

LUISA TORCHIA

DIRITTO AMMINISTRATIVO, POTERE PUBBLICO
E SOCIETÀ NEL TERZO MILLENNIO
O DELLA LEGITTIMAZIONE INVERSA

SOMMARIO: 1. I "due corpi" del diritto amministrativo. — 2. I poteri pubblici dall'ancoraggio statale all'ancoraggio costituzionale. — 3. Le nuove dimensioni del diritto amministrativo. — 4. Lontano da Weber: il diritto amministrativo da condizione di effettività a fattore di legittimazione.

1. *I "due corpi" del diritto amministrativo.*

Lo studente che oggi segua un corso di diritto amministrativo può trovarsi dinanzi professori (e manuali) assai diversi. C'è chi parte dalla tradizione tramandata per poi indicare i mutamenti e le trasformazioni rispetto al modello originario (anche se le origini non vengono sempre identificate allo stesso modo). C'è chi parte, invece, dall'ordinamento positivo vigente, e di lì risale alla tradizione. C'è chi concentra l'insegnamento sui principi e chi sulle istituzioni, chi illustra per casi e chi per fattispecie astratte: e l'elenco potrebbe continuare.

Ci sono, però, due elementi comuni ricorrenti nella varietà di scelte ed esperienze.

Il primo elemento sta nella segnalazione del processo continuo di cambiamento e di trasformazione che è divenuto ormai tratto costante del diritto amministrativo. Ci si può compiacere o dolersi delle novità, dei continui interventi del legislatore, del rapido fiorire e sfiorire di orientamenti giurisprudenziali, dei mutamenti di rotta, spesso repentini, delle amministrazioni e delle autorità, ma il fenomeno è ormai centrale nell'insegnamento come nella riflessione giuridica.

Lo studioso può rassegnarsi a fare cronaca, può rimpiangere

perdute età dell'oro, può leggere il cambiamento come prodotto e fattore di crisi, può, invece, aguzzare la vista per non farsi ingannare dai movimenti apparenti e cogliere le tendenze profonde ⁽¹⁾, ricordando, con Duguit, che studiare le trasformazioni del diritto pubblico è studiare il diritto pubblico. In ogni caso, non ci si può sottrarre alla turbolenza che fa apparire così lontana la famosa affermazione di O. Mayer, secondo la quale "il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta".

Il secondo elemento comune sta nella riaffermazione della valenza duplice del diritto amministrativo, quale strumento di comando e quale strumento di garanzia. Seppure la antica e originaria ispirazione liberale è ormai da tempo abbandonata e superata, il ruolo del diritto amministrativo nell'ordinamento viene ancora presentato come dotato di una doppia dimensione.

Il diritto amministrativo nasce come diritto dello Stato, come diritto sovrano e speciale, volto a disciplinare rapporti di supremazia. La supremazia sottoposta a disciplina non è più, però, per definizione assoluta e il diritto amministrativo è lo strumento mediante il quale si determinano le basi, i contenuti e i modi — e, quindi, anche i limiti — del potere pubblico, quale potere che si impone, sì, ai privati, ma solo in ragione della sua finalizzazione alla cura di interessi pubblici ⁽²⁾.

Il diritto amministrativo, come il re medievale di E. Kantowicz, ha due corpi. Il corpo fisico (o, *rectius*, politico) è quello dello Stato, dal quale, secondo la raffigurazione tramandata, il

⁽¹⁾ S. CASSESE, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, n. 9, pp. 869-972; S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, n. 1, pp. 27-40; S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, n. 4, pp. 901-912; S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, n. 3, pp. 597-611.

⁽²⁾ S. CASSESE, *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; S. CASSESE, *State and Administration in Europe (the past and the future)*, in corso di pubblicazione, consultabile su www.irpa.it.

diritto amministrativo promana. Il corpo mistico è quello dei principi e delle regole che circondano il potere e lo trasformano in diritto, a garanzia delle situazioni soggettive degli individui, dei gruppi, delle comunità.

Così come nel passaggio dal medio evo all'era moderna il corpo fisico del sovrano ha perso rilevanza, sostituito da quella *fictio* chiamata personalità giuridica dello Stato, nel passaggio oggi in corso dal mondo degli Stati nazionali al mondo globale, il diritto amministrativo si disancora dal suo corpo fisico — lo Stato — e sviluppa il suo corpo mistico o, fuor di metafora, la sua capacità di rappresentanza, di legittimazione, di garanzia.

Questa capacità viene oggi esportata, fuori ed oltre lo Stato nazionale, come fattore essenziale di legittimazione per istituzioni, decisioni, procedure che, seguendo lo straordinario e variegato sviluppo della dimensione degli interessi degli individui, dei gruppi, delle comunità, vanno collocandosi e assestandosi lungo assi del tutto diversi rispetto a quelli della nazionalità e del territorio, non più esaustivi ed esclusivi come in passato.

Di questa trasformazione si cercherà, di seguito, di indagare alcuni caratteri di fondo, prendendo le mosse dai risultati degli studi, illuminanti ed unici per acutezza e profondità, del Maestro al quale questo lavoro è dedicato.

2. *I poteri pubblici dall'ancoraggio statale all'ancoraggio costituzionale.*

La vicenda degli Stati nazionali dopo la seconda guerra mondiale si sviluppa, pur con le naturali differenze e peculiarità di contesto, sotto il segno del pluralismo.

Ad un centro compatto, titolare di tutte le potestà di decisione, si sostituiscono (o almeno si aggiungono) tanti diversi poteri pubblici, all'interno dello Stato ed oltre lo Stato, ciascuno titolare di un frammento di potere, individuato, di volta in volta, in ragione di una vocazione funzionale, di un ambito territoriale, di una capacità rappresentativa, di una qualità tecnica.

Alle funzioni originarie e tradizionali della sovranità, esercitata come prerogativa in regime di diritto pubblico (e quindi speciale) si aggiungono funzioni sociali ed economiche, esercitate come servizio, in regime di diritto misto, con una crescente embricazione fra diritto pubblico e diritto privato⁽³⁾. All'amministrazione che prende si aggiunge, sino a sopravanzarla in termini di rilevanza, l'amministrazione che dà e che viene valutata, quindi, non solo per la legittimità della sua azione, ma per la bontà, l'efficacia e la qualità dei suoi risultati.

Il potere pubblico si articola, secondo la felice intuizione gianniniana, secondo la sempre maggiore differenziazione degli interessi, via via che nuove classi e nuovi gruppi guadagnano l'accesso alla rappresentanza, nel segno della democrazia⁽⁴⁾. La possibilità di conflitto fra interessi tutti considerati ugualmente meritevoli di tutela è coesenziale allo Stato pluriclasse, che sviluppa, quindi, strumenti di coordinamento e di conciliazione fra le stesse amministrazioni pubbliche, non più dominabili solo dal centro e non più poste lungo le linee semplici e chiare della piramide gerarchica⁽⁵⁾.

I rapporti fra le amministrazioni pubbliche e fra esse ed i cittadini non sono dunque più sempre ordinati *ex ante*, come avviene nei sistemi centralizzati e gerarchici, ma sono il frutto di interazioni, negoziazioni, verifiche e confronti, come avviene nei sistemi aperti e dispersi. I fenomeni di pluralismo e dispersione modificano lo Stato nazionale sul doppio versante interno ed esterno. Ai poteri sub-nazionali (le regioni e le autonomie locali, le autorità indipendenti, gli enti pubblici) si aggiungono i poteri

⁽³⁾ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, p. 70 ss.

⁽⁴⁾ S. CASSESE, *Lo "Stato pluriclasse" in Massimo Severo Giannini*, in S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio (a cura di), *L'unità del diritto. M.S. Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 11-50.

⁽⁵⁾ S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, n. 2, pp. 374-385; S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, n. 3, pp. 601-650.

e le organizzazioni internazionali, sopranazionali, transnazionali (6).

L'amministrazione non è — non può più essere — la "macchina dell'obbedienza" descritta da Weber. E, conseguentemente, il diritto amministrativo non è più — soltanto o prevalentemente — "l'armatura giuridica della macchina dell'obbedienza" (7).

I rapporti giuridici sottostanti all'esercizio del diritto pubblico non possono essere più descritti soltanto nei termini antinomici del comando (legittimo) al quale segue l'obbedienza (dovuta), la cui unica correzione può venire da un controllo di legittimità affidato ad un giudice obbligato — nominalmente, ch  di fatto va spesso ben oltre — a fermarsi sul perimetro di quella "dark matter" che viene definita discrezionalità.

Se nel sistema originario, i cittadini — e gli individui, i gruppi, le comunit  — partecipavano al processo politico, obbedivano al comando amministrativo e si difendevano tramite il ricorso al giudice, ora richiedono ed ottengono nuovi strumenti di difesa e di partecipazione, che possono essere utilizzati su piani diversi.

Grazie a questi strumenti il procedimento amministrativo riproduce e mescola tratti tipici del processo politico e del processo giurisdizionale. Il diritto di partecipare alla decisione   funzionale non solo alla difesa dell'individuo i cui interessi possono essere incisi, ma anche alla necessit  dell'amministrazione di raccogliere dati ed informazioni non altrimenti disponibili o accessibili e di ottenere il consenso degli interessati, ad esempio su scelte infrastrutturali o di gestione del territorio che

(6) S. CASSESE, *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffr , 1988, I, pp. 91-103; S. CASSESE, *Gli Stati nella rete internazione dei poteri pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, n. 2, pp. 321-330; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 1-144.

(7) S. CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche tra XX e XXI secolo*, in *Il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo* (a cura di L. Torchia), in corso di pubblicazione.

non possono più imporsi autoritativamente alle comunità locali ⁽⁸⁾.

Per dirla con i termini del ragionamento giuridico classico, la volontà dell'amministrazione si forma attraverso moduli procedurali formalizzati, che possono assumere articolazione ed andamenti diversi a secondo di come si (auto)organizza la partecipazione degli interessi e presentare caratteri tipici sia del processo politico, sia del processo giurisdizionale. Né il processo politico, né quello giurisdizionale sono, però, sostituiti e neanche marginalizzati. Le amministrazioni pubbliche e la loro attività si collocano sempre a valle degli indirizzi politici espressi secondo le modalità costituzionalmente previste e restano soggette al sindacato giurisdizionale, anch'esso previsto quale rimedio generale, che non può conoscere eccezioni o limitazioni, dalla Costituzione.

Emerge qui una prima rilevante discontinuità: il termine di riferimento dell'amministrazione e del suo diritto non è più lo Stato nazionale, che tutto comprende e tutto ordina, ma l'assetto costituzionale, che distribuisce i poteri, ne determina l'equilibrio e i limiti, enuncia i diritti, stabilisce i principi.

Questo assetto costituzionale diventa, peraltro, sempre più poroso e, per così dire, "accogliente", inglobando o subendo l'influenza di altre Costituzioni — la Costituzione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono due esempi palmari — e dei principi elaborati da giudici sovranazionali o transnazionali ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Archivio giuridico*, 1970, n. 1-2, pp. 25-188; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. Torchia (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, Cedam, 1993, pp. 1-5; S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, n. 4, pp. 1015-1033.

⁽⁹⁾ S. CASSESE, *La costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1991, n. 3, pp. 487-508; S. CASSESE, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2001, n. 1, pp. 311-315; S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, n. 3, pp. 469-478.

I diritti che le Costituzioni enunciano restano disincarnati senza un'amministrazione che, rendendo i servizi e realizzando le attività necessarie, dia loro effettività, consistenza, qualità. Ma l'amministrazione opera, allora, non tanto e non solo nell'interesse pubblico (interpretato dal potere pubblico per eccellenza: lo Stato), ma nell'interesse del pubblico⁽¹⁰⁾, della collettività, nelle sue varie configurazioni costituzionalmente riconosciute (il popolo, la Repubblica, la Nazione, i cittadini, gli individui, il singolo, le formazioni sociali, i lavoratori, le famiglie, gli stranieri o, come si legge spesso nelle disposizioni costituzionali, "tutti").

Il diritto amministrativo opera, in questo quadro, come fattore di legittimazione dell'esercizio concreto del potere pubblico, assicurando che ogni decisione sia presa da un'amministrazione competente, nel rispetto dei diritti di partecipazione e di difesa degli interessati, in modo imparziale, con una ponderazione ragionevole e proporzionata degli interessi in gioco, basata su un'istruttoria completa, motivando le ragioni della scelta e rendendola, così, controllabile anche *ex post*.

Si attenua sempre più la caratteristica di strumento del comando a favore della funzione di presidio delle libertà, ma questo tendenziale ribaltamento fra le due vocazioni originarie del diritto amministrativo avviene comunque a fronte di un potere pubblico che — per dirla con i termini di Hart — ha un riconoscimento proprio e preesistente, rispetto alla determinazione delle regole, dei principi e dei criteri che ne reggono e ne conformano il concreto esercizio. La clausola di riconoscimento non è, però, una clausola giuridica, ma una clausola sociale e affonda le proprie radici in una società organizzata e strutturata, che si ordina mediante un patto costituzionale condiviso, nel quale trova fondamento e base il diritto pubblico.

Se è vero dunque che il diritto amministrativo funge da legittimazione dell'esercizio concreto del potere, è anche vero

⁽¹⁰⁾ S. CASSESE, *Perché una Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni e quali debbono essere queste norme*, in S. CASSESE, A.G. ARABIA, *L'amministrazione e la Costituzione: proposte per la Costituente*, Bologna, il Mulino, 1993, p. 20.

che, rispetto a quel potere preso nei suoi termini generali, la cui legittimazione affonda le radici nell'assetto costituzionale, il diritto amministrativo si atteggia come condizione di effettività di scelte ed opzioni dotate, appunto, di un riconoscimento costituzionale.

Cosa accade, invece, quando questo previo riconoscimento non è discernibile, ma l'ordinamento comunque si affolla di sedi e luoghi nei quali, fuori ed oltre gli Stati nazionali, si stabiliscono regole e si prendono decisioni che incidono su individui, gruppi, comunità non in ragione della loro identità nazionale o territoriale, bensì in virtù di uno fra le miriadi di attributi (in senso filosofico) che contribuiscono a caratterizzare la vita di ciascuno nel mondo globale? ⁽¹¹⁾.

Non a caso gli studi di diritto globale sono affollati di figure che nel loro insieme sembrano riprodurre un nuovo (e una volta inimmaginabile) presepe: pescatori, cacciatori, pastori, agricoltori, animali, pesci, piante, alimenti (della tradizione e con le loro varianti geneticamente modificate), banchieri, revisori dei conti, risparmiatori, terroristi, carcerieri, carcerati, ambientalisti, petrolieri e tanti altri ancora. Gli interessi ed i diritti che queste figure portano con sé — a volte metaforicamente, a volte letteralmente intorno al mondo — non possono più essere ristretti nei confini nazionali, ascritti ad un territorio, sottoposti ad un unico ed uniforme sistema di comando e di controllo. Allo stesso tempo, però, si tratta di interessi e diritti che non costituiscono, nel loro insieme, una società strutturata e riconoscibile, all'interno della quale possano trovare ordinata collocazione, gradazione, espressione.

La dimensione degli interessi, dei diritti, dei loro rapporti e dei problemi che essi pongono richiede strumenti diversi da quelli disponibili in ciascun sistema nazionale, ma, allo stesso tempo, attinge a piene mani a quello strumentario, disancoran-

⁽¹¹⁾ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006; S. CASSESE, *Nel labirinto delle globalizzazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, n. 4, pp. 921-930.

dolo dalle sue radici e adattandolo alle esigenze che di volta in volta emergono.

Fra questi strumenti, per una sorta di paradossale mutazione, proprio il diritto amministrativo, il diritto statale e nazionale per eccellenza, si va dimostrando particolarmente flessibile, adattabile, capace — direbbe un neodarwinista — di evolversi grazie alla efficace combinazione di ereditarietà e selezione naturale. L'evoluzione comporta che il diritto amministrativo si proietti in un diverso spazio, allo stesso tempo più ampio, rispetto agli ordinamenti nazionali, quanto ai suoi confini e più ristretto, perché spesso caratterizzato come regime giuridico settoriale e non generale.

3. *Le nuove dimensioni del diritto amministrativo.*

I confini nazionali non fungono più, oggi, da barriera per l'influenza del diritto esterno all'ordinamento giuridico interno, né da ostacolo per la proiezione ultranazionale delle amministrazioni pubbliche.

Il diritto nazionale — e il diritto amministrativo in particolare — è permanentemente e profondamente influenzato da regole, principi, istituti, standard, procedure che nascono e si formano fuori dall'ordinamento nazionale, anche se sono costruiti spesso con parti prese a prestito proprio dai diversi ordinamenti nazionali.

Il diritto europeo è, naturalmente, la più chiara e intensa testimonianza di questa esperienza di interazione⁽¹²⁾ e costituisce

(12) S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, n. 3, pp. 329-342; S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, II ed., parte generale, I, pp. 1-13; S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, n. 2-3, pp. 291-301; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, n. 1, pp. 35-52; S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo*

ormai parte così integrante della nostra esperienza giuridica da non essere più oggetto di studio distinto e specifico, se non per i profili istituzionali.

Non si possono studiare e comprendere materie come i servizi pubblici, i contratti della pubblica amministrazione, la tutela della concorrenza, la regolazione dell'economia, distinguendo fra diritto nazionale e diritto europeo. Ci sono qualificazioni che il diritto interno non ha mai stipulato formalmente, ma che usa correntemente, come la nozione di attività ed organismo *in house* e ci sono principi da sempre utilizzati per controllare l'azione amministrativa, che sono stati formalizzati e normati proprio per influenza del diritto europeo, come il principio di proporzionalità.

Mediante il principio di equivalenza, la tecnica del mutuo riconoscimento, le possibilità di scelta del diritto (e di *forum shopping*) i diritti degli individui e delle imprese e l'attività amministrativa che li conforma trasmigrano da un ordinamento all'altro, entrano di diritto negli ordinamenti nazionali, impongono di ampliare la considerazione di interessi rilevanti, di allargare la gamma di regole e principi applicabili, di arricchire i criteri di esercizio della discrezionalità. Gli ordinamenti nazionali si aprono, così, anche lateralmente oltre che verso gli ordinamenti sopranazionali e questa apertura laterale consente di trapiantare e mescolare gli elementi dei diritti nazionali.

Per altro verso, e corrispondentemente, le amministrazioni nazionali si proiettano fuori dai confini domestici, sotto il profilo organizzativo come sotto quello funzionale. Partecipano a reti transnazionali con amministrazioni consorelle in altri ordinamenti, nelle nuove come nelle vecchie province dei sistemi amministrativi: basti pensare, rispettivamente, alle autorità indipendenti e alle amministrazioni preposte alla difesa. Gli atti amministrativi sono efficaci e validi per un territorio ben più ampio di quello nazionale: un'autorizzazione della banca centrale, un certificato di omologazione, una patente di guida, un titolo di studio o una qualifica professionale ottenuti in un paese

nazionale: signoria o integrazione, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, n. 5, pp. 1135-1142.

valgono per l'intero spazio europeo (e, a determinate condizioni definite *ad hoc*, anche oltre).

Questo fenomeno di espansione dell'amministrazione oltre i confini nazionali, sia in quanto recettore di norme e regole esterne, sia in quanto partecipe di reti transnazionali, sia in quanto produttrice di effetti giuridici a valenza transnazionale, è ormai consolidato ed eretto a sistema nel diritto europeo, ma emerge con sempre maggiore evidenza anche nel diritto globale.

Il diritto globale è completamente privo, però, a differenza del diritto europeo, di un centro e di regole generali. Esso consiste, come è stato più volte ricordato, di innumerevoli regimi regolatori, che presentano alcuni elementi comuni, ma sono purtuttavia sempre regimi regolatori *ad hoc*, disegnati o nati intorno a contingenze specifiche, ad interessi particolari, a problemi diversificati⁽¹³⁾. Ancor di più, esso è privo di un sostrato sociale comune. Pur con tutte le differenze registrabili, può riconoscersi l'esistenza di una società europea che condivide secoli di storia comune, un patrimonio comune di istituti, principi e regole, la scelta irrevocabile della democrazia, una tradizione di economia mista, la distinzione fra sfera politica e sfera religiosa, alcuni precetti fondamentali (fra i quali il rifiuto radicale della pena di morte).

Non esiste invece (ancora?) una società globale, dotata di consistenza e di spessore, ma piuttosto un fenomeno di interazioni sempre più frequenti, intense e diffuse fra parti del mondo una volta separate e oggi comunicanti — volontariamente o anche solo per condizionamento oggettivo — che mantengono comunque differenze assai profonde, a fronte delle quali lo strato, per dir così, condiviso, è assai sottile.

Fra gli elementi comuni discernibili in questa grandissima varietà rileva, ai nostri fini, una limitazione ricorrente in pressoché tutti i casi, sotto il profilo della natura delle funzioni che per brevità possono definirsi "globalizzate".

(13) S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, n. 2, pp. 331-357; S. CASSESE, *Is there a Global Administrative Law?*, in corso di pubblicazione, consultabile su www.irpa.it.

Assumono dimensione globale, infatti, da una parte, la funzione regolatoria, di elaborazione di regole, principi, standard, norme tecniche e, dall'altra, la funzione di soluzione delle controversie, in forme a volte pienamente giurisdizionali, a volte di *adjudication* o di conciliazione. Si potrebbe dire, riprendendo una suggestione di Giannini, che si riproducono alcuni caratteri dell'amministrazione negli ordinamenti generali del mondo antico e, in particolare, "l'essere organizzazione e attività amministrativa da riferirsi ad *officia* singolarmente presi".

Resta, invece, quasi sempre radicata nella dimensione nazionale l'attività di esecuzione e di *implementation* delle misure e delle decisioni assunte in sede globale.

Il fenomeno andrebbe indagato con un'analisi di dettaglio (impossibile da svolgere in questa sede), per verificarne i caratteri e le ragioni, che possono variare da un regime regolatorio all'altro. È importante, però, rilevare come la globalizzazione delle sedi di regolazione e di giudizio non si estenda, se non in misura assai ridotta, agli apparati amministrativi di esecuzione. Non si creano, quindi, vere e proprie amministrazioni globali, ma piuttosto, grazie all'attività svolta da organizzazioni internazionali e globali, si modifica il contesto nel quale le amministrazioni nazionali operano, inducendole ad operare in una dimensione globale sotto diversi profili: la partecipazione alla elaborazione delle regole, l'attuazione concreta di quelle regole, la sottoposizione al controllo — di nuovo spesso attribuito a corti, *panels* o collegi globali — sull'attività posta in essere alla luce dei parametri definiti nelle sedi transnazionali e penetrati nell'ordinamento interno attraverso uno dei tanti veicoli ormai disponibili.

Ma può esistere un diritto amministrativo globale senza amministrazioni globali? La risposta non è facile, ma può essere esplorata a condizione di invertire i termini classici con i quali viene raccontata e tramandata la vicenda storica del diritto amministrativo nazionale. Un diritto nato, come si è visto in precedenza, come strumento di comando, che però, per la sua stessa natura di diritto, inevitabilmente comportava anche un limite per il potere che serviva. Di qui la sua storia successiva, come storia del ridimensionamento della funzione di *instrumen-*

tum regni a favore dello sviluppo della funzione di *palladium libertatis*.

Quella storia è approdata, anche e soprattutto in ragione di questo ribaltamento delle vocazioni originarie, al disancoraggio del diritto amministrativo e dell'amministrazione dallo Stato, di modo che essi si pongono sempre più, invece, al servizio del pubblico.

La storia nuova alla quale stiamo assistendo sembra fare, invece, il percorso inverso. Il diritto amministrativo si espande nella dimensione globale proprio in ragione della sua capacità di assicurare la rappresentanza, la partecipazione, il diritto di difesa e di contraddittorio, la garanzia d'imparzialità, il controllo delle decisioni. Si atteggia come diritto della società assai più che come diritto del potere pubblico ⁽¹⁴⁾.

È grazie a quelle garanzie e a questo orientamento che la decisione presa in sede globale — solo raramente qualificata e qualificabile come comando — viene accettata, attuata, eseguita. Le istituzioni della globalizzazione operano, in larghissima misura, in un vuoto costituzionale e non dispongono, quindi, di alcuna legittimazione *ex ante* e, per così dire, dall'alto, come viene frequentemente lamentato dai critici della globalizzazione, che vedono nel deficit democratico una *tabe incurabile*.

Questo deficit non potrà, peraltro, certo essere colmato con la semplice proiezione su scala globale della forma Stato. I nuovi poteri pubblici allo stato nascente dovranno trovare altre e nuove forme di ordinamento, che oggi non sembrano discernibili (salva forse la loro capacità, secondo l'antico insegnamento periodicamente richiamato per i nuovi "Principi" che si sono succeduti, di utilizzare la forza del leone e l'astuzia della volpe a seconda delle circostanze).

Si può, però, invece, esaminare come il diritto amministrativo si ponga rispetto ai poteri pubblici nella dimensione globale e quale sia il suo ruolo nel processo di trasformazione in corso.

(14) S. CASSESE, *Global standards for national democracies?*, in corso di pubblicazione, consultabile su www.irpa.it.

4. *Lontano da Weber: il diritto amministrativo da condizione di effettività a fattore di legittimazione.*

È evidente l'inversione fra le due principali vocazioni del diritto amministrativo nella dimensione globale.

Sono le regole e gli istituti connessi alla garanzia delle situazioni soggettive — il diritto al contraddittorio, il diritto di partecipazione, l'obbligo di motivazione — ad espandersi e diffondersi con maggiore facilità, anche per la loro natura intrinsecamente procedurale, che li libera da una connessione troppo stretta con questa o quella fattispecie concreta.

A seconda della materia che viene in rilievo, potrà cambiare il tipo ed il numero dei soggetti che devono essere sentiti, ma si tratta di una variazione nel concreto di un principio generale, che in quanto generale ha applicabilità tendenzialmente illimitata ⁽¹⁵⁾.

È proprio la infinita varietà di possibili applicazioni concrete che rende i principi generali del diritto amministrativo insieme così flessibili ed adattabili e così universali. Essi possono essere richiamati ed applicati da regolatori e giudici in circostanze diversissime ed assumono, di conseguenza, una duplice cruciale funzione, di comunicazione e di riconoscimento.

Sotto il primo profilo, il richiamo ai principi generali e la loro applicazione forniscono un linguaggio comune e facilmente comprensibile, facilitando la comunicazione fra soggetti e mondi che non sempre hanno scelto di entrare in contatto fra loro, ma non possono, purtroppo, sottrarsi a quel contatto.

Sotto il secondo profilo, i principi generali del diritto amministrativo, specie se applicati nel corso di un procedimento, consentono di riconoscere, e ormai sempre più spesso anche di graduare, la qualità, la consistenza, l'orientamento degli interessi in gioco e di tradurre questa gradazione in forme ed effetti giuridici, dotati di propria validità ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; S. CASSESE, *Quando gli ordinamenti giuridici si scontrano, Dal dialogo alla cooperazione tra le corti*, in corso di pubblicazione, consultabile su www.irpa.it.

⁽¹⁶⁾ S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in S. Cassese, F.

Questa “*remise en forme*” degli interessi in gioco è sicuramente ancora rudimentale rispetto alle regole ed ai principi applicati negli ordinamenti nazionali, dove lo *stock* di conoscenza e di esperienza accumulato nei secoli consente raffinate operazioni di selezione, ponderazione e bilanciamento delle situazioni soggettive, di gradazione degli effetti dell’azione, di verifica e di controllo delle decisioni.

Negli ordinamenti nazionali questa complessa armatura giuridica si innesta, però, come si è visto in precedenza, in un quadro costituzionale definito e in un assetto istituzionale conformato (per quanto policentrico possa essere il sistema) e funge soprattutto da condizione di effettività delle *policies* che la collettività, con le modalità determinate da quel quadro costituzionale e da quell’assetto istituzionale, presceglie.

Nella dimensione globale, invece, il potere di comando è — quando è riconoscibile — solo embrionale e la “macchina dell’obbedienza” consiste, a tutto voler concedere, di qualche prototipo in fase di sperimentazione.

In questo assetto il diritto amministrativo non può fungere da condizione di effettività, ma assume invece il ruolo di fattore di legittimazione di decisioni — che non “discendono” da *policies* o indirizzi, ma costituiscono esse stesse quelle *policies* e quegli indirizzi — che nessuno Stato nazionale può prendere da solo, nessun soggetto privato può esigere nella dimensione nazionale e nessuna istituzione globale può imporre autoritativamente.

La natura legittimante deriva da più elementi, già esaminati in letteratura. Ci si vuole soffermare, qui, su tre fra essi: i primi due radicati nella tradizione, il terzo più innovativo.

Rileva, *in primis*, la più fondamentale delle garanzie: la capacità di dar voce a chi dall’esercizio del potere sarà o potrebbe essere inciso. Si tratta di una variante del diritto di difesa, che può assumere diverse forme concrete — il diritto di essere sentiti, il

Bignami (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Quaderno n. 1 della “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, Milano, Giuffrè, 2004; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, n. 1, pp. 13-41.

diritto di contraddittorio, il diritto alla considerazione delle posizioni espresse — ma ha, in termini generali, comunque l'effetto di impedire che il potere sia esercitato in solitudine, senza una prospettazione delle possibili conseguenze della decisione.

Rileva, poi, l'obbligo di indicare le ragioni poste alla base della decisione, anche qui in ossequio al principio generalissimo secondo il quale l'esercizio del potere pubblico deve sempre avere una giustificazione (che funge da limite all'arbitrio) ed essere trasparente e controllabile.

Rileva, infine, la capacità veicolare del diritto amministrativo, che riesce a far dialogare e coesistere regole ed istituti, diritti e doveri, interessi ed obblighi diversi e diversamente conformati all'origine, consentendo la loro circolazione in una dimensione globale che sarebbe loro altrimenti preclusa.

Questa capacità veicolare è particolarmente interessante, perché essa trae forza, almeno in parte, da ciò che, in origine e in radice, distingue il diritto amministrativo dal diritto privato: la possibilità di giungere ad una decisione dotata di efficacia giuridica anche senza il consenso unanime di tutti coloro che dalla decisione saranno incisi. A differenza di quanto accade con il contratto, il procedimento amministrativo richiede sì la partecipazione degli interessati, ma non affida la sua conclusione e il suo esito all'adesione degli stessi, perché sussiste sempre la distinzione fra il soggetto che decide ed i soggetti che partecipano al processo di decisione.

Riemerge, qui, la vocazione del diritto amministrativo come strumento della decisione unilaterale, che proprio perché unilaterale assume la qualità di comando quando viene attuata e applicata ad altri e da altri soggetti. È evidente, peraltro, che questo nuovo e moderno comando è ben diverso da quel potere razionalizzato e capace di imporre l'obbedienza coesenziale allo Stato moderno, così ben teorizzato da Weber con riferimento all'esperienza e alla società europea e definito, non a caso, come monopolio legittimo della forza.

I regimi giuridici globali non dispongono di una macchina dell'obbedienza, ma non possono tuttavia essere spiegati solo in

termini di cooperazione, consenso, negoziazione. Se pure allo stato nascente, sono visibili embrioni di poteri pubblici la cui azione trova nell'applicazione del diritto amministrativo e dei suoi principi una legittimazione che va oltre, e allo stesso tempo in parte prescinde, dal solo consenso dei soggetti interessati (Stati, individui, gruppi che siano) e consente di strutturare relazioni sociali e di porre in essere soluzioni (certo parziali e spesso imperfette) a problemi che non possono essere ordinati ed affrontati nel dominio nazionale, ma richiedono una dimensione pubblica nuova.

Nota bibliografica

La natura del tema affrontato rende impossibile dare anche succinte indicazioni bibliografiche su tutti i profili rilevanti. Ci si limita, quindi, di seguito, ad indicare le opere e gli autori ai quali si è fatto riferimento espressamente nel testo. Per i lavori in lingua straniera si citano le traduzioni italiane più recenti.

Il giudizio di Duguit sullo studio delle trasformazioni del diritto pubblico (in *Les transformations du droit public*, 1913) è stato di recente ricordato da P. Gonod, "La réforme du droit administratif": bref aperçu du système juridique français, in M. Ruffert (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Sellier, European Law Publishers, 2007, p. 69.

Sulla necessità di una legittimazione non "mortale" e transeunte del potere pubblico e della conseguente duplicità delle fonti di legittimazione si veda E. KANTOROWICZ, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, Einaudi, 1989.

Sulla trasformazione dello Stato a seguito dell'ampliamento della rappresentanza e della conseguente trasformazione dei meccanismi di selezione degli interessi a rilevanza pubblica, che chiedono ed impongono una cura da parte dei pubblici potere, si veda M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986. Per il giudizio di Giannini sull'amministrazione negli ordinamenti generali del mondo antico si veda *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I, p. 11.

Il riferimento alla ricostruzione dello Stato come monopolio legittimo della forza e all'amministrazione come macchina dell'obbedienza

è naturalmente a M. WEBER, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, vol. IV, *Sociologia politica*, in particolare p. 468 ss.

La teorizzazione delle norme di riconoscimento come condizione di effettività e validità di un ordinamento si trova in H. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002.

Per un'analisi degli elementi comuni e degli elementi differenziali della società europea, con particolare riferimento alla costruzione dell'Unione europea, si veda H. MENDRAS, *L'Europa degli europei. Sociologia dell'Europa occidentale*, Bologna, Il Mulino, 1999. Sulla società nello spazio globale si veda J. KEANE, *Global Civil Society?*, Cambridge University Press, 2003.

Il riferimento alla necessità per i governanti di ricorrere alternativamente alla forza e all'astuzia nell'agire politico risale, secondo Plutarco, al generale spartano Lisandro, al quale attribuisce la massima "laddove la pelle del leone non è sufficiente, bisogna indossare la pelliccia della volpe", poi ripresa da N. Machiavelli per giustificare l'autonomia del nascente nuovo potere pubblico dagli imperativi della morale e della religione dominanti: si veda sul punto la ricostruzione di M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 13 ss.