. Non ha prestato attenzione alle regole del cambiamento.

La legge, la sentenza, gli stessi orientamenti giurisprudenziali, fanno parte del tempo breve, che è il più capriccioso e ingannevole. Bisogna saperlo indagare, ma bisogna anche sapersene distaccare, guardando al tempo lungo, che è dominato dalle strutture organizzative, dalle logiche degli interessi, da rapporti stabili.

Lo studio del tempo lungo richiede un cambiamento di stile e di atteggiamenti, un rovesciamento di mentalità, una diversa concezione dei fenomeni amministrativi. Se l’epoca nostra è dominata dalla de-statalizzazione del diritto amministrativo, dalla sua diffusione universale, dalla sua commistione con il diritto privato, dalla tensione politica – amministrazione, sarebbe erroneo continuare a studiare il diritto amministrativo solo su base nazionale, solo in modo settoriale, senza contaminazioni.

In particolare, è essenziale cessare di discutere tanto sui rispettivi confini delle diverse scienze sociali e storiche, delle quali lo studio del diritto fa parte. Occorre che ciascun cultore presti attenzione alle altre discipline, senza rispettare barriere e differenze. Occorre, quindi, una duplice integrazione, negli altri rami del diritto e nelle altre scienze sociali (l’economia, la scienza politica, le sociologia).

³⁵ Per questo concetto mi sono ispirato al famoso scritto di F. Braudel, *Histoire et sciences sociales. La longue durée*, in “Annales E.S.C.”, 1958, oct.-déc., p. 725, tradotto in italiano nel n. 1, gennaio 1966 dei “Quaderni storici delle Marche”, p. 5. Si legga anche la valutazione di questo saggio programmatico compiuta da M. Aymard, *La “lunga durata”: e la storia batté l’antropologia*, in “Vita e pensiero, 2009, n. 3, p. 79.

BIBLIOGRAFIA

1. Sulle trasformazioni del diritto amministrativo in generale, M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997; Jean-Bernard Auby, *La bataille de San Romano – Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in « AJDA », 20 novembre 2001, pp. 912-926; Oriol Mir Puigpelat, *El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional*, in “Revista de Administracion Publica”, vol. 162, settembre-diciembre 2003, pp. 47-87; Richard B. Stewart, *Administrative law in the Twenty-First century*, in “New York University Law Review”, vol. 78, n. 2, May 2003, pp. 437-460; tr. it. *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in “RTDP”, n. 1, 2004, pp. 1-29; Pierre Van Ommeslaghe, *Le droit public existe-t-il?*, in « Revue de la Faculté de droit », Université Libre de Bruxelles, vol. 33, 2006-1; Paul Martens, *Que reste-t-il du droit administratif?*, in « Administration Publique », n. 1, 2006, pp. 1-6 ; Jean-Marie Pontier, *Qu'est-ce que le droit administratif?*, in « AJDA », 23 octobre 2006, pp. 1937-1940; Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global law press, 2006 ; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft*, in « Juristen Zeitung », n. 13, 6 Juli 2007, pp. 645-696 ; M. Ruffert (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, München, Sellier, 2007 ; Jacques Caillosse, *La Constitution imaginaire de l'administration. Recherche sur la politique du droit administratif*, Paris, PUF, 2008 ; Vasco Pereira da Silva, *Eine Reise durch das Europa des Verwaltungsrechts*, s.d. ma 2006; tr. franc. « *En Route !* » *Un nouveau voyage à travers l'Europe du droit administratif*, s.d. ma 2008 ; Peter M. Huber, *Die Demontage des Öffentlichen Rechts*, in W. Kluth-M. Müller-A. Peilert (hrsg.), “Wirtschafts-Verwaltung-Recht”. Festschrift für Rolf Stober zum 65. Geburtstag am 11. Juni 2008, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008, pp. 547-556; Eberhard Schmidt-Aßmann-Stéphanie Dagrón, *Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand*, in « Revue française d'administration publique », n. 127, 2008, pp. 525-541 ; Nelly Sudres, *Le droit administratif français après le traité de Lisbonne*, in « Droit administratif », décembre 2008, pp. 17-27 ; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Droit administratif et justice administrative. Permanence et renouveau*, in « Revue française d'administration publique », mai-juin 2008, pp. 438-447.

2. Sui trapianti, James Q. Whitman, *Western Legal Imperialism: Thinking about the Deep Historical Roots*, in “Theoretical Inquiries in Law”, vol. 10, n. 2, July 2009, pp. 305-332; Michele Graziadei, *Legal transplants and the frontiers of legal knowledge*, in “Theoretical Inquiries in Law”, vol. 10, n. 2, July 2009, pp. 723-743; Jean-Louis Halpérin, *The concept of law: a western transplant?*, in “Theoretical Inquiries in Law”, vol. 10, n. 2, July 2009, pp. 333-354.

3. Sulla convergenza dei diritti amministrativi in Europa, Jean Rivero, *Les phénomènes d’imitation des modèles étrangers en droit administratif*, in A. de Laubadère-A. Mathiot-J. Rivero-G. Vedel, « Pages de doctrine », Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 459-473 ; ID., *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, in « Livre du centenaire de la Société de Législation Comparée, Paris, 1969, I, p. 199 ss. ; John S. Bell, *Convergences and divergences in European administrative law*, in “Rivista italiana di diritto pubblico comunitario”, n. 1, 1992, pp. 3-22; Pierre Legrand, *European Legal Systems are not converging*, in “Intl. and Comp. Law Quarterly”, n. 1, 1996, pp. 52-81 ; Pierre Legrand, *Comparer*, in “Revue int. dr. comparé”, n. 2, 1996, pp. 279-318 ; Roberto Caranta, *Learning from our Neighbours: public law remedies homogenization from bottom up*, in “Maastricht Journal of European and Comparative Law”, vol. 4, n. 3, 1997, pp. 220-247; Claus Dieter Classen, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine vergleichende Untersuchung zum deutsche, französischen und europäischen Verwaltungsprozessrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1995, pp. 300; Jürgen Schwarze, *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, Baden-Baden, Nomos, 1996; John S. Bell, *Mechanisms for cross-fertilisation of administrative law in Europe*, in J. Beatson and T. Tridimas (eds), *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, 1998, pp. 149-151; Jürgen Schwarze, *The convergence of the administrative laws of the EU Member States*, in “European Public Law”, vol. 4, Issue 2, 1998, pp. 191 ss.

4. Sulle trasformazioni del diritto amministrativo in generale, si vedano anche i miei scritti *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971; *La pubblica amministrazione e il diritto amministrativo in Italia dal XIX al XX secolo*, in «Administration – Politique. Mélanges en l’honneur Athos G. Tsoutsos», Atene, Sakkoulou, 1990, pp. 103-121; *L’influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti*

amministrativi nazionali, in “Rivista italiana di diritto pubblico comunitario”, 1993, n. 3, pp. 329-342; *Le amministrazioni pubbliche in Europa: per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in «Scritti in onore di Pietro Virga», Milano, Giuffrè, 1994, vol. I, pp. 501-513; *Une des formes de l’Etat nouveau du monde. Reflexions sur le droit administratif français*, in “AJDA-L’Actualité Juridique - Droit Administratif”, numéro spécial du cinquantenaire, 20 juin 1995, pp. 167-172; *Lo studio comparato del diritto amministrativo*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 1995, n. 1, pp. 251-264; *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 1996, n. 9, pp. 869-872; *Le nuove tendenze del diritto amministrativo*, in «Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari - Quaderno n. 6, Seminario 1995», Torino, Giappichelli, 1996, pp. 163-171; *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 1997, n. 6, pp. 580-589; *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 1-88; II ed., 2003, pp. 1-93; *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2002, n. 1, pp. 27-40; *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2003, n. 1, pp. 35-52; *Il diritto amministrativo tra XX e XXI secolo*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2004, n. 7, pp. 780-781; *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in “Rivista italiana di diritto pubblico comunitario”, 2004, n. 5, pp. 1135-1142; *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2004, n. 4, pp. 901-912; *Il diritto amministrativo nell’ultimo decennio*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2004, n. 1, p. 5; *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2005, n. 2, pp. 331-357; *Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2005, n. 3, pp. 617-631; *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2006, n. 3, pp. 597-611; *Le prospettive*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 507-517 e pp. 593-594; *The Rise of the Administrative State in Europe*, in corso di pubblicazione in S. Cassese-P. Huber-A. von Bogdandy, “Ius Publicum Europeum”, Band III, Mohr Siebeck.