

**Sfide e innovazioni
nel diritto pubblico**

**Herausforderungen und
Innovationen im Öffentlichen Recht**

a cura di

Luca De Lucia e Ferdinand Wollenschläger

Herausgegeben von

Luca De Lucia und Ferdinand Wollenschläger



G. Giappichelli Editore



Nomos

Sfide e innovazioni nel diritto pubblico
Herausforderungen und Innovationen im Öffentlichen Recht

Sfide e innovazioni
nel diritto pubblico

Herausforderungen und
Innovationen im Öffentlichen Recht

Atti del XVIII incontro del gruppo italo-tedesco di diritto pubblico
Beiträge zum XVIII. Deutsch-Italienischen Verfassungskolloquium

a cura di

Luca De Lucia e Ferdinand Wollenschläger

Herausgegeben von

Luca De Lucia und Ferdinand Wollenschläger



G. Giappichelli Torino



Nomos

Herausgegeben von Nomos und G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019

NOMOS VERLAGSGESELLSCHAFT - Baden-Baden (Deutschland)

ISBN 978-3-8487-6147-0

<http://www.nomos.de/verlag>

© Copyright 2019

G. GIAPPICHELLI EDITORE - Torino (Italia)

ISBN/EAN 978-88-921-2066-2

<http://www.giappichelli.it>

Gefördert durch das Dipartimento di scienze politiche, sociali e della comunicazione der Universität Salerno.

Publicato con il contributo del Dipartimento di scienze politiche, sociali e della comunicazione dell'Università degli Studi di Salerno.

Gedruckt von Stampatre - Torino (Italia)

Diese Publikation ist durch das internationale Urheberrechtsgesetz geschützt.
Alle Rechte vorbehalten. Kein Teil dieser Publikation darf ohne die vorherige Zustimmung des Herausgebers reproduziert, in einem Abrufsystem gespeichert oder in irgendeiner Form oder auf irgendeine Weise elektronisch, mechanisch, fotokopiert, aufgezeichnet oder anderweitig übertragen werden.

INDICE

	<i>pag.</i>
PREFAZIONE <i>Luca De Lucia e Ferdinand Wollenschläger</i>	VII
VORWORT <i>Luca De Lucia und Ferdinand Wollenschläger</i>	IX
UN FILO CONDUTTORE: LA COMPLESSITÀ <i>Patrizia Marzaro</i>	1
A.	
LA CRISI MIGRATORIA DELL'UNIONE EUROPEA NELLA PROSPETTIVA TEDESCA E ITALIANA <i>DIE MIGRATIONSKRISE IN DER EUROPÄISCHEN UNION</i>	
MIGRATION: ZWISCHEN MENSCHENRECHT UND „COMMUNITY” <i>Martin Nettesheim</i>	7
LA CRISI MIGRATORIA NELL'UNIONE EUROPEA: LA PROSPETTIVA ITALIANA <i>Fulvio Cortese</i>	21
LE RISPOSTE DELL'UNIONE ALLA CRISI MIGRATORIA: TRE CONTRADDIZIONI E LE LORO IMPLICAZIONI <i>Edoardo Chiti</i>	45
DISCUSSIONE <i>Francesca Biondi Dal Monte, Sabino Cassese, Hermann-Josef Blanke, Hilde Caroli Casavola</i>	57

B.

SFIDE E INNOVAZIONI DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO
 HERAUSFORDERUNGEN UND INNOVATIONEN
 IM VERWALTUNGSVERFAHRENSRECHT

SFIDE E INNOVAZIONI DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO IN ITALIA <i>Elena Buoso</i>	65
HERAUSFORDERUNGEN UND INNOVATIONEN IM VERWALTUNGSVERFAHRENSRECHT <i>Ino Augsberg</i>	85
UNA RICERCA SUL “FONDO COMUNE” DEI DIRITTI AMMINISTRATIVI IN EUROPA: IL PROCEDIMENTO <i>Giacinto della Cananea</i>	101
DISCUSSIONE <i>Sabino Cassese, Cristina Fraenkel-Haeberle</i>	129

C.

SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI E LEGISLATIVI
 AKTUELLE ENTWICKLUNGEN
 IN RECHTSPRECHUNG UND GESETZGEBUNG

SCHLAGLICHTER AUF DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFAS- SUNGSGERICHTS 2016 – 2018 <i>Peter M. Huber</i>	133
SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA <i>Daria de Pretis</i>	147
LE RIFORME AMMINISTRATIVE IN ITALIA 2016 – 2018 <i>Bernardo G. Mattarella</i>	157
BERICHT ÜBER SANTI ROMANO <i>Dian Schefold</i>	165
ELENCO DEGLI AUTORI	169

PREFAZIONE

Il gruppo italo-tedesco di diritto pubblico si riunisce sin dal 1977, con cadenza biennale o triennale, alternativamente in Germania e in Italia. Il suo scopo è quello di approfondire temi centrali del diritto pubblico, non solo in un'ottica comparata, ma molto spesso anche nella prospettiva del diritto dell'Unione europea.

Il presente volume raccoglie gli atti del XVIII incontro del gruppo che si è svolto a Padova dal 10 al 12 maggio 2018 con la partecipazione di oltre quaranta studiosi dei due Paesi.

La prima sessione del colloquio è stata dedicata alla crisi migratoria dell'Unione europea nella prospettiva tedesca e italiana (relazioni di Martin Netteknecht e Fulvio Cortese e commenti di Matthias Rossi ed Edoardo Chiti). Nella seconda parte dell'incontro si è invece discusso delle sfide e delle innovazioni del procedimento amministrativo (relazioni di Elena Buoso, Ino Augsberg e Giacinto della Cananea). Entrambe le sessioni sono state seguite da un ampio dibattito (in parte documentato nel volume).

Come di consuetudine, nella seconda giornata si è prestata attenzione agli sviluppi del diritto pubblico dei due Paesi, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale (Peter M. Huber e Daria de Pretis) e alle riforme amministrative in Italia (Bernardo Mattarella). L'incontro si è concluso con una comunicazione su Santi Romano (Dian Schefold).

Gli atti del convegno vengono ora pubblicati congiuntamente dagli editori Giappichelli di Torino e Nomos di Baden-Baden. Questa soluzione intende assicurare una più ampia circolazione, in Germania e in Italia, delle idee emerse nel corso delle due giornate. A tal fine, nel tentativo di attenuare gli inevitabili ostacoli linguistici, le relazioni sono corredate da una sintesi in inglese. La coedizione italo-tedesca ha inoltre la finalità di rendere più visibile, a partire dalla veste editoriale, lo spirito di amicizia che anima gli incontri del gruppo italo-tedesco di diritto pubblico.

Anche questa volta, l'incontro ha rappresentato una preziosa occasione di confronto culturale, agevolato da un clima di sincera cordialità. Tutto questo non sarebbe stato possibile senza il generoso sostegno dell'istituzione ospitante.

Per questa ragione, i coordinatori del gruppo, e curatori del volume, desiderano ringraziare vivamente l'Università di Padova, e in particolare Patrizia Marzaro, direttrice del Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario per avere accolto con entusiasmo la proposta di ospitare il convegno. Un grazie di cuore anche a Elena Buoso che si è fatta carico, con molta pazienza, dell'organizzazione dell'evento.

Nel consegnare il volume alla stampa, auspichiamo che esso incontri l'interesse di studiosi e dei pratici dei due Paesi e che possa contribuire a una migliore reciproca conoscenza.

Luca De Lucia e Ferdinand Wollenschläger

VORWORT

Das Deutsch-Italienische Verfassungskolloquium versammelt seit dem Jahre 1977 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus Deutschland und Italien, um im zwei- bis dreijährigen Turnus zentrale Fragen des Öffentlichen Rechts vergleichend – und zunehmend auch in europäischer Perspektive – zu erörtern. Der vorliegende Band präsentiert die Beiträge des letztjährigen XVIII. Deutsch-Italienischen Verfassungskolloquiums, das vom 10. bis 12. Mai 2018 in Padua stattfand.

Die erste Sitzung befasste sich mit der Migrationskrise in der Europäischen Union aus deutscher und italienischer Perspektive (Beiträge von Martin Nettesheim und Fulvio Cortese sowie Kommentare von Matthias Rossi und Edoardo Chiti). Die zweite Sitzung thematisierte Herausforderungen und Innovationen im Verwaltungsverfahrenrecht (Beiträge von Elena Buoso, Ino Augsberg und Giacinto della Cananea). An beide Sitzungen schloss sich eine rege Diskussion an, die der vorliegende Band in Ausschnitten dokumentiert. Der zweite Tag stand im Zeichen aktueller Entwicklungen im Öffentlichen Recht der beiden Länder: Bernardo Mattarella stellte die Verwaltungsreform in Italien vor; Daria de Pretis und Peter M. Huber widmeten sich der jüngeren Rechtsprechung der Corte Costituzionale bzw. des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zu Santi Romano (Dian Schefold) schloss die Tagung ab.

Die Beratungen des Kolloquiums werden gemeinsam von der Verlagen Giappichelli (Turin) und Nomos (Baden-Baden) publiziert, um eine Verbreitung der Überlegungen in beiden Ländern und den deutsch-italienischen Austausch zu befördern sowie die Verbundenheit der deutschen und italienischen Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Kolloquiums zu dokumentieren. Zum besseren Verständnis ist den Beiträgen ein Abstract in englischer Sprache beigelegt.

Auch das letztjährige Kolloquium bot die wertvolle Gelegenheit, Fragen des Öffentlichen Rechts in herzlicher Atmosphäre zu diskutieren. Dies wäre ohne die großzügige Unterstützung der gastgebenden Institution nicht möglich gewesen. Daher möchten die beiden Sprecher des Deutsch-Italienischen Verfassungskolloquiums und Herausgeber dieses Bandes in besonderer Weise der Universi-

tät Padua und namentlich Frau Kollegin Patrizia Marzaro, Direktorin des Instituts für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht, danken, dass sie das Kolloquium nach Padua eingeladen hat. Ein herzlicher Dank gilt ferner Elena Buoso, die sich um die Organisation des Kolloquiums sehr verdient gemacht und wesentlich zum Erfolg der Veranstaltung beigetragen hat.

Wir hoffen, dass der Band auf ein reges Interesse in der Wissenschaft und Praxis des Öffentlichen Rechts in beiden Ländern stößt und so einen Beitrag zum besseren gegenseitigen Verständnis leistet.

Luca De Lucia und Ferdinand Wollenschläger

UN FILO CONDUTTORE: LA COMPLESSITÀ

Patrizia Marzaro

1. Nonostante i temi oggi in discussione appaiano distanti per le questioni di cui trattano, essi risultano però accomunati da un elemento che li lega su un piano di forte interesse; non vi è dubbio infatti che si presentino come tipiche manifestazioni di quella complessità che sempre più caratterizza i nostri ordinamenti: quello «spazio giuridico comune nel quale si mescolano diversi ordini giuridici»¹ entro cui ci muoviamo e operiamo.

Una complessità che li attraversa e li anima sin dal rapporto tra fonti, ormai stabilmente collocate su piani diversi: interni, nazionali, sovranazionali, transnazionali; e le cui relazioni sono complesse anche per la loro diversa genesi, che le porta ad esprimere un'efficacia capace di penetrare nel tessuto ordinamentale attraverso vie diverse. Si pensi all'operatività delle tradizionali fonti di *hard law* e alla loro sempre maggiore 'vulnerabilità' di fronte alla 'forza' della *soft law*, frutto di quel «dialogo privilegiato» con i saperi esperti², in grado di soppiantare «dall'esterno» le manifestazioni di volontà espressione della democrazia rappresentativa; al punto che in dottrina si osserva che «la fonte, quale criterio determinativo del modello di comportamento umano non si legittima più in funzione esclusiva del procedimento di posizione dell'enunciato, ma nasce dal modo di determinazione dell'effetto all'interno di un tessuto sociale consolidato»³.

Ma particolarmente complesse sono anche le relazioni tra amministrazioni, all'interno di un ordinamento multilivello che pone in modo sempre più ineludibile i temi della cooperazione tra amministrazioni e dei principi su cui essa deve poggiare, molto più saldamente rispetto al passato⁴.

¹ Così S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, p. 305.

² Su cui molto efficacemente R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 661.

³ Così N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013.

⁴ Su questi aspetti sia consentito rinviare a P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle 'riforme Madia'*, in *Federalismi.it*.

Naturalmente questa complessità non può che radicare, a monte, nelle relazioni tra interessi da tutelare.

2. Non vi è dubbio che il filo rosso della complessità leghi l'analisi del fenomeno migratorio nell'ordinamento europeo.

Esso porta a ragionare sulle forme attraverso cui la garanzia dei diritti fondamentali può operare come limite alle scelte politiche di governo dei flussi migratori, e dare così corpo alla tutela della dignità umana – anzitutto nel suo nucleo minimo della tutela della vita e dell'integrità fisica – in un quadro caratterizzato da un'«eccessiva preponderanza della dimensione politica e populistica, rispetto a quella giuridica»⁵, e che però, dopo la Carta di Nizza, vede l'Unione fondarsi sui valori indivisibili della dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà. E dunque ci si deve chiedere anche se alla dignità della persona debba riconoscersi quella “*supremitas*”, sostenuta dalla dottrina⁶, che le impedisca di essere oggetto di bilanciamento con altri beni della vita, anche in tempi di crisi economica, sociale e culturale come l'attuale, in cui l'idea stessa di coesione sociale è messa profondamente in discussione, sia a livello interno che transnazionale.

3. Naturalmente la complessità è ormai il tratto caratteristico che domina il dibattito scientifico sull'azione della pubblica amministrazione, denominatore comune che lega il tema delle riforme e delle innovazioni della disciplina del procedimento amministrativo.

L'ordinamento è ormai stretto entro una complessità nelle relazioni tra interessi pubblici, e tra questi e quelli privati, che negli ultimi decenni ha visto il legislatore dapprima occupato in un'incessante opera di semplificazione, ma spesso miope ed affannosa e per ciò foriera di complicazioni e incertezze ulteriori, e ora – con le ultime riforme del 2015 e 2016 – impegnato nel cercare di dipanare la matassa che ne è derivata, al fine primo di offrire un quadro più chiaro possibile del rapporto pubblico-privato al mercato, ormai interlocutore privilegiato della p.a., se non attore del sistema amministrativo.

Al tempo stesso, però, questa politica l'ha portato a posizionarsi progressivamente in quella prospettiva di «valutazione sistemica e non isolata» degli interessi costituzionalmente rilevanti – al cui interno non possono (più) configurarsi gerarchie, e dunque “diritti tiranni” – sancita dalla giurisprudenza

⁵ Così C. BERTOLINO, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza degli Stati*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

⁶ Vedi G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 85.

costituzionale⁷ e condivisa dal giudice amministrativo.

Muovendosi in questa angolazione, negli ultimi anni il legislatore è dunque gradualmente arretrato, “scegliendo di non scegliere”, di non selezionare a monte gli interessi ritenuti degni di tutela (o comunque di farlo in misura ridotta), e rinunciando a disporli in un ordine di valore che agisse da limite alla facoltà di scelta della p.a. Ciò ha quindi finito per liberare un ampio spazio – certamente più ampio, ma anche meno regolato e indagato rispetto al passato – entro il quale la p.a. dispone di altrettanto ampia facoltà di apprezzamento discrezionale. Non a caso oggi la dottrina parla di «crisi di identità e di ruolo della funzione ordinatrice della legge»⁸.

Peraltro questo fenomeno non può che aprire ad ulteriori scenari, passibili di ulteriore complessità se non efficacemente governati.

Esso pone in modo ineludibile il tema dell'adeguatezza del corpo burocratico, portatore di una cultura dell'amministrare capace di affrontare un quadro normativo più flessibile, ma anche foriero di incertezza, e di agire secondo il principio di efficienza dell'amministrazione, assicurando imparzialità e buon andamento. Ma una siffatta organizzazione necessita anche di una maggiore indipendenza rispetto al potere politico e, d'altra parte, qualsiasi innovazione nella disciplina dell'azione dell'Amministrazione richiede pregiudizialmente l'esistenza di una struttura efficiente e professionale: non a caso a ciò si sono accinte anche le più recenti riforme nel nostro Paese.

In questo scenario si affaccia inoltre anche il pericolo del c.d. proceduralismo, frutto di una politica in cui ormai l'attività amministrativa è “prestazione diretta a soddisfare i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117 Cost.” come sancito dalla Corte costituzionale; la quale se in tal modo ha sicuramente conferito autonomia a procedimento e semplificazione amministrativa, elevandoli a bene in sé, “valore dell'ordinamento”, ne ha determinato anche un progressivo “isolamento” rispetto alla garanzia sostanziale degli interessi che comunque l'azione della p.a., anche se semplificata, deve assicurare. Quasi che la forza propulsiva del procedimento venga ormai “compressa” in sede istruttoria, e l'esigenza di tutela sia ritenuta soddisfatta dalla considerazione in sé, meramente interna, degli interessi, mentre la decisione finale appare sempre

⁷ Cfr. sul punto Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui alla Corte «non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». «Se così non fosse – secondo Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, sempre in www.cortecostituzionale.it – si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionali riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

⁸ Così R. FERRARA, *L'incertezza delle regole*, cit., p. 654.

meno frutto delle valutazioni effettuate lungo la via e sempre più legata a scelte ultime di indirizzo politico amministrativo.

Una siffatta politica finisce però per determinare anche una sorta di “standardizzazione” degli interessi c.d. sensibili in corrispondenza dell’estensione della discrezionalità della p.a., che un legislatore “della crisi”, sempre più dominato dalle spinte contingenti del mercato, non pare sempre capace di governare in modo soddisfacente attraverso quegli strumenti procedurali “semplificati” di cui ha dotato la p.a.

4. Di fronte a questo quadro, e anche solo al futuro prossimo che si prospetta, non possiamo non chiederci come sia possibile tenere in equilibrio questa sempre maggiore complessità e fare fronte alle incertezze che ne derivano a tutti i livelli dell’ordinamento.

Ancora una volta pare che la risposta debba essere rinvenuta in primo luogo nei principi che reggono l’azione della p.a. Elaborati attraverso un’incessante opera dottrinale e giurisprudenziale nell’ordinamento interno e nella dimensione sovranazionale – oggi il rapporto di circolarità che li caratterizza è sempre più fisiologico, se solo si pensa al dibattito sul procedimento amministrativo europeo, e all’«inevitabile ravvicinamento tra i diritti amministrativi nazionali»⁹ che si registra – giocoforza essi finiscono per fungere da baricentro nelle scelte di cura degli interessi in gioco. Non può essere anzitutto che la loro capacità espansiva a contatto col caso concreto a poter governare la sempre maggiore equiordinazione degli interessi costituzionalmente protetti, andando a “presidiare” in modo adeguato gli spazi liberati dalla odierna “liquidità” delle fonti. Ancora una volta, però, torneranno a porsi i problemi della capacità della p.a. di gestire questi spazi e del suo grado di indipendenza rispetto al potere di indirizzo politico.

⁹Così D.-U. GALETTA, *Attualità e procedimento nel diritto amministrativo europeo, anche alla luce della risoluzione del parlamento europeo sulla disciplina del procedimento per istituzioni, organi e organismi dell’Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, p. 397.

A.

LA CRISI MIGRATORIA DELL'UNIONE EUROPEA
NELLA PROSPETTIVA TEDESCA E ITALIANA

*DIE MIGRATIONSKRISE IN DER
EUROPÄISCHE UNION*

MIGRATION: ZWISCHEN MENSCHENRECHT UND „COMMUNITY“

Martin Nettesheim

ABSTRACT: Migration awakens ambivalent feelings. Extremely different positions and points of view meet in the normative evaluation of migration. The range of normative standards for assessing migration is enormous. Some approach transnational migration in the light of the idea of global human rights (freedom of movement); others look at migration against the background of the freedom of association of the political community into which migration takes place. The following article examines the question of how these different perspectives are enshrined in current law – at the international level, in EU law and in German constitutional law. This shows that the respective perspectives on the three levels examined differ greatly from one another. Only a context-specific analysis, which shows sensitivity to the respective situation, will make it possible to deal appropriately with migration.

INHALTSVERZEICHNIS: I. Migration in einer fragmentierten juristischen Welt. – II. Notwendiger Konnex von „community“ und (Menschen-)Recht. – 1. Kommunitäre Grundstruktur konstitutionellen Denkens. – 2. Konkurrenz möglicher „frames“. – 3. Beobachtung eines Phänomens. – III. Das Nebeneinander konkurrierender Imaginationen. – 1. Globale Ordnung: Die Imagination der Weltgemeinschaft der Menschenrechtsträger. – 2. EU-Ebene: Imaginationen einer Verwaltung des EU-Raums. – 3. Verfassungsebene: Diffuse Bilder einer liberalen, aber dichten Gemeinschaftlichkeit. – IV. Kontextspezifische Sensibilität der verschiedenen „frames“.

I. MIGRATION IN EINER FRAGMENTIERTEN JURIDISCHEN WELT.

Internationale Mobilität ist ein herausforderndes Phänomen. Sie weckt zwiespältige Gefühle; Beobachter sind häufig innerlich zerrissen. Die gegenwärtigen und künftigen Migrationsbewegungen stellen die politischen Gemeinwesen vor enorme Herausforderungen. Viele Menschen zeigen genuines Mitgefühl für Menschen in Not. Manche geben sich einem gesinnungsethischen Wohlgefühl hin und pflegen – möglicherweise unter Zurückstellung politischer Klugheit – eine offene „Willkommenskultur“.¹ Wieder andere

¹ STRECK, *Billige Tugend*, FAZ vom 14.10.2018.