

Pluralità o unità del sapere giuridico? Una questione di metodo

Fulvio Cortese

(Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Trento)

Abstract What is the core of the legal knowledge? Is it unitary or plural in nature? This short paper aims to underline two important methodological skills for every lawyer: the fundamental reference to a presupposed general and cultural theory about the reality and the authority empowered to change it; the case-by-case activation of this reference for the purpose of producing technical tools and creating a parallel, well regulated world.

Sommario 1. Una bussola apparentemente introvabile. – 2. Una chiave di lettura, tra “pubblico” e “privato”. – 3. Autonomia, strumentalità o... “vicarietà”? – 4. La cassetta degli attrezzi, tra tradizione, innovazione e professionalità del giurista.

Keywords

1 Una bussola apparentemente introvabile

Occuparsi di una possibile definizione del “sapere” giuridico è un compito arduo, se non impraticabile. Ne sarebbero implicati troppi interrogativi, ed essi risulterebbero gravati anche dal rischio di un’astrattezza difficilmente sopportabile.

Sarebbe difficile, addirittura, condividere una qualche certezza su che cosa si possa intendere per “sapere”, specialmente in un contesto in cui il dibattito in senso stretto pedagogico si va impadronendo anche di ciò che accade nelle aule universitarie, spingendo i docenti a orientare i propri insegnamenti da veicoli di conoscenze a trasmettitori di competenze, analogamente a quanto è accaduto, da tempo, nel sistema scolastico. Del resto questi problemi, per il diritto, potrebbero anche apparire del tutto

Il presente testo riproduce l'intervento tenuto nel corso della lezione inaugurale delle attività seminariali per l'a.a. 2016/2017 del Dottorato in *Diritto, mercato e persona*, attivato presso l'Università Ca' Foscari di Venezia. L'Autore desidera ringraziare i Proff. Carmela Camardi e Luigi Benvenuti, di quell'Ateneo, per avergli dato l'opportunità di coltivare tali riflessioni, e il Prof. Luigi Garofalo, dell'Università di Padova, per averle stimolate nel corso di un dialogo realmente interdisciplinare.

superflui: ciò che si studia e si approfondisce, da parte del giurista, ha sempre delle evidenti ricadute pratiche. Eppure anche la formazione giuridica è costretta a giustificare il proprio *ubi consistam*, trovandosi così “collassata” tra la nostalgia per un preteso e antico modello di univoco e riconosciuto prestigio e il timore per un sentiero tanto nuovo quanto potenzialmente estraneo.

Allo stesso tempo, però, la coscienza dell’urgenza della questione sul “sapere” è un dato avvertito da molti, specialmente se affiancata dalla sensazione ricorrente di frammentarietà e di disordine delle discipline giuridiche: frammentarietà e disordine del diritto positivo; frammentarietà e disordine delle tesi sviluppate da operatori e studiosi; frammentarietà e disordine negli approcci che le generano e le giustificano; frammentarietà e disordine nei generi letterari tipici dell’ambito giuridico; frammentarietà e disordine nei processi di ripensamento dei curricula universitari e nelle relative iniziative istituzionali, che a vario titolo, pur implicando una forte presenza del giurista e della sua tradizione, paiono caratterizzate dall’ansia di fronteggiare orizzonti eterodefiniti anziché dalla volontà di apportarvi un proprio e autonomo contributo.

Poi, problema tra i problemi (ma forse, problema *dei* problemi), c’è un altro profilo, che impedisce di per sé di ragionare sull’esistenza di un’identità specifica del “giuridico”: si tratta della frammentarietà, e al contempo del disordine, indotti dalla sclerotizzazione delle differenze disciplinari, per effetto della quale il “sapere” resta sempre e inevitabilmente articolato in una pluralità di “saperi”, più o meno comunicabili per assunto.

Accade così che in ogni settore scientifico-disciplinare si coltivi spesso, paradossalmente, una sorta di “virtuosa” autoreferenzialità, salvo discutere, all’interno (rigorosamente...), su quale debba essere la radice di questa ortodossia e su come essa debba di conseguenza trasformarsi nella migliore e più consapevole visione del giuridico e del “suo metodo”.

Ma accade anche, al di là delle dispute accademiche, che queste autoreferenzialità diventino occasionalmente nudi strumenti di battaglie ulteriori, mezzi con i quali i pratici (avvocati e magistrati) perseguono la vittoria in contese in qualche modo corporative. E in tal modo il “discorso sul metodo” ritrova una sua singolare unità, quella di una funzionalizzazione estrema, che un po’ (certo) ha qualche alibi negli orientamenti ondivaghi e bizzarri del legislatore, e che tuttavia finisce per costruire e accreditare un linguaggio giuridico del tutto nuovo, talvolta assai lontano dalla cautela che la (o quanto meno *una*) tradizione consiglierebbe.

C’è dunque bisogno di immaginare un’unità, sia pure in un contesto nel quale la bussola pare introvabile e la realtà sembra esigere dal giurista risposte sempre più circostanziate e affinate, al punto da prefigurarne una vera e propria mutazione “genetica”, se non una progressiva estinzione. Che fare allora?

Lungi dal voler affrontare “di petto” l’argomento - come si è detto, è

un'impresa vana e, probabilmente, poco fruttuosa... – un qualche stimolo di riflessione può nascere da un suggerimento che viene dalla letteratura giuridica d'Oltreoceano; da quelle letture, in particolare, che hanno cercato, negli ultimi due decenni, di promuovere lo studio della *culture of laws'rule*¹. Perché è indubitabile che ciò che fin qui abbiamo nominato come “sapere” giuridico «needs to be studied in the same way as other cultures», e quindi va innanzitutto concepito «as the imaginative construction of a complete worldview»; e per fare ciò è necessario «[to] begin with a thick description of the legal event even as it appears to a subject already prepared to recognize the authority of law», dal momento che «that subject brings to the event a unique understanding of time, space, community and authority» e che «he or she also brings an understanding of the self as a legal subject»².

In quest'ottica, attingere a un'unità circa il “sapere” giuridico significa riflettere sulla circostanza che quest'unità non è in primo luogo sostanziale, ma si colloca “a monte”, essendo traguardabile alla sola condizione di accettare l'idea che il giurista è strutturalmente il portavoce di una *Weltanschauung* alternativa, e che questa deriva, storicamente, da presupposti fondativi sull'identificazione di ciò che chiamiamo ordinamento giuridico: è questo la “macchina” misteriosa e meravigliosa che “trasforma” le cose e gli individui in elementi capaci di una loro specifica autonomia giuridica e che esige la costituzione di una tecnologia capace di manipolare detti elementi e di farli interagire efficacemente. A ben vedere, seguire il *cultural study of law* ci aiuta a riscoprire uno dei connotati più autentici della tradizione giuridica occidentale; una prospettiva di cui i grandi giuristi sono sempre stati coscienti e a cui la dottrina italiana ha dato ragguardevoli contributi.

Per sperimentare che cosa possa significare una tale prospettiva si può riprendere la più classica e profonda *divisio* del diritto della tradizione occidentale, quella, cioè, tra diritto pubblico e diritto privato: una classificazione disciplinare che ha saputo porsi, nel corso del tempo, e specialmente negli ultimi trent'anni, da punto fermo, capace di attribuire una serie di connesse certezze, anche metodologiche, a “pietra dello scandalo”, suscettibile di essere superata *sic et simpliciter*, in nome di un ibridismo allo stato ancora non del tutto decifrabile, oltre che foriero di trasversali disorientamenti e di relative reazioni unilaterali da parte dei cultori dell'una o dell'altra materia³.

1 Cfr., per tutti, KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago and London, 1999.

2 *Ibid.*, p. 1-2; corsivi aggiunti.

3 Per un quadro del dibattito in corso v., da ultimo, le riflessioni raccolte da BENACCHIO, GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti*

2 Una chiave di lettura, tra “pubblico” e “privato”

Non è certo il caso, in questo contesto, di percorrere le molteplici e “infinite” schermaglie in cui tanti autori (e tante “scuole”) si sono misurati e su cui si è forgiata, per l'appunto, la convinzione di una naturale, e incrollabile, distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

L'occasione è buona, piuttosto, per utilizzare un piccolo effetto “speciale”, uno dei tanti e ingenui modi con cui il giurista-docente prova a guidare gli studenti nei primi itinerari dell'alfabetizzazione giuridica. Lo stragemma consiste, semplicemente, nel chiedersi *che cosa sia* il testo del codice civile, indicato in tutta la fisicità di una delle sue più diffuse edizioni cartacee. A tutti verrebbe subito da pensare alla consueta e banale esigenza di differenziare una fonte di cognizione da una fonte di produzione. E il pensiero è più che appropriato. Ma è possibile considerare la domanda in altro modo? Ad esempio: quel codice è *diritto privato* o è *diritto pubblico*?

La risposta non è così scontata.

Senz'altro in quel codice si trovano molte regole e molti principi - e quindi molti istituti - di diritto privato (civile e commerciale; e anche del lavoro... e anche fallimentare, di famiglia ecc.). Nonostante ciò è fuor di dubbio che quel codice è anche diritto pubblico: è vero o non è vero che quel codice è qualificabile come un regio decreto? Ed è vero o non è vero che questa qualificazione conferisce alle norme da esso prodotte una forza peculiare? Ed è vero o non è vero che tutte le disposizioni da cui quelle norme sono ricavate si manifestano quale espressione della sovranità statale, che ha deciso di renderle cogenti nella forma (avente oggi forza di legge) più significativa e innovativa di cui essa è ordinariamente capace nella cornice dello Stato di diritto?

L'effetto “speciale” potrebbe anche essere enfatizzato ulteriormente, diventando, quindi, molto più *serio* di quello che appare.

Tale era - per completare l'affondo - la direzione intrapresa da uno dei più importanti giuristi del Novecento, Santi Romano, che nel contesto di una delle sue opere più famose, e nonostante ciò mai sufficientemente studiate e meditate, si stupiva di come il diritto pubblico potesse essere disciplina di formazione relativamente recente: poiché lo Stato e la sua sovranità, a ben vedere, c'entrano fino ad un certo punto col diritto pubblico, visto che sono *l'istituzione* (qualsiasi *istituzione*) a darsi direttamente (se non, meglio, a integrare di per sé) le regole giuridiche, e che le modalità con cui essa si organizza, produce norme e ne garantisce l'osservanza altro non è che l'oggetto precipuo della disciplina giuspubblicistica («il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è prin-

del IV Convegno SIRD (Trento, 24-25 settembre 2015), Napoli, 2016; cfr. anche VELASCO CABALLERO, Derecho público más Derecho privado, Madrid, 2014.

cialmente pubblico. [...] [Il diritto privato] è, senza dubbio, una semplice specificazione del primo, una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal diritto pubblico continuamente, per quanto a volte silenziosamente, dominato»⁴).

Il tema, per l'appunto, si fa serio. Ma - si badi bene - la "curvatura" che esso assume nella citazione romaniana non può essere utilizzabile per sostenere - ingenuamente - un'intrinseca priorità del diritto pubblico quale chiave di lettura per individuare una coerente, omogenea e corrispondente unicità del "sapere" giuridico. Essa, piuttosto, ci sorregge nell'individuare un nesso assai stringente tra la questione dell'unicità del "sapere" giuridico e lo studio dell'ordinamento come sede in cui si traduce una *presupposta nozione di autorità* e in cui, parallelamente e conseguentemente, si fanno operare apposite *regole sul riconoscimento* di ciò che è giuridico rispetto a ciò che non lo è, ma anche di ciò che è applicabile e ciò che non lo è.

Assumendo, in altre parole, una prospettiva *culturale*, non si può non constatare che la tesi romaniana sul rapporto tra diritto pubblico e privato passa per mezzo di una visione pan-pubblicistica fortemente condizionata dal punto di vista storico. È una visione particolarmente embricata con specifiche asserzioni di dottrina dello Stato, espresse in un momento in cui la trasformazione delle istituzioni liberali - di una certa forma di Stato liberale - si fa strada per mezzo di una dialettica molto accesa tra "fatto" e "diritto", una dialettica nella quale il movimentismo e il pluralismo sociali stanno cercando "voce" nel contesto della tradizionale "lotta", tutta propria della modernità giuridica, per il monopolio del sistema di produzione delle regole.

Quella di Romano, pertanto, emerge come un'operazione di ri-fondazione di una concezione del mondo e della società, alla quale la dogmatica - e quindi i "ferri del mestiere" - del diritto pubblico italiano dovevano correlativamente adeguarsi. Come tale, essa era anche un'operazione di rideterminazione dei confini disciplinari, comportando, anzi, che quei confini fossero costitutivamente contrassegnati da una sorta di *coordinamento funzionale* tra il pubblico e il privato: secondo un'intenzione, cioè, che, fatte le debite distinzioni, non era così diversa, nel metodo, da quella seguita dal suo maestro, Vittorio Emanuele Orlando, allorché, sul finire del secolo precedente, aveva cercato di "giuridicizzare" il più possibile le forme di azione del potere pubblico (meglio: politico), creando un tessuto di nozioni che, con riguardo all'esperienza del neo-nato Stato unitario italiano, seguisse e imbrigliasse, nello stesso tempo, una specifica evolu-

4 V. ROMANO SANTI, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, rist. 1977, p. 7-8.

zione delle istituzioni e del loro rapporto con l'ordine economico-sociale⁵.

Giusto per comprendere come il tema dell'identità dell'ordinamento, della forma di Stato e - aggiungiamo - dello *stato di diritto* sia di grande importanza nella ricerca di una consapevolezza culturale unitaria per il "sapere" giuridico, si può rammentare che dinamiche simili si sono avute anche nel dibattito giuridico che ha preceduto, accompagnato e seguito la formazione dello Stato tedesco, a cavallo tra Ottocento e Novecento.

Se si compulsa la ricostruzione, ormai "tarda", di un influente giuspubblicista germanico - Erich Kaufmann (1880-1972), uno degli ultimi seguaci della c.d. "Scuola storica" - ci si avvede del fatto che, alle soglie del primo conflitto mondiale, la dottrina tedesca, anche sotto l'effetto determinante dell'opera di Otto Mayer, aveva già preso da tempo una specifica traiettoria, e che il tentativo di riaffermare a tutti gli effetti un ruolo pre-statale del diritto privato e una sua vocazione normativa tendenzialmente generale - con restrizione, o perimetrazione, del diritto amministrativo alla sola regolazione delle fattispecie in cui si renda necessario che il potere pubblico determini modificazioni unilaterali e imperative delle situazioni giuridiche soggettive - era strettamente connesso alla finalità di ribadire, sul piano ordinamentale, la persistenza di un vincolo tradizionale su di un assetto costituzionale totalmente cambiato: un assetto, peraltro, nel quale, come è noto, la sede parlamentare, con l'approvazione del BGB (entrato in vigore il 1° gennaio 1900), aveva già stabilito quale fosse il "diritto privato"⁶.

Il ricordo di questo tentativo - *espresso*, e come tale singolare, ma fallito - di ribadire l'anteriorità di una determinata autorità su di un'altra, facendola correre, rispettivamente, sul crinale della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, è parallelo, in verità, all'affermarsi dell'idea che quel crinale è materia, o prerogativa, di una determinata ricostruzione dell'identità dell'autorità (di volta in volta) pienamente legittimata a parlarne. E questo è un meccanismo che si può riscontrare tuttora, anche nell'ordinamento italiano vigente, visto che, nella sua apparente *superficialità*, il tanto discusso co. 1-*bis* dell'art. 1 della l. n. 241/1990 (così come introdotto nel 2005⁷) non ha fatto altro che risvegliare tensioni radicali ancora attive, agitando *ex novo* i fautori della priorità pubblicistica e quelli della priorità privatistica, e rinnovando con ciò l'idea che la diversità dei rispettivi

5 Sul rapporto tra la teoria romaniana e il "magistero" di Orlando v. quanto rilevato dallo stesso ORLANDO, *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea* (1924), ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, p. 319 ss.

6 Cfr. KAUFMANN, *Amministrazione e diritto amministrativo*, Napoli, 2013, tr. it. *Verwaltung, Verwaltungsrecht* - 1914, a cura di F. Cortese, A. Sandri.

7 «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

strumenti funzionali corrisponda ad un'ontologica (naturale) diversità di campi, di oggetti e (per ciò che interessa) di "saperi". Eppure non ci si è accorti (o forse, all'opposto, è sembrato a tutti pienamente fisiologico e scontato...) che il *la* a questo sempiterno dibattito, per così dire, non è venuto da un moto spontaneo di Giove, ma dal *colpo* legislativo che ne ha *aperto la testa*.

Detto questo, l'*excursus* potrebbe continuare, e con sollecitazioni ancor più suggestive, tanto che – anche al solo scopo di dimostrare, ammesso che sia necessario, che le presupposizioni culturali sull'autorità legittimata ad innovare l'ordinamento non sono necessariamente correlate ad una identità invariabilmente pubblicistica – non sarebbe uno sproposito, sul punto, richiamare le divertite osservazioni di un noto civilista in merito alla nascita, nell'Inghilterra del Seicento, di un certo modo di guardare alla teoria della rappresentanza politica e alle sue realizzazioni concrete (come costruito di un'evoluzione particolarmente progredita della disciplina del *trust*, applicata nel contesto delle esigenze di garanzia emerse in seno alla pratica delle compagnie di navigazione⁸).

3 Autonomia, strumentalità o... "vicarialità"?

La prospettiva culturale sulle presupposizioni concernenti l'articolazione della forma di Stato e della *rule of law* – intesa, dunque, come dispositivo in grado di attivare differenti canali di legittimazione nella produzione e nel riconoscimento delle regole giuridiche – ha una particolare incidenza sulla definizione del "sapere" giuridico anche da un altro punto di vista. Neppure quest'ottica è irrilevante, poiché, sempre restando nella dicotomia pubblico-privato, essa tende ad alimentare, anche all'interno della singola disciplina, diverse ricostruzioni sul carattere distintivo della materia e delle tecniche che la dovrebbero caratterizzare rispetto ad altri ambiti della "giuridicizzazione". Ma di quale ottica si tratta?

Viene in gioco, in particolare, il rapporto tra visioni (che si percepiscono) "autonome" della singola disciplina giuridica e visioni (che vengono percepite come) "strumentali". Nel diritto amministrativo, ad esempio, questo rapporto è molto conflittuale e dà spesso adito a controversie metodologiche tanto accese quanto stimolanti⁹.

Vi sono autori che spiegano, e ridimensionano, apertamente la specialità del diritto amministrativo sulla base della previa ricognizione del modo

8 V. GALGANO, *John Locke azionista delle compagnie coloniali. Una chiave di lettura del Secondo trattato sul governo*, in *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, n. 1/2007.

9 Come lo è stata, in modo assai sintomatico, quella intercorsa tra A. Orsi Battaglini e S. Cassese: v., rispettivamente, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 639 ss., e *Alla ricerca del Sacro Graal (A proposito della Rivista di*

con cui si dovrebbe sviluppare la sua stretta correlazione con un'intenzione costitutiva dell'ordinamento, come tale irrinunciabile e idonea a giustificare quali debbano essere i confini dell'esistenza stessa del diritto dell'amministrazione pubblica come diritto autonomo e diverso da quello che regola i rapporti tra soggetti privati. È, questa, l'impostazione che vede nel diritto amministrativo la traduzione concreta, e storica, sul piano dell'azione dei pubblici poteri, delle forme con cui questi si possono coordinare, o "in alto e al centro" o "in ragione" di un primario rispetto della libertà individuale e delle forme di autonomia che essa può sviluppare. Il *focus* di questa lettura è tutto concentrato sulla centralità della tutela giurisdizionale che l'individuo può stimolare e sull'intensità dei relativi rimedi, poiché essi garantiscono la puntuale preminenza dell'orientamento liberal-democratico dell'ordinamento (e quindi, ancora una volta, della forma di Stato). L'autonomia della disciplina, dunque, è rivendicata nella sua connotazione di disciplina dei limiti del potere pubblico.

Ma vi sono anche autori che, viceversa, muovono dalla constatazione del diritto amministrativo come diritto dell'amministrazione pubblica nel suo farsi, nel suo manifestarsi dal punto di vista istituzionale, registrandone, così, non solo la progressiva espansione, ma anche la necessaria ibridazione con l'oggetto che intervento pubblico può avere di volta in volta e con le conoscenze e le competenze specifiche che la gestione di esso inevitabilmente richiama. L'attenzione dell'amministrativista, in questa visione, è inevitabilmente diretta a vedere come "amministrative" tutte le forme in cui l'amministrazione opera e, dunque, a concepire la specialità del diritto dell'amministrazione come conseguenza propria di queste possibilità espansive; possibilità che la storia dell'evoluzione dello Stato da liberale a democratico avrebbe reso sempre più diffuse, in uno con l'estensione e l'intensificarsi dei compiti dell'amministrazione pubblica. Il che comporta, tra l'altro, che il giurista che si voglia occupare di amministrazione non possa esclusivamente dotarsi del linguaggio, pure essenziale, del potere "giurisdizionalizzato", ma debba ibridarsi con i "saperi" che quel potere internalizza allorché si avvale di specifiche modalità operative. L'autonomia della disciplina, in questo caso, è meno avvertibile, o meglio è costruita, intrinsecamente, sulla sua vocazione tendenzialmente onnivora, che porta nel diritto amministrativo tutto ciò di cui si serve (strumentalmente) l'autorità per disciplinare le aree dell'intervento pubblico.

Sulla base di queste due diverse impostazioni, è chiaro che il contatto che l'amministrativista e il suo "sapere" disciplinare hanno con ciò che

diritto pubblico), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 789 ss.; ma v. anche, al di là della specifica occasione di confronto puntuale, ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini*, n. 17/1988, p. 569 ss., e CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 597 ss.

è tradizionalmente il diritto privato può essere molto differente: in un caso, questo contatto è guidato dall'acquisizione della priorità costitutiva della disciplina dell'autonomia privata; nell'altro caso, il contatto è guidato dalla constatazione della possibile internalizzazione, nello spazio del potere, di istituti di matrice privatistica. In un caso il diritto privato funge da paradigma capace di alimentare la costruzione di un parallelo e simbiotico sistema, sia pur eccezionale. Nell'altro caso il diritto privato funge da patrimonio di strumenti che si possono utilizzare e specializzare (o "pubblicizzare").

Ciò detto, occorre chiedersi se, anche dinanzi alle due concezioni così rapidamente rievocate, non ci sia modo di riflettere sull'unità del "sapere" giuridico, poiché proprio la chiave di lettura di natura culturale non solo lascia emergere, in entrambe, la presenza fondamentale di un modo ben definito di guardare alla posizione dell'amministrazione nell'evoluzione delle forme di Stato e dello stato di diritto (e, quindi, nella metabolizzazione delle presupposizioni su ciò che è legittimamente disponibile all'autorità). Quella chiave di lettura rivela anche che, sul piano epistemologico, il *modus operandi* del giurista amministrativista è nei due casi assai simile, indipendentemente dal contenuto generale delle rispettive rappresentazioni o dal risultato finale delle singole declinazioni. Nei due casi il "sapere" giuridico si atteggia comunque in una invariabile forma "vicariale": si svela, cioè, nella sua attitudine ad elaborare un percorso parallelo - e come tale ricorsivo e completo - di indagine e di organizzazione della realtà, allo scopo di "cortocircuitarla" e di "ricostruirla" in modo coerente con le ricostruzioni presupposte sulla priorità di una determinata autorità su di un'altra¹⁰.

Dopodiché è evidente che possono sortirne ricostruzioni reciprocamente dissonanti. Ma ciò che è altrettanto evidente è che simile potenziale dissonanza ha una matrice culturale comune e fortissima, che si annida, per l'appunto, nella presupposizione già segnalata su che cosa possa essere - e su come vada articolato - l'ordinamento giuridico (o, utilizzando un termine forse più corretto nel senso dell'interpretazione qui suggerita, l'esperienza giuridica¹¹), e che si nutre di una altrettanto comune vocazione sostitutiva, per mezzo della quale i giuristi di una specifica disciplina (ma, a ben vedere, anche i giuristi di discipline diverse...) attingono ad un medesimo complesso di immagini, argomenti, stratagemmi e insegnamenti pratici che gli consentono di realizzare effettivamente, agendo sulla realtà, la cennata presupposizione, riconfermandola volta per volta e dando vita concreta a tutte le sue volute declinazioni.

10 V., sul punto, i rilievi di THOMAS, *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali*, Macerata, 2016.

11 Cfr. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.

4 La cassetta degli attrezzi, tra tradizione, innovazione e professionalità del giurista

A rendere, quindi, unitario il “sapere” giuridico, pur di fronte alle tante frammentazioni che si avvertono nel mondo dei pratici come in quello degli accademici, vi sono due fattori (*rule of law* e dispositivo “vicariale”) prettamente culturali che nella tradizione giuridica occidentale interagiscono reciprocamente e si supportano da secoli, e che alimentano e rinnovano costantemente la comune “cassetta degli attrezzi” di qualsiasi giurista.

I modi e i luoghi di questa interazione, oggi, sono tantissimi, e la percezione della presenza, anche criptica, di una specifica presupposizione culturale sulle fonti dell’autorità legittima e sulle sedi in cui reperirle e attivarle può essere più o meno forte.

È forte, e dunque assai visibile, ad esempio, in quelle situazioni in cui il giudice, per risolvere direttamente la questione che gli è stata sottoposta, opera un riferimento espresso all’identità dell’ordinamento e al modo con cui esso vuole che si risolvano i conflitti tra i poteri che lo innervano.

Una dinamica di questo tipo si può constatare agevolmente – sempre in via esemplificativa – in una delle famose sentenze con cui, nel 2008, la Corte Suprema degli Stati Uniti si è pronunciata sull’incompatibilità costituzionale di alcune delle misure restrittive (negazione dell’accesso alla giustizia federale e sospensione della garanzia dell’*habeas corpus*) cui erano stati sottoposti i “nemici combattenti”, non cittadini americani, reclusi nel carcere speciale di Guantanamo¹². In quel caso, infatti, la Corte si è trovata a fronteggiare e ridefinire la propria stessa giurisprudenza sul carattere (tendenzialmente e) necessariamente territoriale delle prerogative costituzionali della libertà personale. Nel suo lungo ragionamento, la Corte, pur sostenendo di non poter trarre indici inequivoci dalla storia dell’applicabilità extraterritoriale di alcuni rimedi all’interno della tradizione di *common law*, ha tuttavia derivato, da quella tradizione e, soprattutto, dall’essenziale ricostruzione dello scopo e della forma del controllo di costituzionalità coniato sin dal 1803 in *Marbury v. Madison*¹³, l’esistenza di un criterio orientativo flessibile, per il quale l’applicabilità territoriale delle garanzie costituzionali non è un fatto soltanto formale, ma dipende, caso per caso, dalla necessità di evitare che il principio di separazione dei poteri venga violato e che l’Esecutivo prenda materialmente il sopravvento sul Legislativo.

Una dinamica simile è rinvenibile anche in una delle primissime pronunce con cui il giudice (amministrativo) si è confrontato, in Italia, con il

12 *Boumediene v. Bush*, Nos. 06-1195 and 06-1196.

13 5 U.S. 1 Cranch 137 137.

sindacato sulla legittimità di alcune procedure di *spoil system*, così come attivate in seguito all'entrata in vigore della (discussa) disciplina di cui alla l. n. 145/2002¹⁴. In quell'occasione, il giudice ha annullato gli atti adottati dal Governo rafforzando la propria interpretazione *secundum Constitutionem* sulla base dell'assunto che una diversa lettura avrebbe comportato l'introduzione nell'ordinamento di un istituto «estraneo alla nostra consuetudine giuridica». Ciò significava, in quel contesto, ribadire che la presenza cogente di principi e di istituti del diritto amministrativo doveva considerarsi necessaria per effetto della previa ricognizione di un preciso sistema di garanzia, in quanto corrispondente ad una certa identità dell'assetto dei poteri pubblici e delle loro relazioni, reciproche e con i soggetti privati.

Vi sono, però, anche ipotesi nelle quali l'attivazione della "cassetta degli attrezzi" del giurista per mezzo di una essenziale presupposizione culturale sull'identità dell'ordinamento è meno palese, poiché il fattore della *rule of law* non è esposto in modo particolare, ma risulta nascosto dietro l'evocazione di uno dei suoi pilastri, come può essere il principio di legalità.

Si tratta di casi nei quali questo genere di evocazione può nascondere ciò che i comparatisti hanno da tempo identificato come un crittotipo.

Se si pensa, ad esempio, ai tormentati orientamenti del giudice amministrativo sull'assorbimento dei motivi¹⁵, si può constatare che, talvolta, al di là dei tentativi di rendere più trasparente e più certa l'individuazione delle ipotesi in cui il giudice può procedere correttamente all'assorbimento, anche in ragione del doveroso rispetto del principio della domanda, vi è una ricorrente tendenza a preservare la possibilità di esaminare, e di considerare, così, come non assorbibili, motivi suscettibili di introdurre la cognizione di vizi che vanno assai oltre l'interesse di chi li ha prospettati¹⁶. Queste oscillazioni, che rinnovano discussioni mai sopite sul carattere soggettivo od oggettivo della giurisdizione amministrativa, sono in realtà condizionate da una determinata concezione sulla rilevanza anche processuale dell'interesse pubblico e sul conseguente ruolo del giudice del potere amministrativo e, con esso, del principio della separazione dei poteri.

Gli esempi potrebbero continuare, e molti se ne potrebbero ricavare da un (altro) campo fertilissimo, quello – fin troppo noto e arato... – dell'elaborazione costante e progressiva della disciplina della responsabilità civile della pubblica amministrazione per danno da provvedimento, sia sul

14 V. Tar Lazio, Sez. II *ter*, 8 aprile 2003, n. 3277.

15 Cfr. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Tricase (LE), 2012.

16 Cfr., in particolare, e recentemente, la vicenda decisa prima da Tar Lazio, Sez. III, 5 novembre 2014, n. 11122, quindi da Cons. St., Sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1071. Ma v. anche l'importante pronuncia del Con. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5.

versante della definizione sostanziale della natura e degli elementi costitutivi di questo tipo di illecito, sia per quanto riguarda alcune peculiarità delle relazioni che il rimedio risarcitorio può conoscere, nel processo, con altri rimedi.

Ma la chiave di lettura qui proposta può rivelarsi interessante anche per interpretare il rapporto tra il “sapere” giuridico e altri saperi “non giuridici”, specialmente laddove i secondi vengano riconosciuti come titolari di uno spazio di espressione “giuridicamente” rilevante. Si pensi alla formazione della nuova disciplina del biodiritto, come sede per lo studio dell’emersione della rilevanza giuridica di interessi che, senza l’evoluzione scientifica e tecnologica, non sarebbero stati oggetto di riconoscimento da parte del legislatore¹⁷.

Soprattutto, però, questa lettura rimette in circolo un profilo metodologico di estrema importanza, perché, paradossalmente, è proprio il senso di estrema incertezza e frammentarietà, così come suscitato dalle complesse evoluzioni della realtà che ci circonda, a stimolare il richiamo all’unità del “sapere” del giurista: ciò laddove si concepisca questa unità nel senso anzidetto, ossia nel senso dell’attivazione pregiudiziale di un patrimonio di strumenti concettuali (la “cassetta degli attrezzi”); nel senso, quindi, di un loro utilizzo in modo coerente con la previa identificazione dell’ordinamento giuridico, della sua struttura e delle declinazioni che la *rule of law* conosce, di conseguenza, in ordine al riconoscimento e all’applicazione delle regole giuridiche.

È in questa scelta che si nasconde l’autonomia e la professionalità del giurista, di qualunque giurista: «Chi si limitasse ad una pura esegesi degli ordinamenti non farebbe opera di giurista, nel senso più alto dell’espressione, ma solo eserciterebbe una tecnica che, per quanto raffinata, non può considerarsi mai idonea alla comprensione e attuazione di un sistema che è generale. Ma chi è chiamato a fare opera di giurista, e perciò a prefigurarsi un sistema generale, corre rischi che sono propri di un impegno personale e cioè i rischi della propria verità. In questa confessione di debolezza connessa al rischio, vi è anche una confessione di forza, connessa a quella inevitabile ricerca di verità e di certezza che è l’aspirazione più viva e profonda di ogni uomo»¹⁸.

17 In argomento v. CORTESE, PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Rivista AIC*, v. 2015, n. 4.

18 BENVENUTI, *Disegno dell’Amministrazione Italiana*, Padova, 1996, p. 492.