

Premessa

Jean-Bernard Auby è, senza alcun dubbio, uno tra i giuristi più coinvolti nella nuova stagione di studi sulle trasformazioni del diritto pubblico, nella prospettiva comparata, europea e globale. Per questo motivo, abbiamo proposto ad alcuni studiosi francesi e italiani, che hanno condiviso con Jean-Bernard conversazioni e dibattiti, in luoghi ameni (come la bella isola di Spetses, in Grecia, dove il Gruppo europeo di diritto pubblico ha tenuti tanti incontri) e meno ameni, istituzionali, di partecipare a una riflessione su temi ai quali ha dedicato i propri studi.

Una visione d'insieme conferma, in questo caso, la prima impressione. Jean-Bernard Auby non è un giurista *mainstream*. Accanto a temi che nessuno esiterebbe a includere tra quelli centrali nella riflessione giuridica recente e meno recente, come l'integrazione europea e i poteri locali, ha coltivato temi assai meno battuti o del tutto nuovi, come le *smart cities*.

Considerati nel loro complesso, i suoi lavori mostrano anche la non comune capacità di tenere insieme la teoria del diritto pubblico, elaborata e affinata nel contesto nazionale tra Otto e Novecento, con i mutamenti intervenuti in un'epoca in cui il posto dell'Europa nel mondo è ben diverso rispetto a quel contesto. Ricerche come quelle svolte da Auby, inoltre, estendono i confini della riflessione giuridica, esortano i giuristi a confrontarsi con gli studiosi di altre scienze sociali.

Il confronto non sempre scioglie i dubbi, talvolta dà loro maggiore spessore o li converte in altri. È proprio in ciò – nell'atteggiamento insieme curioso e critico – che sta forse la qualità di Jean-Bernard Auby che ha attirato l'interesse di tanti, oltre all'amicizia di quanti gli hanno recato omaggio a Roma.

Giacinto della Cananea, Jacques Ziller

Jean-Bernard Auby e lo *Ius Publicum Europeum*

Giacinto della Cananea

SOMMARIO: I. Vita e studi. – 1. Gli studi. – 2. Un percorso accademico atipico. – 3. Uno studioso eclettico. – 4. Il catalizzatore di ricerche transnazionali. – 5. Uno studioso vicino alle istituzioni. – 6. L'uomo. – II. Lo *Ius Publicum Europeum*. – 1. Più filoni di pensiero: implicazioni per la comparazione. – 2. La destrutturazione del diritto pubblico: l'apertura alla società. – 3. L'integrazione tra i giudici nazionali ed europei. – 4. La riscoperta del sostrato comune: i principi generali del diritto. – 5. Gli studi comparati sul procedimento amministrativo. – 6. Nuovi orizzonti della comparazione giuridica, in Europa. – III. La prospettiva del diritto amministrativo transnazionale.

In questo breve scritto provo a coniugare due scopi: rendere onore a Jean-Bernard Auby, uno tra i maggiori studiosi del diritto pubblico nell'Europa a cavallo tra il XX e il XXI secolo, e cogliere gli spunti che dalla sua opera si possono trarre per quanto concerne l'esistenza di un fondo comune ai vari diritti amministrativi europei o – secondo un altro ordine di concetti – di un patrimonio costituzionale comune.

I. Vita e studi

1. Gli studi

Jean-Bernard Auby ha svolto i propri studi giuridici presso l'Università di Bordeaux. Sempre a Bordeaux – la città in cui Montesquieu (1716-1726) fu dapprima consigliere e poi presidente d'uno dei più importanti *Parlements* dell'*Ancien Régime* e Leon Duguit (1859-1928) fondò una scuola d'indubbio rilievo nello studio del diritto pubblico – Auby ha conseguito nel 1979 il dottorato di ricerca con una tesi su “*La notion de personne publique en droit administratif*”.

È stato allievo di Roland Drago (1923-2009), uno dei più eminenti amministrativisti, insieme a Charles Eisenmann (1903-1980) e Jean Rivero (1910-

2001), della generazione successiva a quella dei due grandi maestri attivi tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, ossia Maurice Hauriou (1856-1929, “*le maitre de Toulouse*”) e Leon Duguit (“*le maitre de Bordeaux*”).

Pur se è agevole intendere l'influenza del secondo sugli studi e sulle teorie dei giuspubblicisti bordellesi, dunque anche sull'ambiente culturale in cui Auby si è formato¹, non mancano spunti, nella sua ampia produzione scientifica, che consentono di accostarlo al primo, segnatamente quelli sul potere e sul procedimento amministrativo. Auby è, inoltre, lo studioso cui si deve la ripresa degli studi sul diritto amministrativo europeo, che la cultura giuridica francese aveva cessato di coltivare dopo gli studi pionieristici di Rivero.

2. Un percorso accademico atipico

Pochi anni dopo il conseguimento del dottorato, Jean-Bernard Auby ha ottenuto l'*agrégation de droit public* (1983). In seguito, ha insegnato – è un primo tratto distintivo – in un numero di sedi universitarie maggiore rispetto a molti dei suoi coetanei: Rennes I (1983-1987), Paris XII (1987-1994), dove è stato anche preside della Facoltà di Giurisprudenza (1989-1993), e Paris II (Panthéon-Assas) (1994-2006).

Un altro e più spiccato tratto distintivo rispetto alla tradizione giuridica francese concerne la scelta di lasciare la autorevole Facoltà giuridica parigina per trasferirsi al prestigioso *Institut d'Etudes Politiques de Paris (Sciences Po – Paris)*, dove ha insegnato dal 2006 al 2018. È stata una scelta non semplice, né compresa da quanti pensavano che Auby avrebbe potuto raccogliere l'eredità del suo maestro.

È una scelta che si spiega probabilmente con il terzo tratto distintivo della carriera di Jean-Bernard Auby, forse il più importante, l'essere stato il promotore e il titolare, presso l'*Institut d'Etudes Politiques*, d'una cattedra *ad hoc*, la “*Chaire mutations de l'action publique*”. L'elemento distintivo non risiede tanto nell'istituzione d'una cattedra *ad hoc*, quanto nella finalità perseguita, cioè lo studio dei mutamenti intervenuti nell'azione dei pubblici poteri (intesa in senso non solo soggettivo, ma anche oggettivo), e soprattutto nell'impostazione che il titolare ha dato alla cattedra, cioè l'apertura verso il vasto e assai poco conosciuto mondo del diritto pubblico “oltre lo Stato”. Con ciò, il discorso si sposta sulla figura dello studioso.

Auby, si è visto, è stato allievo di Roland Drago, il quale è stato – *inter*

¹ Si può ricordare, tra gli altri lavori, J.B. AUBY, S. BRACONNIER (sous la direction de), *Services publics industriels et commerciaux: questions actuelles*, Paris, L.G.D.J., 2003.

alia – creatore e presidente del *Centre d'études et de recherches de science administrative* (CERSA), collegato con il CNRS e l'Université Panthéon-Assas (Paris II), e presidente dell'*Académie des Sciences morales et politiques*. Del suo mentore si può senz'altro dire che abbia tratto un'importante lezione: quella di abbracciare con lo sguardo – come tutti i grandi giuristi – non soltanto il diritto *tout court*, in luogo delle partizioni disciplinari che costituiscono la *raison d'être* di così tanti sedicenti studiosi italiani, ma per le connessioni che esso ha con l'economia e la società tutta. Esemplifichiamo con riferimento ad alcuni filoni di ricerca.

3. Uno studioso eclettico

Auby si è dedicato, in vari periodi della sua vita di studioso, a opere generali di diritto amministrativo: quella sulle *Institutions administratives* – con il padre, Jean-Marie Auby –², quella sulle collettività locali³, quella sulla *fonction publique*⁴. È autore, inoltre, di studi sulle parti principali del diritto amministrativo speciale, come i beni pubblici e l'urbanistica⁵.

Accanto a questi temi, che possono dirsi consolidati nella cultura giuridica francese ed europea, Jean-Bernard Auby ha sviluppato alcuni temi nuovi o ha apportato nuovi motivi nel loro studio. Come si vedrà, per un paradosso solo apparente, in un Paese dalla forte impronta *étatiste*, tutti questi temi mettono alla prova l'idea ricevuta secondo cui lo Stato è il pubblico potere per eccellenza, se non per antonomasia.

Da un lato, come notato, Auby è l'autore di un originalissimo volume sul “*droit de la ville*”⁶: non si tratta d'una variazione sul tema dei comuni, bensì d'uno studio, forse unico nel suo genere nel diritto dell'Europa continentale⁷. Auby proporre, infatti, un mutamento di prospettiva, che tenga conto

² *Institutions Administratives*, Paris, Dalloz, 1996, 8° ed.

³ *Droit des collectivités locales* (avec Jean-François Auby et Rozen Noguellou), Paris, P.U.F., 2015, 6° ed.

⁴ *Droit de la fonction publique* (avec Didier Jean-Pierre et Antony Taillefait), Paris, Dalloz, 2009, 5° ed.

⁵ J.B. AUBY, H. PERINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, Montchrestien, 2015, 10° ed.; *Droit administratif des biens* (avec Pierre Bon et Philippe Terneyre), Paris, Dalloz, 2016, 7° ed.

⁶ J.B. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2016, 2° ed.

⁷ In quello nordamericano, si può ricordare G. FRUG, *The City as a Legal Concept*, *Harvard Law Review*, (93), 1979-1980, p. 1057.

della dimensione fisica e politica della città, intesa come comunità, oltre che come agglomerato.

Dall'altro lato, Auby ha idealmente ripreso da Eisenmann il “testimone” nello studio comparato del diritto amministrativo⁸ e da Rivero quello nello studio del diritto amministrativo europeo⁹, imprimendo un impulso a una cultura – quella francese – importante ma attardata nella contemplazione dei propri successi, rendendole più facile riannodare i fili del dialogo con la cultura giuridica tedesca, nella quale un ruolo di primo piano è stato ricoperto da Jürgen Schwarze, e con quella italiana, o meglio di quella parte che ha seguito le orme di Sabino Cassese, Mario Chiti e pochissimi altri. Inoltre, è ad Auby che si deve la prima opera generale sul diritto amministrativo globale nella cultura giuridica francese¹⁰.

Dunque, Auby ha coltivato sia la parte generale del diritto amministrativo, sia quelle speciali. Ma, al tempo stesso, ha messo in discussione l'impianto della parte generale, relativizzandone l'importanza storica e il significato, la divisione tra il diritto pubblico e il diritto privato¹¹. Allo stesso modo, dopo aver attentamente seguito l'evoluzione della disciplina urbanistica, ha prospettato un approccio completamente innovativo, mettendo le città al centro dell'analisi giuridica.

4. Il catalizzatore di ricerche transnazionali

Quanto già osservato sugli interessi coltivati da Auby, come comparatista e studioso del diritto amministrativo europeo e globale, può essere utilmente completato segnalando tre aspetti riguardanti la sua partecipazione ad associazioni scientifiche e ricerche su base transnazionale.

⁸ Si vedano il volume recente sulla corruzione e quello meno recente sulla responsabilità pubblica: *Corruption and Conflicts of Interest. A Comparative Law Approach* (direction, avec Emmanuel Breen et Thomas Perroud), Cheltenham, Edward Elgar, 2014; *Tortious liability of Statutory Bodies. A Comparative and Economic Analysis of Five English Cases* (with B.S. Markesinis, D. Coester-Waltjen & S.F. Deakin), Oxford, Hart Publishing, 1999.

⁹ J.B. AUBY, DUTHEIL DE LA ROCHERE (sous la direction de), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2° éd., 2014. Il riferimento effettuato nel testo è a J. RIVERO, *Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, in M. CAPPELLETTI (sous la direction de), *Nouvelles perspectives du droit commun de l'Europe*, Berlin, De Gruyter, 1978, p. 389.

¹⁰ *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, Montchrestien, 2010, 2° ed.

¹¹ J.B. AUBY, M. FREEDLAND, *La distinction du droit public et du droit privé. Regards français et britanniques*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2004.

Il primo è la sua partecipazione attiva alle principali *sociétés savantes*, da intendere non come associazioni di eruditi, bensì come cerchie di studiosi teorici che non disdegnano il confronto con i pratici e gli esponenti delle istituzioni. Nel novero di tali *sociétés savantes*, vi sono il Gruppo europeo di diritto pubblico, costituito ad Atene nel 1992, e Reneual, il network di studiosi del diritto amministrativo creato a Osnabruck nel 2008. Vi sono inoltre gli incontri che, *faute de mieux*, possono dirsi bilaterali, come quello tra gli studiosi francesi e italiani di diritto amministrativo, che Auby contribuì ad attivare nel 2006 a Roma.

Il secondo aspetto è l'organizzazione d'innumerabili incontri di studio, nel quadro dei “*seminaires de droit public comparé, européen et global*” presso Science Po, e del network sui contratti pubblici, da lui creato¹².

L'ultimo aspetto è ancor più importante e proprio per questo motivo richiede una breve digressione. Alcuni giuristi, come altri studiosi delle scienze sociali, sono ricordati per la propria opera scientifica. Altri, nel diritto forse più che in altre scienze sociali, sono ricordati come capiscuola, a volte in modo obiettivo, altre volte in modo tutt'altro che obiettivo, come accade quando si dicono “maestri” gli onesti continuatori di scuole regionali attardate. Pochi, forse pochissimi, sono gli studiosi che svolgono nei confronti degli altri, soprattutto di quelli più giovani, una funzione diversa, che nell'ordine di concetti in uso in altre discipline scientifiche si direbbe di catalizzatore, facendo sì che processi che, in loro assenza, non si compirebbero o avverrebbero molto lentamente (vari anni o decenni) si compiano e si concludano in tempi relativamente brevi.

Questa funzione, importante ma troppo spesso trascurata, è stata svolta da Jean-Bernard Auby in molti modi: come lettore attento di lavori altrui, come partecipante a innumerevoli convegni e seminari e soprattutto come animatore di occasioni d'incontro tra studiosi provenienti da diverse culture ed esperienze nel quadro della “*Chaire mutations de l'action publique*”. Ne sono stato partecipe innumerevoli volte e non ho esitazioni a riconoscere un debito nei suoi confronti. Proprio per l'importanza della *Chaire MAP*, ci si può chiedere se sia stato fatto tutto quanto era possibile per assicurarne la sopravvivenza. Ma non bisogna dimenticare che – contrariamente a quanto Maurice Blondel sostenne ne *L'action* – i cicli delle istituzioni create dagli uomini non sono determinati unicamente dal volontarismo, ma anche dalla ragione collettiva.

¹² Tra i vari contributi di Auby sul tema, va ricordato in particolare *L'internationalisation du droit des contrats publics, Droit Administratif*, 2003, p. 5.

5. Uno studioso vicino alle istituzioni

Un ulteriore profilo, non ultimo per importanza, va considerato per un giuspubblicista. Alcuni tra i maggiori studiosi del diritto amministrativo e pubblico sono stati al vertice delle istituzioni politiche: si possono ricordare, per la Francia, Tocqueville, ministro prima del colpo di Stato di Luigi Napoleone, ed Eduard Laferrière, vice-presidente del *Conseil d'État*; per l'Italia, Vittorio Emanuele Orlando, presidente del Consiglio dei ministri nel 1917, e Santi Romano, presidente del Consiglio di Stato a partire dal 1930, Massimo Severo Giannini e Sabino Cassese, ministri della funzione pubblica – rispettivamente – negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso.

Jean-Bernard Auby ha, invece, mantenuto una prudente distanza dalle istituzioni amministrative e giudiziarie, senza ricoprire incarichi di nomina politica. Ma quella distanza non ha mai assunto il significato del rifugiarsi in una torre d'avorio. All'opposto, convinto dell'importanza culturale e sociale dei dibattiti sull'organizzazione e sul funzionamento dei pubblici poteri e della necessità di non lasciare che tali dibattiti siano monopolizzati dai membri del *Conseil d'État*, Auby li ha sempre coinvolti, chiedendo – però – loro di rinunciare al linguaggio da iniziati e di accettare d'ingaggiare una seria discussione pubblica. Forse è per questo motivo che la cellula di riflessione su “*Droit et Justice*” ha ottenuto l'avallo del *Conseil d'État* ed è presso di quest'ultimo che sono state presentate al pubblico le ricerche comparate sul procedimento amministrativo.

6. L'uomo

Figlio di un eminente giurista, Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby è nato a Phnom-Pen, in Cambogia, il 12 aprile 1950, ma ha presto fatto ritorno nella madrepatria, più precisamente nella Francia del Sud-ovest, la regione che predilige rispetto a quella parigina.

Ha, di quella regione, il tratto dell'apertura verso l'esterno, in analogia con il corso dei grandi fiumi che l'attraversano confluendo nell'Atlantico. Ne ha anche un altro tratto, la distanza rispetto al dogmatismo. Esso si manifesta, in particolare, nel rifiuto di accettare l'ideologia della correttezza politica che purtroppo ha allignato soprattutto a Parigi. Posso darne una testimonianza personale: per le conversazioni che ho avuto con lui nell'arco di cinque lustri, e in particolare per l'ultima, nella quale ha attirato la mia attenzione sullo studio comparato che Roger Bonnard – un'amministrativista importante, caduto in oblio dopo l'esperienza di Vichy – dedicò alla giustizia amministrativa¹³.

¹³R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, 1934, Paris, Dalloz, 2015.

Dare il giusto valore a tutto ciò è riconoscere il debito che la cultura giuridica italiana e quella europea hanno contratto con un maestro di scienza, con lo scrittore nitido ed elegante, con il conversatore pacato. I suoi scritti e le sue iniziative attestano la fecondità del suo ingegno, la sua capacità di render conto della complessità dell'ordine degli eventi reali e al tempo stesso il convincimento che i giuristi debbano tenere costantemente unita l'analisi di quegli eventi con la teoria, riflettendo sull'organizzazione della società.

II. Lo *Ius Publicum Europeum*

Ci si può chiedere, a questo punto, come Auby si collochi nella cultura giuridica dei nostri tempi. Come altri grandi giuristi francesi – Hauriou per primo, che proprio sotto questo profilo criticò duramente Duguit – Auby ha tenuto ferma la distinzione tra il diritto e le altre scienze sociali. Ma, al pari di altri grandi giuristi francesi, come Gaston Jèze¹⁴, è stato prevalentemente critico nei confronti del distacco, se non del disinteresse per il radicamento sociale delle istituzioni giuridiche, che ha contraddistinto gran parte della cultura giuridica del suo tempo, tuttora permeata dal positivismo e dal nazionalismo in una misura superiore rispetto ad altre culture giuridiche dell'Europa unita.

1. Più filoni di pensiero: implicazioni per la comparazione

Un rapido inquadramento può essere di qualche utilità, ai fini d'una migliore comprensione della rilevanza e della significatività dell'opera di Auby. Nell'arco degli ultimi due secoli, si sono affermati – con varietà di argomenti e di temi – tre principali filoni di pensiero attorno al rapporto tra il diritto pubblico e lo Stato.

In una prima impostazione, che deve molto agli apporti degli storici del diritto e delle istituzioni politiche e amministrative, si riconosce che, per quanto tra Otto e Novecento il consolidamento degli Stati nazionali abbia impresso forti mutamenti ai principi e agli istituti del diritto pubblico, il diritto statale è stato preceduto da altri, ha coesistito e coesiste con altri sistemi giuridici. È stato preceduto dai diritti degli imperi e ha coesistito con essi. Coesiste con il diritto dell'Unione europea e con quello del Consiglio d'Europa. Non è separato da essi, per via dell'esistenza d'una varietà di mec-

¹⁴G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, Sirey, 1928, 2° ed.

canismi di collegamento. Nel novero di quei meccanismi, vi è, prima ancora del *foedus* tra i vari gruppi sociali che compongono l'Unione, il riconoscimento dell'esistenza d'una comunità di valori, all'interno non solo dell'Unione europea, ma anche della più ampia compagine che contraddistingue il Consiglio d'Europa. Vi sono, inoltre, meccanismi di collegamento tra i rimedi esperibili nell'uno e nell'altro ordinamento, come il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, i quali hanno una varietà di effetti sui principi e sugli istituti nazionali, per esempio impongono di assicurare l'indipendenza degli organi giudicanti¹⁵ e di rettificare i tradizionali modi d'intendere la sovranità nazionale¹⁶.

Secondo l'impostazione contraria, il diritto pubblico va considerato in chiave storica in un ulteriore e ben diverso senso. Vi è, cioè, una profonda diversità rispetto all'esperienza degli imperi e di altri ordinamenti generali dei pubblici poteri, quali si sono sviluppati prima dell'Ottocento. La differenza è profonda, è di natura e non di grado, nel senso che negli Stati nazionali è sorta e si è consolidata una disciplina giuridica del tutto nuova, nei presupposti sociali e culturali. Al centro dell'esperienza giuridica, non vi è alcuna forma di legittimazione ultraterrena o filosofica. Vi è semplicemente uno specifico gruppo sociale, il popolo, con i propri valori (*ethos*) e il proprio "spirito" (*Volksgeist*)¹⁷. Ciò spiega perché la forma "Stato" ammetta numerose varianti, non solo nell'organizzazione costituzionale dei pubblici poteri, ma anche dal punto di vista dell'ammissibilità del pluralismo giuridico. Portata alle proprie logiche conseguenze, questa impostazione non comporta soltanto l'irriducibile differenza dell'esperienza giuridica all'interno dei vari ordinamenti generali ai quali siamo assuefatti, ma anche una profonda divaricazione rispetto al diritto privato, in quanto attribuisce poco – o punto – rilievo alla tradizionale più che millenaria del diritto in Europa.

La terza impostazione non si identifica solo residualmente o in via di sintesi tra le prime due. Comprende contributi contraddistinti da un'apertura tematica e metodologica assai apprezzabile. Sul piano tematico, vi è un'evidente affinità con una componente significativa del diritto internazionale,

¹⁵ Si vedano, per esempio, le decisioni emanate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per quanto concerne il "commissaire du gouvernement" presso il Conseil d'État: 7 giugno 2001, *Kress c/ France*; 12 aprile 2006, *Martinie c/ France*.

¹⁶ W. WADE, *What Happened to the Sovereignty of Parliament?*, in *Law Quarterly Review*, (107), 1991, p. 3.

¹⁷ Questo concetto è stato sviluppato, su basi e soprattutto con implicazioni diverse, nell'Ottocento da Savigny e da Hegel.

inteso come disciplina scientifica (pur se persistono i dubbi circa la sua giuridicità)¹⁸. Sul piano metodologico, vi è un'apertura non soltanto nei confronti della comparazione giuridica, ma anche nei confronti di altre discipline, come si può vedere dall'uso di binomi, come *law and economics*.

L'aderire all'uno o all'altro filone di pensiero, ciascuno con le proprie varianti interne, ha una serie di implicazioni. Ne ha, in particolare, per quanto concerne la comparazione giuridica. La prima impostazione, che risale a una tradizione scientifica risalente nel tempo, di cui possono considerarsi tra gli esponenti più noti il Montesquieu dell'*Esprit des lois* e lo Smith delle *Lectures on Jurisprudence*¹⁹, non si limita a riconoscere l'importanza crescente della comparazione nell'area giuridica. Sottolinea che, sul patrimonio comune costituito dalla tradizione giuridica occidentale, si sono innestati i principi e le regole dei nuovi ordinamenti costituiti in Europa. Ne trae la conclusione che ciò impone di ripensare i rapporti tra gli ordinamenti e la stessa metodologia della comparazione, dal momento che un conto è comparare ordinamenti storicamente distinti e distanti, un altro conto è comparare ordinamenti astretti da valori e principi comuni. Nella cultura giuridica europea, questa impostazione ha avuto probabilmente in Sabino Cassese l'interprete più avvertito dei nessi che il diritto pubblico ha con la storia del diritto e con la storia *tout court*²⁰. In una versione forse troppo ottimistica, qualche tempo or sono, si è ipotizzato che la "convergenza" tra i diritti amministrativi nazionali potesse dare luogo a una disciplina comune²¹; in una versione pessimistica, si è espresso il timore che la crescente armonizzazio-

¹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit*, I, Paris, Seuil, 2004.

¹⁹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1758; A. SMITH, *Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms*, 1763.

²⁰ S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, I, p. 141. Per ulteriori considerazioni, G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari-Roma, Laterza, 2003.

²¹ S. CASSESE, *Le problème de la convergence des droits administratifs nationaux. Vers un modèle administratif européen?*, in R. ABRAHAM (ed.), *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant* Paris, Dalloz, 1996, p. 49; J. SCHWARZE, *The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, in *European Public Law*, (4), 1998, p. 191. Per una critica di questo approccio, P. BIRKINSHAW, *European Public Law*, Cambridge University Press, 2003, 4 ("some years ago it was very popular to argue for convergence"). Per ulteriori notazioni, P. BEAUMONT, C. LYONS, N. WALKER (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart, 2002.

ne dei diritti nazionali ad opera del diritto dell'Unione europea potesse limitare oltremodo il campo della comparazione giuridica²².

La seconda accezione, qualche tempo fa minoritaria ma ben viva anche tra i componenti delle organizzazioni europee di studiosi del diritto pubblico e senz'altro in ripresa nel periodo più recente, ha i suoi referenti in Savigny e Dicey, non in Schmitt. Condivide del primo l'assunto che il diritto è intimamente collegato con una determinata società, di cui deve interpretare i valori²³, ma non si espone all'obiezione da tempo mossa a Schmitt, che aveva ritenuto di poter mettere al centro del diritto i principi e gli istituti del diritto privato romano, perché nega che una vicenda culturale analoga abbia avuto o possa aver luogo nel campo del diritto pubblico. Condivide, di Dicey, la decisa opzione a favore d'uno studio comparato delle istituzioni giuridiche che sottolinei le differenze tra i diritti nazionali, spiegabili non soltanto sul piano assiologico (per Dicey, l'antitesi era tra il dispotismo francese e il liberalismo inglese)²⁴, ma, prima ancora, sul piano epistemologico²⁵. Rispetto alla prima impostazione, la differenza è quindi evidente in sede metodologica. È diverso anche il modo di concepire lo sviluppo dei principi e degli istituti giuridici sul piano prescrittivo. Ne costituisce un'eloquente dimostrazione l'osservazione di Carol Harlow secondo cui la diversità e il pluralismo che essa consente sono di gran lunga da preferire all'armonizzazione²⁶.

Nell'ultima impostazione, l'attenzione viene sempre più spesso riposta nei canoni di condotta cui i pubblici poteri devono attenersi. Dal constatare che tali canoni di condotta sono sempre più simili, perché gli Stati hanno i medesimi problemi e tendono a utilizzare le medesime soluzioni spesso decidendole assieme all'interno dei vari regimi regolatori europei o globali, all'affermare l'esistenza di una prasseologia universalizzante²⁷, il passo è breve. Ma è un passo discutibile perché si fonda sull'assunto che, come nell'e-

²² M.P. CHITI, I "nuovi poteri" nel Common Law. La prospettiva del diritto amministrativo, in *Diritto Pubblico*, 2009, p. 339.

²³ K.F. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840.

²⁴ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1884, London, MacMillan, 1959, 10th ed., p. 328.

²⁵ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999.

²⁶ C. HARLOW, *Global Administrative Law: the Quest for Principles and Values*, in *European Journal of International Law*, (16), 2006, p. 207.

²⁷ Per una critica di questa impostazione, F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars Interpretandi*, 2013, p. 43.