

- **S. Cassese**, *Il mondo nuovo del diritto*.

2. *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*: questo il titolo dell'autobiografia intellettuale scritta da SABINO CASSESE (Bologna, 2008, Il Mulino editore, pp. 374). È stato l'Istituto di Scienze Umane a prendere l'iniziativa di chiedere a Sabino Cassese, docente di Diritto amministrativo e giudice della Corte Costituzionale, di descrivere il suo ricco ed articolato percorso accademico, scientifico e istituzionale, ad uso non solo di studiosi più o meno giovani, ma anche di un pubblico più vasto. Così l'Autore, accogliendo tale richiesta, ha scritto un libro accessibile e di gradevole lettura, eppure estremamente denso di contenuti e fecondo di spunti. Il taglio scelto da Cassese è stato quello di illustrare la sua 'storia singolare' attraverso l'intreccio con le 'altre storie' che hanno attraversato e plasmato la sua vita accademica e istituzionale (dichiarata dall'Autore è l'ispirazione, a tale proposito, a I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, 1988, rist. Milano, Mondadori editore, 2002). E queste 'storie' che hanno intersecato la sua esperienza umana e intellettuale, condizionandola fortemente, sono da un lato le metamorfosi subite dalle istituzioni giuridiche (cambiamenti di leggi e di giudici, di criteri interpretativi delle norme, della statalità, dei rapporti del diritto con i fenomeni socio-economici), e dall'altro lato gli incontri con le persone che tali metamorfosi hanno determinato, o studiato con approcci particolari.

Tra i cambiamenti più significativi dell'ultimo cinquantennio Cassese individua la 'Verrechtlichung', cioè l'allargamento della sfera della giuridicità, che ha sottratto al tradizionale ambito di influenza della politica una grande quantità di situazioni e di rapporti. Alla base della 'Verrechtlichung', l'Autore individua un aumento del numero delle norme provenienti dalle regioni italiane (che ha 'compensato' la diminuzione delle leggi approvate dal Parlamento nazionale), dall'Unione Europea, dalle organizzazioni globali: grazie alla moltiplicazione dei produttori del diritto e delle norme, il diritto è penetrato nella politica, nell'amministrazione e nella società (un elemento meno positivo è che in Italia la penetrazione del diritto si è verificata prevalentemente attraverso il processo, conducendo ad una 'giurisdizionalizzazione', anche a causa della moltiplicazione dei professori-avvocati). Questo mutamento ha prodotto sensibili variazioni della 'misura della legittimità', che anteriormente era solo quella stabilità dalla legge nazionale, mentre attualmente si registrano molteplici 'misure': la legittimità costituzionale e quella comunitaria, il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la legalità regionale. Per conseguenza, ovunque sono aumentate le corti di giustizia, e tutto ciò, se da un lato conferisce certezza e stabilità alla società e all'economia, per altro verso porta con sé un appesantimento dei processi e un allungamento dei tempi della giustizia.

Un'altra metamorfosi *in itinere* è costituita dal parziale ritorno a un 'diritto senza Stato'. Le numerose reti di nuovi poteri infrastatali, ma soprattutto la costruzione di reti sovrastatali dimostrano il già attuale declino dello Stato: nel

momento stesso in cui le norme fondamentali nazionali si sono impegnate a consentire la penetrazione del diritto 'superiore' in quello domestico, si è reso necessario rivedere la nozione di 'sovranità statale', che è stata prontamente aggirata e neutralizzata (e sostanzialmente obliterata) con la sua trasformazione in 'sovranità condivisa'. Questa vicenda non ha cagionato un'alterazione della tradizionale gerarchia delle fonti, ma ha piuttosto dato adito a una 'rete di poteri transnazionali', dunque non a un nuovo sistema giuridico unitario e generale, ma a una pluralità di sistemi frammentari, eppure tra loro collegati ('connecting regimes', o 'regime complex'), specie mediante l'opera di cucitura svolta dai tribunali.

Un delicato problema è costituito dal fatto che le norme prodotte dai regimi regolatori globali non hanno i caratteri delle leggi nazionali: esse infatti non sono *stricto sensu* vincolanti, dunque costituiscono un 'soft law' (per quanto non manchino numerosi e ingegnosi meccanismi intesi ad incentivarne l'adempimento). A tale nuova situazione di diritto sostanziale fa da corollario la moltiplicazione degli apparati giudiziari nell'area internazionale (le corti sono oltre cento), composte da esperti che operano nel rispetto di poche forme essenziali e garantiste (per es., il principio dell'audizione delle parti) ed emanano decisioni che hanno forza di giudicato. Così, gli Stati che prima non riconoscevano ordini superiori, sono ora subordinati a giudici non statali. Le eventuali antinomie vanno risolte in alcuni ambiti col ricorso a criteri o principi specifici, in altri casi attraverso il dialogo tra le corti.

Anche il passaggio dalla sovranità pubblica sull'economia alla sovranità dell'economia sullo Stato ha prodotto enormi cambiamenti. Secondo la felice intuizione di Massimo Severo Giannini, che è stato il Maestro di Sabino Cassese, il diritto pubblico dell'economia ha assunto il ruolo di 'ala marciante' del diritto amministrativo, richiamando studiosi e pratici del diritto ad una maggiore attenzione e consapevolezza della realtà sociale ed economica.

Infine, ad innovare profondamente il diritto e il modo di concepirlo è stata la 'caduta' di una serie di miti. Primo, tra questi, l'immortalità delle istituzioni giuridiche. Nello Stato moderno, si è a lungo ritenuta immutabile da Costituzione e, per altro verso, ancora più radicalmente l'amministrazione (in quanto retta dal 'principio di continuità', in caso di rivolgimenti politici al massimo la si 'indirizzava' in modo diverso, ma senza trasformarla). Di fronte a nuove e urgenti istanze sociali, per obbedire al dogma della immutabilità, le istituzioni sono state per molti anni 'piegate' o trasformate dall'interno in modo surrettizio; ma ciò ha prodotto inefficienza, o addirittura blocchi nella funzionalità. Questo inconveniente, che ha prodotto una sensibile reazione di scontentezza da parte della società civile per lo scarso rendimento delle istituzioni, accanto ad altri fattori, quali il confronto con l'impresa privata (necessariamente soggetta a periodiche modifiche, in conseguenza delle nuove tecnologie e dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro) e l'operatività dell'Unione Europea (che ha agito come motore di innovazione, sia richiedendo adempimenti agli Stati membri, sia imponendo una certa armonizzazione) ha fatto sì che maturasse la convinzione

dell'opportunità di un cambiamento. Una volta accettata l'idea che le istituzioni possono – e devono – trasformarsi di pari passo con il mutamento della realtà politica e socio-economica, in Italia non si è però ancora chiarita a sufficienza la direzione da imprimere a tale mutamento, dopo la delusione prodotta dalla stagione del 'riformismo'.

Ancora molti altri sono i miti giuridici di cui Sabino Cassese propugna l'abbattimento. Tra questi vi è anche il positivismo normativistico, nella misura in cui 'consegna' al giurista null'altro che leggi ed altre specie di norme. La posizione dell'Autore, dunque, non diverge sostanzialmente da quella assunta al riguardo dallo storico del diritto Paolo Grossi (v. sul punto, in questo numero, i cenni nell'Editoriale e la rubrica 'Incontri di studio').

Tra i più potenti miti giuridici formatisi a partire dall'Ottocento, di cui Cassese auspica l'obliterazione, figurano quelli più direttamente collegati al diritto amministrativo e ancora oggi in funzione: il mito, nato in Francia, dell'interesse pubblico (in virtù del quale l'amministrazione assume una posizione di forza rispetto alla società), smentito dalla constatazione che non sempre l'interesse pubblico risulta separato e superiore rispetto al privato e dalla insussistenza di una precisa gerarchia, ove si consideri, per esempio, il conflitto tra l'interesse alla cura dell'ambiente e l'interesse allo sviluppo delle attività produttive, il conflitto tra quest'ultimo e la tutela della salute, tra il governo del territorio e la tutela del paesaggio); il mito, di origine austriaca, dell'amministrazione come processo e dell'amministratore come giudice, in ordine al quale si è verificato come un diritto amministrativo fatto di sole procedure e vuoto di con-

tenuti si riveli del tutto insoddisfacente per il cittadino; il mito tedesco dell'autogoverno da parte di non-tecnici o volontari (nel senso dell'autonomia dei corpi locali e del 'self-government', in vista di una socializzazione del potere), rivelatosi incompatibile con la crescente necessità di specializzazione; il mito, nato in Inghilterra, delle autorità amministrative indipendenti, il cui modello male si adatta ai processi produttivi avulsi dai bisogni del consumatore o utente.

Notevoli, infine sono state, a parere di Cassese, le ripercussioni negative del mito, anch'esso formatosi in Inghilterra ma poi rapidamente diffusosi quasi ovunque, dell'unità del diritto. Il pensiero di Cassese su quest'ultima sfaccettatura della 'mitologia giuridica' presenta per le tematiche predilette dalla nostra rivista particolare interesse, in ragione delle sue implicazioni giusprivatistiche (v., in questo numero, le riflessioni svolte da Antonio Guarino, in *Chiose di storia e diritto*, sez. 'Contributi', e i cenni nell'Editoriale).

Il 'mito' dell'unità del diritto, nella sua originaria formulazione, postula infatti un ordinamento nel quale le amministrazioni pubbliche operino secondo i moduli del diritto comune, e in particolare del diritto privato (in omaggio alla tradizionale visione 'panprivatistica' del diritto). Il principio-mito dell'unità del diritto è stato perciò funzionale ad ostacolare la formazione, la crescita e l'operatività del diritto amministrativo, negando la configurabilità di tale scienza o almeno la formazione di sue categorie autonome, rispetto al diritto privato. L'applicazione rigida del principio dell'unità del diritto – sottolinea Cassese – in sostanza nega alle amministrazioni pubbliche il ricorso a un diritto speciale (quale appunto il diritto amministrativo) e prevede di conseguenza

un giudice unico, dunque l'assenza di Corti speciali per l'amministrazione e per i suoi rapporti con i privati. A sostegno di tale soluzione, che è adottata nei paesi anglosassoni, si adducono i vantaggi per l'amministrazione (che risulta libera da limiti e vincoli pubblicistici) e per i cittadini (i cui rapporti con gli apparati pubblici sono disciplinati sulla base della stessa ottica paritaria che ispira la regolamentazione dei rapporti tra privati, senza cioè che il privato si imbatta in un potere trasformato in autorità). Viceversa, gli ordinamenti di derivazione francese, tra cui quello italiano, sono improntati al criterio opposto, quello della distinzione tra il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione pubblica. In realtà, rileva l'Autore, neppure nel mondo anglosassone si applica con assoluta certezza il principio dell'unità del diritto, perché pressanti istanze sociali e la crescente domanda di specializzazione hanno dato adito alla formazione di un diritto amministrativo e di corti specializzate (pure nella perdurante assenza di un giudice speciale).

Ma quali percorsi e quali strumenti consentono al giurista di analizzare criticamente la mitologia giuridica moderna e – se del caso (punto sul quale chi scrive non è in tutto e per tutto d'accordo con Cassese, come risulta dall'Editoriale di questo numero – di sbarazzarsene? La strada indicata da Cassese è chiara e nettamente delineata: la valutazione critica dei miti si rivela possibile solo grazie a uno studio svolto in chiave storica e comparatistica (dunque con gli strumenti della comparazione verticale e orizzontale) e nel confronto con le scienze sociali (è qui il caso di riportare una emblematica citazione di M. S. GIANNINI, tratta da *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Jus*, II, 1957, 234 :

«la scienza giuridica procede per trascrizione continuativa in ordini giuridici di acquisizioni sociologiche»).

È questo (lo studio in chiave storia, comparatistica e sociologica del diritto) un aspetto sul quale, meritoriamente, l'Autore insiste e ritorna con vari accenti, nel corso della trattazione, anche in occasione del ricordo delle personalità scientifiche che più hanno influito sulla sua formazione: primo tra tutti il suo Maestro, Massimo Severo Giannini (1915-2000), pubblicista e amministrativista, e poi Luigi Sturzo, politico studioso di sociologia e scienza dell'amministrazione (1871- 1959), Gino Gorla (1906-1992), civilista e comparatista, Vincent Wright (1937-1999), dedito allo studio del Consiglio di Stato francese, Alberto Caracciolo (1926-2002), storico dell'economia, John Henry Merryman (1920), comparatista.

Il positivismo normativistico, che ha imposto ai giuristi un atteggiamento legolatrino, e la dogmatica pandettistica hanno 'rifiutato' il passato nel momento stesso in cui hanno rappresentato la scienza giuridica come un 'oggetto' rinnovabile da un solo soggetto autorizzato: il legislatore. In un siffatto contesto non c'era più posto né per la storia, né per la comparazione con altre esperienze giuridiche del presente, né per un confronto con le scienze sociali. L'esaurimento del diritto nella norma non solo rendeva superflue altre considerazioni, ma – nell'opinione (espressa forse con eccessi di absolutezza) di Cassese – le precludeva all'interprete. La storia è stata dunque cancellata dalle componenti essenziali dello studio giuridico, che è risultato, a lungo andare, privato della sua irrinunciabile profondità e ridotto così, gradualmente, a mero descizionismo.

Poi, negli anni Settanta, la mitologia del giurista positivo è crollata, in Europa per gli influssi del pragmatismo e dell'approccio problematico – non sistematico – della scuola anglosassone, e in Italia grazie alla reazione (è, sì, paradossale!) di studiosi del diritto vigente (il cui sostrato teorico – ci piace qui ricordarlo perché il dato sembra sfuggire a Cassese – era però stato già attentamente preparato da grandi storici del diritto, come Riccardo Orestano), tra cui Massimo Severo Giannini; si è acquisita la consapevolezza della relatività del metodo e della ineludibilità di uno studio in chiave storica e comparatistica del diritto.

È certo grazie a giuristi positivi come Massimo Severo Giannini se tra i videntisti del settore pubblicistico si è rotto il 'divieto di fare uso della storia' e si è cominciato a studiare i contesti e le forze sociali da cui le norme si sono originate, le loro vicende applicative, le ragioni e le modalità di trasformazione degli istituti nella vita concreta. La maturità della svolta verso la storia, sottolinea l'A. si è resa evidente nei contenuti della *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (fondata nel 1951 da Guido Zanobini), dove, non casualmente a partire dal 1972, i riferimenti storici si ritrovano con crescente frequenza. Da molti anni, specialmente dalla scuola di Gino Gorla, giungono segnali di propagazione del nuovo metodo anche allo studio delle discipline privatistiche, dove parallelamente si registrano i primi significativi distacchi dalla tradizione fissata dalla Pandettistica, la consapevolezza della storicità del diritto e l'abbandono del descrittivismo. E su questo punto, le riflessioni di Cassese mi suggeriscono una ulteriore considerazione: è giunto il tempo di rivedere anche la netta separazione che da troppi anni,

prima in sede di studi scientifici, poi nel campo della didattica universitaria, sulla scorta dei vecchi pregiudizi è stata operata tra le materie di diritto positivo e le materie storico-teoriche, attualmente accomunate, nelle nostre Facoltà, dalla qualifica di 'materie culturali', che le priva inopinatamente della loro valenza fortemente tecnica.

Gli ultimi sviluppi di de-nazionalizzazione del diritto, avverte Cassese, conducono oltre lo studio storico e comparatistico (di cui deve considerarsi acquisita l'imprescindibilità) e si collocano in un contesto più ricco, fatto di ordinamenti comunicativi e di principi superiori: proiettato oltre il nazionalismo e disancorato dalla sua radice nazionale, lo studio del diritto comporta oggi l'analisi (storico-comparatistica) di nuovi oggetti, quali l'individuazione dei diritti umani come base giuridica comune, la circolazione degli istituti giuridici, la formazione di culture giuridiche multinazionali, la concorrenza degli ordinamenti. La riscoperta, da parte dei giuristi, dell'universalità del diritto, che solo una forte preparazione di base storica e comparatistica può consentire, impone anche iniziative e centri di ricerca che forzino l'uscita dal provincialismo e dal nazionalismo tradizionali. Questo sforzo richiederebbe però un grande impegno, anche in termini di tempo, ed è difficile che a compierlo siano le nuove figure di giuristi, che sono prevalentemente teorici e pratici, cioè professori-avvocati, non di rado impegnati anche in politica o nel dibattito pubblico, attraverso la partecipazione a giornali o trasmissioni televisive. Il 'disgelo' degli studi giuridici da un lato presenta l'effetto positivo di diffondere la presenza attiva e incisiva dei giuristi nella società, anche attraverso i mass-media,

dall'altro lato allontana il giurista-professore dall'accademia e dalle lezioni cattedratiche. Ma nel complesso, commenta Cassese, questo 'multitasking' dei nuovi giuristi teorico-pratici allarga gli orizzonti mentali, costringe ad ampliare i materiali di studio e quindi innesta un processo di circolazione dei saperi variamente acquisiti, che vengono trasmessi agli studenti nelle aule universitarie e all'intera società.

L'Autore conclude la sua densa biografia intellettuale con l'illustrazione (a tratti assai gustosa) delle tappe salienti della sua formazione e della sua carriera (tra cui spiccano le considerazioni sul modo di intendere il rapporto con gli allievi e la collaborazione con le riviste scientifiche). L'appendice con l'elencazione degli scritti dal 1953 al 2009 è stata curata da Chiara Martini [LAURA SOLIDORO].