



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

Una riflessione sulla utilità della semantica di Otto Hintze nel cosiddetto “cambio di paradigma” del diritto amministrativo

The semantics theory of Otto Hintze in administrative law paradigms change

Michele Carducci

Resumo: Nesse trabalho, são propostas algumas reflexões à luz da tese italiana do direito administrativo global no confronto da semântica histórica do paradigma estatal da administração pública.

Palavras-chave: direito administrativo global.

Abstract: in this essay, some reflexions on the italian thesis of the global administrative law are presented based on the historical semantics of the state paradigm of public administration.

Keywords: global administrative law

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p280-289>

Artigo submetido em: fevereiro de 2014

Aprovado em: fevereiro de 2014

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como “Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo”. A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

UNA RIFLESSIONE SULLA UTILITÀ DELLA SEMANTICA DI OTTO HINTZE NEL COSIDDETTO “CAMBIO DI PARADIGMA” DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Michele CARDUCCI*

Sumário: 1 Premessa. 2 L’eredità di Otto Hintze. 3 Il Global Administrative Law. 4 L’esempio dell’Unione europea 5 Esiste davvero un “nuovo paradigma”?

1 Premessa

Nel quadro generale dei cosiddetti processi di “internazionalizzazione” dei diritti interni (civile, penale, amministrativo, costituzionale) e di “costituzionalizzazione” del diritto internazionale, il ruolo che assume il diritto amministrativo appare il più enigmatico. È possibile parlare di un diritto amministrativo “globale”, “multilivello”, “regionale”, “internazionale”? Come immaginare la “internazionalizzazione” del diritto amministrativo rispetto al “nucleo logico” della fondazione stessa dell’amministrazione, rappresentato dallo Stato? Il paradigma statale ha ancora senso?

In questo scritto, si proporranno alcune riflessioni alla luce di una autorevole tesi italiana sul “diritto amministrativo globale”, nel confronto con la semantica storica del paradigma statale dell’amministrazione pubblica.

2 L’eredità di Otto Hintze

Il nesso storico di Stato e amministrazione determina quello che Otto Hintze segnava come le “due eccezionalità storiche dell’Occidente”¹:

a. lo stretto e imprescindibile legame tra Costituzione e amministrazione, tra fondazione (*Verfassung*) e organizzazione (*Verwaltung*), a partire dal quale prendono corpo e diventano comprensibili le peculiarità individuali dei singoli Stati;

**Possui doutorado em Direito Constitucional - Università di Bologna (1992). Laurea in giurisprudenza, conseguita presso l’Università di Parma il 10 marzo 1987, con votazione 110/110 cum laude e dignità di stampa della tesi di Diritto Costituzionale, sul tema Fiducia e controllo politico nell’esperienza parlamentare italiana di fine secolo. Cultore della materia nel periodo 1988-1991: Laureato frequentatore dell’Istituto di Diritto Pubblico Generale come cultore della materia presso la Cattedra di Diritto Costituzionale della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Parma. Perfezionamento: in Diritto Comunitario: Collegio Europeo di Parma, nell’anno accademico 1989-1990. in Diritto Comparato: Summer Program in Comparative Tort Law con la Seton Hall University (Newark, New Jersey), presso l’Università di Parma, diretto dal Prof. Harvey Sklaw, il 31 luglio 1990. Centro Studi Giuridici Europei, con il XXXVI Seminaire de Droit Comparé, presso la Libera Università di Urbino, nell’agosto del 1994. Storia Contemporanea: Scuola Superiore di Studi Storici del Vulture G. Fortunato (Rionero-Potenza), diretta dal Prof. Paolo Pombeni, il 2 settembre 1990.*

¹ Cfr. A. Colombo, *Spazio, istituzioni e politica estera in Otto Hintze*, in *Filosofia politica*, 1, 2011, 11 ss. e *ivi* bibliografia di Hintze.

b. il nesso tra rapporti internazionali e configurazione interna o, per usare le formule di Hintze, tra *Staatsverfassung*, *Heeresverfassung* e *Regierungsverfassung*: ogni Costituzione statale è condizionata da fattori esterni di influenza, originariamente militari e poi progressivamente economici².

Se alla Costituzione, intesa come il complesso dei rapporti economici e sociali esistenti all'interno di una determinata entità territoriale (retaggio dell'antica *ragion di Stato*), non può non corrispondere, come riflesso immediato e momento essenziale, l'amministrazione, la dinamica dei poteri della Costituzione, come *Regierungsverfassung*, non è data dalla sola dimensione formale (la *Form*) o informale (la *Verfassungswandlung*) interna, ma anche dalla produzione esterna di processi di influenza (*äussere Bildung*)³.

In definitiva, la sovranità dello Stato non chiude le porte alla formazione esterna di processi di influenza; e la stessa forma di governo (la *Regierungsverfassung*) ne subisce conseguenze.

Nel momento in cui lo Stato non si trova a dover amministrare la guerra, ma ad attuare prassi economiche e finanziarie e dottrine economiche comuni, si delineano le progressive convergenze delle prassi di governo e il progressivo isomorfismo delle *Regierungsverfassungen*. Contemporaneamente, il nesso di amministrazione e costituzione si associa progressivamente alla pratica commerciale.

Insomma, alla forma (*Form*) dello Stato si associa la formazione esterna (*äussere Bildung*) degli Stati della *società commerciale*. Ma è questa *Bildung* ad incidere sulla *Form*, non viceversa. Di conseguenza, l'organizzazione amministrativa deve risultare "funzionale" alla *äussere Bildung* dei rapporti interstatali di natura economica.

È vero: Stato e amministrazione sono indissolubili, ma l'amministrazione non è indifferente, anzi è influenzata – *ab externo* – dalle dinamiche economiche interstatali.

Del resto, anche Carl Schmitt, nel suo famoso *Nomos della terra*⁴, identificava nello "standard costituzionale comune" dei rapporti tra Stati, fondato sulla garanzia del contratto e della proprietà – basi della *società commerciale* – la "vera" Costituzione europea e progressivamente mondiale: la *Konstitutionelle Verfassung*.

² O. Hintze, *Staatsverfassung und Heeresverfassung*, Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 17. Februar 1906, ora Nabu Press, 2010. Sulla complessità del concetto di *Heeresverfassung* (di portata militare ed economica al contempo) si v. P. Schiera, *Otto Hintze. Gli Storici. Guida editori*, Napoli, Guida, 1974, nonché i contributi in G. Bonaiuti, A. Simoncini (a cura di), *La catastrofe e il parassita: scenari della transizione globale*, Milano, Eterotopie Mimesis, 2004.

³ Le espressioni tedesche *Form* e *Bildung* risultano particolarmente complesse nella loro resa traduttiva, perché connesse all'utilizzo che ne fecero Hegel e Kant (cfr. la voce *Forma*, in N. Abbagnano, *Storia della filosofia. Vol. 11: Dizionario di filosofia ESP-OPP*, Novara-Roma, Ist. Geografico De Agostini-Gruppo Ed. L'Espresso, 2006, 231 ss.). Tuttavia, il termine *Bildung* (letteralmente "formazione") esprime, rispetto a *Form*, l'idea dinamica del processo di conformazione e condizionamento.

⁴ C. Schmitt, *Il Nomos della terra* (1950), trad. it., Milano, Adelphi, 1992.

3 Il Global Administrative Law

In questo quadro semantico e storico, i sostenitori del *Global Administrative Law*⁵ non sembrano dire nulla di nuovo, non tanto sulla *Form* della *Verwaltung*, quanto appunto sulla sua *äussere Bildung*. Del resto, l'antico motto di Otto Mayer, secondo cui «*il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta*», riflette la consapevolezza⁶. I nessi tra Costituzione ed amministrazione e tra ambiente internazionale e configurazione interna restano.

Si può così parlare tanto di “diritto pubblico” globale⁷ quanto di “*global governance*”, nella quale «*gioca un ruolo determinante l'amministrazione, piuttosto che la politica*»⁸.

Tuttavia, com'è noto, il motto di Otto Mayer non voleva significare l'estinzione del diritto costituzionale. Esso sintetizzava piuttosto i sintomi di un rivolgimento giuridico pericoloso, proprio perché volto ad esautorare la Costituzione come dato permanente nel tempo, necessario a legittimare il diritto amministrativo come pratica quotidiana del potere. Quindi non si può essere così certi che il “diritto amministrativo globale” sia di per sé rassicurante⁹.

Per esempio, quando si sostiene che la partecipazione nell'arena internazionale di Stati e individui traccerebbe un «*vero e proprio “diritto umano”*» connesso all'emersione di “*condomini*”, in cui le regole si stabiliscono congiuntamente (si parla in proposito di “*Transactionalism*”) al fine di prevenire i conflitti, grazie al diffondersi dello strumento contrattuale come asse portante della istituzionalità globale, sembra che la unica *Verfassung* a sostegno di questo *Administrative Law* sia la *Konstitutionelle Verfassung* di Schmitt.

Il che ci proietterebbe, al di là delle apparenze, in un'era di convivenza mondana ferma ... al XIX secolo.

Del resto, in un “*condominio*” si può abitare anche senza diritti¹⁰, perché l'importante è partecipare alla sua “*amministrazione*”¹¹. Ecco allora rispuntare la *Rule of Law* nelle

⁵ Su questa formula, cfr. *Law and Contemporary Problems*, vol. 68 (summer/autumn 2005), B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, J.B. Wiener (eds.), «*The Emergence of Global Administrative Law*». Si veda anche J.L. Meilán Gil, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Sevilla, Ed. Global Law Press, 2011.

⁶ Sul significato di questo motto, si v. la *Premessa* a G. Winkler, *La scienza giuridica come scienza sociale empirica* (1999), trad. it., Roma, Aracne, 2003.

⁷ G. della Cananea, *Principi di diritto pubblico globale*, Bologna, il Mulino, 2009.

⁸ S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2001, e *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁹ G. Morbidelli, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

¹⁰ Ma “*senza diritti*”, nel predicare *governance* convissute in “*condominio*”, ci si dovrebbe anche interrogare sul livello di “*decenza*” della medesima convivenza “*condominiale*”, come propone A. Margalit, *La società decente* (1996), trad. it., Milano, Guerini e Associati, 1998.

¹¹ Inoltre, in un “*condominio*” è solo la proprietà a determinare le condizioni di decisione deliberativa maggioritaria (cfr. art. 1136 Cod. civ.).

nuove vesti delle procedure di *Notice and Comment*, finalizzate a spingere i governi nazionali a motivare «adeguatamente», verso le istanze globali, le proprie decisioni, per poi eventualmente ricorrere a tribunali imparziali e indipendenti: il che evidenzerebbe l'avvento evolutivo dell' "*International Constitutionalism*".

Che poi, dentro questo "*International Constitutionalism*", il circuito delle "adeguate" motivazioni non sia reciproco tra livello globale e livello statale e che questo evochi alla memoria gli avvertimenti di Hintze su *Staatsverfassung, Heeresverfassung* e *Regierungsverfassung*, non sembra preoccupare.

D'altra parte, la filosofia "condominiale" del sistema si nutre anche di "*Cross-Constitutionalism*" e di *Borrowing*¹²: "dialogo" tra giudici e ricorso a "prestiti" tra pezzi di sistemi giuridici diversi. Per la verità il "dialogo" non sempre risulta tale, mentre il *Borrowing* altro non è, in una logica di agire comunicativo efficacemente denominata "Ikea"¹³, che «*a Staple of Constitutional Decisionmaking*»¹⁴, condizionante i formanti degli attori costituzionali¹⁵. Partire da qui per arrivare a proclamare la nascita di una comunità globale di giudici¹⁶ richiede capacità metaforiche non comuni. Il *Borrowing*, più che la descrizione del fenomeno, assume i contorni della sua giustificazione sulla base di parole condivise¹⁷. Esso traduce (e riduce) in linguaggio la realtà (*ordo rerum* come *ordo idearum?*); e, così riducendo, non solo può prescindere dalla considerazione sociale e non naturale del linguaggio medesimo¹⁸, ma può ignorarne la dimensione materiale¹⁹ e morale di produzione di rapporti di potere, alimentando conseguentemente una vero e proprio effetto di "alienazione linguistica"²⁰.

Ecco perché il *Borrowing* altro non è che *Decision Making*: le parole si possono prestare "su decisione", anche se le parole nascondono una semantica storica rivelatrice delle differenze e delle lacune.

¹² Su questi fenomeni si vedano i contributi di D.M. Davis, *Constitutional Borrowing. The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: the South African Experience*, in 1 *Int'l J. Constitutional L.*, 2, 2003, 181 ss., L. Epstein, J. Knight, *Constitutional Borrowing and Non Borrowing*, in 2 *Int'l J. Constitutional L.* 3, 2003, 196 ss.

¹³ G. Frankenberg, *Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited*, in 8 *Int'l J. Const. L.*, 3, 2010, 563 ss.

¹⁴ N. Tebbe, R.L. Tsai, *Constitutional Borrowing*, in 108 *Michigan L. Rev.*, 2010, 459 ss.

¹⁵ A. Watson, *From Legal Transplants to Legal Formants*, in 43 *Am. J. Comp. L.*, 3, 1995, 469 ss.

¹⁶ A.-M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in 44 *Harvard Int'l L. J.*, 2003, 191 ss.

¹⁷ S. Choudry, *Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in 74 *Indiana L.J.*, 1999, 819 ss.

¹⁸ In K. Marx, F. Engels, *L'ideologia tedesca*, Roma, Editori Riuniti, 1969, 20, si legge che «*il linguaggio è antico quanto la coscienza*».

¹⁹ Nel senso di non poter ridurre l'esperienza a produzione della realtà da parte del soggetto né a reciproca implicazione tra soggetto e oggetto: cfr. S. Timpanaro, *Sul materialismo*, Pisa, Nistri-Lischi, 1975, 7-8.

²⁰ I fenomeni di "alienazione linguistica" costituiscono l'oggetto della originale e utilissima ricerca di F. Rossi-Landi, in particolare negli studi: *Significato, comunicazione e parlare comune*, Padova, Marsilio, 1961; *Il linguaggio come lavoro e come mercato*, Milano, Bompiani, 1968.

Un ruolo centrale di questo processo di “alienazione linguistica” è giocato dai giudici delle integrazioni regionali, i quali, attraverso il presunto “*Judicial Dialogue*”, determinato in realtà dalla *Rule of Market* dei processi di sovranazionali²¹, contribuiscono ulteriormente non tanto alla crisi della legge, quanto alla progressiva trasformazione del potere statale in un *Jurisdiktionsstaat*²².

Si tratta di una separazione tra semantica e interpretazione, figlia delle de-costruzioni (e distruzioni) del Novecento e sintetizzabile nella contrapposizione tra Gadamer e Hirsch²³: tra il privilegiare il momento soggettivo dell’interpretazione, quasi “emotiva”²⁴, dove «*la capacità di leggere, d’intendersi mediante lo scritto, è come un’arte segreta, anzi come una magia che ci libera e ci lega*»²⁵, e quello soggettivo dell’autore di una scrittura, espressiva di *Meaning* e *Significance* mutevoli di volta in volta a seconda dei casi²⁶.

Davvero il “dialogo” e il *Borrowing* passano attraverso un processo di immedesimazione empatica, che può fare a meno di qualsiasi distanza analitica volta a cogliere l’alterità di una precisa sostanza semantica? Davvero il “dialogo” non significa anche preclusione di un giudizio su un linguaggio che vive di reificazioni storiche e di rapporti sociali²⁷?

La premessa metodologica di questi discorsi di “dialogo” è una presunzione che nessuna comparazione costituzionale seria può confermare: l’isomorfismo delle Costituzioni indipendentemente dal polimorfismo o dall’anamorfismo, prodotto dagli ordini costituiti, da tutti gli altri testi normativi, dalle loro interpretazioni, dai rapporti sociali sottostanti.

Del resto, come effettivamente si declinino *Borrowing* e “*Cross*”-*constitutionalism* all’interno delle dinamiche degli Stati, tra *Form* e *äussere Bildung*, non sembra interessare questa nuova frontiera di comparazione, per la quale l’atto stesso del “prestito” o del “dialogo” produrrebbe comparazione: con buona pace del costituzionalismo “nominale”, che Loewenstein voleva scongiurare con l’indagine a tutto campo sulle ragioni pratiche dell’azione di poteri e diritti nell’uso di una scrittura

²¹ P.B. Helzel, A.J. Katolo (a cura di), *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, Cedam, 2012.

²² E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2^a Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1981, 402.

²³ A. Briosi, *Su Gadamer, Hirsch e l’interpretazione*, in *L’Ombra d’Argo*, 9, 1986, 157 ss.

²⁴ A. Sajó, *Emotions in Constitutional Design*, in *8 Int.’l J. Const. L.*, 3, 2010, 354 ss.

²⁵ H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Milano, Bompiani, 1983, 201.

²⁶ E.D. Hirsch Jr., *Teoria dell’interpretazione e critica letteraria* (1967), trad. it., Bologna, il Mulino, 1973, 17. Ma la scissione richiamata è presente, ad esempio, in autori come R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, il Mulino, 2010, con la distinzione concetto/concezione, che prescinde dal carattere semanticamente contestabile di un concetto (su cui si v., in connessione anche al tema dei concetti “ambigui”, E. Diciotti, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, in P. Comanducci, R. Guastini (cur.), *Analisi e diritto 1992*, Torino, Giappichelli, 1992, 97 ss.).

²⁷ Soprattutto quando questo “dialogo” è unidirezionale nei rapporti tra centro e periferie della modernità costituzionale: cfr. W. Mignolo, *The Darker Side of Western Modernity: Global Futures, Decolonial Options, Latin America Otherwise*, Durham, Duke Univ. Press, 2011.

costituzionale: gli unici banchi di prova per verificare realmente se sussistano o meno isomorfismi costituzionali.

4 L'esempio dell'Unione europea

Ancora una volta, l'esempio della Unione europea è paradigmatico. Il suo processo, piuttosto che *Borrowing*, si ritiene abbia prodotto *Verfassungsdurchbrechungen*²⁸, "tacito emendamento" delle Costituzioni nazionali²⁹, persino *Fraude à la Constitution*³⁰ o addirittura *Wandelverfassung*³¹: dalla Costituzione che cambia (*Verfassungswandlung*), nel limite del *Dispositives Recht*, si è passati, per "dialogo" che ha prodotto "decisioni", alla Costituzione del cambiamento, stato necessitato e permanente di "adeguamento" che ormai prescinde dal testo delle Costituzioni statali. In altri termini, la *Wandel-Verfassung* della integrazione europea non è semplice "trasformazione di una" Costituzione ma "nuova Costituzione": però come Costituzione *del* – non *in* – mutamento, ossia "necessità dinamica" che impone di adattarsi ai fatti prodotti, che, come tali, si legittimano da sé³² per il solo fatto di essere nel "condominio" delle "adeguate motivazioni", patrocinato dal "Global Administrative Law".

In quest'ottica si colloca la "anti-comunitarietà" dell'atto amministrativo nazionale: alla disapplicazione, da parte della P.A., della norma nazionale segue l'applicazione della regola (a anche del principio) comunitario, quale nuovo parametro di legittimità dell'atto amministrativo.

L'obbligo di disapplicazione normativa, imposto dalla Corte di giustizia a tutti i pubblici poteri nazionali (comprese le pubbliche amministrazioni) diventa il paradigma della nuova *äussere Bildung*.

Adirittura, secondo alcuni autori, l'atto amministrativo "anti-comunitario" sarebbe persino nullo, ossia giuridicamente inesistente per carenza dei suoi presupposti costitutivi.

Questa tesi radicale è generalmente criticata, in quanto si osserva che, nel caso di provvedimenti amministrativi in contrasto con disposizioni comunitarie, non è

²⁸ D. Murswieck, *Maastricht und die Pouvoir Constituant*, in *Der Staat*, 32, 1993, 161 ss.; U. Hufeld, *Die Verfassungsdurchbrechung. Rechtsprobleme der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

²⁹ C. Amirante, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Torino, Giappichelli, 2008.

³⁰ W. Sabète, *Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux*, Rennes, Pur, 2005.

³¹ H.P. Ipsen, *Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration*, in I. Schwarze (hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Baden-Baden, Nomos, 1983, 82 ss.; G.F. Schuppert, *Anforderungen an eine Europäische Verfassung*, in H.-D. Klingmann, F. Neidhardt (hrsg.), *Zur Zukunft der Demokratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung*, WZD-Jharbuch, Berlin, Sigma, 2000, 246 ss.

³² H. Brunkhorst, *A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution*, in *Arena Working Paper* 14, 2003.

configurabile una carenza di potere, né alcuna altra delle ipotesi tipizzate di nullità. Inoltre, pure gli atti emanati da organi comunitari in contrasto col Trattato o con norme di diritto derivato sono ricondotti dal giudice comunitario, salvo ipotesi estreme, al regime dell'annullabilità. Non sarebbe quindi chiara la ragione per delineare un diverso regime degli atti amministrativi emanati da uno Stato membro, sovvertendone oltretutto le regole interne³³.

Al contrario, nelle ipotesi di contrasto indiretto tra l'atto amministrativo e la normativa comunitaria, rileverebbe non già una carenza, bensì un cattivo esercizio di potere. Il potere, in altri termini, sussisterebbe, ma il suo esercizio non risulterebbe corretto. In definitiva, si assisterebbe – ancora una volta – alla dialettica descritta da Hintze come “tipica” della conformazione moderna del rapporto tra Costituzione e amministrazione nel quadro delle “ragioni” della società commerciale: la dinamica dei poteri, come *Regierungsverfassung*, non è data dalla sola dimensione formale (la *Form*) interna, ma anche – anzi, soprattutto – dalla produzione esterna di processi di influenza (*äussere Bildung*).

È dunque evidente come la nuova filosofia comunitaria stravolga l'assetto normativo interno nonché le tecniche giudiziarie, trasformando la disapplicazione in strumento generale ed ordinario, teso a garantire l'uniforme e immediata applicazione dell'*acquis communautaire*. Ma è anche vero che ciò che conta, nel “condominio” europeo, è che le regole e principi comunitari prevalgano, senza subire ostruzionismi della *Form* statale³⁴.

5 Esiste davvero un “nuovo paradigma”?

Nel dibattito dottrinale, anche latinoamericano, si parla, in ragione dei condizionamenti della globalizzazione, di “nuovo paradigma del diritto amministrativo”³⁵. La costruzione di tale approccio sarebbe sintetizzata da due elementi: da un lato, la circostanza che il potere statale, base del “paradigma” anteriore del diritto amministrativo, non sarebbe più detentore di una sovranità chiusa e unidirezionale: dall'altro lato, la constatazione che, nell'arena globale, i diritti umani e fondamentali sarebbero diventati un baluardo universale da garantire contro ogni potere.

³³ Cfr. S. Valaguzza, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, Giuffrè, 2008, e già R. Caranta, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1989, III, 1, 149.

³⁴ G. Pepe, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, Eurilink, 2012.

³⁵ Ad esempio, C.F. Balbin, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011, 169 ss.

È evidente come anche tale impostazione sia l'effetto dell'affermazione dello *Jurisdiktionsstaat*. Tra l'altro, il "nuovo paradigma", nel tentativo di costruire "da basso verso l'alto" i procedimenti amministrativi di decisione pubblica, per esempio attraverso meccanismi partecipativi³⁶, perseguirebbe un duplice obiettivo: da un lato, promuovere un diritto amministrativo "multidimensionale"³⁷; dall'altro, collocare al centro delle funzioni amministrative i diritti sociali e collettivi, e non solo quelli individuali, allo scopo di garantire un controllo sul potere amministrativo anche in termini di inerzia e omissione incostituzionale³⁸.

Il fine di questa "nuova" amministrazione, pertanto, non risiederebbe più nell'esclusivo perseguimento dell'interesse pubblico come *Puissance publique* o *Herrschaft* prevalente e prioritaria su tutto. Né si accontenterebbe del semplice equilibrio tra poteri e diritti. La "nuova" amministrazione, al fine di non sacrificare i diritti sociali e collettivi quali veri e propri "beni pubblici" primari, e di non preoccuparsi soltanto dei diritti individuali di proprietà e contratto, nucleo genetico della *Konstitutionelle Verfassung* della modernità, si riconsocerebbe nella tecnica, procedimentale e processuale, ovvero sia giudiziale che amministrativa, del "bilanciamento" tra i diritti³⁹: una regola di *Due Process of Law* comune a tutti i livelli di azione amministrativa, da quello statale a quello sovranazionale a quello globale.

Ma che cosa può garantire la *Due Process of Law* di fronte alla *Herrschaft* economica della globalizzazione⁴⁰? Davvero questa clausola esclusivamente "modale" (procedimentale) può essere la nuova *Form* sovranazionale, capace di resistere ai condizionamenti della *äussere Bildung*? La differenziazione funzionale tra procedimento e processo nasce storicamente *dentro* gli Stati, per segnare due percorsi paralleli di esercizio della sovranità interna verso i sudditi, prima, e i cittadini, poi, e fondare le basi dello Stato di diritto, nelle sue due varianti della *Rule of Law* e del *Rechtsstaat*: *Due Process* e sovranità seguono percorsi di affermazione pratica e concettualizzazione teorica paralleli.

Al contrario, il "condominio" dell'*Administrative Global Law* si fonda sulla erosione della sovranità quale limite di una sconfinata *Rule of Market*, in funzione della quale ricostruire procedimenti e processi. In tale prospettiva, non sono certo i diritti sociali la

³⁶ A. Valastro (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, Napoli, Jovene, 2010.

³⁷ In tal senso, J.J. Reyna, *El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios*, in 12 *Rev. Der. A. & C.*, 50, 2012, 132 ss.

³⁸ In tale prospettiva, per esempio, si colloca il regime costituzionale del diritto amministrativo del "nuevo constitucionalismo" andino, in particolare con le Costituzioni dell'Ecuador, del 2008, e della Bolivia, del 2009.

³⁹ Così già in Francia J. Rivero, *Hacia una derecho común europeo: nuevas perspectivas en derecho administrativo* (1978), trad. esp., in *Páginas de derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2002, 202 ss.

⁴⁰ A. Morrone, *Teologia economica v. teologia politica?*, in *Quad. Cost.*, 4, 2012, 829 ss.

preoccupazione principale o il fondamento di “bilanciamento” dei presunti “nuovi” paradigmi del diritto amministrativo.